REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLIII
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1995

RELATORAS:
DRA. MARÍA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLIII
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1995

RELATORAS:
DRA. MARÍA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS - AÑO 1995

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Mercedes Tovar de Herrán
(Desde el 16 de nov./94 al 12 de marzo/95)

Dra. Nubia González Cerón
(Desde el 13 de marzo hasta el 18 de julio/95; nuevamente asume el cargo de Secretaria General la Dra. Mercedes Tovar de Herrán, desde el 18 de julio/95 en adelante)

SECCIÓN PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

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

Secretaria
Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCIÓN SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

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

Secretaria
Dra. Myriam Cecilia Viracachá Sandoval
(Encargada)

SECCIÓN TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Dr. Julio César Uribe Acosta
(hasta mayo 15/95)
Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros
(desde mayo 16/95)

Secretaria
Dra. Lola Elisa Benavides López

SECCIÓN CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra.Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
(hasta 3 de mayo/95)
Dr. Julio Enrique Correa Restrepo
(desde 4 de mayo/95)
Dr. Delio Gómez Leyva

Secretario
Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas

SECCIÓN QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

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 al 28 de junio)
Dr. Mario Alario Méndez
(desde el 29 de junio/95)

Secretario
Dr. Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dra. Nubia González Cerón
(desde 16 nov./94 hasta 12 marzo/95)
Dr. Luis Camilo Osorio Isaza
(desde 13 de marzo/95)

Secretaria
Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURÍAS DELEGADAS

1a. Dr. Juan Carlos Henao

2a. Dra. Libia Zuluaga Uribe

3a. Dr. Jairo Maya Betancourt

4a. Dra. María Eugenia Samper R.

5a. Dra. 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 Méndez

RELATORAS

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
(licencia por maternidad desde el 18 de febrero hasta el 12 de mayo/95)

Dra. Claudia Angela Navarro Acevedo
(desde 7 de marzo hasta 12 de mayo/95)

Dra. María del Pilar Veloza Parra
(desde 6 de marzo/95)

SECCIÓN CUARTA

LIBRO AUXILIAR DE INVENTARIOS-Pérdida/**SANCIÓN POR LIBROS**

La administración de impuestos, al practicar la inspección tributaria encontró que para el año gravable de 1987, la sociedad actora no exhibió el Libro de Inventarios, justificaba en la pérdida de éste, lo cual demostró con un denuncio presentado en la Inspección de Girón; para la Sala reviste especial importancia el hecho de que la sociedad contribuyente no hubiese informado con anterioridad a la Administración del extravío del mencionado libro, tal como era su obligación. Así las cosas, resultaba que al verificar los funcio-narios de impuestos, la contabilidad de la contribuyente y establecer que ésta, además de no tener en su poder el libro de inventarios, los registros en los libros auxiliares eran inexactos, incompletos e inconsistentes, han debido proceder a imponer la correspondiente sanción por libros de contabilidad, generada por las conductas descritas.

PRUEBA CONTABLE-Valoración/**LIBROS DE CONTABILIDAD**-Valoración/ **ADICIÓN DE INGRESOS**-Improcedencia

No obstante haber encontrado poco confiable la contabilidad de la sociedad, la Administración tomó como marco de referencia para elaborar la discutida adición de ingresos, "los registros contables que aparecían en los libros de contabilidad del contribuyente" y les otorgó pleno valor probatorio para determinar como inventario inicial. Conforme a lo anterior, la Administración no valoró con el mismo criterio los libros y documentos cuestionados, pues se apoyó en unos para adicionar, pero no aceptó otros como explicaciones, actitud que resulta censurable, en consideración a que al valorar probatoriamente los libros, los registros o los soportes, no se podían dividir

y si se les aceptaba valor probatorio debían ser apreciados tanto en lo desfavorable, como en lo favorable. Vista así la actuación oficial, resulta criticable, teniendo en cuenta que la inspección al no haber podido estar referida a todos los libros de la actora, como tampoco a comprobantes de terceros, los documentos facilitados por ella han debido ser apreciados y valorados en su integridad.

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

Consejero Ponente: DR. JAIME ABELLA ZÁRATE.

Referencia: Expediente No. 5965. Actor: Distribuidora de Aceites y Grasas Bucaramanga "Dacegra S.A." Impuesto Renta. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 5 de octubre de 1994, mediante el cual se declararon parcialmente nulas la Liquidación de Revisión No. 032 expedida el 21 de febrero de 1992 y la Resolución No. 065 expedida el 18 de marzo de 1993, mediante las cuales se determinó el Impueeto Sobre la Renta de la sociedad actora por el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

Como consecuencia de la inspección tributaria y el cruce con terceros, la Administración propuso a la sociedad mediante el Requerimiento Especial No. 105 del 27 de septiembre de 1991, modificaciones a la liquidación privada correspondiente al año gravable de 1987, que por no ser aceptadas generaron la Liquidación oficial de Revisión No. 032, expedida el 28 de enero de 1992 en la cual se adicionaron ingresos, se rechazaron deducciones; se modificó el anticipo para 1988 y se determinó sanción por inexactitud.

La anterior liquidación fue confirmada por la Resolución No. 065 de fecha 18 de marzo de 1993, con la que se agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

El apoderado de la sociedad, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa, en relación con la adición de ingresos por $54'584.375 adujo que su poderdante no dejó de declarar y contabilizar compras de inventario, puesto que al finalizar 1986 el registro de este rubro era de 10.000 unidades de diferentes referencias, cuyo valor total ascendía a $42'466.400; explicó que la adición efectuada por la Administración se originó en un error de la gerencia al reportar duplicadas las anteriores cantidades, ésto es, al informar 20.000 unidades como inventario. Criticó la forma como la Administración determinó el valor de las unidades presuntamente omitidas, ya que redujo en el 50% el valor unitario, pero al determinar los ingresos sí calculó el precio de venta en el valor comercial.

Frente al rechazo de la deducción relativa a gastos incurridos por la sociedad en el mantenimiento del vehículo del Gerente, por cuantía de $175.471, indicó que el mencionado gasto sí cumple con las exigencias requeridas para su deducibilidad, pues constituye una expensa necesaria por ser un elemento fundamental para la realización de las ventas.

Igualmente se opuso al rechazo de gastos por $6'367.139, correspondiente a fletes y sostuvo que la mencionada erogación constituye una expensa necesaria, por cuanto los productos vendidos se entregan en el establecimiento comercial del comprador, como forma de conservar al cliente. Señaló que el gasto cumple con las exigencias de causalidad, necesidad y proporcionalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Frente a la adición de ingresos en cuantía de $54'584.375, expresó que la mencionada partida se calculó con base en la inspección tributaria practicada a los libros y a la información dada por el Representante Legal de la sociedad, la cual por tener el carácter de confesión, constituye plena prueba.

Anotó que el Libro de Inventarios no fue aportado por la actora y por ende no desvirtuó la prueba de confesión.

En relación con los gastos de mantenimiento del vehículo del Gerente, arguyó que no constituyen una erogación necesaria en la actividad productora de renta, por no tener con ésta, relación de causalidad.

Respecto del rechazo de gastos correspondientes a fletes, expresó que tal como consta en la inspección, dichos gastos estaban a cargo de los remitentes y no a cargo de la sociedad actora.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

A juicio del Tribunal Administrativo de Santander la adición en ventas se basa en una inferencia lógica, según la cual sí existían 21.165 unidades para la venta y al final el inventario quedó en cero -0-, fue porque la actora vendió todo.

Señaló el *a-quo* que la Administración, tal como correspondía, se fundamentó en la contabilidad de la sociedad, la cual se presume correcta y cierta, a menos que quien alegue lo contrario lo pruebe.

De otra parte, manifestó que no es claro, que el uso del vehículo del Gerente sea necesario en la obtención del ingreso, porque el transporte de la mercancía no se efectúa a nivel ejecutivo, sino operacional y porque la sociedad no probó, que el vehículo se use en las operaciones de venta generadoras del ingreso.

En relación con los fletes, encontró que por haber estado a cargo del comprador, es éste quien tiene derecho a solicitarlos como deducción, y no DACEGRA BUCARAMANGA S.A., puesto que no efectuó erogación.

APELACIÓN

El apoderado de la actora recurrió la sentencia en cuanto le fue desfavorable, así:

Adición de Ingresos por $54'584.375

Insistió en que el fundamento de la Administración, fue erróneo al tomar el registro del libro auxiliar de Pérdidas y Ganancias, en el cual por equivocación se duplicaron las unidades del inventario.

Se apoyó en el libro auxiliar de compras, en el cual sólo se hallan registradas 10.000 unidades, e indicó que el error se evidencia en el registro del costo inicial, cuando al hacer referencia a la misma factura del libro de compras, se duplicaron las unidades.

Explicó que el error, se presentó cuando la sociedad vendedora emitió una nota débito sobre las 10.000 unidades compradas, a efectos de reajustar su precio y nuevamente se anotaron las mencionadas unidades.

Agregó que existe incongruencia en la liquidación de revisión pues al adicionar el inventario, no reajustó su costo total y lo dejó en el valor indicado en la liquidación privada.

Rechazo de costos por fletes por $6'367.139

Adujo que la sentencia del *a-quo* erró al no aceptar los mencionados costos, toda vez que éstos aparecen contabilizados como gastos efectuados por DACEGRA BUCARAMANGA, con sus respectivos soportes. Insistió en que en desarrollo del contrato de consignación, quien vende, despacha al comprador y asume con la carga.

Subrayó que en los antecedentes administrativos, se encuentran fotocopias de las órdenes de cargue, en las que consta que el despachador es DACEGRA BUCARAMANGA S.A., quien hace entrega de la mercancía al transportador.

Rechazo de la deducción de $175.471 por concepto de gastos del vehículo del Gerente.

Reiteró la procedencia de la deducción con fundamento en que el Gerente utiliza su vehículo personal para las actividades de su cargo.

Por las anteriores consideraciones solicitó que se declare en firme la liquidación privada y se determine que no hay lugar a sanción por inexactitud.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Nación, además de reiterar lo ya expresado en otras oportunidades en defensa de la actuación administrativa, solicitó que se confirme también la sanción por inexactitud "en razón a que el contribuyente no la incluyó en su apelación".

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por el Procurador Séptimo Delegado en el Contencioso Administrativo, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. Adición de ingresos por ventas omitidas

El primer cargo del recurso, está dado por la inconformidad del actor frente a la adición de ingresos en cuantía de $54'584.375, que el Tribunal encontró ajustada a derecho.

Sostuvo que si bien la Administración tomó como base para efectuar la adición, el libro auxiliar de Pérdidas y Ganancias según el cual el inventario a 1o. de enero de 1987 estaba constituido por 20.000 unidades, desconoció que el registro en el libro auxiliar de compras arrojaba como inventariadas únicamente 10.000 unidades; explicó que la inconsistencia anterior tuvo origen en un error en la contabilización de las compras.

En primer lugar observa la Sala que la Administración de Impuestos, al practicar la inspección tributaria encontró que para el año gravable de 1987, la sociedad actora no exhibió el Libro de Inventarios, justificada en la pérdida de éste, lo cual demostró con un denuncio presentado en la Inspección de Girón; para la Sala reviste importancia el hecho de que la sociedad contribuyente no hubiese informado con anterioridad a la Administración del extravío del mencionado libro, tal como era su obligación.

Así las cosas, resultaba que al verificar los funcionarios de impuestos, la contabilidad de la contribuyente y establecer que ésta, además de no tener en su poder el libro de inventarios, los registros en los libros auxiliares eran inexactos, incompletos e inconsietentes, han debido proceder a imponer la correspondiente sanción por líbros de contabilidad, generada por las conductas descritas,

No obstante haber encontrado poco confiable la contabilidad de la sociedad, la Administración tomó como marco de referencia para elaborar la discutida adición de ingresos, "los registros contables que aparecían en los libros de contabilidad del contribuyente", tal como lo ha manifestado el apoderado de la Nación a lo largo de este juicio y les otorgó pleno valor probatorio para efectos de determinar como inventario inicial para 1987, el de 20.000 unidades.

Conforme a lo anterior, destaca la Sala, que la Administración no valoró con el mismo criterio los libros y documentos cuestionados, pues se apoyó en unos para adicionar, pero no aceptó otros como explicaciones, actitud que resulta censurable, en consideración a que al valorar probatoriamente los libros, los registros o los soportes, no se podían dividir y si se les aceptaba valor probatorio debían ser apreciados tanto en lo desfavorable, como en lo favorable.

Según se desprende de la actuación administrativa, los funcionarios realizaron una discriminación de las ventas, factura por factura y establecieron que las unidades vendidas por la actora en el año gravable de 1987, eran de 8.213 (fls. 27 a 29 Cdno. Ppal.); dedujeron omisión en ventas con base en las compras efectuadas el 23 de diciembre de 1986 y devolución de compras el 31 de diciembre de 1987, para concluir que la sociedad a 1o. de enero de 1987 poseía el doble de las unidades compradas el 23 de diciembre de 1986 y que la devolución que manifestó haber efectuado a 31 de diciembre de 1987, no fue veraz, pues no correspondió con la contabilidad del proveedor.

Al establecer que el inventario final de la contribuyente, a 31 de diciembre de 1987, estaba en cero–0–, infirió que todas las unidades atribuidas por la misma Administración, fueron enajenadas y fundamentada en los mismos precios anotados en facturas reales de ventas, calculó como ventas omitidas la suma de $54'584.375.

Vista así la actuación oficial, para la Sección resulta criticable, teniendo en cuenta que la inspección al no haber podido estar referida a todos los libros de la actora, como tampoco a comprobantes de terceros, los documentos facilitados por ella han debido ser apreciados y valorados en su integridad.

En efecto, dentro de tales documentos se cuenta la Nota Débito No. 2329 expedida el 23 de diciembre de 1986 (fl.527 Cdno No. 2 Antecedentes) y que textualmente explica: "Ajuste a la factura No. 2030908 del 23.12.86", que registró la operación así:

DETALLE

OLEOCALI	**CANTIDAD**	**UNID.**	**PARCIAL**	**TOTAL**
Caja con 6 garrafas	**1.600 x**	**433**	**692.800**	
Caja con 12 x 100 CC PVC	**8.000 x**	**292**	**2.336.000**	
Caja con 24 x 500 CC PVC	**400 x**	**301**	**120.400**	
				$ 3.149.200

Igualmente aparece la Factura No. 2030908 (fl. 526 Cdno No. 2 Antecedentes) a que hacía referencia la Nota Débito y que soporta compras realizadas el mismo día, 23 de diciembre de 1986, así:

PRODUCTO	**CANTID. UNIDAD.**	**PRECIO UNIT.**	**VALOR TOTAL**
Caja 6 garraf. x 3000 PVC	**1.600**	**5.413**	**8.660.800**
Caja 12 garraf. x 1000 PVC	**8.000**	**3.644**	**29.152.000**
Caja 6 garraf. x 500 PVC	**400**	**3.761**	**1.504.400**
	TOTAL A PAGAR		**$ 39.317.200**

Con base en los documentos transcritos, para la Sección es claro determinar que la Nota Débito fue un ajuste a la factura No. 2030908 que indicaba un aumento o corrección en el valor de la mercancía, pues fue en el mismo día 23 de diciembre, pero de ninguna manera constituyó una compra adicional que permitiera al ente fiscalizador duplicar el valor de las unidades; si bien en cada uno de los soportes aparecen referenciadas 10.000 unidades, la factura relaciona compras y la Nota Débito, el ajuste de precio de las mismas compras, vale decir, hacen referencia a las mismas 10.000 unidades.

Por otra parte, ingenuamente olvidaron los funcionarios inspectores que si era por deducción que determinaban la omisión de ventas, las mismas pruebas en que se apoyaban para establecerla, les demostraban los costos incurridos para obtener los discutidos ingresos; que por ascender al mismo valor, esclarecían que no había omisión de renta y por ende, carecía de objeto la adición.

De conformidad a lo expuesto, será aceptada la petición de la apelante con relación al incremento al inventario inicial puesto que la devolución en compras a diciembre 31 de 1987 ($7'527.000) ya había sido aceptada por el Tribunal y no fue objeto de recurso de apelación.

2o. Costos por Fletes

En relación con el rechazo de los costos por fletes en cuantía de $6'367.139, la Sala comparte, en este punto, lo decidido por el Tribunal, puesto que si bien resulta que el gasto discutido fue contabilizado como tal a cargo de la contribuyente, dentro del expediente no obra prueba de que se hubiese hecho efectivamente el desembolso por quien lo solicita como deducción.

No puede pasarse por alto el hecho de que las órdenes de cargue, *per sé*, no constituyen el soporte de la erogación, tal como lo pretende el recurrente, toda vez que éstas sólo se limitan a indicar qué clase de mercancía se despacha, su valor comercial, la ciudad de destino, quién es el tranportador, el número de placa del camión, la marca, el modelo, pero no hace referencia alguna sobre quién asume el gasto del flete, Las pruebas del pago que son las que echa de menos la Administración y ante la jurisdicción tampoco se aportaron.

3o. Gastos Vehículo

Frente al rechazo de los gastos de mantenimiento del vehículo del Gerente, en cuantía de $175.471, la Sala los acepta como deducción, teniendo en cuenta que los mismos son proporcionales, guardan relación de causalidad con la renta y su necesidad se juzga con criterio comercial.

En consecuencia la Sala practicará una nueva liquidación que refleje las partidas aquí aceptadas, que incluirá la sanción por inexactitud proporcional a las adiciones mantenidas, que también es objeto de este litigio.

CONCEPTO	BASE E IMPUESTO
Ingresos:	
Ventas Netas	$ 34.473.000
Servicios, honorarios y comisiones	38.874.000
Otros ingresos distintos de los anteriores	4.000
Total Ingresos Netos	73.351.000
Costos y Deducciones:	
Inventario inicial	42.466.000
Menos devolución compras del año 1986	7.527.078
Compras del período	501.144
Salarios, prestaciones y otros pagos laborales	14.389.000
Intereses y demás gastos financieros	134.000
Comisiones, honorarios y servicios	10.983.000
Otros costos y deducciones	3.672.000
Deducciones aquí aceptadas	175.471
Menos: Inventario final	0
Total Costos y Deducciones	64.793.537
Renta Líquida	8.557.463
Renta Líquida Gravable	8.557.463
Impuesto sobre la Renta Gravable (32%)	2.738.388
Total Impuesto a Cargo	2.738.388
Sanción por inexactitud 160% sobre $2.038.388	3.261.420
Sanción según Liquidación Privada	13.000
Total impuestos y sanciones a cargo por el año gravable 1987	6.012.808
Menos: Retención en la Fuente	2.751.000
SALDO A CARGO	$ 3.261.808

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. REVÓCASE la sentencia apelada.

2o. ANÚLASE la Liquidación Oficial No. 032 del 21 de febrero de 1992 y la Resolución No. 065 del 18 de marzo de 1993 expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Santander, mediante las cuales se determinó el Impuestos sobre la Renta a cargo de la sociedad actora por el año gravable de 1987.

3o. En su lugar, FÍJASE en la suma de SEIS MILLONES DOCE MIL OCHOCIENTOS OCHO PESOS ($6'012.808) M/CTE, el valor del Impuesto sobre la Renta y complementarios por el año gravable de 1987, a cargo de la sociedad DISTRIBUIDORA DE ACEITES Y GRASAS BUCARAMANGA "DACEGRA S.A. NIT: 890.210.816-3.

4o. RECONÓCESE personería al Dr. ALBERTO CAMARGO AYA para representar a la Nación –Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–.

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 A. FLOREZ ROJAS
Secretario

INTERÉS MORATORIO-Cómputo/**DÍA INHÁBIL/CÓMPUTO DE PLAZOS EN DÍAS/SANCIÓN MORATORIA**

Las expresiones de los apartes acusados del decreto reglamentario 1809 de 1989, en especial las que dice que hay fracción de mes de calendario cuando el atraso no excede de 30 días corridos o calendario, en ninguna forma significa que si el vencimiento cae en día inhábil se cause un mes más de sanción en razón de la fracción que alcanzó a correr hasta el mencionado día inhábil. En tales eventos, el plazo se prorroga o extiende hasta el primer hábil siguiente, o sea, que la obligación se puede cancelar en este último sin que haya lugar a causación de intereses por la fracción que alcanzó a correr en el nuevo mes. La interpretación dada por el Ministerio es la acertada pues está conforme con lo dispuesto por el artículo 62 del Código de Régimen Municipal, razón por la cual la prohija y adopta como fundamento para negar las pretensiones de la demanda que se fundó por lo dicho en una errónea apreciación o interpretación del artículo acusado.

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

Consejero Ponente: DR. JAIME ABELLA ZÁRATE.

Referencia: Expediente No. 5984. Actor: Manuel Armando González Cañón. Decreto Gobierno Nacional. FALLO.

El ciudadano MANUEL ARMANDO GONZÁLEZ CAÑÓN en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la nulidad del segundo inciso

del artículo 4o. del decreto reglamentario 1809 de 1989, relacionado con la forma de cómputo del término para liquidar la sanción legal por mora en el pago de impuestos, anticipos y sanciones y cuyo texto es:

> "Para tal efecto, se entiende que ha transcurrido un mes de retraso entre la fecha de exigibilidad del pago y la misma fecha de mes siguiente, y que hay una fracción de mes calendario, cuando al atraso en el pago no excede de 30 días corridos o calendario".

El actor considera que el Ejecutivo transgredió el artículo 634 del Estatuto Tributario en cuanto éste dispone que los contribuyentes o responsables que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones en su cargo "..... deberán liquidar y pagar los intereses moratorios, por cada mes o fracción de mes de calendario de retardo en el pago", porque se restringe su aplicación al definir los conceptos de "mes calendario" y "fracción de mes".

Entiende el accionante que si el mes de mora precluye en día no hábil, no es factible habilitar el día hábil siguiente para cumplir la obligación dentro del plazo de un mes y, teniendo en cuenta que la fracción no pueda tener más de 30 días, al cuantificar el término legal de la sanción por mora se presenta un mes y una fracción.

Considera que la situación expuesta contraria no solo al citado artículo 634 del E.T. sino el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, así como el art. 150, numerales 1 y 2, por exceso en la potestad reglamentaria y usurpación de la función del Congreso de hacer y modificar las leyes.

Mediante auto del 5 de diciembre de 1994 no se accedió a decretar la suspensión provisional solicitada. En el proceso se hizo presente oportunamente la apoderada especial del Ministerio de Hacienda para oponerse a las pretensiones de la demanda en escrito en el cual refuta la apreciación del actor pues debe entenderse y así lo ha entendido y ha aplicado la administración, que cuando la misma fecha del mes siguiente cae en día festivo o domingo, es decir, en día inhábil, la obligación correspondiente puede cumplirse el primer día hábil siguiente sin que este hecho implique que para el contribuyente surja la obligtación de cancelar otra fracción de mes, atendiendo normas de carácter superior como es el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal y en tal sentido produjo la Subdirección Jurídica el concepto de nov. 19 de 1990 copia auténtica acompaña.

El Ministerio Público –Procuraduría Octava Delegada– no se pronunció en el negocio que se atiende.

No observándose causal que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Es cierto, como lo afirma el actor, que el Estatuto Tributario en su artículo 634 que regula la sanción de los intereses moratorios en el pago de los impuestos, anticipos y

retenciones, ordena que el no cancelarlos oportunamente genera la obligación sancionatoria de liquidar y pagar intereses moratorios en el pago de los impuestos, anticipos y retenciones, ordena que el no cancelarlos oportunamente genera la obligación sancionatoria de liquidar y pagar intereses moratorios "por cada mes o fracción de mes calendario de retardo en el pago".

Las expresiones de los apartes acusados del Decreto Reglamentario 1809 de 1989, en especial la que dice que hay fracción de mes de calendario cuando el atraso no excede de 30 días corridos o calendario, en ninguna forma significa que si el vencimiento cae en día inhábil se cause un mes más de sanción en razón de la fracción que alcanzó a correr hasta el mencionado día inhábil, como lo ha entendido el actor.

En tales eventos, tal como lo explica la señora defensora del Ministerio de Hacienda, el plazo se prorroga o extiende hasta el primer día hábil siguiente, o sea, que la obligación se puede cancelar en este último sin que haya lugar a causación de intereses por la fracción que alcanzó a correr en el nuevo mes.

La interpretación dada por el Ministerio, plasmada en el oficio en el cual consta la respuesta que en tal sentido le impartió la Subdirección Jurídica es la acertada pues está conforme con lo dispuesto por el artículo 62 del Código de Régimen Municipal, razón por la cual esta Sala la prohija y la adopta como fundamento para negar las pretensiones de la demanda que se fundó por lo dicho en una errónea apreciación o interpretación del artículo acusado.

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

NO SE ACCEDE A ANULAR EL APARTE DEL SEGUNDO INCISO DEL ART. 4o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1809 DE 1989, OBJETO DE ESTA DEMANDA.

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 ZARATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES–Facultades/**LEY MARCO DE ACTIVIDAD BURSÁTIL/ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO/TITULARIZACIÓN DE ACTIVOS**

La competencia de la Superintendencia de valores para dictar los reglamentos contenidos en los actos acusados no está en manera alguna desvirtuada, máxime cuando el mismo actor menciona que correspondiéndole al Congreso la facultad de dictar leyes marco sobre la materia, expidió la Ley 35 de 1993 que lo es en relación con las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y que adicionalmente le otorgó las facultades extraordinarias al Presidente de la República que le permitieron expedir el Decreto 663 de 1993 por medio de la cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y que, por otra parte el Estatuto Orgánico del Mercado Público de valores le atribuye a la Sala General de la Superintendencia de Valores las atribuciones de las cuales hizo uso en la expedición de los actos acusados, sin que surja de una manera clara, nítida la alegada violación.

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

Consejero Ponente: DR. JAIME ABELLA ZÁRATE.

Referencia: Expediente No. 7088. Actor: IGNACIO CASTILLA CASTILLA contra Superintendencia de Valores - Supervalores. Resolución. AUTO.

En ejercicio de la acción pública del art. 84 del C.C.A. el ciudadano IGNACIO CASTILLA CASTILLA, promueve acción contra la Nación, representada por el Superintendente de Valores, para que se declare la nulidad de las Resoluciones 1394 de 1993 y 1032 de 1994 dictadas por la Sala General de la citada Superintendencia, por medio de las cuales se reguló la actividad bursátil en materia de titularización de activos.

Cumple la demanda los requisitos formales y está acompañada de los Boletines del Ministerio de Hacienda–Capítulo Superintendencia de Valores en los cuales se publicaron oficialmente los actos acusados. Por ello será admitida y pasa la Sala a decidir sobre la suspensión provisional que solicita sea decretada conforme a lo dispuesto por el artículo 152 del C.C.A., con las siguientes consideraciones. Aunque la Resolución 1032 de 1994 modificó más de la mitad del articulado de la Resolución 1394 de 1993 la nulidad y por ende la suspensión provisional la fundamenta, en resumen, en la circunstancia de haber sido dictada por la Superintendencia sin competencia para ello, porque la regulación de la actividad bursátil le corresponde al Gobierno Nacional, entendido éste por el conformado por el Presidente de la República y del Ministerio o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, según el artículo 115 de la Carta.

Entiende el actor que con la expedición de las resoluciones acusadas se violaron los artículos 150 numeral 19 y 189, numerales 24 y 25 de la Constitución por constituir un traslado de competencias asignadas al Gobierno Nacional y no a una Entidad como la Superintendencia de Valores por el Decreto 653 de 1993, por lo que informa ya presentó demanda de inexequibilidad ante la Corte Constitucional, que ya fue admitida.

Considera el demandante que "... las normas acusadas están ejerciendo una facultad legal (que es la de regular la actividad bursátil), esa misma atribución resulta inconstitucional puesto que esa función, según la Constitución, corresponde al Gobierno Nacional y dentro de ciertos parámetros que le fije el Congreso. O sea que esos actos, en gracia de discusión, podrían ser legales, pero son inconstitucionales".

La Sala CONSIDERA que sin necesidad de continuar la exposición del libelista el tema de la competencia de la Superintendencia de Valores para dictar los reglamentos contenidos en los actos acusados no está en manera alguna desvirtuada, máxime cuando el mismo actor menciona que correspondiéndole al Congreso la facultad de dictar leyes marco sobre la materia, expidió la ley 35 de 1993 que es lo que en relación con las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y que adicionalmente le otorgó las facultades extraordinarias al Presidente de la República que le permitieron expedir el Decreto 663 de 1993 por medio del cual se actualizó el Estatuto Orgánico del sistema financiero y, que por otra parte el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores le atribuye a la Sala General de la Superintendencia de Valores las atribuciones de las cuales hizo uso en la expedición de los actos acusados, sin que surja de una manera clara, nítida la alegada.

En tales condiciones no se encuentra configurado el presupuesto del artículo 152 del C.C.A. para que proceda la suspensión provisional pedida por el demandante, siendo necesario despejar el tema pero en el curso del proceso.

En consecuencia, el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (4).

RESUELVE:

1o. **ADMÍTESE** la demanda de nulidad de las Resoluciones 1394 de 1993 y 1032 de 1994 proferidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores, entablada por el ciudadano Ignacio Castilla Castilla, a quien se le tendrá como parte demandante.

En consecuencia se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante esta Corporación.

b) Notifíquese personalmente al señor Superintendente de Valores, a quien se le tendrá como representante de la Nación.

c) Fíjese en la lista el término de cinco (5) días para que la Entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar práctica de pruebas.

d) Solicítense al Ministerio de Hacienda y a la Superintendencia de Valores los antecedentes administrativos pertinentes y que hubiere sobre la expedición a las resoluciones acusadas.

2o. No se accede a decretar la suspensión provisional solicitada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y 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 GOMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

ACTUALIZACIÓN DE DEUDA TRIBUTARIA/PERÍODO DE GRACIA EN REAJUSTE DE DEUDA TRIBUTARIA/FACTOR DE ACTUALIZACIÓN

Dispone el decreto reglamentario 020 de 1994 en los artículos 1o. 3o. y 4o., cosa distinta a la establecida en la ley, porque ésta jamás se refirió a deudas con tres años o más de vencidas para ordenar su reajuste por todo el tiempo de mora, contado a partir de la fecha fijada para el pago por el reglamento y aquella en que ésta se efectúa. Desconoce así la norma acusada las expresiones "a partir del tercer año de mora" (inciso 1o.); "el ajuste se empezará a contar desde el 1o. de marzo siguiente a los 3 años contados a partir del vencimiento del plazo..." y "a partir del 1o. de marzo siguiente a los 3 años a partir de la fecha en que haya quedado en firme en la vía gubernativa la correspondiente sanción", contenidas en la norma superior (artículo 75 de la ley 6a. de 1992) que necesaria e inequívocamente conceden un plazo de gracia en el cual no se efectúa el reajuste. Obviamente la consecuencia económica para el contribuyente se hace más gravosa en el reglamento pues el sentido común indica, que lógica y matemáticamente es distinto tomar como en él se ordena para efectos del cálculo del factor de actualización de la deuda; todo el tiempo transcurrido desde el momento de su pago, que el ordenado por la ley, como período a tener en cuenta para el ajuste "1o. de marzo siguiente a los tres años contados a partir del vencimiento del plazo en que debió satisfacerse la obligación, o tratándose de sanciones" a partir del 1o. 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".

INTERÉS MORATORIO-Naturaleza/**CORRECCIÓN MONETARIA**-Improcedencia/**DERECHO FINANCIERO/DERECHO PÚBLICO/PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**-Deberes/**RECAUDO DE IMPUESTOS**

No resulta válido en esta ocasión el argumento expuesto por la apoderada de la demandada con fundamento en la teoría Keynesiana sobre la naturaleza compensatoria de los intereses, y la recuperación del valor del capital prestado para justificar el alcance del decreto, en la medida que permita reclamar corrección monetaria por todo el tiempo de mora de la obligación a fin de equilibrar la compensación cuando el interés moratorio no contempla daño emergente, porque tales concepciones aplicables en el derecho financiero y entre particulares, no son de recibo respecto de actividades ajenas al mismo como es la actividad de derecho público concerniente al recaudo oportuno de los impuestos que le impone el artículo 189 numeral 20 de la Constitución Política, al Presidente de la República, tributos que son establecidos por la ley para permitir el cumplimiento de los fines del Estado. Recaudo que es obligatorio e inmediato y que de ninguna manera puede diluirse en el tiempo con el único fin de obtener, gracias a la falta de diligencia de la Administración, en el cobro de los impuestos mayores ingresos tributarios que se presupuestan, pero que a la postre resultan teóricos e incobrables.

INTERÉS MORATORIO-Determinación/**TASA DE CAPTACIÓN/ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR**

No es cierta la afirmación, hecha por la demandada, de que la actualización de las obligaciones sea ajena al interés moratorio, para que pueda aplicarse independientemente de estos, con el fin de recuperar el valor adquisitivo del dinero, porque el interés moratorio previsto en la ley tributaria (art. 635 del Estatuto Tributario) se determina con base en la tasa de captación más representativa del mercado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, según certificación que al respecto emita la Superintendencia Bancaria, aumentada dicha tasa en una tercera parte, tasa que se duplica en febrero de cada año y que rige por doce (12) meses. En la determinación de la tasa de captación influye la oferta y demanda de dinero, y ella necesariamente involucra tanto el componente inflacionario como una rentabilidad real de la inversión; y que en Colombia, según se deduce el análisis comparativo de las tasas de interés certificadas por la Superintendencia Bancaria y de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE suministrados como antecedentes de los actos acusados por la demandada están por encima de Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, que tomó en cuenta para determinar el factor de actualización la Administración en los actos demandados, de de donde resulta: Si el interés moratorio = tasa de captación + (tasa captación x 1/3) y tasa de captación

= (IPC + rendimiento real) Entonces: Interés moratorio = IPC + rendimiento real + (IPC + rend. R) x 1)/3. Es decir que el interés de mora sí incluye la inflación, en la determinación de la tasa de captación y su incremento en una tercera parte.

ACTUALIZACIÓN DE DEUDA TRIBUTARIA/FACTOR DE ACTUALIZACIÓN

Analizada la resolución acusada se observa que evidentemente ella tomó como fundamento lo dispuesto en el Decreto 020 de 1994, como lo dice en sus consideraciones; y en cuanto según se deduce de los artículos 2o. y 3o. en el factor total de actualización se tomó el número total de meses (factor mensual) n-1, donde "n" es el número de meses de mora que se determina en igual forma que para la liquidación de los intereses moratorios, (es decir desde la fecha de vencimiento) y no a partir del tercer año como dispone la ley. En consecuencia también habrá de retirarse del ordenamiento jurídico.

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

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 5974. Actor: Walter Caicedo Urrego. Acción de nulidad contra los artículos 1o. y 4o. del Decreto Reglamentario 20 de enero 10 de 1994 expedido por el Presidente de la República, y de la Resolución 0828 del 2 de marzo de 1994 expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales. AUTORIDADES NACIONALES. FALLO.

El ciudadano WALTER CAICEDO URREGO en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de los artículos 1o. y 4o. del Decreto 20 expedido el 10 de enero de 1994 por el Presidente de la República, para reglamentar los artículos 867-1 del Estatuto Tributario y 108 de la Ley 6a. de 1992, y de la resolución 0828 del 2 de marzo de 1994, mediante la cual se establecen los factores de actualización de las obligaciones tributarias y aduaneras.

No observando la Sala causal de nulidad alguna, procede a dictar sentencia.

Los Actos Acusados

Los constituyen los artículos 1o., 3o. y 4o. del Decreto Reglamentario 20 del 10 de enero de 1994 y la Resolución 828 del 2 de marzo del mismo año que disponen:

"Decreto 20 de 1994.

"Artículo 1o.- El valor de las obligaciones tributarias pendientes de pago, por concepto de impuestos, anticipos, retenciones y sanciones, lo mismo que los

tributos, sanciones, multas y recargos aduaneros, que al momento de su cancelación hayan completado tres (3) o más años de mora, contabilizadas como se indica en el artículo 3o. de este Decreto, debe ser reajustado 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 año vencido transcurrido entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo para pagar y el 1o. de marzo inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago de la obligación en mora.

"Para efectos de establecer la variación acumulada anual del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el inciso anterior, se tomará la certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, entre el 1o. de marzo y 28 de febrero del año anterior".

"Artículo 3o. Son objeto de actualización las obligaciones que se encuentren las siguientes circunstancias:

"1. Las determinadas en las liquidaciones privadas contenidas en las declaraciones tributarias o aduaneras, cuando hayan transcurrido tres (3) o más años contados a partir de la fecha en que, según las disposiciones reglamentarias, debió efectuarse el pago sin que éste se hubiere hecho. Lo anterior se aplica igualmente a la declaración presentada en forma extemporánea.

"2. Los mayores valores determinados en la liquidaciones oficiales, se actualizarán cuando su pago se efectúe después del 1o. de marzo siguiente a los tres (3) años, contados desde la fecha en que, según las disposiciones reglamentarias, debió haberse cancelado la obligación correspondiente al período fiscal al que se refiere la liquidación oficial.

"Tratándose de cuentas adicionales, los tres (3) años se contarán a partir de la fecha de presentación de la declaración aduanera correspondiente.

"3. Las sanciones aplicadas mediante resolución independiente, se actualizarán cuando su pago se efectúe a partir del 1o. de marzo siguiente a los tres (3) años, contados a partir de la fecha en que haya quedado en firme en la vía gubernativa el correspondiente acto administrativo.

"4. Cuando la obligación se vaya a compensar total o parcialmente con la utilización de saldos a favor surgidos con posterioridad a la misma, la obligación se actualizará, si a ello hubiere lugar, antes de hacer la compensación. Cuando el valor de la obligación supere el saldo a favor, la diferencia no cubierta con la compensación se extinguirá cuando se efectúe el pago.

"No son objeto de actualización las obligaciones que se cancelen mediante compensación con saldos a favor de fecha anterior a la de aquéllas y hasta

concurrencia de dicho saldo a favor. El excedente de la obligación será objeto de actualización en los términos indicados en este Decreto.

"Para los efectos previstos en este artículo, se entiende que el saldo a favor surge el último día del período fiscal correspondiente al de la declaración que lo determina, momento éste en que se entiende efectuado el pago por compensación y en consecuencia fecha hasta la cual debe hacerse la actualización de la deuda, si a éllo hubiere lugar. Tratándose de pagos en exceso, la fecha de su surgimiento corresponde a la del pago.

"5. Las facilidades de pago deben expedirse con la actualización de las obligaciones a la fecha de suscripción, de acuerdo a lo preceptuando en el presente Decreto.

"En la resolución que otorga la facilidad de pago se deben calcular todas la cuotas de amortización. Las cuotas correspondientes que deben cancelarse con posterioridad al 1o. de marzo siguiente a dicha fecha, se deben reajustar con el último índice de Precios al Consumidor certificado al momento de la suscripción. Durante el tiempo que se autorice la facilidad para el pago, se hará la reliquidación sobre la actualización de la deuda que tenga una antiguedad igual o superior a tres (3) años, sin concluir los intereses, correspondientes a las cuotas insolutas, con la variación del Índice de Precios al Consumidor.

"En el evento en que se declare incumplida y sin vigencia una facilidad, los saldos insolutos con tres (3) o más años de mora debe ser actualizados de conformidad con lo dispuesto en este Decreto".

"Artículo 4o.- Las obligaciones que se encuentren en las circunstancias indicadas en el artículo anterior, se reajustarán con base en la aplicación que a cada una corresponda, según el número de años completos transcurridos entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo para pagar y el 28 de febrero inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago.

"El factor de actualización mencionado en el inciso anterior, es el valor por el cual debe ser multiplicada la obligación objeto de actualización. El producto así obtenido corresponde al valor del reajuste o cuantía que por actualización debe adicionarse a los demás conceptos que integren la obligación a cargo del contribuyente.

"La sumatoria del porcentaje correspondiente al incremento porcentual del índice de precios al consumidor y el de la tasa de interés, moratorio o corriente, no podrá ser superior a la tasa de interés considerada usuaria en el respectivo período de ajuste. En caso de serlo se reducirá hasta este límite".

"Resolución No. 0828 (2 de marzo de 1994)

"Por la cual se establecen los factores de actualización de las obligaciones tributarias y aduaneras".

"EL DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

"En uso de sus facultades legales, especialmente las consagradas en el artículo 13 literal f, del Decreto 2117 de 1992, y

CONSIDERANDO:

"Que el artículo 867-1 del Estatuto Tributario establece que las obligaciones tributarias deben actualizarse por inflación cuando su pago se efectúe a partir del tercer año de mora en adelante, con base en un porcentuaje equivalente al incremento porcentual del índice de precios al consumidor, nivel ingresos medios, certificado por el DANE.

"Que la H. CORTE CONSTITUCIONAL declaró exequible el Artículo 75 de la Ley 6 de 1992, que introdujo el citado Artículo 867-1 al Estatuto Tributario, mediante Sentencia C-549, Expediente D-311, de fecha noviembre 29 de 1993, donde se destaca que la actualización no es una sanción, sino una adecuación de la obligación tributaria a la realidad del momento, como expresión del principio de equidad.

"En otro aparte de la Sentencia, la H. CORTE CONSTITUCIONAL señala que, mientras el interés de mora es sancionatorio, la actualización es de naturaleza compensatoria.

"Que mediante el Decreto No. 20 del 10 de enero de 1993, el Gobierno reglamentó el Artículo 867-1 del Estatuto Tributario.

"Que todas estas consideraciones son igualmente válidas para las obligaciones aduaneras, por la remisión que en relación con ellas hace el Artículo 108 de la Ley 6 de 1992 al Artículo 867-1 del Estatuto Tributario.

"Que el inciso final del Art. 867-1 del Estatuto Tributario, lo mismo que el Decreto Reglamentario 20 de enero 10 de 1994, precisan que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales señalará actualmente la tabla contentiva de los factores que faciliten a los contribuyentes, usuarios aduaneros y al público en general, liquidar el monto a pagar durante la respectiva vigencia.

"Que el factor de actualización se estableció con base en el incremento porcentual del Índice de Precios al Consumidor, nivel ingresos medios, certificado por el DANE, conforme lo indica el citado Art. 867-1 del Estatuto Tributario.

"Que atendiendo a lo dispuesto por la H. CORTE CONSTITUCIONAL en la aludida sentencia, los factores de actualización establecidos en la presente resolución para actualizar impuestos, anticipos y retenciones, sólo cubren el componente inflacionario no involucrado en el pago de intereses moratorios.

"Que para los efectos indicados en el inciso tercero del Artículo 4o. del Decreto No. 20 de 1994, se hizo la conversión de la tasa de interés moratorio de aplicación

simple, a una tasa equivalente de interés efectivo, para poder comparar en términos reales la sumatoria de los intereses moratorios y el factor de actualización, con el interés máximo autorizado, tomado este último con base en el interés efectivo anual que cobraron los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria a febrero 28 de 1994.

RESUELVE:

"Artículo 1o.- Los factores mensuales de actualización de las obligaciones tributarias y aduaneras, por concepto de impuestos, anticipos y retenciones, son los contenidos en la siguiente tabla:

"Tabla para la actualización de obligaciones tributarias y aduaneras con tres o más de mora cancelados a partir del 1o. de marzo de 1994, por concepto de impuestos anticipos y retenciones.

RANGO VENCIMIENTO (1)	FACTOR MENSUAL APLICABLE A IMPUESTOS, ANTICIPOS Y RETENCIONES (2)
Mar 1/75 a feb 28/76	0.017829756
Mar 1/76 a feb 28/77	0.01763426
Mar 1/77 a feb 28/78	0.017484593
Mar 1/78 a feb 28/79	0.017415916
Mar 1/79 a feb 28/80	0.017161499
Mar 1/80 a feb 28/81	0.01679727
Mar 1/81 a feb 28/82	0.016358124
Mar 1/82 a feb 28/83	0.016078023
Mar 1/83 a feb 28/84	0.016174095
Mar 1/84 a feb 28/85	0.015999234
Mar 1/85 a feb 28/86	0.015508957
Mar 1/86 a feb 28/87	0.015112272
Mar 1/87 a feb 28/88	0.014022702
Mar 1/88 a feb 28/89	0.012420018
Mar 1/89 a feb 28/90	0.010320232

RANGO VENCIMIENTO (1)	FACTOR MENSUAL APLICABLE A IMPUESTOS, ANTICIPOS Y RETENCIONES (2)
Mar 1/90 a feb 28/91	0.006302169
Mar 1/91 a feb 28/92	0.002804983
Mar 1/92 a feb 28/93	0
Mar 1/93 a feb 28/94	0

(1) Período en que se vence el plazo para pago de la obligación.

(2) Factor mensual de actualización para impuestos, anticipos y retenciones.

"**Artículo 2o.-** Los factores mensuales de actualización de las obligaciones tributarias y aduaneras, por concepto de sanciones, son los contenidos en la siguiente tabla:

"Tabla para la actualización de obligaciones tributarias y aduaneras con tres o más años de mora cancelados a partir del 1o. de marzo de 1994, por concepto de sanciones.

RANGO VENCIMIENTO	FACTOR MENSUAL APLICABLE A SANCIONES (2)
Mar 1/75 a feb 28/76	0.018243608
Mar 1/76 a feb 28/77	0.018161451
Mar 1/77 a feb 28/78	0.018146859
Mar 1/78 a feb 28/79	0.018233062
Mar 1/79 a feb 28/80	0.018195742
Mar 1/80 a feb 28/81	0.01811675
Mar 1/81 a feb 28/82	0.018040933
Mar 1/82 a feb 28/83	0.01816274
Mar 1/83 a feb 28/84	0.018643837
Mar 1/84 a feb 28/85	0.019005567
Mar 1/85 a feb 28/86	0.019250448
Mar 1/86 a feb 28/87	0.019699907

RANGO VENCIMIENTO	FACTOR MENSUAL APLICABLE A SANCIONES (2)
Mar 1/87 a feb 28/88	0.0198483
Mar 1/88 a feb 28/8	0.019873563
Mar 1/89 a feb 28/90	0.019814195
Mar 1/90 a feb 28/91	0.018716462
Mar 1/91 a feb 28/92	0.017969801
Mar 1/92 a feb 28/93	0
Mar 1/93 a feb 28/94	0

(1) Período en que se vence el plazo para pago de la obligación.

(2) Factor mensual de actualización para sanciones.

"Artículo 3o.-El factor total de actualización de las obligaciones que se encuentren en las circunstancias indicadas en el artículo 3o. del decreto 20 del 10 de enero de 1994, se cancelará con la siguiente fórmula.

Factor total de actualización = [(1+(factor mensual))n-1]

Donde: n es el número de meses de mora que se determinan de igual forma que para la liquidación de los intereses moratorios, y

factor mensual es el correspondiente al respectivo rango de vencimiento de la obligación en la tabla No. 1 del artículo 1o. o en la tabla No. 2 del artículo 2o. de la presente resolución, según se trate de impuestos, anticipos y retenciones, o de sanciones.

"El monto de la actualización de la obligación se determinará multiplicando el valor de (sic) adeudado por el factor total de actualización.

"PARÁGRAFO. Para actualizar deudas surgidas con anterioridad al 1o. de marzo de 1975, el factor mensual de actualización será el correspondiente al primer intervalo de las tablas No. 1 o No. 2, según el caso.

"Artículo 4o.- Las facilidades de pago otorgadas entre el 1o. de marzo de 1993 y el 1o. de marzo de 1994, sólo se reliquidarán para agregar el valor de actualización en relación con los pagos que se hagan a partir de esta última 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 concordatorios y las facilidades de pago otorgadas en desarrollo de estos procesos, celebrados entre esas mismas fechas.

"Artículo 5o.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

"Publíquese y cúmplase.

"Dada en Santa Fé de Bogotá, D.C., a los 2 días del mes de marzo de 1994.

"PEDRO NEL OSPINA SANTA MARÍA

"(Fdo) Director de Impuestos y Aduanas Nacionales

"MAURICIO RODRÍGUEZ AGUDELO

(Fd.) Subdirector General DIAN" (subraya la Sala).

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de las normas transcritas al considerar que con su expedición se desconoció la jerarquía que tiene la ley sobre decretos y resoluciones y se violaron los incisos 1o. y 2o. del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, porque:

A) DECRETO 20 DE 1994

1.- A pesar del texto claro del artículo 75 inciso 1o. de la Ley 6a. de 1992 en cuanto ordena la actualización de deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones y sanciones, a partir del tercer año de mora, en el Decreto 20 de 1994 en su artículo 1o., so pretexto de reglamentar la ley, el Presidente de la República previó en forma distinta, al disponer el ajuste para las deudas que al momento de su cancelación hayan completado tres o más años de mora.

Analizado el significado de la expresión "a partir" contenida en la norma superior, con base en la definición contenida en el diccionario de la lengua española vigésima primera edición de 1992, se deduce que por voluntad de la ley el reajuste sólo se inicia a partir del tercer año de mora, lo que indica que hay un período de tres años en que la deuda no se reajustara, mientras que el decreto reglamentario al establecer que el reajuste se realiza si el pago se efectúa a partir del tercer año de mora desconoce el plazo inicial, al no decir que el valor de las obligaciones tributarias pendientes de pago, debe ser reajustado a partir del tercer año de mora.

Concluye que una cosa es actualizar desde el 1o. de marzo siguiente a los tres años contados a partir del vencimiento del plazo en que debieron de haberse cancelado, y otra cosa, es actualizar según el número de años completos transcurridos entre el 1o. de marzo siguientes al vencimiento del plazo para pagar y el 28 de febrero inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago.

Lo primero lo ordena la ley; lo segundo lo establece el decreto reglamentario, violando la ley, pues amplia la base del ajuste que determinó la ley.

Cita la sentencia del Consejo de Estado, expediente 0107 de enero de 1992 y concluye que el Decreto 20 de 1994 en un decreto reglamentario sin aptitud jurídica para contener disposiciones de carácter legislativo, en razón de las normas superiores que en el mismo se invocan como fundamento.

2.- De igual forma cuando el artículo 3o. del Decreto 20 de 1994 al contemplar la actualización de las deudas en él previstas y las circunstancias en que debían encontrarse desconoce el período de tres años previsto en la ley, y que no es objeto del ajuste, viola la norma superior que pretende reglamentar.

3.- De manera similar cuando el artículo 4o. inciso 2o., al referirse al factor actualización dice que "las obligaciones que se encuentren en las circunstancias indicadas en el artículo anterior, se reajustarán con base en la aplicación que a cada una corresponda, según el número de años completos transcurridos entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo para pagar y el 28 de febrero inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago". Desconoce el factor de actualización de que trata el inciso segundo, es más el inciso primero no dice nada concreto, pues el decir que las obligaciones se reajustarán con base en la aplicación que a cada una corresponda, no dice con base en qué aplicación.

Por lo tanto este primer inciso del artículo 4o. del Decreto 20 de 1994, que es la base para reglamentar el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, en el procedimiento de actualización, carece de la claridad que debe tener un decreto reglamentario lo que implica su nulidad y como la de los incisos posteriores.

Cita y transcribe en apoyo de sus planteamientos apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de julio 25 de 1991, proferida con relación al análisis de exequibilidad de la Ley 50 de 1990.

B) RESOLUCIÓN 0828 DE 1994:

Reclama se declare la nulidad de la resolución 828 del 2 de marzo de 1994, por estar basada en el decreto 20 de 1994 artículos 1o. y 4o. que exceden la potestad reglamentaria, y por violar ostensiblemente la Ley 6a. de 1992 artículo 75, ya que ordena el ajuste desde el vencimiento de la obligación, no como lo ordena la ley "a partir del tercer año de mora", sino cuando su pago se efectúe a partir del tercer año de mora en adelante, cosa que es totalmente diferente, pues en ningún momento expresó la ley que se ajustará la deuda cuando su pago se efectúe a partir del tercer año de mora en adelante.

La manifestación de que el ajuste deba efectuarse si el pago se realiza a partir del tercer año de mora, se deriva de la expresión de la ley, pues al ordenar el ajuste "a partir del tercer año de mora", supone que no debe estar cancelada la obligación y lógicamente que su pago se efectuará a partir del tercer año en adelante.

Afianza el argumento en el inciso 2o. del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, que tampoco respeta y por el contrario viola la Resolución 0828 de 1994 en su artículo 1o.,

cuando establece el "rango de vencimiento" y al definirlo como período en que se vence el plazo para el pago de la obligación, aplica la tabla desde el primer momento en que se vence la obligación, mientras que la norma superior ordena que tal actualización sólo se haga a partir del tercer año.

Acusa también a la Resolución de basarse en considerandos falsos.

a) Al expresar en su tercer considerando que mediante el Decreto 20 del 10 de enero de 1993, el Gobierno reglamentó el artículo 867-1 del Estatuto Tributario y mal podría el Gobierno reglamentar en 1993 una norma que no existía.

b) Porque los considerandos 7 y 8, que son la base para la expedición de las tablas para la actualización de las obligaciones violan lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-549 de 1993 numeral 1o. que dice:

> "DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, siempre y cuando la suma de los intereses de mora y la corrección monetaria, no supere el límite por encima del cual se considere usuario el interés cobrado por los particulares, y que la corrección monetaria no pueda ser doblemente considerada bajo la forma de interés moratorio o de ajuste por corrección monetaria".

Mientras que el considerando 8o. de la Resolución acusada expresa que:

> "...Se hizo la conversión de la tasa de interés moratorio de aplicación simple, a una tasa equivalente de interés efectivo, para poder comparar en términos reales la sumatoria de los intereses moratorios y el factor de actualización, con el interés máximo autorizado, tomado éste último con base en el interés efectivo anual que cobraron los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria a febrero 28 de 1994".

Y el Código Civil al hablar de interés máximo, es decir, el no usuario indica que está dado por "... el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación...". Mientras que el interés efectivo anual, en términos vulgares es el producido de un capital invertido en un período de tiempo reinvirtiendo los intereses. En otras palabras, es el interés producido por el capital y los intereses reinvertidos, y al contener estos últimos un componente inflacionario, se estaría liquidando doblemente tal componente en contravención a la sentencia antes señalada en cuanto precisa que la corrección nonetaria no puede ser doblemente considerada bajo la forma de interés monetario y de ajuste por corrección monetaria. Se viola igualmente el inciso 4o. del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 que establece que los intereses no son objeto de ajuste.

Con el fin de demostrar los efectos contrarios que resultan de aplicar las normas superiores, o las normas reglamentarias y resolución acusada, con oportunidad de la corrección de la demanda ilustra con un ejemplo numérico.

OPOSICIÓN

La entidad demandada mediante apoderada especialmente constituida para el efecto al contestar la demanda, se opone a los argumentos que sobre exceso de la potestad reglamentaria expone el actor porque a su juicio del artículo 867-1, que transcribe, se deduce que:

1) A partir de la expedición de la Ley 6a. de 1992 los contribuyentes, responsables, agentes de retención y declarantes que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones a su cargo, deben actualizar estos valores (reajuste) que por efectos de la inflación hayan perdido la capacidad adquisitiva que inicialmente poseían y que se fue consolidando en el transcurso del tiempo.

2) Como la ley no pretendía ser arbitraria esta norma dispone que la actualización tan sólo procede sobre deudas que hubiesen alcanzado un período de mora de 36 meses o más, lo cual queda claro cuando en la disposición se establece que los contribuyentes responsables, etc, que no cancelen oportunamente sus obligaciones "a partir del tercer año de mora DEBERÁN REAJUSTAR LOS VALORES DE DICHOS CONCEPTOS..." es decir, una vez hayan transcurrido los 36 meses de mora, (3 años) de que habla la ley.

En consecuencia resulta claro que la actualización de las obligaciones tributarias en mora, solo son objeto de actualización si tienen tres años de mora o antiguedad, de lo contrario la actualización no procede.

3) Con relación a la actualización la norma dispone que el factor que se debe aplicar es el porcentaje equivalente al incremento porcentual del Índice de Precios al Consumidor nivel ingresos medios certificado por el DANE, el cual se deberá acumular por año vencido corrido entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo y el 1o. de marzo inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago. De acuerdo con lo establecido por el decreto 20 de 1994 este fue el procedimiento a que estuvo sujeta la entidad para determinar los factores de actualización, que finalmente fueron consagrados en la Resolución 828 de 1994, cuya ilegalidad no ha demostrado el actor, puesto que su ejercicio numérico hipotético no entra a comprobar que en el establecimiento de dichos factores la entidad no aplicó las disposiciones del Decreto 20 de 1994 y 75 de la ley 6a., ya transcritos.

4) Como la norma no establece taxativamente que debe ser considerado como tiempo de mora a efecto de liquidar el porcentaje de actualización, se debe remitir a los demás conceptos que sobre este aspecto contiene el Estatuto Tributario. Normatividad que indica que la mora se genera al dejar vencer los plazos para cancelar las obligaciones tributarias, sin que se hubiese efectuado el pago.

Alega que el concepto mora, manejado en el Estatuto Tributario es el mismo aplicado en todas las ramas del derecho. Cita apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida el 24 de septiembre de 1937 que en lo pertinente afirmó:

"...Es así como las reglas sobre la ejecución de los contratos sufren excepciones cuando se debe dinero. La indemnización es esta clase de obligaciones presenta carácteres típicos: a) Sólo procede la moratoria, o sea que se puede exigir cuando el deudor no cumple a su tiempo". (Subrayas fuera del texto).

Y que en el mismo sentido dispone el artículo 608 del Código Civil, cuando expresa que el deudor está en mora:

"1. Cuando no haya cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley en casos especiales, determine que se requiera al deudor para constituirlo en mora;

...".

Lo cierto es que la mora va ligada al concepto de intereses, que tiene por objeto recuperar la utilidad que se a dejado de percibir en razón del incumplimiento; con relación a la actualización ocurre algo similar por cuanto lo que se pretende es recuperar el valor adquisitivo de la moneda, que por efectos de la inflación se ha perdido en el transcurso del tiempo, que por lo tanto debe cubrir el lapso durante el cual el capital estuvo expuesto a este fenómeno económico.

Fundamento que fue el que tuvo en cuenta el legislador al momento de proferir la norma, por cuanto la mora ya estaba regulada dentro del estatuto y se deduce por simple sentido común.

5) Alega que tratándose de liquidaciones oficiales y de sanciones la norma establece diversas formas de estimar al factor de actualización a aplicarse sobre obligaciones pendientes de pago variando el lapso que se debe tomar como referencia y que frente a los pagos o acuerdos de pago la norma estableció que se aplicarían los porcentajes de actualización sin perjuicio de los intereses de mora, los que se deben liquidar sobre el capital no actualizado y luego de transcribir los artículos 1o. y 4o. del Decreto 20 de 1994, concluye que en ellos se observó el contenido del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 pero con palabras diferentes que no varían su sentido.

Con relación a la Resolución 0828 de 1994, alega, que es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, la que hasta el momento no ha sido desvurtuada por el actor de acuerdo con lo que obra en su escrito de demanda, porque el factor competencia para expedir esta clase de actos fue radicado por la ley en el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales y no se ha acreditado que el procedemiento utilizado en su expedición sea contrario al artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, o a lo dispuesto por el Decreto 20 de 1994.

Tampoco existe violación de los artículos 150 numeral 12 y 189 numerales 10 y 11 de la Constitución Política, que el actor da a entender en la demanda, solo existe confusión de éste al interpretar la norma, puesto que de ninguna manera con ella se ha buscado crear una nueva contribución, como lo precisó la Corte Constitucional y por lo tanto sino se

trata de una nueva contribución fiscal (carácter de impuesto), no se puede pretender que se declare la nulidad de las normas objeto de demanda, por cuanto tan solo se limitan a reproducir el texto de la ley con palabras diferentes a las allí utilizadas. Es claro que la presunta violación invocada no se presenta en este caso y por lo tanto no es procedente su reconocimiento.

Con relación a la violación de la sentencia C-549 de 1993 de la Corte Constitucional, alega que de acuerdo con lo establecido por el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces al proferir sus fallos solamente están sometidos a la ley y la equidad; la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios de la actividad judicial, que pueden desconocer los jueces al proferir el fallo y en esta oportunidad la Corporación porque constitucionalmente dicho fallo tan sólo tiene carácter de criterio que puede ser (o no) teniendo en cuenta al momento de proferir su fallo.

Expone que la Corte equivocada en su sentencia sujetó la exequibilidad del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, a que la suma de los intereses moratorios y la corrección moretaria no superara el límite por encima del cual se considera usuario el interés cobrado por los particulares.

A pesar de que en los considerados diferenció muy bien el carácter de los intereses y de la actualización, afirmando que esta última no constituía interés, terminó concluyendo algo distinto a lo inicialmente manifestado, por cuanto tomó los dos valores para efectos de confrontarlos con el porcentaje máximo admitido, para que no se considerara el interés cobrado como usuario.

En su concepto uno es el sentido del término actualizar una deuda como adaptación del valor a su realidad y otro el interés moratorio que atiende a su concepto financiero (utilidad) que exige la corrección monetaria para equilibrar la compensación como precisó la Corte Constitucional en otra ocasión al decir: "puede suceder que la mora del deudor ocasione un daño que, con sólo el pago de intereses moratorios, no compense la depreciación monetaria. En este caso –señala la sentencia– podrá demostrar que, con el pago de intereses moratorios no queda cubierto integralmente. Pero hay que atender a la equidad para evitar abusos e injusticias en el reconocimiento simultáneo de intereses moratorios y corrección monetaria....".

"Es decir, cuando el interés moratorio no contemple el daño emergente, por razones de equidad se exige una corrección moretaria (actualización del valor de la deuda) para que compense ese daño emergente que el interés no cubrió parcialmente".

Expresa que de la sentencia C-549 de 1993 de la Corte Constitucional se deduce que:

a) El interés moratorio cobrado en materia tributaria tiene el carácter de sanción y por lo tanto no podría cobijarse bajo el concepto de interés compuesto que comprende tanto

el lucro cesante como el daño emergente. El daño emergente en este caso no se presenta por tratarse de una sanción.

b) La actualización busca adaptar el valor de la obligación a la realidad, razón por la cual puede y debe adaptarse en forma independiente de los intereses moratorios, siempre que dichos intereses no cobijen los conceptos de daño emergente y lucro cesante, porque allí se cobraría doblemente por un mismo concepto (daño emergente), lo cual resulta inequitativo.

Entonces, si se trata de conceptos distintos no entiende porque en ella se exige que su sumatoria no exceda del máximo interés adminisible de acuerdo con la ley para ser cobrados por parte del acreedor.

Para finalizar afirma que no se pueden aceptar los argumentos del actor, relacionados con la nulidad por cuanto los actos demandados son de carácter general (Decreto 20 de 1994 y Resolución 428 de 1994), y que para que se pueda establecer que se supere el límite fijado por la Superintendencia Bancaria (de aceptarse esta tesis), se debe recurrir a cada caso particular en los que se plasme una decisión en este sentido por parte de la Administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor al alegar de conclusión además de reiterar los argumentos de la demanda, observa que la contestación a la misma (p. 11, 12) la apoderada de la entidad demandada:

1) No solo admite la violación de la sentencia C-549/93, sino que la cuestiona y antes de desvirtuar que el Decreto 20 y la Resolución 828 violan el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, que aunque fue declarado exequible tiene dos limitaciones, desconoce las órdenes allí impartidas para exponer criterios sobre el daño emergente y el lucro cesante, cuando en esta oportunidad no se trata de cuestionar tal decisión que, contrariamente a lo por ella alegado es imperativa y no un simple criterio.

A su juicio también es errado el argumento expresado por la demandada en el sentido de no ser viable la demanda sobre normas de carácter general sino que debía recurrirse a cada caso particular, en las que se plasme una decisión en este sentido por parte de la Administración porque ello equivaldría a dejar en manos de la Administración a los contribuyentes y que quien se diera cuenta, tuviera que interponer obligatoriamente recursos para obtener así el reconocimiento de sus derechos.

2) Admite taxativamente la violación del inciso 2o. del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, por el Decreto 20 de 1994 artículos 1o. y 4o. y por la Resolución 828 de 1994 cuando a folio 178 del expediente numeral 5 afirma que:

> "Tratándose de liquidaciones oficiales y de sanciones la norma establece distintas formas de determinar el factor de actualización a aplicarse sobre las obligaciones pendientes de pago, variando el lapso que se debe tomar como referencia".

3) En igual forma admite la violación del inciso 1o. artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, cuando acepta que el contenido del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 "fue retomado con palabras diferentes que no varían el sentido de la disposición que estaban obligadas a observar los actos administrativos, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa".

Aseveración que en cuanto a no contradecir la norma superior, no es cierta, porque como lo expresó en la demanda la Ley 6a. de 1992 artículo 75 inciso 1o. ordenó ajustar las obligaciones "a partir del tercer año de mora...", no desde su vencimiento como lo dispusieron el Decreto 20 y la Resolución 828 de 1994.

El Decreto 20 de 1994 en su artículo 1o. dispuso que se ajustarán las obligaciones que al momento de cancelación hayan completado tres (3) o más años de mora..., palabras totalmente diferentes a las contenidas en la ley y varían absolutamente su sentido.

El que una obligación deba ajustarse cuando haya completado tres o más años de mora es una consecuencia de lo ordenado por la ley; "se debe ajustar a partir del tercer año de mora". Pero la esencia de los ordenado por la ésta, es que el ajuste se inicia (a partir de) cuando se hayan completado tres años de mora. Pues no habla la ley de retroactividad para hacer el ajuste, ordena y reitera que sea a partir del tercer año de mora.

Como bien lo manifiesta la apoderada de la parte demandada en el numeral 4 página 7 de la contestación de la demanda (folio 178 del expediente 5974), el deudor se encuentra en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. Y si se retoma lo ordenado por la ley cuando dice que el ajuste se deberá efectuar a partir del tercer año de dicha mora, se da la clara violación de la ley por las normas acusadas.

Además, la apoderada en la parte demandada en la página 6 de la contestación de la demanda numeral 2, (folio 177 del expediente 5974) admite el hecho cuando dice:

> "En consecuencia resulta claro que la actualización de las obligaciones tributarias en mora, solo son objeto de actualización si tienen 3 años de mora o antiguedad de lo contrario la actualización no procede".

Precisa que en la demanda en todo momento ha manifestado que la Ley 6a. de 1992 en su artículo 75 no manifestó que la actualización debería hacerse si la deuda tenía tres años de mora, sino que muy claramente expresó que los contribuyentes que no cancelen oportunamente las obligaciones, las deberán reajustar a partir del tercer año de mora.

La expresión de la Ley 6a. de 1992 en su artículo 75: "...a partir del tercer año de mora..." indica en inicio del ajuste, es decir, el momento a partir del cual se debe ajustar las obligaciones fiscales. El hecho de que la actualización solo proceda sobre deudas que hayan alcanzado un período de mora de 36 meses o más es la consecuencia de lo establecido por la norma, pero no es lo que la norma estableció. Esta determinó que el ajuste se debe efectuar a partir del tercer año de mora y no antes.

Adicionalmente expone sobre el concepto de "equidad" que deben contener las normas tributarias para encontrar una justificación más a la decisión de la ley de que el ajuste se efectúe a partir del tercer año de mora, que implica que todo contribuyente disponen de tres años para pagar sin que haya lugar a efectuar el reajuste.

Concepto que a su vez implica que todos los contribuyentes están en igualdad de condiciones, y no que castigue doblemente al deudor moroso cobrándole el ajuste desde el vencimiento de la obligación.

Por último califica de improcedente la solicitud que hace la apoderada de la demandada en el sentido que al momento de fallar la acción de nulidad se tome en cuenta el fallo proferido por la Sala el 3 de febrero de 1995 en el proceso 5822, porque si bien en dicha oportunidad se negaron las súplicas de la demanda, el fundamento para la decisión fue diferente.

La apoderada de la demandada al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda acerca de la legalidad de las normas acusadas, y luego de trascribir el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, concluye que conforme a lo allí dispuesto: Todas las obligaciones fiscales de los contribuyentes, que se encuentren en mora son objeto de actualización si dejan transcurrir más de 3 años desde la fecha en que se debió efectuar el pago, sin que éste se hubiere realizado. Tal es la filosofía de la norma y encuentra su respaldo en las siguientes premisas:

Los contribuyentes se encuentran obligados a presentar sus obligaciones y pagar los tributos a su cargo dentro de los plazos que para tal efecto le señale la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El dejar de pagar las obligaciones tributarias dentro de los plazos concedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales permite que se estructure la mora que trae como consecuencia la liquidación y pago de unos intereses por cada mes o fracción del mes de retardo del pago.

Ahora, cada peso que se deja de pagar en fisco se encuentra diariamente a los efectos de la inflación que genera una pérdida de capacidad adquisitiva en el dinero. La actualización de las obligaciones fiscales le garantiza a la Administración que puede cobrar el valor que en términos reales corresponde al momento de la obligación que se encuentra en mora.

La Ley 6a. adoptó el criterio de que en el lapso de tres años es en donde se ve más reflejado el efecto que la inflación produce sobre el dinero y por ello estableció que solo las deudas se presentarán una mora mayor a tres años serían objeto de actualización.

En las liquidaciones privadas y oficiales que determinan un mayor valor a pagar, es claro que lo que ha sido expuesto a la inflación es el valor de la suma que debió haber sido cancelada dentro del plazo concedido para declarar y por lo tanto la norma establece que el término de los tres años se empiece a contar a partir de dicha fecha.

Lo mismo se presenta en relación con las sanciones, respecto de las cuales la ley reconoce que su exigibilidad se presenta a partir de la fecha en que sean confirmadas en la vía gubernativa, razón por la cual el término de los tres años tomados como parámetro por ley, solo puede empezar a contarse a partir de esta fecha.

Afirma que la expresión contenida en la norma que hace alusión "al año vencido corrido entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo y el 1o. de marzo inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago", solo tiene por objeto establecer el período dentro del cual debe ser acumulado el Índice de Precios al Consumidor, nivel ingresos medios, para efectos de establecer el factor de actualización a que estarían sujetas las obligaciones que se encuentran con mora de tres años o más años en el pago de las obligaciones.

Plazo que se rige por las mismas normas que regulan el de mora porque en ambos casos se sanciona el no pago oportuno de la obligación fiscal.

Con consideraciones similares reitera la legalidad del artículo 4o. del Decreto 20 de 1994 y por ende deduce la legalidad de la Resolución 0828 de 1994 que se fundamentó en él.

Se refiere al ejemplo desarrollado por el actor para acusarlo de incurrir en error ostensible aunque admite que la Dirección de Impuestos y Aduana Nacional realizó una equivalencia de las tasas de interés de mora de aplicación simple a una tasa de interés compuesto.

Equivalencia de tasas que permite hacer la comparación real con el fin de no sobrepasar la limitación planteada por la Corte Constitucional.

Explica la forma del cálculo del factor total, utilizando el factor mensual aplicable para impuestos de la columna 2, tabla No. 1 (artículo 1o. de la Resolución 828 de 1994) y la forma de actualización contenida en el artículo 3o. *ibídem.*

Actualización en la que bajo los supuestos del ejemplo del actor, toma el factor mensual por el número de meses transcurridos desde el momento en que supuestamente se hizo exigible la obligación (Art. 123-1 Estatuto Tributario) para obtener un factor de actualización $6.045.077.964, sobre tal obligación, equivalente al acumulado del Índice de Precios al Consumidor durante el período de mora, que ilustra gráficamente.

Píde se reconozca la legalidad de los actos acusados.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, expone que a su juicio no existen las violaciones alegadas por el actor como generadoras de nulidad de los actos administrativos acusados, porque cuando el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 establece que "a partir del tercer año de mora se deberán reajustar

los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones en un porcentaje equivalente al incremento porcentual del Índice de Precios al Consumidor nivel medio, certificado por el DANE por año vencido, calculado entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo y el 1o. de marzo inicialmente anterior a la fecha del respectivo pago lo que dispone la norma es que: "quien no haya concurrido a pagar sus obligaciones por un término no inferior a tres años, al efectuar el pago de ellas debe reajustar el monto de su obligación en la forma allí establecida, haciendo el cálculo por año vencido y desde el 1o. de marzo siguiente al vencimiento de plazo". Plazo que no puede ser distinto al que tenía el obligado para pagar sus obligaciones al fisco y por lo tanto el ajuste debe comprender todo el tiempo transcurrido desde el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo que tenía el contribuyente para cancelar su obligación tributaria.

A su juicio eso fue lo que estableció el artículo 1o. del Decreto 020 de 1994, que no está diciendo cosa distinta de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, la diferencia radica en que aquel toma como punto de referencia para redactarlo, el del pago que debe hacer el contribuyente, momento en el cual debe efectuarse la liquidación para aclarar el texto de la norma reglamentada que hace referencia a la mora simplemente sin determinar expresamente el fenómeno del pago.

Le resulta inaceptable el planteamiento que hace el actor en el sentido de que el artículo 75 le da un beneficio a gracia al contribuyente moroso de tres (3) años durante los cuales su obligación no está sujeta a ajuste o indexación, colocándolo en iguales condiciones con el contribuyente que ha concurrido al pago antes del vencimiento de los tres años a que se refiere la ley y su decreto reglamentario, por cuanto precisamente el espíritu de la ley es el de que aquellos contribuyentes o responsables que estén en mora pero que concurran o hayan concurrido al pago de sus obligaciones antes de vencerse el término de los tres años, se beneficien con el pago neto de la obligación sin ajuste o indexación del capital debido, más los intereses moratorios y, por el contrario, quienes hayan dejado vencer dicho término tengan que pagar la obligación con el ajuste correspondiente del capital en el porcentaje equivalente al aumento del índice de precios al consumidor, nivel medio, más los intereses moratorios liquidados sobre el original.

Afirma que la tesis del demandante no tiene lógica ni equidad algunas pues mide con el mismo rasero a quienes pagan, si no oportunamente, si antes del vencimiento de los tres años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación, con aquellos que dejaron vencer el término de gracia establecido por la ley.

Concluye que, como lo confirma el artículo 4o. del Decreto 020 de 1994 el plazo de los tres años consagrados por la ley es un plazo de gracia para quienes concurran a pagar antes de su vencimiento, gracia que consiste en no ajustar su obligación con el incremento porcentual del Índice de Precios al Consumidor y que por el contrario es imperativo hacerlo para quienes pretendan cancelarla después del vencimiento de los tres años. Interpretacion de la norma legal que encuentra ajustada al espíritu y texto de la ley.

En su entender la intención del legislador fue la de ajustar las obligaciones en mora que se pretendan cancelar con posterioridad a los tres años, contados desde la fecha en que dichas obligaciones se hicieron exigibles, y por ello le dá un tratamiento diferente a los mayores valores establecidos mediante la liquidación oficial, que necesariamente son posteriores en su exigibilidad a los valores provenientes de las declaraciones privadas tanto de los contribuyentes como los agentes de retención.

Con relación a la Resolución 828 de 1994, estima que como ella ha sido atacada como consecuencia de la nulidad impetrada para los artículos 1o. y 4o. del Decreto 020 de 1994, no cabe considerar su nulidad por cuanto que dicha resolución no fue glosada por su contenido propiamente dicho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Interpretación de la demanda.

Previamente al conocimiento de fondo de la nulidad planteada observa la Sala que aún cuando la demanda adolece de cierta imprecisión y ambiguedad y a pesar de que el actor no señaló específicamente como demandado el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 020 de 1994 a folios 11 y 12 de la demanda numeral 5.1.2 se refiere a este artículo para cuestionarlo frente al artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 inciso 1o., en razón que tampoco el artículo 3o. reglamento el período de tres (3) años que no es objeto de ajuste, y desconocer que el ajuste debería efectuarse a partir del tercer año de mora.

Luego, a folios 17 y 18 se refiere al mismo artículo 3o. para enfrentarlo al inciso 2o. del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 y deducir que faltó por lo tanto en el Decreto 020 de 1994, decir que el valor de la obligación tributaria pendiente de pago debe ser reajustado a partir de tercer año de mora.

Hecho que reitera nuevamente a folios 44 y 45 de la demanda numeral. 8.1.2., estableciendo una íntima conexión con los artículos 1o. y 4o. acusados, para inferir de un contexto armónico la violación de la norma superior, razón por la cual la Sala interpretando la demanda incluye en el juzgamiento del artículo 3o. del Decreto 020 de 1994.

La Cuestión de Fondo.

Dispone el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992:

"Actualización del Valor de Obligaciones Tributarias pendientes de Pago.

"Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 867-1. Actualización del valor de las obligaciones tributarias pendiente 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 reajustar 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 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 trata de mayores valores establecidos mediante liquidación oficial el período a tener en cuenta para el ajuste, se empezará a contar desde el 1o. de marzo siguiente a los tres años contados a partir del vencimiento de plazo en que debieron haberse cancelado de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable a que se refiere la correspondiente liquidación oficial.

"En el caso de las sanciones aplicadas mediante resolución independiente el período se contará a partir del 1o. 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 esta 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 factores que faciliten a los contribuyentes liquidar el monto a pagar durante la respectiva vigencia". (Subraya la Sala).

El contexto literal de la norma transcrita es claro en sus incisos en cuanto indica, que todos aquellos contribuyentes, responsables o agentes de retención que no cancelen en la oportunidad debida los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones, deben reajustar a partir del tercer año de mora, y no antes, los valores por dicho concepto".

Prevé también la ley que el ajuste de las deudas por tales conceptos debe hacerse en un porcentaje equivalente al incremento porcentual del índice de precios al consumidor nivel de ingresos medios, por año vencido corrido entre el 1o. de marzo siguiente "al vencimiento de plazo, y el 1o. de marzo inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago", índice certificado por el DANE.

Se refiere la norma obviamente a las deudas vencidas por tres o más años de mora, únicas que deben reajustarse una vez vencido el plazo que prevé la disposición especial, esto es, de los tres años durante los cuales no exige la ley el reajuste, es decir que en los primeros tres años de mora en el pago de la obligación no es obligatorio el ajuste de la

deuda por el índice de Precios al Consumidor, sólo por el período contado a partir del mes de marzo correspondiente al cuarto año y hasta el 1o. de marzo inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago, deberá reajustarse a la obligación.

Afianzan esta concepción los incisos 2o. y 3o. de la misma norma, cuando señalan respectivamente de manera clara e inequívoca, para descartar toda duda, que respecto de los mayores valores establecidos en liquidación oficial, (obviamente los que por ser objeto de discusión no se hubieran pagado), que "el período a tener en cuenta para el ajuste se empezará a contar desde el 1o. de marzo SIGUIENTE a los tres (3) años, contados a partir del vencimiento del plazo del respectivo año o período gravable al que se refiera la correspondiente liquidación oficial. (Subraya la Sala).

De manera similar al inciso 3o. señala enfáticamente para efectos de reajuste de sanciones insolutas, aplicadas mediante resolución especial que "El período se contará a partir del 1o. de marzo siguiente a los tres (3) años contados desde la fecha en que haya quedado en firme en la vía gubernativa la correspondiente sanción". Sin lugar a dudas cuando el inciso 1o. del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, señala el valor del reajuste y para el efecto hace mención al Índice de Precios al Consumidor por año vencido corrido entre el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo, se está refiriendo al de tres (3) años previsto de manera especial para efectos del ajuste en la misma disposición.

No podía referirse la ley a la fecha de pago de la liquidación privada de los impuestos, retenciones o anticipos o al determinado en las liquidaciones oficiales, por que ellos sólo tienen relevancia para el cálculo de la sanción de mora que es cosa distinta al reajuste de valores y que no es aplicable al respecto de las sanciones tributarias. Refuerza esta conclusión la misma Ley 6a. de 1992 cuando en su artículo 75 inciso 5o. estipula que:

> "...Lo dispuesto en este artículo se aplicará a todos los pagos o acuerdos de pago que se realicen a partir del 1o. 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". (Subraya la Sala).

Se concluye así que fue voluntad del legislador que durante el término de tres (3) años, contado a partir de la fecha de exigibilidad de una obligación, por concepto de impuesto de renta, ventas, timbre, retenciones y sanciones relacionadas con los mismos tributos, no se hiciera reajuste de la deuda, sin perjuicio de los intereses de mora, por el mismo período, pues en esta materia la Ley 6a. de 1992 no trajo variación.

Hecha las anteriores consideraciones analiza la Sala las normas acusadas.

1) Decreto 020 de 1994, artículos 1o., 3o. y 4o.

El artículo 1o., transcrito en el acápite "el acto acusado", ordena el reajuste del valor de la obligación tributaria por los conceptos allí indicados que al momento de su

cancelación hayan completado tres o más años de mora, contabilizados como lo ordena el artículo 3o. del mismo decreto anteriormente transcrito.

Esta última norma determina el ajuste de los impuestos, retenciones y anticipos contenidos en las liquidaciones privadas cuando han transcurrido tres (3) o más años, contados a partir de la fecha en que según las disposiciones reglamentarias debió efectuarse el pago, sin que este se hubiera hecho; de los mayores valores determinados en la liquidación oficial, cuando su pago se efectúe después del 1o. de marzo siguiente a los tres años contados desde la fecha en que según las disposiciones reglamentarias, debió haberse cancelado la obligación; y de las sanciones, cuando su pago se efectúe a partir del 1o. de marzo siguiente a los tres años, contados a partir de la fecha en que haya quedado en firme en la vía gubernativa el correspondiente acto administrativo.

Ajuste que, como ordena el artículo 4o., se hace con base en un valor de actualización en cuyo cálculo se toma el índice de Precios al Consumidor correspondiente al número de años completos trasncurridos desde el 1o. de marzo siguiente al vencimiento del plazo establecido en el reglamento para pagar los impuestos, retenciones y anticipos adeudados el 28 de febrero inmediatamente anterior a la fecha del pago, que se aplica al valor de la obligación insoluta.

Dispone así el Decreto Reglamentario 020 de 1994 en los artículos 1o., 3o. y 4o. cosa distinta a la establecida en la ley, porque esta jamás se refirió a deudas con tres o más años de vencidas para ordenar su reajuste por todo el tiempo de mora, contado a partir de la fecha fijada para el pago por el reglamento y aquella en que ésta se efectúa. Desconoce así la norma acusada las expresiones: "a partir del tercer año de mora" (inciso 1o.), "el ajuste se empezará a contar desde el 1o. de marzo siguiente a los 3 años contados a partir del vencimiento del plazo..." y, "a partir del 1o. de marzo siguiente a los 3 años contados a partir de la fecha en que haya quedado en firme en la vía gubernativa la correspondiente sanción", contenidas en la norma superior (artículo 75 de la Ley 6a. de 1992) que necesaria e inequívocamente conceden un plazo de gracia en el cual no se efectúa el reajuste.

Obviamente la consecuencia económica para el contribuyente se hace más gravosa en el reglamento pues el sentido común indica, que lógica y matemáticamente es distinto tomar como en él se ordena para efectos del cálculo del factor de actualización de la deuda, todo el tiempo transcurrido desde el momento en que debió satisfacerse una obligación hasta el momento de su pago, que el ordenado por la ley, como período a tener en cuenta para el ajuste "1o. de marzo siguiente a los tres años contados a partir del vencimiento del plazo en que debió satisfacerse la obligación, o, tratándose de sanciones "a partir del 1o. 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".

Es decir que el reglamento como lo demuestra claramente en su ejemplo la apoderada de la demandada incluye en el factor total de actualización 36 meses adicionales que la ley

no previó contraria el querer de la norma superior, razón por la cual los artículos 1o., 3o. y 4o. del Decreto 020 de 1994 deberán retirarse del ordenamiento jurídico, no solo por violación de la norma superior en que debieran fundarse, sino porque al ampliar, contrariando los efectos de la ley, se incurrió en indebido ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

No resulta válido en esta ocasión el argumento expuesto por la apoderada de la demandada con fundamento en la teoría Keynesiana sobre la naturaleza compensatoria de los intereses y la recuperación del valor del capital prestado para justificar el alcance del decreto, en la medida que permita reclamar corrección monetaria por todo el tiempo de mora de la obligación a fin de equilibrar la compensación con el interés moratorio no contempla daño emergente, porque tales concepciones aplicables en el derecho financiero y entre particulares, no son de recibo respecto de actividades ajenas al mismo como es la actividad de derecho público concerniente al recaudo oportuno de los impuestos que le impone el artículo 189 numeral 20 de la Constitución Política, al Presidente de la República, tributos que son establecidos por la ley para permitir el cumplimiento de los fines del Estado.

Recaudo que es obligatorio e inmediato y que de ninguna manera puede diluirse en el tiempo con el único fin de obtener, gracias a la falta de diligencia de la Administración, en el cobro de los impuestos mayores ingresos tributarios que se prtesupuestan, pero que a la postre resultan teóricos e incobrables.

Como se deduce de los antecedentes de la expedición del artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, no fue voluntad de la ley otorgar a la Administración una nueva fuente inercial de ingresos, sino neutralizar el beneficio financiero que tienen los contribuyentes en el no pago oportuno de sus obligaciones tributarias. (Ponencia para primer debate, pliego de modificación, que sustituye el artículo 49 del proyecto inicial, que contenía un régimen gradual de intereses moratorios).

Oportunidad que exige desde luego la actividad diligente de la Administración, previa tasación justa, equitativa y legal del tributo, más aún cuando ésta se encuentra dotada de instrumentos legales adecuados para su determinación y cobranza y cuando la misma ley ha establecido solidaridad para el pago de deudas fiscales.

De otra parte tampoco es cierta la afirmación, hecha por la demandada, de que la actualización de las obligaciones sea ajena al interés moratorio, para que pueda aplicarse independientemente de éstos, con el fin de recuperar el valor adquisitivo del dinero, porque el interés moratorio previsto en la ley tributaria (art. 635 del Estatuto Tributario) se determina con base en la tasa de captación más representativa del mercado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, según certificación que al respecto emita la Superintendencia Bancaria, aumentada dicha tasa en una tercera parte, que se publica en febrero de cada año y que rige por doce (12) meses.

En la determinación de la tasa de captación influye la oferta y demanda de dinero, y ella necesariamente involucra tanto el componente inflacionario como una rentabilidad real de la inversión; y que en Colombia, según se deduce del análisis comparativo de las tasas de interés certificadas por la Superintendencia Bancaria de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE suministrados como antecedentes de los actos acusados por la demanda (Fls. 153 a 171 cdno. ppal.) están por encima del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, que tomó en cuenta para determinar el factor de actualización la Administración en los actos demandados.

De donde resulta:

$$\text{Si interés moratorio} = \text{tasa captación} + \frac{(\text{tasa captación} \times 1)}{3}$$

Y tasa captación = (IPC + rendimiento real)

Entonces

$$\text{Interés moratorio} = \text{IPC} + \text{rendimiento real} + \frac{(\text{IPC} + \text{rend.R}) \times 1)}{3}$$

Es decir que el interés de mora sí incluye la inflación, en la determinación de la tasa de capatación y su incremento en una tercera parte.

De ahí que la Corte Constitucional en el fallo C-549 de 1993, cuyo desconocimiento reclama la demandada, haya sentenciado que la suma del interés de mora y la corrección moratoria no pueda superar el límite por encima del cual se considera usurario el interés cobrado por los particulares, y que la corrección monetaria no pueda ser doblemente considerada, ya sea bajo la forma de interés moratorio o de ajuste por corrección monetaria.

2.- Resolución 0828 del 2 de marzo de 1994.

El fundamento invocado para la nulidad de esta resolución fue el hecho de estar basada en el Decreto Reglamentario 020 de 1994 que excede la potestad reglamentaria, al ordenar el ajuste desde el vencimiento de la obligación y no "a partir del tercer año de mora" como lo prevé la Ley 6a. de 1992 en su artículo 75.

Analizada la Resolución acusada observa la Sala que evidentemente ella tomó como fundamento lo dispuesto en el Decreto 020 de 1994, como lo dicen en sus considerandos, especialmente cuando señala en el último, que para los efectos indicados en el inciso 3o. del artículo del Decreto:

> ".... Se hizo la conversión de la tasa de interés moratorio de aplicación simple a una tasa equivalente de interés efectivo para poder comparar en términos reales la

sumatoria de los intereses moratorios y el factor de actualización, con el interés máximo autorizado, tomado este último con base en el interés efectivo anual que cobraron los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria a febrero 28 de 1994. (Subraya la Sala).

Y en cuanto, según se deduce de los artículos 2o. y 3o., en el factor total de actualización se tomó el número total de meses (factor mensual) n-1 donde "n" es el número de meses de mora que se determina en igual forma que para la liquidación de los intereses moratorios (es decir desde la fecha de vencimiento) no a partir del tercer año como lo dispone la ley.

En consecuencia también habrá de retirarse del ordenamiento legal.

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) **ANÚLANSE** los artículos 1o., 3o. y 4o. del Decreto 0020 expedido el 10 de enero de 1994 por el Presidente de la República para reglamentar los artículos 867-1 del Estatuto Tributario y 108, último inciso de la Ley 6a. de 1992.

2) **ANÚLASE** la Resolución No. 0828 expedida el 2 de marzo de 1994 por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de la cual se establecieron los factores de actualización de las obligaciones tributarias.

3) **RECONÓCESE** personería la doctora Doris Pinzón Amado a términos del poder que obra a folio 135 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

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

ACTIVIDAD COMERCIAL DE SUPERMERCADO/ACTIVIDAD COMERCIAL DE ALMACÉN DEPARTAMENTALIZADO-Inexistencia/**IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**-Envigado

En este caso la inspección judicial practicada demuestra que: – Cerca a la puerta de entrada de la parte oriental el almacén se observan varias cajas registradoras donde la clientela se dispone a cancelar las mercancías adquiridas mediante el proceso de autoservicio. – En las cajas registradoras no se observa ningún distintivo que impida cancelar las mercancías en cualquiera de ellas. Por lo tanto es posible cancelar la mercancía en cualquiera de las cajas, según el deseo del cliente. – Ubicado en la sección de ferretería no se aprecia la venta de electrodomésticos, ni aparece ninguna otra sección dedicada a este objeto. En la sección de hogar tampoco existe la venta de electrodomésticos. En toda la extensión del almacén no se aprecia ninguna sección donde funcione la venta de mercancías con el sistema de crédito, cuentas corrientes o clubes.

SUPERMERCADO-Características/**ALMACÉN DEPARTAMENTALIZADO**-Características

Si bien es cierto no existe definición legal que sirva de marco de referencia a la Sala para determinar cuáles son las características esenciales para distinguir a un "Supermercado" de un "Almacén Departamentalizado", si puede acudirse a lo expresado sobre el particular en la sentencia 1670 de 1989, allí se dijo: Previa definición del término "Supermercado" traída por el Diccionario de la Lengua Española, 19a. edición, tomo VI que dice para significar "Establecimiento comercial de venta al por menor en que se

expende todo género de artículos alimenticios, bebidas, productos de limpieza, etc. Y en el que el cliente, que se sirve así mismo, paga a la salida, luego se dedujo que los elementos característicos de dichos establecimientos son: a. Expendio al por menor o menudeo o al detalle. b. Lo que se vende o materia objeto de mercadeo, son productos alimenticios, tales como leche, víveres, abarrotes, verduras, frutas, carnes, tubérculos, etc. Junto con los anteriores se expenden artículos de limpieza, aseo y otros. c. Posibilidad de libre escogencia por el comprador en forma directa del producto y por su propia mano que va a adquirir. d. Ordenación racional y funcional de los artículos en los distintos mostradores o escaparates generalmente abierto, y e. Cancelación del valor de lo escogido en las cajas instaladas a la salida. Elementos estos que son distintos al lo que tipifican a los "Almacenes Departamentalizados", puesto que en estos se expenden gran variedad de artículos destinados a satisfacer, además de las alimentarias, otras necesidades del hombre, tales como vestidos, jugueteria, vehículos, equipos industriales, etc, pero que al contrario de los "supermercados" funcionan en forma separada física y administrativamente. En cada sección opera una caja para cobrar los productos vendidos.

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

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 6070. Actor: Almacenes Éxito S.A. C/El Municipio de Envigado. Apelación sentencia del 27 de octubre de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del municipio de Envigado, contra la sentencia del 27 de octubre de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto de Industria y Comercio a cargo de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., por la vigencia fiscal 1991.

ANTECEDENTES

Con fecha marzo 21 de 1991, ALMACENES ÉXITO S.A. presentó ante la Secretaría de Hacienda del Municipio de Envigado, la declaración privada de industria y comercio por la vigencia fiscal del mismo año, contentiva además de la información relativa a los ingresos de la sociedad por el año de 1990, en lo que corresponde a su establecimiento comercial situado en el Municipio de Envigado.

En los términos de dicha declaración privada, ALMACENES ÉXITO S.A. se autoliquidó un impuesto mensual de industria y comercio de $9.950.629.oo y de avisos por $1.492.594.oo, lo que equivale a un total anual de $137.318.676.oo.

Por medio de la Resolución No. 1891 de octubre 7 de 1991, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Envigado procedió a afectuar la liquidación oficial del impuesto de industria, comercio y complementarioa a cargo de ALMACENES ÉXITO S.A. modificando unilateralmente la liquidación privada presentada por dicho contribuyente.

Conforme a los términos de la liquidación mencionada en el numeral anterior, se afora el impuesto de industria y comercio en la suma de $11.940.755.oo mensuales y el de avisos en $1.791.113.oo, para un total anual de $164.782.416.oo. Además , se procede al respectivo reajuste por presuntos impuestos dejados de percibir por $27.879.282.oo M.L. a cargo de ALMACENES ÉXITO S.A.

La variación unilateral de la liquidación privada, efectuada por la Administración de Envigado, modifica el porcentaje aplicable a los ingresos brutos por efecto de la liquidación del impuesto, cambiando la tarifa del cinco por mil (5 x 1000) M.L., al seis por mil (6 x 1000) M.L., sin dar explicación alguna sobre la razón o razones de dicha modificación.

La liquidación oficial, que evidentemente hacen más gravoso la situación impositiva de ALMACENES ÉXITO S.A., fue notificada a esta sociedad por intermedio de su representante legal para esta fecha, señor Gonzalo Restrepo López, el día 8 de octubre de 1991.

Ante la modificación efectuada por la Administración Municipal de Envigado al asignar a la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A. un código de actividad que riñe abiertamente con la naturaleza de la operación comercial que se desarrolla en todos sus establecimientos, incluyendo el que funciona en el mencionado Municipio, se procedió por el Representante Legal de la Compañía señor GONZALO RESTREPO LÓPEZ, a interponer oportunamente, con fecha de recibido por la Secretaría de Hacienda Municipal de Envigado el 16 de octubre de 1991, los recursos de reposición y apelación contra la Resolución No. 1891 de octubre 7 de 1991, por medio e de la cual se liquida oficialmente el impuesto de industria, comercio y complementarios por el ejercicio gravables de 1991, a la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A.

Dichos recursos fueron desatados desfavorablemente por la Administración Municipal de Envigado en contra de los intereses patrimoniales de ALMACENES ÉXITO S.A., mediante las Resoluciones números 105 del 25 de noviembre de 1991, emanada de la Secretaría de Hacienda Municipal de Envigado y 003 del 2 de enero de 1992, originada a la Alcaldía del mismo Municipio. Esta última fue notificada al Gerente y Representante Legal de la sociedad demandante del día 8 de enero de 1992.

El argumento para mantener la decisión original contenida en la liquidación oficial del impuesto de industria y comercio, readica exclusivamente en considerar que el establecimiento comercial de ALMACENES ÉXITO en el Municipio de Envigado es un Almacén Departamentalizado o por Departamentos y no un supermercado, como lo ha venido sosteniendo la Compañía desde su inscripción en dicho Municipio como sujeto pasivo de dicho tributo.

Almacenes Éxito S.A. ha pagado, hasta el 31 de diciembre de 1991, el impuesto liquidado por la Administración, así: $11.940.755.oo M.L. por concepto de impuesto de industria y comercio y $1.791.113.oo M.L. por concepto de aviso, por 12 meses, para un total cancelado de $164.782.416.oo M.L., en lugar de $9.950.629.oo (impuesto industria y comercio) y $1.492.594.oo (aviso) de acuerdo a la liquidación privada, para un total de $137.318.676.oo, lo que arroja al mes de diciembre de 1991, una diferencia de $27.463.740.oo, obviamente que si se considera la totalidad del año.

Agotada la vía gubernativa, el apoderado judicial de la sociedad, reclama ante la jurisdicción, la nulidad de los actos administrativos en cita y como restablecimiento del derecho se ordene al Municipio de Envigado a proceder la devolución de las sumas pagadas en exceso por concepto del Impuesto de Industria y Comercio e igualmente se condene al mismo Municipio a devolver dicha suma con el ajuste correspondiente, de acuerdo con el índice de precios al consumidor, certificado por el Dane, y al pago de las costas procesales.

Anota como normas violadas entre otras, las siguientes:

Artículo 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 32 del Código Civil y el artículo 28 literal b) del Decreto 008 de 1989.

Explica el apoderado de la sociedad ampliamente la naturaleza y estructura de los ALMACENES DEPARTAMENTALIZADOS, para concluir que ALMACENES ÉXITO no tiene tal calidad; que su actividad está constituida exclusivamente por la explotación de "supermercados", género que abarca la venta de alimentos, artículos para el hogar y prendas de vestir. Está abierto al público bajo tal concepción en donde la clientela escoge por sí misma las diferentes mercancías, mediante la utilización del sistema que todos conocemos como "Autoservicio".

En consecuencia, la tarifa que debe aplicársele a la actividad que la empresa desarrolla, no puede ser otra que la de 5 x 1.000, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 28 literal b) y 38 del Decreto 008 de 1989 y no la de 6 x 1000 porque esta corresponde al Código 00662351080094 que se refiere a las siguientes actividades: MUEBLES: accesorios y artículos para el hogar, muebles y equipos para oficina, artículos electrodomésticos, lámparas, almacenes departamentalizados, actividades que reitera no ejecuta EL ÉXITO.

Solicita finalmente inspección judicial a las instalaciones del almacén para que verifique y corrobore la forma en que opere éste.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 27 de octubre de 1994, decretó la nulidad de la operación administrativa con fundamento en la inspección judicial, en la solicitud de licencia de funcionamiento de Almacenes Éxito S.A. y en la Resolución 000927 de julio 7 de 1987 mediante la cual se resuelve el recurso de reposición en la cual

se afirma: "Existe un error en la asignación del Código que se ha tenido en cuenta para deducir el Impuesto, ya que el 62, 35-XX señala: "Muebles: Accesorios y Artículos para el Hogar, Muebles y Equipo para Oficinas, Artículo Electrodomésticos....Seis por mil"; y en realidad la actividad económica del establecimiento se concreta a "SUPERMERCADO Y CAFETERÍA, PRENDAS DE VESTIR, HOMBRES Y NIÑOS", además de DROGAS Y OTROS, elementos que se comercializan al por menor. (fl. 7)

En consecuencia la actividad predominante encaja dentro del Código 62-01-XX y no dentro de la prevista en el Código 62-35-XX que equivocadamente la asignó la Administración Local. En tal virtud la tarifa aplicable a su actividad es la del 5 x 1000.

APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada interpone recurso de apelación y solicita se revoque la sentencia referida. Controvierte la decisión de *a-quo* porque al contrario de lo que aquel opina, entiende que la sociedad está constituida y funciona como ALMACEN DEPARTAMENTALIZADO.

Además que la tarifa fijada para el impuesto de industria y comercio es razonable ya que la Ley 14 de 1983 permite señalar a las actividades comerciales una tarifa entre el 2 y el 10 por mil.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad ninguna de las partes ni la Procuraduría Octava Delegada ante la Corporación descorrieron el traslado para presentar su alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES

Sobre el tema que es base de cuestionamiento ya sea pronunciado la Sala en la sentencias del 21 de mayo de 1993, expediente No. 4441 y del 11 de junio de 1993, expediente 4674, en ambas, el actor fue: Almacenes Éxito S.A., pero relacionadas con el Impuesto de Industria y Comercio correspondiente a los períodos fiscales de 1989 y 1990.

Se dijo entonces:

> "El Decreto 008 de enero 6 de 1989 expedido por el Alcalde Municipal de Envigado, fije en el Código 62-01-XX que tributa a la tarifa de 5% el comercio al por menor de los siguientes artículos: "ALIMENTOS Y BEBIDAS: Tiendas, Graneros, Supermercados, Comisariatos, Carnicerías, Salsamentarias, Rancho, Licores, Dulces, Cigarrillos, Panaderías, Biscocherías y Reposterías". Y en el Código 62-35-XX, que grava a la tarifa del 6% a los "MUEBLES: Accesorios y artículos para el hogar, muebles y equipos para oficina, artículos electrodomésticos, lámparas, almacenes departamentalizados" (Subraya la Sala).

"Así las cosas, se trata de establecer en el caso de ALMACENES ÉXITO S.A. si se ubica en el primero o en el segundo código, para determinar cuál es el milaje que se debe aplicar a los ingresos brutos obtenidos por la empresa y por ende el tributo que debe pagar por concepto de Impuesto de Industria, Comercio y Avisos por el año fiscal 1989.

"Si bien es cierto no existe definición legal que sirva de marco de referencia a la Sala para determinar cuáles son las características esenciales para distinguir a un "Supermercado" de un "Almacén Departamentalizado", si puede acudirse a lo expresado sobre el particular en la sentencia 1670 de noviembre 17 de 1989, en donde esta misma Sección confirmó la nulidad de la expresión "Supermercado" contenida en el Código 238 del artículo 2o. del Decreto 950 de 1975 proferido por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

"Previa definición del término "Supermercado" traída por el Diccionario de la Lengua Española, decimanovena edición, Tomo VI, página 239, columna 3a., que dice significar "Establecimiento Comercial de venta al por menor en que se expende todo género de artículos alimenticios, bebidas, productos de limpieza, etc. Y en el que el cliente, que se sirve así mismo, paga a la salida "dedujo la Sala que, los elementos característicos de dichos establecimientos son:

"a- Expendio al por menor o menudeo o al detalle.

"b- Lo que se vende o materia objeto de mercadeo, son productos alimenticios, tales como leche, víveres, abarrotes, verduras, frutas, carnes, tubérculos, etc., junto con los anteriores se expenden artículos de limpieza, aseo y otros.

"c- Posibilidad de libre escogencia por el comprador en forma directa del producto y por su propia mano que va a adquirir.

"d- Ordenación racional y funcional de los artículos en los distintos mostradores o escaparates generalmente abierto, y

"e- Cancelación del valor de lo escogido en las cajas instaladas a la salida.

"Elementos éstos que son distintos a lo que tipifican a los "Almacenes departamentalizados, puesto que en éstos se expenden gran variedad de artículos destinados a satisfacer, además de las alimentarias, otras necesidades del hombre, tales como vestidos, juguetería, vehículos, equipos industriales, etc., pero que al contrario de los "supermercados" funcionan en forma separada física y administrativamente. En cada sección opera una caja para cobrar los productos vendidos"."

En el caso de autos la inspección judicial por el Tribunal demuestra que:

– Cerca a la puerta de entrada de la parte oriental el almacén se observan cajas registradoras donde la clientela se dispone a cancelar las mercancías adquiridas mediante el proceso de autoservicio.

– En las cajas registradoras no se observa ningún distintivo que impida cancelar las mercancías en cualquiera de ellas.

– Ubicado el despacho en la sección de hombres se pudo constatar la variedad de artículos para caballero que allí se encuentran exhibidos al público. Por ejemplo camisería, pantalonería, corbatas, bluyines, medias, pañuelos, ropa interior, chaquetas, ponchos, ruanas, sudaderas, etc.

– En la sección correspondiente a niñas se aprecia también la variedad de artículos tales como faldas, camisetas, bluyines, chores, cachuchas, ropa interior, blusas, sudaderas, vestidos, vestidos de baño, medias, etc.

En la sección para damas de igual manera se observan mercancías tales como vestidos, faldas, ropa interior, slacks, vestidos de baño, shorts, blusas, camisetas, etc.

Como se anotó en punto anterior, en ninguna de las cajas registradoras existe ningún distintivo para que determinada mercancía sea cancelada en una registradora especial. Por lo tanto es posible cancelar la mercancía en cualquiera de la cajas, según el deseo del cliente.

– Ubicado en la sección de ferretería no se aprecia la venta de electrodométicos, ni aparece ninguna otra sección dedicada a ests objeto. En la sección de hogar tampoco existe la venta de electrodomésticos.

– En toda la extensión del almacén no se aprecia ningún sección donde funcione la venta de mercancías con el sistema de crédito, cuentas corrientes o clubes.

– Tampoco existe la venta de muebles de oficina y de hogar.

– Dentro de las instalaciones no se observa atención personalizada a clientes determinados, solamente en las secciones hay empleadas que están dispuestas en cualquier momento a atender las consultas e inquietudes de la clientela.

– Tampoco existe dentro del local comercial un centro donde se expedan o se distribuyan mercancías a domicilio.

Es decir, que no obra prueba en el expediente que desvirtúe que el contribuyente se dedique a actividades comerciales de supermercado por el contrario la diligencia de inspección judicial lleva a la conclusión que la actividad desarrollada por la parte actora no encuadra dentro de las actividades por departamentos, además en la Resolución No. 000927 proferida por la misma Administración de Impuestos Nacionales y que obra a folio 7 del expediente se afirma que "en realidad la actividad económica del establecimiento se concreta a "SUPERMERCADO Y CAFETERÍA, PRENDAS DE VESTIR DAMAS, HOMBRES Y NIÑOS", además de DROGAS Y OTROS, elementos que se comercializan al por menor" es decir que la misma Administración está reconociendo mediante ese acto administrativo que la actividad de la parte actora es de Supermercado.

En síntesis, no se dan los presupuestos que permitan la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de noviembre de 1993.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sección

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

SUSPENSIÓN POR PREJUDICIALIDAD/ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL/ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR/SENTENCIA DE ACCIÓN DE NULIDAD–Efectos

Es innegable desde cualquier punto de vista que si el acto administrativo de carácter general con base en la cual la administración profiere una decisión de carácter individual, es impugnado en acción de nulidad y, el acto particular y concreto también se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe presentarse en el proceso que respecto de este último acto curse, la suspensión por prejudicialidad, pues la decisión que se tome en relación con el acto general que sirvió de fundamento para la expedición del acto particular, es definitiva para decidir en el otro proceso, o lo que es lo mismo, la sentencia que debe proferirse dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho depende de la decisión que se tome en el juicio de nulidad. Así las cosas, si en el proceso de nulidad la autoridad jurisdiccional resuelve anular el acto administrativo de carácter general, si la decisión aquí tomada es determinante para la suerte del proceso que se sigue en relación con el acto particular, y si éste último fue suspendido precisamente para fallar en armonía con lo resuelto en el otro juicio, la conclusión es obvia, debe la jurisdicción anular el acto administrativo particular.

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/**SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**–Efectos/**SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA**

Se considera oportuno reiterar que los efectos de la nulidad de un acto administrativo y de la inexequibilidad de una ley o decreto, son sustancialmente

diferentes, para lo cual se permite citar la jurisprudencia de la Sección Primera, la cual en lo pertinente expresa lo siguiente: "la diferencia de efectos entre la declaración de nulidad y la de inexequibilidad, resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído el estado anterior a su vigencia". En cambio la declaratoria de inexequibilidad no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa" de donde se deriva que la sentencia de inexequibilidad no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad. Los partidarios de la equiparación de efectos entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que *"ab-initio"* se consideran contradictorios.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5323. Actor: COMPAÑÍA DE ASISTENCIA MÉDICA COLSANITAS S.A. COLSANITAS. CONSULTA SENTENCIA 7 DE OCTUBRE DE 1993. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Fallo.

En grado de consulta conoce la Sala de la sentencia del 7 del octubre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la actora de referencia y en virtud de la cual se anulan las Resoluciones Nos. 1256/91 y 259/92, emanadas de la Superintendencia Nacional de Salud y se impone a la Nación –Ministerio de Salud –Superintendencia Nacional de la Salud, la obligación de devolver a la demandante una suma determinada de dinero.

ANTECEDENTES:

Mediante Resolución 0329 del 24 de junio de 1991, emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, se fijó en un 3.5 por mil anual liquidado sobre los ingresos netos por venta de servicios, el monto de la contribución que las entidades de medicina prepagada deben sufragar a dicha entidad, por concepto de la inspección y vigilancia que sobre ellas se ejerce.

En desarrollo del mencionado acto administrativo, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Resolución 1256 del 13 de diciembre de 1991, en virtud de la cual se fijó a cargo de la Compañía de Asistencia Médica "Colsanitas" la contribución correspondiente al año de 1991, en cuantía de $26.965.105

La aludida entidad interpuso recurso de reposición contra la anterior Resolución con base en los siguientes argumentos:

– La contribución se justifica en la medida en que se ejerza efectivamente la inspección y vigilancia a los diversos entes que ordena la ley, y en el caso de las compañías de medicina prepagada, la Superintendencia no podía ejercer sus funciones de inspección y control pues no contaba con suficiente personal, además de que no existen las disposiciones referentes a la organización de los servicios de medicina prepagada, que al tenor de lo prescrito en el decreto 1472 de 1990 son indispensables para que la Superintendencia pueda ejercer sus funciones.

– Ni en el presupuesto de la Superintendencia, ni en el presupuesto general de la Nación para 1991, existe rubro alguno destinado a atender la prestación de los servicios de inspección y control de las entidades vigiladas

– Se ha desconocido lo dispuesto por el artículo 338 de la Constitución Nacional, pues las Resoluciones de La Superintendencia deben señalar el sistema y método para definir los costos y beneficios y la forma de su reparto; adicionalmente, la contribución no puede cobrarse sino por los períodos subsiguientes a la vigencia de la respectiva ley, es decir, que Colsanitas no estaba obligada a pagar contribución alguna en 1991.

A través de la Resolución No. 0259 del 11 de marzo de 1992, la Superintendencia Nacional de Salud confirma el acto recurrido, para lo cual sostiene que no son de recibo las afirmaciones del recurrente relativas a la imposibilidad de ejercer sus funciones de inspección y vigilancia, y que la liquidación y cobro de las contribuciones se efectuó tan pronto como entró en vigencia el decreto 2342 de 1991, que adicionó el presupuesto de rentas y gastos del Ministerio de Salud y creó el rubro de las contribuciones de las entidades vigiladas por la Superintendencia de Salud.

Adicionalmente, la fijación del sistema y el método para definir los costos y beneficios, y la forma de hacer el reparto, son requisitos tenidos en cuenta por la ley presupuestal, y así lo estimó el decreto 2342 de 1991 al asignar un ingreso de $400.000.000 a la Superintendencia por concepto de contribuciones a cargo de las entidades vigiladas

LA DEMANDA

Estima la actora que la Resolución 0329 de 1991 –por la cual se fija el monto de la contribución a cargo de las entidades de medicina prepagada–, expedida por la Superintendencia de Salud viola el artículo 338 de la Constitución Nacional, pues dicha

norma prescribe que las disposiciones que regula las contribuciones no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de la vigencia de las mismas, y la aludida Resolución ordenó liquidar la contribución por 1991, siendo aplicable solo desde el año de 1992, nunca hacia el pasado.

– Además, con la Resolución 329 de 1991 se desconoce la norma constitucional en mención, pues se omitió expresar el sistema y métodos utilizados para definir los costos y beneficios, y la forma de hacer el reparto, tal como lo ordena dicha disposición.

Sostiene además, que dado que las Resoluciones impugnadas fueron expedidas en desarrollo de la Resolución No. 329 de 1991, las mismas también resultan violatorias de la Constitución Nacional.

– Por último, la Resolución 1256 de 1991, viola el artículo 3 de la Resolución No. 0329 de 1991, al establecer un término para el pago de la contribución diferente al previsto en la última de las Resoluciones citadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

En forma extemporánea, la apoderada de la demanda da contestación al libelo y propone las excepciones previas de indebida representación del demandante, inepta demanda, falta de legitimación en la causa activa y pasiva, fundadas todas en el hecho de que se demandó ante la jurisdicción la Resolución 259 de 1992, para la cual el representante judicial carecía de poder y que la Resolución 256 de 1992, para la que sí se le confirió poder no tiene nada que ver con la actora sino con la Caja Nacional de Previsión Social.

Así mismo, propone la excepción de caducidad de la acción por cuanto respecto de la Resolución 259 del 11 de marzo de 1992, hasta la fecha no se ha promovido acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Solicita como petición especial, se suspenda el proceso por prejudicialidad habida cuenta que la Resolución 329 del 24 de junio de 1991 se encuentra demandada ante esta Corporación y la decisión que se tome influye necesariamente en el presente proceso, ya que la Resolución 329 fue la base de los actos aquí impugnados.

SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD:

Por solicitud de la apoderada de la parte demandada, expresada con ocasión de los alegatos de conclusión, y con base en la prueba pertinente, mediante auto del 29 de abril de 1993, el Tribunal decretó la suspensión del proceso por prejudicialidad hasta tanto el Consejo de Estado decida el juicio de nulidad respecto de la Resolución 329 de 1991.

Por auto del 4 de junio de 1993, se ordena la reanudación del proceso por cuanto se aporta copia auténtica de la providencia que puso fin al proceso de nulidad de la Resolución 329 de 1991.

LA SENTENCIA OBJETO DE CONSULTA:

Considera el Tribunal que dado que a la demanda se acompañan copias de las Resoluciones 1256 de 1991 y 259 de 1992, y que de ellas se advierte que la última de las resoluciones en mención, resolvió el recurso de reposición y que los aludidos actos se refieren a la actora, es claro concluir que lo que se presenta en el poder es un error mecanográfico al citarse incorrectamente el número de la Resolución que decide el recurso de reposición.

Lo anterior, sumado a la circunstancia de que dentro de las facultades del apoderado están las de formular todas las pretensiones que estime conveniente para el beneficio del poderdante, siempre se relacionen con las que en el poder se determinan, hace concluir a la Sala que no hay carencia de poder y por ende no procede el fallo inhibitorio.

Así las cosas, procede a decidir de fondo el negocio en el sentido de declarar la nulidad de los actos impugnados dado que los artículos 3 literal p) y 7 literal 11 del decreto 1472 de 1990, (sustento de la Resolución 329 del 24 de junio de 1991), fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en sentencia del 20 de octubre de 1992, y la Resolución 329 de 1992, fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia del 2 de abril de1993.

Así mismo, y a título de restablecimiento del derecho ordena la devolución de los $26.965.105 cancelados por la actora pero niega el reconocimiento y pago de intereses corrientes dado que los mismos no se encuentran probados.

ALEGATOS DE LAS PARTES:

El apoderado de la parte demandada solicita revocar la sentencia con base en los siguientes argumentos:

– En reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha considerado que el acto administrativo del cual hubiesen desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho debe ser aplicado hasta tanto sea anulado o suspendido por el juez de lo contencioso administrativo.

– En el momento de expedirse la Resolución que impone una contribución a Colsanitas, así como en el momento de hacerse el pago, estaban vigentes las normas que respaldan los actos demandados y por tanto, Colsanitas estaba en la obligación de cumplir dicho acto administrativo.

– El numeral 2 del fallo consultado al ordenar la devolución de la suma pagada por Colsanitas, está dando efecto retroactivo a la sentencia del 20 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, que por ser una sentencia de inexequibilidad surte efectos hacia el futuro.

– Los actos expedidos bajo la vigencia de una ley que posteriormente se declara inconstitucional son válidos y esa declaratoria no afecta la existencia o validez de los actos

creadores de situaciones jurídicas individuales, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corporación.

El apoderado de la parte demandante solicita mantener el fallo consultado, pero adicionándolo con el reconocimiento de la corrección monetaria a la suma que se le debe devolver. Al efecto, reitera los argumentos expuestos en la demanda, pero agrega que para que haya un completo restablecimiento del derecho debe reconocerse a la actora la corrección monetaria.

Cita en apoyo jurisprudencia del Consejo de Estado, y resalta que la determinación de actualizar las sumas de dinero se profiere sin necesidad de previa solicitud, pues obedece a la necesidad de reparar el perjuicio en forma integral.

Por último, afirma que la devolución de la suma indexada en manera alguna representa una agravación de la condena, pues no incluye una obligación nueva a cargo del Estado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala la providencia consultada debe ser confirmada por las siguientes razones:

Es innegable desde cualquier punto de vista que si el acto administrativo de carácter general con base en el cual la administración profiere una decisión de carácter individual, es impugnado en acción de nulidad, y el acto particular y concreto también se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe presentarse en el proceso que respecto de éste último acto curse, la suspensión por prejudicialidad, pues la decisión que se tome en relación con el acto general que sirvió de fundamento para la expedición del acto particular, es definitiva para decidir en el otro proceso, o lo que es lo mismo, la sentencia que debe proferirse dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho depende de la decisión que se tome en el juicio de nulidad.

Así las cosas, si en el proceso de nulidad la autoridad jurisdiccional resuelve anular el acto administrativo de carácter general, si la decisión aquí tomada es determinante para la suerte del proceso que se sigue en relación con el acto particular, y si este último fue suspendido precisamente para fallar en armonía con lo resuelto en el otro juicio, la conclusión es obvia, debe la jurisdicción anular el acto administrativo particular.

En consecuencia, comparte la sala la decisión del *a-quo* de anular las Resoluciones Nos. 1256 del 13 de diciembre de 1991 y 0259 del 11 de marzo de 1992, emanadas de la Superintendencia Nacional de Salud, dado que el acto general que sirvió de base para su expedición, es decir, la Resolución 0329 de 1991, fue también anulado por esta Corporación habida cuenta que consideró que la misma fue expedida con base en normas declaradas inexequibles, y que en ese orden de ideas la Superintendencia Nacional de Salud carecía de facultades para proferir la Resolución en mención.

De otra parte, se considera oportuno reiterar que los efectos de la nulidad de un acto administrativo y de la inexequibilidad de una ley o decreto, son sustancialmente diferentes,

para lo cual se permite citar la jurisprudencia contenida en providencia del 10 de mayo de 1974, de la Sección Primera, la cual en lo pertinente expresa lo siguiente:

> "La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexequibilidad, resulta clara porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexequibilidad no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa", de donde se deriva que la sentencia de inexequibilidad no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad."

> "Los partidarios de la equiparación de efectos entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que *"ab initio"*, se consideran contradictorios".

Igualmente, sobre el punto en comento la Sala en sentencia del 19 de abril de 1991, Consejero Ponente, Doctor Guillermo Chahín Lizcano, expediente No. 3151, manifestó:

> "Respecto a los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido reiterada esta Corporación, en el sentido de que ellas producen efectos *ex tunc* ("desde entonces"), esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta jurisdicción de defensa de la Carta Fundamental en los términos del artículo 216 C. N."

> "Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última".

> "Se diferencia así de las sentencias de inexequibilidad pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales, como lo ha sostenido la misma Corte producen efectos hacia el futuro, esto es, *ex nunc* ("desde ahora"), desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose por tanto a aquellos que produce la derogatoria de una norma."

En este orden de ideas, es preciso entender que si expide un acto administrativo de carácter particular con base en un acto de carácter general que se presume válido al

momento de la expedición del primero, y el acto que le sirve de fundamento es anulado, y por lo tanto se considera que no ha existido jamás, con mayor razón debe anularse el acto particular, pues el acto que le sirvió de base desapareció del mundo jurídico desde el momento mismo de su creación, y es lógico que el acto particular, al carecer de fundamento, también debe ser eliminado del ámbito jurídico desde el instante mismo de su expedición, es decir, debe ser anulado también, pues solo con dicha medida "se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente", tal como lo sostuvo la Corporación en sentencia del 13 de marzo de 1979, con ponencia del Doctor Carlos Galindo Pinilla.

Ahora bien, en relación con la solicitud de la actora de obtener el pago de la corrección monetaria de la suma de dinero que a título de restablecimiento del derecho debe devolver la demandada, la Sala considera que la misma no es de recibo, pues de ordenarse dicho pago, indudablemente se estaría haciendo más gravosa la situación de la entidad pública en cuyo favor se instituyó el grado de jurisdicción de la consulta, además de que dicho proceder desborda los poderes del *ad–quem.*

Las anteriores razones son suficientes para aprobar la providencia consultada.

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:

Apruébase la sentencia proferida el 7 de octubre de 1993, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, materia de consulta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y devuélvase 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

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 10 de mayo de 1974, Sección Primera.

FACULTAD IMPOSITIVA DEL GOBIERNO/RÉGIMEN FISCAL DEL DISTRITO CAPITAL

Como ya se dijo en la sentencia del 24 de marzo de 1995, "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 Santa Fe 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. Conforme a lo anterior no se comparte el cargo de incompetencia del Gobierno para dictar normas de carácter fiscal, que de manera general se plantean contra el Régimen Fiscal contenido en los artículos 154 numeral 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5, y 6 Título XI del Decreto 1421 de 1993.

RÉGIMEN DEL DISTRITO CAPITAL/ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ/RÉGIMEN FISCAL DEL DISTRITO CAPITAL/ RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO CAPITAL/PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA–Facultad Legislativa

Fue voluntad del Constituyente de 1991, organizar a la ciudad de Bogotá, que ostentaba la categoría de Distrito Especial, como Distrito Capital; acorde con tal estatus, dotaría de un régimen excepcional y propio que la diferencia del tratamiento normativo dado a los demás municipios del país. 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 políticos, fiscal y administrativo de la entidad territorial. De esta forma se destaca que el régimen político, administrativo y fiscal del Distrito Capital, es el que para la ciudad establece 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. 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.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5339. Actor: RAFAEL URIBE PERALTA. NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS 154 No. 6 y 155 No. 1, 2, 3, 5 y 6 DEL DECRETO 1421 DE 1993. ESTATUTO DE SANTA FE DE BOGOTA D.C. FALLO.

El ciudadano RAFAEL URIBE PERALTA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, demanda la declaratoria de nulidad de los artículos 154 numeral 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el señor Presidente de la República y por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

EL ACTO ACUSADO:

Las disposiciones acusadas del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, son del siguiente tenor:

DECRETO 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

RÉGIMEN FISCAL

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:

6a. Sobre la base gravable definida en la ley, el Consejo aplicará una tarifa única del dos por mil (2%) al treinta por mil (30%).

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 auto 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 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 (80%). 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.

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.

LA DEMANDA

El actor solicita la nulidad de las disposiciones trascritas por violación de los artículos 287 numeral 3, 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, toda vez que los actos acusados se encuentran viciados de nulidad por ser violatorios de las normas constitucionales citadas y por extralimitación de funciones, abuso de poder.

Sostiene, que los artículos 154 numerales 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del Decreto 1421 de 1993, son manifiestamente contrarios a las normas constitucionales en mención, pues la circunstancia de que la facultad impositiva la deban ejercer las entidades territoriales conforme a la ley, no significa que la ley pueda suplir las funciones de los entes territoriales fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos: sino que tan solo está facultada para establecer un marco para la soberanía delegada. De suerte que, la ley se expide cuando suple los entes territoriales, invadiendo el ámbito de su competencia con violación del artículo 338 de la Carta Política.

Agregó, que la norma constitucional en comento, repite el principio de que no hay tributación sin representación. En el decreto 1421 de 1993, artículo 154 numeral 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5 y 6, es claro que este principio democrático no se tuvo en cuenta en dichas disposiciones,

Adicionalmente, afirmó que el Gobierno Nacional, al expedir las normas acusadas se extralimitó en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 41 transitorio de la Carta Política por cuanto solo podía limitarse a los temas contenidos en los artículos 322, 323 y 324 *ibídem,* dentro de los que no se halla el régimen tributario impuesto en las disposiciones demandadas.

Finalmente, adujo que si las normas de la Carta Política establecieron que solamente el Congreso Nacional, las asambleas departamentales, los concejos distritales y municipales "...deben fijar directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos..." el Gobierno violó el artículo 338 de la Carta, a razón de que él no fue facultado por el artículo 41 transitorio del mismo ordenamiento para modificarla.

OPOSICIÓN

El apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, defiende la legalidad de las disposiciones acusadas, y 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

Señaló, que el régimen jurídico del Distrito Capital está integrado por los siguientes elementos normativos: 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; y 3) el contenido en las disposiciones constitucionales y legales comunes a todos los municipios.

De otra parte, indicó que en cuanto a la invasión de la órbita de funciones propias del Concejo Distrital por parte de la ley, en materia de tributos municipales o departamentales, a la ley le está permitido fijar el marco general de aquellos. De hecho, acorde con el artículo 338 de la Constitución Nacional, es obligatoria la intervención del legislador, ya que no puede haber tributo en un municipio o en un departamento sin que una ley preexistente lo cree y lo fije a las corporaciones territoriales el marco general del mismo.

Además a la ley le corresponde determinar los sujetos, los hechos y la base gravable de los tributos, tal como en este caso lo ha hecho el decreto 1421 de 1993, con respecto al impuesto de industria y comercio y al impuesto predial, dejando al concejo distrital los demás aspectos atinentes a su periodicidad, recaudo y tarifa, de lo anterior se concluye que el Decreto 1421 de 1993 respeta los principios de representación y legalidad.

Por último, en cuanto a las materias tributarias contenidas en el llamado Estatuto de Bogotá, sostuvo que no es discutible la competancia del Gobierno Nacional para proveer al respecto, porque 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 332 de la Carta, las disposiciones sobre el impuesto de industria y comercio y predial corresponden perfectamente a su contenido.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El representante judicial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá presentó escrito de conclusión, a través del cual señala previamente, que la competencia del Consejo de Estado para conocer de las demandas contra el decreto 1421 de 1993, fue definida mediante providencia del 13 de octubre de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura.

Enfatizó en que la naturaleza del Decreto 1421 de 1993, es legislativa, originada en una facultad constitucional excepcional y por consiguiente, podía determinar y modificar el régimen fiscal del Distrito Capital, incluyendo su parte tributaria. El gobierno al expedir el Decreto 1421 de 1993 actuó como legislador excepcional, en virtud de la misma constitución, y el acto emitido tiene fuerza de ley y estaba facultado para tratar mediante dicha norma la materia fiscal, que incluye lo tributario.

Al efecto indica que este concepto es reiterado en los fallos de Consejo del Estado con ponencias de la Doctora Consuelo Sarria Olcos y del Doctor Jaime Abella Zárate, respecto de los expedientes 5194 y 5021 respectivamente.

Frente al cargo de que el artículo 156 numeral 6, al fijar un margen porcentual, dentro del cual el Concejo Distrital debe moverse, se habría violado su autonomía y potestad impositiva, concluyó que la facultad impositiva de los municipios es relativa, es decir, que se desarrolla dentro de los parámetros que establezca la Constitución y las leyes en especial el Decreto 1421 de 1993 cuando se trata del Distrito Capital. Los tributos deben ser establecidos o autorizados por la ley, y serán adoptados o votados por los concejos municipales, quienes tienen constitucionalmente la responsabilidad de asumirlos o no.

Por las anteriores razones, considero que se deben negar las pretensiones de la demenda y declarar ajustados a derecho los artículos 154 numeral 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del Decreto 1421 de 1993.

MINISTERIO PÚBLICO:

Representado por el señor Procurador Octavo Delegado ante la jurisdicción presentó su alegato de conclusión, a través del cual solicitó denegar las pretenciones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Considera, en primer lugar, que a pesar de que las normas acusadas se refieren a diferentes situaciones, el demandante señala como violadas por éstos unas mismas normas constitucionales que regulan casos diferentes y expone un mismo concepto de violación, además no explica por qué las normas acusadas violan los artículos 287 numeral 3, 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Nacional.

Agregó respecto a la apreciación del demandante de que el Decreto 1421 de 1993 al regular el impuesto predial en el Distrito capital violó no solo las disposiciones constitucionales en comento sino también el artículo 41 transitorio de la misma, que esa Procuraduría Delegada ha sostenido, al igual de que el Consejo de Estado, que la función impositiva es exclusiva del Congreso de la República, pero que la Asamblea y los Concejos pueden ejercerla siempre que la ley los autorice expresamente para establecer un determinado gravamen: inclusive, el Presidente de la República puede en casos excepcionales establecer tributos.

Expresó, que el mandato consagrado en el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, autorizó al Gobierno Nacional para que expidiera las normas correspondientes a las materias que contempla, entre otros preceptos, el artículo 322 *ibídem*, en el caso de que el Congreso no dictara esa reglamentación dentro del término que aquella disposición indica y ese artículo 322 expresa, en sus incisos 1 y 2 que la ciudad de Santa Fe de Bogotá "se organiza como Distrito Capital" y que 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": por tanto, agrega que es incuestionable, pues, que en virtud de un mandato constitucional el Gobierno Nacional fue autorizado para que determinara, entre otros, el régimen fiscal del Distrito Capital, pero obviamente dentro de los límites, condiciones y principios generales de la Constitución.

Y concluye que las disposiciones de los artículos 154 numeral 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del decreto 1421 de 1993, que indudablemente forman parte del régimen fiscal del Distrito Capital, fueron expedidas de acuerdo con la autorización prevista con el artículo 41 transitorio y además no contrarían los demás preceptos constitucionales que señala la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que la acusación dirigida contra las disposiciones del Decreto 1421 de 1993, materia de la demanda, se sintetiza en un cargo general: incompetencia del Presidente de la República para expedirlo.

En realidad, los preceptos demandados, se hallan transcritos en este fallo, como ya se dijo en sentencia del 24 de marzo de 1995, Expedientes Nos. 5017, 5138 y 5486; Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate, contiene nuevas disposiciones e introducen modificaciones al régimen fiscal vigente en el Distrito Capital, en los siguientes aspectos:

"ARTÍCULO 154: introduce modificaciones al Impuesto de Industria y Comercio".

"ARTÍCULO 155: Introduce modificaciones en materia del Impuesto Predial Unificado".

De igual manera, sobre los alcances de las facultades otorgadas por el Constituyente al Presidente en el artículo 41 transitorio de la Carta, la Sala en jurisprudencia que se reitera, expresó:

> "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 3°) como a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que para el sistema tributario prevé el artículo 363 *ibídem*"
>
> Sentencia del 27 de enero de 1995. Expediente 5194, Consejera Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Y en sentencia de la misma fecha, expediente 5021, Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate, 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 estatus, 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 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 2° 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 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 otra 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 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 expedirá 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".

"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 titulo 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 archipiélago 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 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 protémpore, aspecto este último que no se predica de las especiales autorizaciones otorgadas al Gobierno, a través del citado artículo, 41, transitorio".

De esta forma a juicio de la Sala, y como ya se dijo en la precitada sentencia del 24 de marzo de 1995, "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 Santa Fe 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 régimenes político y administrativo, eran los tres temas que debía contener el Estatuto Orgánico de la Capital."

Conforme a lo anterior, no comparte la Sala el cargo de incompetencia del Gobierno para dictar normas de carácter fiscal, que de manera general se plantean contra el Régimen Fiscal contenido en los artículos 154 numeral 6 y 155 numerales 1, 2, 3, 5 y 6 Título XI, del Decreto 1421 de 1993 en la demanda promovida por el ciudadano RAFAEL URIBE PERALTA.

De otra parte, respecto del artículo 155 numeral 3 del Decreto 1421 de 1993, no obstante que en la presente demanda no se hace ningún cargo específico al mismo, por haber sido esta disposición legal retirada del ordenamiento jurídico en virtud de la sentencia del 24 de marzo de 1995, Expedientes Nos. 5017, 5138 y 5486; Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate, en la parte resolutiva de este fallo se reiterara esta declaración.

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. Con relación al artículo 155 numeral 3 del Decreto 1421 de 1993, estése a lo dispuesto en la sentencia del 24 de marzo de 1995, Expedientes Nos. 5017, 5138 y 5486; Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate.

2o. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE. CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión a la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la sala

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

~~NOTA DE RELATORÍA:~~ ~~Reiteración~~ jurisprudencial del expediente 5021, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate. En igual sentido puede consultarse la sentencia de 5 de junio de 1995, expediente 5709, Ponente Dr. Delio Gómez Leyva.

DESCUENTO TRIBUTARIO PARA EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO- Vigencia/**DERECHOS ADQUIRIDOS/PROPIEDAD PRIVADA**

Para la vigencia fiscal de 1989 no existían dentro del ordenamiento jurídico los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 ni 1o. de la Ley 2a. de 1981, que consagraban el beneficio fiscal, por haber sido derogados expresamente mediante el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 y, en cuanto a la alegada existencia de derechos adquiridos al referido descuento tributario, se ha dicho en relación con la misma vigencia fiscal discutida lo siguiente: "El asunto relacionado con los derechos adquiridos en materia tributaria, ha sido analizado tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la del Consejo de Estado y ambas Corporaciones han precisado que cuando el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, no se refiere en absoluto a las normas tributarias que son de carácter administrativo y de interés público, y menos aún que pueda pretenderse que ellas no puedan ser derogadas.

FACULTAD DEROGATORIA/DERECHOS ADQUIRIDOS/SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA

A juicio de la Corte, una cosa es derogar disposiciones legales preexistentes, para lo cual está autorizado el legislador (art. 76 ordinal 1 C.N.) y otra bien distinta es desconocer los derechos adquiridos con justo título por particulares a la luz de leyes anteriores, lo cual está prohibido expresamente por el artículo 30 de la Carta Política. En el caso objeto de este proceso, el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, se limitó a enumerar los preceptos derogados, por

vía general, esto es, sin hacer referencia favorable ni desfavorable a las situaciones particulares y concretas que se hubieren consolidado al amparo de dichas disposiciones mientras tuvieron vigencia. Lo anterior quiere decir que el objeto del artículo en mención no fue otro que el de cristalizar la voluntad del legislador en el sentido de que, hacia el futuro dejarán de regir las normas que enunciaba.

DERECHOS ADQUIRIDOS/MERA EXPECTATIVA/DEROGATORIA DE NORMA JURÍDICA/SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA/DESCUENTO TRIBUTARIO PARA EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO

Declarar derogada una norma que consagraba cierto beneficio tributario en modo alguno significa poner en tela de juicio los derechos que, en casos concretos (como los planteados por el actor en cuanto a empresas de fumigación aérea), se hubieren radicado en cabeza de personas particulares durante el tiempo en que tal beneficio era aplicable, ya que no es asunto del legislador sino de la administración tributaria, y, en su caso, de los organismos jurisdiccionales competentes, definir en cada caso si cumplieron (durante la vigencia de la norma que consagraba el beneficio) los requisitos legalmente exigidos para entender que se trataba de un derecho adquirido y no de una mera expectativa. Lo que tutela la norma constitucional es la seguridad que debe cobijar a las personas en el sentido de que situaciones consolidadas a la luz de leyes anteriores no resulten después desconocidas, pero de ninguna manera significa que la norma abstracta y general a cuyo amparo esas situaciones se consolidaron deba obligatoriamente seguir rigiendo, pues ello equivaldría no sólo a petrificar la legislación sino a forzar el que se sigan consolidando "ad infinitum" aun cuando contra las conveniencias públicas por haberse maniatado al legislador.

SANCIÓN POR INEXACTITUD-Procedencia

No se presentaron diferencias de criterio entre la Administración y la actora, sino la inclusión de un descuento tributario inexistente, en virtud de la derogatoria expresa que de dicho beneficio se efectuó a través del artículo 108 de la Ley 75 de 1986, como se explicó en el primer punto de esta providencia, resultando por ello procedente la aplicación de la sanción consagrada en el artículo 647 del Estatuto Tributario (por inexactitud).

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

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 5998. Apelación sentencia de septiembre 29 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1989. Actor: AEROEXPRESO BOGOTÁ S.A. FALLO.

Decide la Sala los recursos recursos de apelación interpuestos mediante apoderado por AEROEXPRESO BOGOTÁ S.A., la actora, y por la entidad demandada, contra la sentencia de septiembre 29 de 1994, parcialmente favorable a las súplicas de la demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento contra la liquidación oficial la revisión No. 171 de noviembre 18 de 1991 y la resolución No. 553 de septiembre 30 de 1992, expedidas por las divisiones de liquidación y jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1989 el 2 de mayo de 1990, siendo sustituida por el denuncio presentado el 7 de noviembre del mismo año, en el que consignó un saldo a favor por $57.225. En ambas declaraciones incluyó descuentos tributarios por $49.749.000.

La sociedad actora presentó el 8 de noviembre de 1990 solicitud de devolución por $57.225.000 que fue otorgada por la Administración a través de la resolución No. 2685 de noviembre 16 del mismo año.

En desarrollo del programa post-devoluciones, mediante el auto No. 1938 de diciembre 7 de 1990, la Administración decretó inspección tributaria en cuya acta concluyó que la actora no tenía derecho al descuento tributario solicitado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 de la Ley 75 de 1986.

El 18 de Febrero de 1991 la Administración expidió el requerimiento especial No. 018, a través del cual propuso modificar la declaración privada del actor presentada el 7 de noviembre de 1990, rechazando los aludidos descuentos tributarios y aplicando sanción por inexactitud, aspectos estos que se concretaron en la liquidación oficial de revisión No. 171 de noviembre 18 de 1991, contra la que el actor interpuso el recurso de reconsideración, que a su vez fue decidido por la Administración por medio de la resolución 553 de septiembre 30 de 1992, confirmando la liquidación de revisión, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos 58 de Constitución Política; 99 del Decreto Ley 2053 de 1974; 1 de la Ley 2a. de 1981; 80 y 108 de la Ley 75 de 1986; 40, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el 29 de la Constitución; y, 647 del Estatuto Tributario.

El concepto de la violación se sintetiza así:

El descuento tributario concedido a las empresas de servicios de transporte aéreo mediante el artículo 99 del Decreto Ley 2053 de 1974, cuyos efectos fueron extendidos hasta 1989 por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, constituye un "derecho adquirido", motivo por el cual su desconocimiento implicó una conducta contraria a los derechos económicos constitucionales.

Aunque el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 derogó el beneficio tributario, la Administración desconoció los derechos adquiridos con la expedición de los actos administrativos acusados. Al respecto señaló que los artículos 40, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el 29 de la Constitución, fueron vulnerados por la indebida aplicación del artículo 108 de la Ley 75 de 1986. .

Finalmente indicó que se vulneró el artículo 647 del Estatuto Tributario por cuanto siendo su texto claro y evidente, fue desconocido por la Administración.

LA OPOSICIÓN

El apoderado de la Administración se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando, con fundamento en los artículos 108 de la Ley 75 de 1986 y 17 de la Ley 153 de 1887, que cuando la ley concedió el beneficio del descuento a las sociedades colombianas de transporte aéreo, lo hizo para cada anualidad gravable y previo el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento del beneficio durante el transcurso del respectivo período fiscal, y mientras el contribuyente no se haga acreedor del derecho al descuento, sólo tiene una "mera expectativa". Al respecto citó doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, argumentando, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de marzo 13 de 1992, exp. 3835, Consejera Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos, que en el *sub-judice* no resulta admisible la tesis de la actora del "derecho adquirido" porque el descuento tributario consagrado en el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974, extendidos sus efectos por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, no es aplicable para el período gravable de 1989, por haber sido expresamente derogado por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, toda vez que el artículo 30 de la Constitución de 1886, vigente para la época en que sucedieron los hechos discutidos, no tiene alcances para involucrar a las normas tributarias que son de naturaleza administrativa y de interés público.

En cuanto a la sanción por inexactitud, el *a-quo* le dio la razón a la sociedad actora, manifestando que del texto del artículo 647 del estatuto tributario no surge que la conducta asumida por la actora en su denuncio rentístico encajara dentro de dicha norma, y por lo tanto procedió a levantarla.

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. De la Parte Actora.

El apoderado de la sociedad actora sustentó el recurso de apelación afirmando que la Ley 75 de 1986 no podía desconocer ni vulnerar las situaciones jurídicas concretas que se habían creado durante la vigencia del decreto 2053 de 1974 y de la Ley 2a. de

1981, porque ello implicaría otorgarle efectos retroactivos a las normas tributarias, la que resulta inaceptable e inconstitucional de conformidad con lo establecido en el inciso 2o. del artículo 363 de la Constitución, ya que la ley debe regir hacia el futuro. Al respecto citó la sentencia del Consejo de Estado de febrero 19 de 1976, exp. 3319.

Con base en lo anterior y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre 9 de 1987, en la que se efectuó un análisis sobre los derechos adquiridos, indicó que la Administración no actuó conforme a derecho, porque en este caso es claro que Aeroexpreso Bogotá S.A. tuvo hasta 1989 el "derecho adquirido" a gozar del beneficio tributario otorgado por el artículo 99 del decreto 2053 de 1974 y prorrogado hasta 1989 por el articulo 1o. de la Ley 2a. de 1981.

En relación con la sanción por inexactitud, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, porque entre la Administración y la actora se presentaron diferencias de criterio sobre la interpretación de las normas legales.

2. De la Parte Demandada.

La apoderada de la Administración sustentó el recurso de apelación manifestando que la sanción por inexactitud consagrada en el ordenamiento tributario se tipifica, entre otros eventos, cuando se incluyen en las declaraciones tributarias "descuentos inexistentes", y en general cuando se utilicen datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un "menor impuesto" o saldo a pagar o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable, y por lo tanto, en el *sub-lite* dicha sanción debe mantenerse porque no puede hablarse de error de apreciación de la actora, al pretender dar aplicación a normas que se encontraban derogadas por mandato expreso del artículo 108 de la Ley 75 de 1986.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. De la Parte Actora.

El apoderado de la actora alegó, con fundamento en las sentencias del Consejo de Estado de junio 7 de 1993, exp. 3989 y agosto 26 de 1994, exp. 5632, referentes a las situaciones jurídicas consolidadas, que como Aeroexpreso Bogotá S.A. cumplió con los requisitos previstos en los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981, acreditados con el certificado de existencia y representación legal, mediante el cual demostró que el objeto social de la actora es la explotación comercial del negocio de transporte aéreo de pasajeros, carga, valores, vuelos expresos ..., a través del empleo de aeronaves propias y/o afiliadas en la modalidad de aerotaxi, y con la declaración de renta por el año gravable de 1989, con la que demostró las inversiones efectuadas durante 1989 en equipo de vuelo, tenía derecho al descuento tributario discutido.

Respecto a la sanción por inexactitud, reiteró lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación, en el sentido de la improcedencia de la misma, y agregó que en la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre 9 de 1987 se dijo que el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 se limitó a enumerar los preceptos derogados por vía general, sin referirse a las situaciones particulares concretas que se hubieran consolidado.

2. De la Parte Demandada.

La apoderada de la Administración dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación y alegó, con base en la sentencia del Consejo de Estado de junio 16 de 1994, exp. 5414, que en el caso que se estudia no se presentaron diferencias de criterio entre la Administración y la contribuyente y por lo tanto, no existiendo duda acerca de la derogatoria del descuento tributario desde 1986 ni de su equivocada inclusión en el denuncio rentístico, era procedente la aplicación de la sanción discutida.

3. Del Ministerio Público.

El Señor Procurador Octavo Delegado ante está Corporación solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, menos en cuanto a la sanción por inexactitud.

Con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre 9 de 1987, alegó que los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981 no son normas creadoras de situaciones jurídicas particulares y concretas ni reconocen derechos en favor de personas determinadas, sino que son preceptos de carácter general y por lo tanto, el Congreso de la República, mediante el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, no desconoció ningún "derecho adquirido" por la contribuyente. Al respecto también señaló que como la Administración no le reconoció a la actora la discutida exención, no podía hablarse del desconocimiento de un "derecho adquirido".

Finalmente y en lo relacionado con la sanción por inexactitud, se pronunció en favor de su procedencia, porque la inclusión de una exención inexistente que por mandato del artículo 108 de la Ley 75 de 1986 no regía para el año gravable de 1989, no constituía "diferencias de criterio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La apelación de la parte actora

De conformidad con los términos de recurso de apelación interpuesto por la Sociedad actora, la controversia planteada a la Sala se concreta en determinar la procedencia o no, para el año gravable de 1989, del descuento del 100% del impuesto sobre la renta para las empresas colombianas de transporte aéreo establecido en el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974 hasta el año de 1979 y prorrogado mediante el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981 por diez años o más, respecto del cual la apelante invocó la existencia de derechos adquiridos.

Al respecto se observa que para la vigenciá fiscal de 1989 no existían dentro del ordenamiento jurídico los artículos 99 del decreto 2053 de 1974 ni 1o. de la Ley 2a. de

1981, que consagraban el beneficio fiscal, por haber sido derogados expresamente mediante el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 y, en cuanto a la alegada existencia de derechos adquiridos al referido descuento tributario, esta Sala, en relación con la misma vigencia fiscal discutida, se pronundió a través de la sentencia de 13 de marzo de 1992, exp. 3835, Consejera Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos, en los siguientes términos que ahora reitera:

"...

"El asunto relacionado con los derechos adquiridos en materia tributaria, ha sido analizado tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como por la del Consejo de Estado y ambas corporaciones han precisado que cuando el artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, no se refiere en absoluto a las normas tributarias que son de carácter administrativo y de interés público, y menos aún que pueda pretenderse que ellas no puedan ser derogadas.

"En este aspecto y en relación con la exención que se discute, fue dilucidado por la Corte Suprema de Justicia al conocer de la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, en sentencia del 9 de diciembre de 1987 y específicamente, por haber derogado el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981.

"En esta oportunidad dijo la Corte:

"'Alcance de la disposición derogatoria.

"'A juicio de la Corte, una cosa es derogar disposiciones legales preexistentes, para lo cual está autorizado el legislador (art. 76, Ord. 1 C.N.), y otra bien distinta es desconocer los derechos adquiridos con justo título por particulares a la luz de leyes anteriores, lo cual está prohibido expresamente por el artículo 30 de la Carta Política.

"'En el caso objeto de este proceso, el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, se limitó a enumerar los preceptos derogados, por vía general, esto es, sin hacer referencia favorable ni desfavorable a las situaciones particulares y concretas que se hubieren consolidado al amparo de dichas disposiciones mientras tuvieron vigencia.

"'Lo anterior quiere decir que el objeto del artículo en mención no fue otro que el de cristalizar la voluntad del legislador en el sentido de que, hacia el futuro, dejaran de regir las normas que enunciaba.

"'De allí no se puede colegir, ni en lógica ni en derecho, que el legislador hubiese desconocido situaciones concretas, ya que la sola derogatoria no implica afirmación ni negación en lo que a ellas atañe, pues se trata, de dos

niveles jurídicos claramente diferenciables; el general o abstracto, propio de la ley, y el particular o específico, en el que corresponde actuar, según sus competencias, a las autoridades judiciales o administrativas.

"'Declarar derogada una norma que consagraba cierto beneficio tributario en modo alguno significa poner en tela de juicio los derechos que, en casos concretos (como los planteados por el actor en cuanto a empresas de fumigación aérea), se hubieren radicado en cabeza de personas particulares durante el tiempo en que tal beneficio era aplicable, ya que no es asunto del legislador sino de la administración tributaria y, en su caso, de los organismos jurisdiccionales competentes, definir si en cada caso se cumplieron (durante la vigencia de la norma que consagraba el beneficio) los requisitos legalmente exigidos para entender que se trataba de un derecho adquirido y no de una mera expectativa.

"'Lo que tutela la norma constitucional es la seguridad que debe cobijar a las personas en el sentido de que situaciones consolidadas a la luz de leyes anteriores no resulten después desconocidas, pero de ninguna manera significa que la norma abstracta y general a cuyo amparo esas situaciones se consolidaron deba obligatoriamente seguir rigiendo, pues ello equivaldría no sólo a petrificar la legislación sino a forzar el que se sigan consolidando "ad infinitum" aun contra las conveniencias públicas por haberse maniatado al legislador.

"'Según el texto del artículo 30, los derechos adquiridos con justo título no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Ello impide que el legislador dicte nuevas normas que los violen o por medio de las cuales se establezca que esos derechos no existen o que no se reconocen. Pero tal no es el caso presente, ya que cuando derogó el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, no dijo el legislador que las empresas de fumigación aérea que habían cumplido ya los requisitos en cuya virtud gozarían del descuento tributario en los términos que la norma derogada establecía, perderían en el derecho a ese descuento. Dijo, simplemente que, en adelante, no rige ese tratamiento tributario especial, de donde se colige que aquellas empresas de fumigación aérea que, al momento de la derogatoria, aún no habían cumplido la totalidad de los requisitos legales y, por tanto, aún no gozaban de un derecho adquirido sino que tenían una mera expectativa, no pueden aspirar a que ese derecho llegue a radicarse en su cabeza"'.

"Es decir, que derogada la norma invocada por la Ley 75 de 1986, no podía seguir operando hacia el futuro la exención, sin que desconozca situaciones jurídicas consolidadas bajo el amparo de la norma, porque para cada ejercicio impositivo y según lo previsto en el artículo 99 del Decreto 2053, se requería cumplir con determinados requisitos, entre ellos la destinación del 100% del valor del impuesto calculado, a la renovación, adición o mantenimiento de los equipos de vuelo.

"Lo anterior permite inferir que cuando se derogó la exención alegada expresamente, por el artículo 108 de la Ley 75 de diciembre 23 de 1986, no era posible prever sobre la existencia futura del sujeto pasivo, su eventual producción de utilidades, y menos dar por cierta la destinación de un valor igual al impuesto de renta en la inversión exigida por la ley, es decir no existía con relación al período discutido una situación jurídica consolidada bajo el amparo de la Ley 2a. de 1981, que hubiera obligación de respetar.

"...".

De conformidad con lo anterior, se concluye que la sociedad actora para el año gravable de 1989, no tenía derecho al descuento tributario discutido, siendo el mismo, así como lo índicaron la Administración y el Tribunal, improcedente, toda vez que las normas que consagraban dicho beneficio tributario habían sido derogadas en forma expresa por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 y por lo tanto, respecto del período discutido no existía ninguna situación jurídica consolidada para la actora.

2. La apelación de la parte demandada.

En relación con la sanción por inexactitud, la Sala procederá a revocar la decisión del Tribunal en cuanto ordenó levantarla, toda vez que dentro del *sub-lite*, así como lo precisó el señor Procurador Tercero delegado, no se presentaron diferencias de criterio entre la Administración y la actora, sino la inclusión de un descuento tributario inexistente, en virtud de la derogatoria expresa que de dicho beneficio se efectuó a través del artículo 108 de la Ley 75 de 1986, como se explicó en el primer punto de esta providencia, resultando por ello procedente la aplicación de la sanción consagrada en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

En este sentido se pronunció la Sala en la sentencia de junio 17 de 1994, exp. 5414, Consejero Ponente Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Por las anteriores razones, la Sala procederá a revocar la sentencia apelada en cuanto ordenó el levantamiento de la sanción por inexactitud aplicada por la Administración.

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 cuanto ordenó sanción por inexactitud impuesta a la sociedad actora.

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Se reconoce a la doctora Doris Pinzón Amado como apoderada de la entidad demandada, en los términos para los efectos del memorial anexo.

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

PRIMA DE VACACIONES-Naturaleza/**PAGO SALARIAL/APORTES AL SENA/ APORTES PARAFISCALES**

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 como la nómina mensual de salarios que sirve de base para liquidar estos aportes comprende todos los emolumentos que de conformidad con la ley laboral integran el salario, conviene precisar entonces qué se entiende por elementos integrantes del salario a la luz de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo. Ahora bien del contexto de las normas antes citadas claramente se evidencia que las primas de vacaciones pagadas por el Banco en forma habitual deben considerarse como "elementos integrantes del salario" porque se trata de la retribución de servicios prestados por los trabajadores que se causa periódicamente junto con las vacaciones. De manera pues, que tratándose de pagos periódicos y obligatorios que no son de mera liberalidad, los cuales implican retribución de servicios a los trabajadores del banco por desempeñar a cabalidad sus funciones, sin importar la denominación de que se le de como lo predica el artículo 127 del Código Laboral, se considera que los valores pagados por concepto de la mencionada prima de vacaciones debe formar parte de la base para liquidar los aportes parafiscales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 6002. Actor: BANCO DE LA REPÚBLICA. Apelación sentencia de 8 de septiembre de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Nulidad Resoluciones 1874 y 1875 de julio 31 de 1992 sobre aportes al Sena años 1988, 1989 y 1990). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del BANCO DE LA REPÚBLICA Nit. 8-60.005.216, contra la sentencia de 8 de septiembre de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las peticiones formuladas por esta entidad bancaria en relación con los aportes causados a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por las vigencias de 1988, 1989 y 1990.

ANTECEDENTES

Mediante liquidación No. 10-009 de julio de 1992 el SENA Regional Bogotá estableció que el Banco de la República estaba obligado a aportar adicionalmente por los años 1988 y 1989 las sumas de $7.414.066 y $9.671.895 respectivamente, debido a que en sus liquidaciones no incluyó dentro de las bases del aporte lo correspondiente al auxilio de transporte ($11.521.041 y $13.584.040) y la prima de vacaciones ($390.577.343 y $490.871.896), tal como aparece consignado en la Resolución No. 01874 de 31 de julio de 1992. (fls. 20/22).

Esta Resolución le impugnó el Banco al considerar que el auxilio de transporte, desde su creación por la ley 15 de 1959 dispuso que este auxilio no constituía salario; y an cuanto a la prima de vacaciones sostuvo que no es realmente un pago verificado por el descanso remunerado de las vacaciones, pues el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 se refiere a los pagos verificados por descansos remunerados, y el único pago por el descanso remunerado de las vacaciones está representado en el salario ordinario que continúa recibiendo el trabajador durante el período de vacaciones.

Sin embargo, la Resolución 003333 de octubre 30 de 1992 al resolver el recurso de reposición incoado, básicamente precisa que aunque el recurrente estima que se ha violado la Ley 21 de 1982, el artículo 17 de esta normatividad es muy claro, pues el preceptuar que se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por conceptos de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, está indicando con toda claridad: la totalidad, y dentro de esa totalidad debe entenderse que caben la prima de vacaciones y el auxilio de transporte.

Así mismo, la Resolución 03333 hace alusión a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo según los cuales constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria sino todo lo que recibe el trabajador en dinero y en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales...etc.

Según el artículo 128 *ibídem* no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales...etc.

Luego de analizar las anteriores disposiciones y referirse al concepto unificado No. 1/32 de la Dirección de Impuestos Nacionales confirma en todas sus partes la Resolución 1874 de julio 31 de 1992 quedando agotada la vía gubernativa. (fls. 28/32).

De otra parte, el SENA Regional Bogotá además practicó la liquidación número 10-027 de mayo 27 de 1991 por la vigencia de 1990, en la cual se registra a su favor la suma de $11.510.802 debido a la no inclusión dentro de la base del aporte lo correspondiente a auxilio de transporte ($13.391.573) y a la prima de vacaciones ($618.481.987). Esta novedad aparece reseñada en la Resolución 01875 de julio 31 de 1992 cuyo acto también es objeto de impugnación. (fls. 33/35).

Respecto a este acto administrativo se surtió el recurso de reposición el cual fue resuelto por medio de la Resolución 03332 de octubre 30 de 1992 con resultado adverso al recurrente, pues el SENA Regional de Bogotá lo confirmó en todas sus partes, quedando agotada la vía gubernativa. (fls. 41/45).

En la demanda ante el Tribunal el Banco básicamente estimó infringido el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 porque el SENA liquidó los aportes sobre las sumas pagadas a sus trabajadores por concepto de "auxilio de transporte" y "prima de vacaciones", pues en relación con el primer ítem sostiene que no es legal considerar el auxilio de transporte como salario para efectos de aportes, por cuanto ese pago no se concibió como constitutivo de salario, según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2o. de la Ley 15 de 1959.

Y en cuanto al segundo ítem estima que el SENA interpreta erróneamente el mencionado artículo 17 cuando considera que la prima de vacaciones en el Banco de la República, o bien constituye salario o bien constituye un pago tendiente a remunerar las vacaciones.

Argumenta que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 se refiere a los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, y el único pago por descanso remunerado de las vacaciones está representado en el salario ordinario que, no con el carácter de éste, continúa recibiendo el trabajo.

Concluye entonces que la prima de vacaciones no renumera el descanso representado en las vacaciones, pues la prima en sí mismo no es un descanso –así se llame prima de vacaciones– como sí lo son las vacaciones. (fls. 5/13).

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal profirió sentencia de mérito accediendo parcialmente a las súplicas de la demanda, pues excluyó de la base de aporte las sumas correspondientes al auxilio de transporte practicando al afecto nuevas liquidaciones de aportes por las vigencias de 1988, 1989 y 1990. (fls. 148/56).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del Banco demandante reitera en la apelación que los valores pagados a los trabajadores por prima de vacaciones no es procedente incluirlos para efectos de los aportes al SENA, pues este concepto remuneratorio no constituye salario ni con el mismo se satisface o verifica en pago del descando remunerado de las vacaciones.

Luego de transcribir el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 observa "que según lo indica el encabezamiento de dicho artículo, tanto los salarios como los pagos verificados por dichos descansos se entienden incluidos dentro de la nómina mensual de salarios, pero "para efectos de la liquidación de los aportes"...", sin que ello por lo tanto signifique que la lay entienda que las vacaciones tengan carácter salarial".

No obstante lo anterior, argumenta que "una prima de vacaciones, o la prima de vacaciones que se paga en el Banco de la República, no se equipará a las vacaciones, no es las vacaciones mismas, no constituye un descanso, con ella no se pagan las vacaciones ni tampoco el descando en que las vacaciones están representadas."

Precisa que el Código Sustantivo del Trabajo consagra como descansos remunerados, <u>únicamente</u> las vacaciones (artículo 186) y los <u>días dominicales y festivos</u> (artículos 172 y ss.).

Puntualiza que las vacaciones constituyen, efectivamente, un descanso, que además debe ser remunerado. Igual ocurre con los días dominicales y festivos, en los cuales, en principio, el trabajador tiene derecho a descansar. Luego lo pagado por esos descansos remunerados debe formar parte de la base para calcular los aportes.

Por el contrario, la prima de vacaciones no constituye un descanso, pues se trata simplemente de un pago que siendo accesorio a las vacaciones no tiene la misma naturaleza jurídica de éstas, aún cuando tenga características similares a las vacaciones, como la referente que no retribuye directamente servicios, toda vez que su pago (de la prima de vacaciones) se hace cuando más pronto cada año, lo cual no puede ocurrir con el salario, ya que el período de pago de éste no puede ser mayor a un mes (artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo). En resumen, su finalidad no es la de pagar los días de descanso de las vacaciones; con el pago de esta prima no se satisface la obligación de remunerar el descanso remunerado de las vacaciones.

Así mismo, relieva que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 se refiere a los pagos por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, y el único pago por descanso remunerado de las vacaciones está representado en el salario ordinario que, no con el carácter de éste, continúa recibiendo el trabajador.

De lo anterior concluye que la prima de vacaciones no renumera el descanso representado en las vacaciones, pues la prima de vacaciones en sí misma no es un descanso –así se llame prima de vacaciones– como sí lo son las vacaciones.

Expresa que "no es equitativo entonces, ni tampoco acorde con la ley, equiparar un pago, o, mejor, igualar un pago con otro de distinta naturaleza, lo cual se hace al considerar que las vacaciones o que el descanso remunerado de las vacaciones se paga con la prima de vacaciones. El hecho de que esta prima se denomine de vacaciones no significa que con su pago se verifique el descanso remunerado de ley representado en las vacaciones." (fls. 163/172).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad procesal las partes ni el Ministerio Público por la Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación descorrieron el traslado de ley. (fl. 177 por vuelto).

CONSIDERACIONES

Se discute en este proceso su las primas de vacaciones pagadas por el Banco de la República en los años 1988, 1989 y 1990 deben o no incluirse en la base para liquidar de los aportes al SENA.

Pues bien, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 preceptúa que para efectos de la liquidación de los aportes parafiscales (Subsidio Familiar, Sena, Esap, etc.) "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.".

De acuerdo con esta disposición, como la nómina mensual de salarios que sirve de base para liquidar estos aportes comprende todos los emolumentos que de conformidad con la Ley Laboral integran el salario, conviene precisar entonces qué se entiende por elementos integrantes del salario a la luz de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo cuyo tenor es el siguiente:

> "Art. 127.- Constituye salario no solo la renumeración fijo u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades.""

> "Art. 128.- No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX".

Ahora bien, del contexto de las normas antes citadas claramente de evidencia que las primas de vacaciones pagadas por el Banco en forma habitual deben considerarse como "elementos integrantes del salario" porque se trata de la retribución de servicios prestados por los trabajadores que se causa periódicamente junto con las vacaciones.

De manera pues, que tratándose de pagos periódicos y obligatorios que no son de mera liberalidad, los cuales implican retribución de servicios a los trabajadores del Banco para desempeñar a cabalidad sus funciones, sin importar la denominación de que se le dé como lo predica el artículo 127 del Código Laboral, la Sala considera que los valores pagados por concepto de la mencionada prima de vacaciones debe formar parte de la base para liquidar los aportes parafiscales.

Por lo demás, la Sala relieva que este criterio he sido acogido en varias providencias, como la sentencia de 3 de agosto de 1990, expediente 2497, actor: Avianca S.A. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano y también la de fecha abril 30 de 1993, expediente 4246, actor: Thomas de la Rue de Colombia S.A., Ponente: Dr. Delio Gómez Leyva. Por lo tamto, no prospera la súplica.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 8 de septiembre de 1994 proferida en el juicio 9411 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las peticiones de la demanda formulada por el BANCO DE LA REPÚBLICA Nit. 8-60.005.216, en relación con los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA por las vigencias de 1988, 1989 y 1990.

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 ZARATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

IMPUESTO DE RIFAS/Improcedencia/**RIFA PERMANENTE/RIFA POR ENTIDAD FINANCIERA**.

Del artículo 1o. del decreto 537 de 1974 resulta claro que las rifas de características diferentes (que no sean muebles e inmuebles o premios en dinero) no constituyen materia imponible del impuesto de rifas que consagra dicha normatividad. Tampoco las rifas permanentes (legalmente autorizadas) de que trata el artículo 3 *ibídem* armónico con el artículo 2o. Ib. No constituye materia imponible o presupuesto fáctico del impuesto de rifas, aunque las mismas correspondan la definición de rifa que consagra el artículo 1o. *ibídem.* Los aportes promocionales que realizó el Banco de Bogotá, durante los años 1986 y 1987, como lo observó el Tribunal si bien participan de la naturaleza de una "rifa" los mismos no constituyen hecho imponible o presupuesto fáctico, ya que, "la actora es una entidad financiera cuya actividad regulada por normas especiales, las cuales se permiten que se efectúen sorteos de manera permanente, en fechas específicas. Además regula la clase de premios que se pueden ser sorteados o rifados, y entre ellos se incluyen auxilios, para educación y vivienda, es decir premios en dinero prohibidos expresamente por el Decreto 537 de 1974. Además gozan del derecho de participar y obtener boletas para tales sorteos todas aquellas personas que tengan abierta una cuenta de ahorros en la entidad actora a nivel nacional. Por consiguiente, aunque los sorteos efectuados por el actor durante los períodos incluidos en los actos acusados deben entenderse como rifas; el artículo 4°. Del citado decreto habla de impuestos es decir que cada uno de los tres (3) impuestos podría comprobarse de manera independiente, en el caso de autos, se dio aplicación indebida al decreto 537 y en especial

a los artículos 3°, 4° y 11 por cuanto las rifas efectuadas por el actor son permanentes, son gratuitas, ya que la boleta para participar no ha sido desvirtuada por el ente demandado.

RIFA PERMANENTE /SORTEO DE ENTIDAD BANCARIA/IMPUESTO DE RIFAS–Improcedencia.

En efecto, conforme a las normas del Estatuto Orgánico Financiero (Decreto 1730 de 1991) Título II, Capítulo I, artículo 2.1.2.1.22 las secciones de Ahorro de los Bancos están autorizadas para ajustar sus programas de captación de ahorros "mediante la realización de sorteos y establecimientos de planes de seguros de vida en beneficio de sus depositantes, a las condiciones establecidas en los artículos 2.1.2.1.23, 2.1.2.1.24, y 2.1.2.25 del presente estatuto" como que los premios exclusivamente correspondan a "auxilios para educación, vivienda económica, vehículos de transporte popular y bienes y servicios ligados a la producción agropecuaria, industrial y artesanal; de donde surge que esta clase de sorteos autorizados legalmente son de "carácter permanente" como quiera que se realizan en más de una fecha del año calendario. En esta forma es evidente que si por una parte los sorteos en cuestión corresponden en parte a "dinero" (auxilios de vivienda y educación) y por otra, su realización es permanente, según lo preceptuado en las precitadas normas resulta forzoso concluir que ellos no son materia imponible (hecho imponible) del impuesto de rifas que consagra el Decreto 537 de 1974, por no darse los elementos que lo configuran, como corresponde a rifas ocasionales o transitorias, y a bienes diferentes a dinero.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5602. Actor: BANCO DE BOGOTÁ. APELACION: SENTENCIA DE MARZO 18 DE 1994 - TRIBUNAL ADTIVO. CUNDINAMARCA IMPUESTOS: DISTRITALES (RIFAS). Fallo.

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Distrito Capital Santa Fe de Bogotá, contra la sentencia de marzo 18 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 iniciado por la sociedad BANCO DE BOGOTÁ, para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Dirección de Impuestos Distritales le determinó el impuesto sobre rifas efectuadas durante los años de 1986 y 1987.

ANTECEDENTES:

Mediante la Resolución No. 112 de marzo 16 de 1990, la Dirección de Impuestos Distritales del Distrito capital Santa Fe de Bogotá, liquidó al Banco de Bogotá, impuestos

de rifas, en cuantía de $6.968.652, equivalente al 15% del plan de premios efectuado por aquel durante los años de 1986 y 1987, con miras a incentivar y promocionar las cuentas de ahorro.

Contra la anterior resolución la sociedad actora interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, con el objeto de que se revocara la resolución impugnada por cuanto a su juicio los presupuestos para considerar los sorteos efectuados por el banco, como "rifas" y por ende, sometidos al correspondiente impuesto, no se configuraban.

Por Resolución No. 166 del 4 de abril de 1991, la Dirección de Impuestos Distritales confirmó la Resolución recurrida, decisión que a su vez fue corroborada por la Junta Distrital de Hacienda esto es, la Resolución No. 112 de marzo 16 de 1990, actuación plasmada en la Resolución No. 445 de octubre 23 de 1991.

LA DEMANDA:

El apoderado judicial de la sociedad actora considera que con su actuación las agencias de impuestos distritales violaron las siguientes disposiciones: Decreto 1730 de 1991 –estatuto orgánico del sector financiero–, Decretos autónomos Nos 278 y 746 de 1975 y 965 de 1986 que consagran el régimen jurídico de los sorteos efectuados por la actora. Así mismo, estimó vulnerados los artículos 3o. de la ley 19 de 1932, 13 de la ley 69 de 1946, 5o. de la ley 33 de 1948, 5o. de la ley 4a. de 1963 y 1, 2, 3, 4, numeral 16 y 11 del Decreto Reglamentario 537 de 1974.

El concepto de violación gira alrededor de la indebida aplicación de estas disposiciones a los sorteos efectuados por el Banco de Bogotá, los que a juicio de su apoderado no son legalmente rifas, y por lo tanto no dan lugar a los impuestos de que trata el artículo 4o. del Decreto 537 de 1974, puesto que los sorteos que el Banco efectuó en desarrollo de su programa de promoción e incentivación de cuentas de ahorro tiene un régimen jurídico especial consagrado en los Decretos Autónomos citados, el cual se refieren a sorteos no a rifas, los cuales tienen claras diferencias con éstas, como que son "permanentes" circunstancia prohibidas en las rifas; por tanto insiste en que el régimen tributario para éstas no es aplicable a los sorteos que unilateralmente realizó el banco.

LA PARTE OPOSITORA:

La representante judicial del Distrito Capital Santa Fe de Bogotá se opuso a las pretensiones de la demandante, manifestando que no comparte su argumentación tendiente a diferenciar los términos rifas y sorteos, porque éstos son sinónimos y que por lo mismo tienen los mismos elementos: sorteo de uno o varios bienes (auxilios vehículos, bienes y servicios ofrecidos por el banco); comprar o adquirir el derecho a participar en la rifa o sorteo (con la apertura de cuenta se adquiere el derecho); utilidad (beneficio que adquiere el banco-mayor captación de capital); y que por estas características el Banco de Bogota debe cancelar un impuesto, equivalente al 15% de

la totalidad del plan de premios conforme a lo dispuesto en el artículo 4o. inciso 1o. del Decreto 537 de 1974). Así mismo advirtió que los sorteos se realizaron en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, previa autorización de la Dirección de Juegos, Rifas y Espectáculos de Bogotá.

Por otra parte, observó que los sorteos promocionales que realizó el Banco de Bogotá son rifas, y toda rifa se entiende celebrada a título no gratuito, razón por la cual el Banco de Bogotá está obligado a cancelar el valor de los impuestos respectivos por los sorteos efectuados.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia de marzo 18 de 1994, se pronunció en sentido favorable a las pretensiones del demandante.

Previo análisis de las normas que contemplan el régimen impositivo de las rifas, especialmente, las contempladas en el Decreto 537 de 1974, artículos 1o., 2o., 3o. y 11, el Tribunal estimó que aunque los sorteos efectuados por la actora durante los años gravables de 1986 y 1987, eran "rifas" de todas maneras se había aplicado indebidamente el Decreto 537 de 1974, en especial los artículos 3o., 4o. y 11, puesto que las rifas efectuadas eran "permanentes" y gratuitas, porque la boleta para participar no tenía precio determinado y que tampoco era procedente determinar el efecto de la utilidad en la promoción de las cuentas de ahorro.

Y que las entidades financieras, como lo era la actora, tenían normas especiales que establecían "sorteos" permanentes en fechas específicas, que señalan la clase de bienes a sortear, como auxilios para educación y vivienda (premios en dinero) prohibidos por el Decreto 537 de 1974, y que además gozaban del derecho de participar las personas que abrieran cuenta de ahorros a nivel nacional, lo cual hacía inaplicable las normas del régimen impositivo de las rifas.

LA APELACION:

El apoderado de la entidad demandada al apelar la sentencia del Tribunal se remite a lo expuesto en el alegato de conclusión, en el sentido de que la actuación administrativa acusada se encuentra ajustada a derecho puesto que la denominación de sorteo que el Decreto 278 de 1978, dio a los cinco (5) eventos anuales de "promoción y captación de cuentas de ahorros entre sus clientes de la Sección de Ahorros del Banco" no le cambia la naturaleza jurídica de "rifa" y por ende su sujeción al sistema impositivo previsto para las mismas.

Así mismo, que los elementos que establece el artículo 1o. del Decreto 537 de 1974, se configuran en el evento de los sorteos que efectuó el Banco, pues "sorteo de uno o varios bienes, se asimilan al plan de premios ofrecido por el Banco (auxilios, vehículos); compren o adquieran (....) en este caso a través de una apertura de una cuenta de ahorros

(....) lo que desvirtúa el concepto de que el sorteo es gratuito (....) resultado del sorteo al azar: por lo tanto el resultado se fía a la suerte".

Por tanto, que contrario a lo que estimó el Tribunal, la boleta para participar en tales sorteos sí tiene un precio o contraprestación, pues el beneficiario estaba obligado a tener cuenta de ahorros y determinada suma depositada en ella, lo que implica un precio o costo para éste.

Finalmente, pone de manifiesto que no se aportó al proceso la reglamentación interna del Banco de Bogotá de los correspondientes sorteos o rifas discutidas, circunstancia por la cual la sentencia se basa en afirmaciones no probadas, o apoyadas en las normas de intermediación financiera que permiten tales sorteos pero que no los reglamentan

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La representante judicial de la entidad demandada en su alegato de conclusión repite la argumentación expuesta en la sustentación del recurso de apelación.

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado considera que la sentencia del Tribunal merece ser confirmada. A su juicio el artículo 1o. del Decreto 537 de 1974, que definió lo que debía entenderse por rifa no puede ser aplicado sin tener en cuenta el reto de normas del mismo que establecen prohibiciones y exenciones que determinan finalmente la procedencia del gravamen, y que atendiendo a las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sector Financiero, éstas autorizan una serie de sorteos en condiciones y circunstancias diferentes a las que establece el Decreto 537 de 1987, puesto que existe autorización para que se pueda sortear dinero (hecho prohibido por este decreto) sin necesidad de solicitar licencia al municipio en donde se realice (lo que si exige el mismo decreto) y con el carácter de "permanentes" (que también prohíbe el Decreto 537 pues se acepta su realización en más de una fecha.

El apoderado judicial de la sociedad actora al alegar de conclusión se reafirma en su argumentación expuesta en el libelo demandatorio. En síntesis dice:

–Lo que el Banco realiza tiene la naturaleza de sorteo, y lo que se encuentra grabado por las normas son las "rifas" cuya naturaleza es diferente, pues éstas tienen características propias de una actividad lucrativa.

– Toda rifa objeto del impuesto necesariamente debe tener los elementos que establece el artículo 4o. del Decreto 537 de 1974, y la ausencia de uno o varios de ellos, conduce a la inexistencia de una rifa de las características objeto del gravamen.

– Los sorteos promocionales que realiza el Banco de Bogotá, dista mucho de la presencia de boletas expedidas al público por un determinado valor y de la existencia de una utilidad en quien efectúa el sorteo.

– Además, los sorteos que realiza el Banco de Bogotá son permanentes y en algunos casos en dinero (auxilios de vivienda y educación), lo que implica que tales sorteos son

de naturaleza jurídica diferente a las rifas, pues carecen de los elementos esenciales que establece el impuesto de rifas y riñen abiertamente con algunas de las prohibiciones establecidas.

– Finalmente pone de manifiesto el hecho de que no es procedente gravar con el impuesto municipal de rifas, a situaciones ocurridas fuera de su ámbito territorial, pues algunos de los sorteos promocionales que fueron gravados en los actos acusados no tuvieron lugar en la ciudad de Bogotá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia en este proceso se contrae a la inconformidad del apelante-apoderado del Distrito Capital Santa Fe de Bogotá, con la sentencia del Tribunal, que consideró improcedente gravar con el impuesto de rifas previsto en el Decreto 537 de 1974, los sorteos realizados por el banco actor durante los años 1986 y 1987; decisión con la cual no está de acuerdo por cuanto en su concepto tales sorteos contienen los elementos descritos en el artículo 1o. del precitado decreto, y por ende, se encuentran sometidos a dicho gravamen.

Al respecto la Sala observa que según el artículo 1o. del Decreto 537 de 1974, se entiende por rifa "... toda oferta para sortear uno o varios bienes o premios entre varias personas que compren o adquieran el derecho a participar en el resultado del sorteo o los sorteos al azar, en una o varias oportunidades". Y, en lo que al hecho imponible o presupuesto fáctico económico, se refiere, el artículo 4o. *ibídem* establece que "Toda rifa no permanente o transitoria de bienes muebles o inmuebles o premios diferentes a dinero, deberá pagar los siguientes impuestos".

De lo anterior resulta claro que las rifas de características diferentes no constituyen materia imponible del impuesto de rifas que consagra dicha normatividad. Tampoco las rifas permanentes (legalmente autorizadas) de que trata el artículo 3o. *ibídem* armónico con el artículo 2o. ib., no constituyen materia imponible o presupuesto fáctico económico del impuesto de rifas, aunque las mismas correspondan a la definición de rifa que consagra el artículo 1o. *ibídem*.

Para la Sala los aportes promocionales que realizó el Banco de Bogotá, durante los años 1986 y 1987, como lo observó el Tribunal si bien participan de la naturaleza de una "rifa" los mismos no constituyen hecho imponible o presupuesto fáctico, ya que:

> "La actora es una entidad financiera cuya actividad se encuentra regulada por normas especiales, las cuales permiten que se efectúen sorteos de manera permanente, en fechas específicas. Además, regula la clase de premios que pueden ser sorteados o rifados, y entre ellos se incluyen auxilios para educación y vivienda, es decir, premios en dinero prohibidos expresamente por el Decreto 537 de 1974.

Además gozan del decreto de participar y obtener boletas para tales sorteos todas aquellas personas que tengan abierta una cuenta de ahorros en le entidad actora a nivel nacional.

"Por consiguiente, aunque los sorteos efectuados por el actor durante los períodos incluidos en los actos acusados deben entenderse como rifas; el artículo 4o. del citado decreto habla de impuestos, es decir que cada uno de los tres impuestos podría cobrarse de manera independiente, en el caso de autos, se dio aplicación indebida al Decreto 537 y en especial a los artículos 3, 4 y 11 por cuanto las rifas efectuadas por el actor son permanentes, son gratuitas, ya que la boleta para participar no tiene un precio determinado, presunción que no ha sido desvirtuada por el ente demandado, y no es posible cuantificar el efecto de utilidad que la promoción le produjo al actor".

En efecto, conforme a las normas del Estatuto Orgánico Financiero (Decreto 1730 de 1991) Título II, Capítulo I, artículo 2.1.2.1.22, –que acogió disposiciones que con anterioridad regulaban la materia– las Secciones de Ahorro de los Bancos están autorizadas para ajustar sus programas de capacitación de ahorros "mediante la realización de sorteos y establecimiento de planes de seguro de vida en beneficio de sus depositantes, a las condiciones establecidas en los artículos 2.1.2.1.23, 2.1.2.1.24 y 2.1.2.1.25 del presente estatuto" como que los premios exclusivamente correspondan a "auxilios para educación, vivienda económica, vehículos de transporte popular y bienes y servicios ligados a la producción agropecuaria, industrial y artesanal" esto es, varios de ellos en dinero, y cuyas fechas de realización corresponden al "último día hábil de cada trimestre o dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, sin perjuicio de la realización de uno extraordinario el treinta y uno (31) de octubre" de donde surge que esta clase de sorteos autorizados legalmente son de "carácter permanente" como quiera que se realizan en más de una fecha del año calendario.

En esta forma, es evidente que si por una parte los sorteos en cuestión corresponden en parte a "dinero" (auxilios de vivienda y educación) y por otra, su realización es permanente, según lo preceptuado en las precitadas normas; resulta forzoso concluir que ellos no son materia imponible (hecho imponible) del impuesto de rifas que consagra el Decreto 537 de 1974, por no darse los elementos que lo configuran, como corresponder a rifas ocasionales o transitorias, y a bienes diferentes a dinero.

Así las cosas, y en todo de acuerdo con la Procuradora Séptima Delegada de lo Contencioso, la sentencia del Tribunal merece confirmarse, como quiera que es evidente que los actos acusados se fundamentaron en la interpretación aislada del artículo 1o. del Decreto 537 de 1974, que define el concepto de "rifa", pasando por alto las prohibiciones y el concepto de materia imponible que consagra en los artículos 2, 3, 4 *ibidem*, y de los cuales establece con meridiana claridad que los sorteos discutidos no corresponden a la clase de rifas sometidas al régimen impositivo establecido en el precitado decreto.

En consideración a lo anterior no es procedente acceder a lo peticionado por la apelante apoderada de la entidad demandada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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
Ausente

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

SALARIO/PAGO NO SALARIAL/PRESTACIONES SOCIALES/DESCANSO REMUNERADO

Siendo la remuneración 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 al primero, todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales, constituyen remuneración derivada del contrato laboral. De acuerdo con las reglas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 127, 128 concordantes, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de su servicio de manera habitual, sea cualquiera la denominación que se adopte. No lo constituyen las sumas que el patrono le paga ocasionalmente y por mera liberalidad, ni lo que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación y los de transporte, ni las prestaciones sociales que el mismo estatuto contempla en sus títulos VIII y IX dentro de las cuales no se hallan los pagos correspondientes a descansos remunerados, que están previstos en el capítulo VII, y constituyen base de liquidación de las prestaciones sociales, por lo cual no puede considerarse que forman parte de ellas. Tampoco adquieren tal naturaleza las primas que se pacten en convenciones colectivas como integrantes del salario para tal fin.

SALARIO-Requisitos/**HABITUALIDAD EN PAGO SALARIAL**

Para que un pago constituya salario, como bien lo expresan los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere: 1) Que exista una relación laboral, en virtud de la cual una persona natural se compromete a

prestar servicios personales a otra natural o jurídica, con subordinación o dependencia. 2) Que la suma recibida corresponda como se precisó en la sentencia del 13 de octubre de 1989 "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 primero. 3) Que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del patrono y, que además no sea habitual. 4) Que constituya un ingreso personal del trabajador esto es, que no corresponda a reembolso de gastos ni a dinero recibido de parte del patrono para enriquecer el patrimonio del asalariado, sino para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por aquel. La habitualidad no desaparece en razón a que el mismo trabajador no reciba de manera reiterada la prestación, pues tal configuración surge por virtud de la manera permanente como se cancela, o por constituir una obligación pactada con los trabajadores, como por ejemplo, los auxilios por muerte, matrimonio o retiro de la empresa, etc. En consecuencia en la medida que el pago se haga regularmente en forma habitual, o que, aun cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y por lo tanto es salario.

PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES/PRIMA EXTRALEGAL DE ANTIGÜEDAD/PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS/PAGO SALARIAL

Se reitera la jurisprudencia en el sentido de que las primas extralegales de vacaciones, de antigüedad y de servicios constituyen salario, pues todas estas primas son recibidas de manera habitual por el trabajador como retribución de sus servicios. Adicionalmente se comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el carácter salarial de las primas de vacaciones y antigüedad cuando dijo: "... De otra parte es errado pensar que una prima vacacional no implique retribución de servicios, siendo que para obtener el derecho a ella es presupuesto indispensable haber laborado el tiempo necesario para generar las respectivas vacaciones. La prima que no es factor salarial es la legal de servicios según lo dispuesto por el artículo 307 del C.S.T. pero ella no es la prima de vacaciones que sí es factor del salario. Según la jurisprudencia de la Sala, el trabajador despedido sin justa causa y que por orden judicial sea reintegrado al cargo que ocupaba antes, tiene derecho al respectivo pago de su remuneración básica u ordinaria y de las sumas de dinero fijas que recibía el mismo y que impliquen retribución de servicios como la prima de antigüedad".

PRIMA LEGAL DE SERVICIOS/PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS/ CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO-Inoponibilidad al fisco/**APORTES AL SENA**-Factores salariales

De acuerdo al artículo 307 del C.S. del T., la prima que no constituye salario es la legal de servicios, prevista en el art. 306 ibídem, mientras que la prima extralegal de servicios no quedó expresamente excluida de los factores que constituyen salario, lo cual, sumado a la evidencia de que su pago obedece a la retribución de los servicios del trabajador, significa que sí constituye salario aunque en las convenciones colectivas se pacte lo contrario, pues esos acuerdos no son oponibles al fisco. Por las convenciones o acuerdos entre trabajadores y empleadores no se pueden alterar las previsiones de la ley, ni para efectos tributarios ni paratributarios, "campo en el cual obran las definiciones legales, que para el concepto de salario, no puede ser otro distinto del que surge del código de la materia. De lo contrario, las convenciones particulares resultarían oponibles al fisco desvirtuando con ellas las disposiciones de la ley".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5740. Actor: SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES RENAULT S.A. "SOFASA-RENAULT" Apelación sentencia del 27 de mayo de 1994 - Tribunal Adtivo. de ANTIOQUIA - Sena. Aportes 1989. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación impuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 27 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Adminitrativo de Antioquia y en virtud de la cual se niegan la súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la actora para impugnar las Resoluciones Nos. 12362 de 1990 y 24409 de 1991, expedidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", y por las cuales se ordena el pago de una suma por concepto de aportes a su favor.

ANTECEDENTES:

Mediante Resolución No. 22362 del 5 de octubre de 1990 el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Regional Antioquia - Chocó, ordenó a la sociedad de Fabricación de Automotores Renault S.A. "SOFASA-RENAULT", el pago de la suma de $1.928.006, por concepto de aportes a ella debidos durante la vigencia de enero a diciembre de 1989.

Inconforme con la anterior decisión, interpuso la actora recurso de reposición contra el acto administrativo aludido, argumentando para el efecto que la entidad liquidadora erró al haber incluido dentro de la base de liquidación, los conceptos correspondientes a primas extralegales, de vacaciones y de antigüedad, pues a su juicio tales primas no constituyen salario.

El SENA por medio de Resolución No. 24409 del 25 de julio de 1991, resolvió no reponer el acto recurrido, al considerar que de conformidad con el artículo 127 del C.S.T., todo lo que un trabajador reciba como prestación directa del servicio, es salario, así se denomine "prima" o de cualquiera otra manera; así mismo, del análisis de la convención colectiva se concluye que no se pactó sobre la naturaleza no salarial de las primas de servicios y de vacaciones, razón por la cual estas primas se consideran salario.

Frente a la prima de antigüedad, al ser recibida año tras año, se considera habitual y como consecuencia forma parte de la base de aportes.

LA DEMANDA:

Considera violados los artículos 55 y 230 de la Constitución Nacional; 13, 127, 128, 186, 306 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo; 14 y 15 de la Ley 50/90; y 17 de la Ley 21/82.

La Constitución Nacional elevó a categoría de suprema norma la garantía del derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, y la actora, en la Convención Colectiva pactó un aumento o extensión de la prima legal de servicios y de prima de vacaciones, –tal como lo permiten los artículos 13 y 467 del C.S.T.–, los cuales de conformidad con la jurisprudencia de la C.S.J. constituyen prestación social por cuanto participan de la misma naturaleza jurídica de la prestación que aumentan.

Los actos demandados no tienen en cuenta el artículo 230 de la C.N., pues no acatan los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto debatido.

Las primas extralegales pactadas no constituyen salario, motivo por el cual no era necesario precisar en la Convención Colectiva tal circunstancia. Adicionalmente, para la época en que fue suscrita la Convención no había sido expedida la ley 50/90, y el requisito que prevé el artículo 15 de la citada norma, obviamente no era requerido.

Ya bajo el amparo de la ley 50/90, la Convención Colectiva pactada aclara y confirma que las prestaciones extralegales anteriormente acordadas son prestaciones sociales y en relación con la prima de antigüedad, su carácter salarial quedó excluido expresamente, tal como consta en el artículo 56 del aludido acuerdo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opone a las pretensiones de la actora, pues afirma que los actos impugnados se ajustan a la ley. Considera que los pagos realizados por concepto de

primas extralegales de vacaciones y de servicios constituyen salario tal como lo prevé el artículo 127 del C.S.T., pues tienen carácter retributivo, condición de no gratuidad y constituyen ingreso personal.

Así mismo, el pago por concepto de prima de antigüedad, también constituye salario por participar de la características ya indicadas, unido a la habitualidad con que es recibida por parte de los trabajadores.

Por último, propone las excepciones de inepta demanda y de inexistencia de causa jurídica; la primera de ellas por cuanto no se expresan clara y separadamente las declaraciones diferentes a la simple nulidad, y la segunda, por cuanto los actos demandados fueron expedidos de conformidad con las leyes vigentes.

LA SENTENCIA APELADA

Con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de febrero de 1993, expediente No. 5481, Magistrado Ponente Doctor Hugo Suescún P., en la cual se precisa cuales pagos constituyen salario y cuales no, sostiene el *a-quo* que tanto la prima de vacaciones como la de antigüedad "y cualquier pago que supere su valor así se hubiere logrado por convención colectiva y se califique de extralegal, indudablemente constituye salario, porque dichas sumas se cubren en consideración a la labor que desempeña el trabajador"

Así mismo, sostiene que la autorización para que patrono y trabajadores puedan pactar que los incrementos extralegales se excluyan para efectos de liquidación de prestaciones, tal como lo permite la ley 50/90, no significa que esos conceptos dejen de ser factores salariales para la liquidación de obligaciones parafiscales.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal niega las súplicas de la demanda.

LA APELACIÓN

La apoderada de la parte actora al recurrir la sentencia, sostiene que los artículos 127 y 128 del C.S.T. establecen cuáles conceptos hacen parte del salario y cuales no, y las mismas normas laborales en beneficio de los trabajadores permiten el pago de sumas mayores al mínimo previsto en la Ley.

En consecuencia, es la voluntad de los empleadores la que determina una serie de prerrogativas adicionales "bien unilateralmente o en consenso con sus trabajadores quienes pueden extender o aumentar ese mínimo y darle el carácter de salarial o no (sic) salarial".

Así mismo, reitera que el incremento o beneficio goza de la misma naturaleza de la prestación o derecho que aumenta, porque se confunde con ella.

En ese orden de ideas y en relación con la prima extralegal de servicios, anota que es prestación social y sólo se puede tener en cuenta para la liquidación del aporte al SENA el factor de salario, razón por la cual dicha prima no podía ser incluida.

Respecto de la prima de vacaciones, tampoco es factor de salario, pues es una extensión de la prestación vacaciones, que pretende remunerar el descanso. En la convención colectiva de 1991, la cual obliga a instituciones como el Sena, claramente se dejó consagrado que la aludida prima no es salarío.

Frente a la prima de antigüedad, sostiene no es habitual pues sólo se le reconoce a algunos trabajadores por cumplir un determinado número de años.

Por último, afirma que la sentencia que sirvió de fundamento a la providencia recurrida fue proferida para un caso particular, para relaciones entre particulares regidos por criterios propios, en tanto que las relaciones de la actora con sus trabajadores también se rigen por criterios propios de obligatorio cumplimiento no solo para las partes sino para todos aquellos que como el SENA, derivan aportes o contribuciones de esa relación laboral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La apoderada de la parte actora reitera los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación, y reitera que los aumentos a la prima legal de servicios, no constituyen salario, pues la prima legal de servicios tampoco constituye salario por expresa disposición legal.

Así mismo, solicita que siendo divergente el criterio de la Sección Cuarta del Consejo de Estado respecto del aumento a la prima legal de servicios (pues la considera factor salarial), del criterio de la Corte Suprema de Justicia, se aplique el numeral 2o. artículo 5 de la Ley 57 de 1887, en la medida en que prevalezca el pronunciamiento de la Corte dada su especialidad en la materia que se discute.

Por último, afirma que esa disparidad de criterios ha provocado innumerables demandas laborales en contra de la demandante, las cuales han sido falladas a su favor por la jurisdicción ordinaria, pero que los que aún cursan se deben al criterio del Consejo de Estado de considerar el aumento de la prima de servicios, como salario.

Por último, manifiesta que la demandante toma como salario el aumento de la prima legal de servicios para la liquidación de aportes parafiscales, en acatamiento a la sentencia que le fue proferida en su contra por la Sección Cuarta de la Corporación.

Ni el apoderado de la parte demandada ni el Miniaterio Público presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental en este proceso consiste en determinar si las primas extralegales de servicios, de vacaciones y de antigüedad integran el concepto de salario, o por el contrario ostentan la calidad de prestaciones sociales, determinación de la cual depende su inclusión o no es la base para la liquidación de los aportes que los empleadores particulares, entre otros, deben efectuar al SENA, en virtud de lo ordenado en los artículos 7, 9, 12 y 17 de la Ley 21 de 1982.

El artículo 17 de la Ley 21 de 1982, prescribe que para efectos de la liquidación. de los aportes al SENA, entre otras entidades, "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales".

A su vez, los artículos 127 y 128 del C.S.T. (modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, que mantienen la esencia de las normas en mención), señalan respectivamente cuáles elementos conforman el salario y cuales no.

Respecto de los artículos en mención, la Sala, en sentencia del 13 de octubre de 1989, expediente No. 1985, Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate, expresó:

> "Siendo la remuneración la contraprestación que el patrono debe al trabajador, no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación al primero, todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales, constituyen remuneración derivada del contrato laboral".
>
> "De acuerdo con las reglas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 127, 128, concordantes, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de su servicio de manera habitual, sea cualquiera la denominación que se adopte. No lo constituyen las sumas que el patrono le paga ocasionalmente y por mera liberalidad, ni lo que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación y los de transporte, ni las prestaciones sociales que el mismo estatuto contempla en sus títulos VIII y IX, dentro de las cuales no se hallan los pagos correspondientes a descansos remunerados, que están previstos en el capítulo VII, y constituyen base de liquidación de las prestaciones sociales, por lo cual no puede considerarse que forman parte de ellas. Tampoco adquieren tal naturaleza las primas que se pacten en convenciones colectivas como integrantes del salario para tal fin..."

De otra parte, la Sala en providencia del 7 de abril de 1984, expediente No. 4635, expresó:

> "Como claramente lo ha precisado la Corporación en copiada jurisprudencia, para que un pago constituya salario, como bien lo expresan los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere:

"1) Que exista una relación laboral, en virtud de La cual una persona natural se compromete a prestar servicios personales a otra natural o jurídica, con subordinación o dependencia"

"2) Que la suma recibida corresponda como se precisó en la sentencia del 13 de octubre de 1989, expediente 1985, Actor: SOFASA S.A., Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate: "a la contraprestación que el patrono debe al trabajador no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero".

"3) Que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del patrono y, que además, no sea habitual".

"4) Que constituya un ingreso personal del trabajador, esto es, que no corresponda a reembolso de gastos ni a dinero recibido de parte del patrono para enriquecer el patrimonio del asalariado, sino para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por aquel".

"... la habitualidad no desaparece en razón a que el mismo trabajador no reciba de manera reiterada la prestación, pues tal configuración surge por virtud de la manera permanente como se cancela, o, por constituir una obligación pactada con los trabajadores, como por ejemplo, los auxilios por muerte, matrimonio o retiro de la empresa, etc.".

"... En consecuencia, en la medida que el pago se haga regularmente en forma habitual, o que, aun cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y por lo tanto es salario".

"Y es obligatorio un pago cuando el patrono por imperio de la ley, de la Convención Colectiva de Trabajo o del contrato mismo deba solucionarlo; de tal suerte que cualquier bonificación que se pacte en convenciones son salario para efectos fsicales y parafiscales, aunque en la convención se le denomine de diferente manera o se indique expresamente que no constituye salario, porque si bien la Convención es ley para las partes, estas no pueden alterar las previsiones de la ley para efectos como el tributario, campo en el cual prima la definición legal, sin que lo previsto en los pactos laborales sea oponible al fisco".

Con base en la jurisprudencia que se ha dejado citada, la Sala reitera su criterio expresado tanto en la sentencia del 13 de octubre de 1989, como en la del 27 del mismo mes y año, expediente No. 2142, Actor, SOFASA, Consejero Ponente Doctor Guillermo Chahín Lizcano, en el sentido de que las primas extralegales de vacaciones, de antigüedad y de servicios constituyen salario, pues todas estas primas son recibidas de manera habitual por el trabajador como retribución de sus servicios.

Adicionalmente, la Sala comparte la cita que hace el *a-quo* de la sentencia del 19 de febrero de 1993 de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez reitera su jurisprudencia

en relación con el carácter salarial de las primas de vacaciones y antigüedad, en los siguientes términos:

> "...De otra parte es errado pensar que una prima vacacional no implique retribución de servicios, siendo que para obtener el derecho a ella es presupuesto indispensable haber laborado el tiempo necesario para generar las respectivas vacaciones.
>
> La prima que no es factor salarial es la legal de servicios según lo dispuesto por el artículo 307 del C.S.T., pero ella no es la prima de vacaciones que sí es factor del salario".
>
> "Y en el segundo, refiriéndose a la de antigüedad, sostuvo:
>
> Según la jurisprudencia de la Sala, el trabajador despedido sin justa causa y que por orden judicial sea reintegrado al cargo que ocupaba antes, tiene derecho al respectivo pago de su remuneración básica u ordinaria y de las sumas de dinero fijas que recibía el mismo y que impliquen retribución de servicios como la prima de antigüedad...".

En relación con la prima extralegal de servicios, tema sobre el cual no se pronunció el Tribunal, la Sala reitera que también constituye salario, pues observa que el hecho que se acuerde un pago con el nombre de "prima extralegal de servicios", no permite concluir acertadamente que dicho pago no pretende retribuir los servicios prestados por el trabajador, pues si así fuera, se estaría desconociendo la realidad misma de los hechos.

Adicionalmente, la Sala observa que por previsión expresa del artículo 307 del C.S. del T. la prima que no constituye salario es la legal de servicios, prevista en el artículo 306 *ibídem*, es tanto que la prima extralegal de servicio no quedó expresamente excluida de los factores que constituyen salario, lo cual, sumado a la evidencia de que su pago obedece a la retribución de los servicios del trabajador, significa que sí constituye salario, a pesar que en las Convenciones Colectivas se pacte lo contrario pues como se dejó dicho, tales acuerdos no son oponibles al fisco.

De otra parte, la Sala se permite precisar que la afirmación del recurrente en el sentido de que los empleadores en consenso con sus trabajadores pueden además de extender o aumentar el mínimo previsto en la ley, "darle el carácter de salarial o no salarial", es desacertada, pues como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, por las convenciones o acuerdos entre trabajadores y patronos no se pueden alterar las previsiones de la ley, ni para efectos tributarios ni paratributarios, "campo en el cual obran las definiciones legales, para el caso el concepto de salario, que no puede ser otro distinto del que surge del Código de la materia. De lo contrario, las convenciones particulares resultarían oponibles al fisco desvirtuando con ellas las disposiciones de la ley" (Sentencia del 13 de octubre de 1989, expediente No. 1985, Consejero Ponente, Doctor Jaime Abella Zárate).

Así mismo, y en relacion con la posibilidad prevista en el artículo 128 del C.S.T. (modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990), de que los partes acuerden que ciertos

"Estas normas en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los actículos 14 y 15 de la ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador, o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)".

De consiguiente, las primas extralegales de servicios, de antigüedad y de vacaciones, deben ser incluidas en la base para la liquidación de los aportes a favor del SENA, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 21 de 1982, razón por la cual, con las precisiones efectuadas, la providencia recurrida será confirmada.

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

FALLA:

1) Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día 27 de mayo de 1994.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, devuélvase al Tribunal de origen y CÚMPLASE.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

NOTAS DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 7 de abril de 1994 Exp. 4635.

Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 13 de octubre de 1989, como la del 27 de octubre de 1989 Exp. 2142 Actor: SOFASA Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

CÓDIGO DE PETRÓLEOS-Vigencia/**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-**Facultades/**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD/ACCIÓN DE NULIDAD/ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Referente a la alegada no vigencia del artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, contentivo del Código de Petróleos, la cual se fundamenta en que el Gobierno al expedir el Código de Petróleos y adoptar como norma de carácter permanente el artículo 8o. del Decreto 2270 de 1952, que era transitorio e implicaba una reforma a la Ley 37 de 1931, habría excedido las facultades otorgadas por la Ley 18 de 1952, con violación de la misma ley y del artículo 76 numeral 12 de la anterior Constitución; se observa que el cargo propuesto no puede ser objeto de análisis por parte de este jurisdicción, como tampoco a través de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. que es la seguida en el proceso que se atiende, puesto que su examen implica, ni mas ni menos, que un juicio de constitucionalidad de la norma, el cual conforme con el artículo 241 del actual ordenamiento Constitucional, corresponde a la Corte Constitucional. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según el artículo 82 del C.C.A. está instituida para dirimir las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas; y para enmarcar esta actividad jurisdiccional existen las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y otras. La acción de nulidad consagrada en el artículo 84 Ib. tiene por objeto que la jurisdicción declare la nulidad de un acto administrativo expedido en desacuerdo con las normas de carácter superior a las cuales está sujeto, y la de restablecimiento del derecho (art. 85 Ib.) basada en la anterior, persigue además el restablecimiento del derecho particular, conculcado. Todo lo anterior, para significar

que ninguna de las dos acciones mencionadas tiene por objeto que la jurisdicción declare, basada en un análisis de constitucionalidad, si está vigente o no una disposición jurídica, máxime cuando la acción que interpuso la sociedad actora es la de nulidad con restablecimiento del derecho, la cual no puede ser empleada ni para hacer juicios de constitucionalidad de una norma, ni para obtener declaraciones sobre su vigencia, encaminadas a obtener la nulidad de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en la disposición cuestionada.

IMPUESTO DE TRANSPORTE DE OLEODUCTOS/MATERIA IMPONIBLE/HECHO GENERADOR/TARIFA/EXENCIÓN AL IMPUESTO DE TRANSPORTE POR OLEODUCTOS/OLEODUCTO DE USO PRIVADO

El Impuesto de Transporte por Oleoductos fue establecido sobre todos los oleoductos que se construyan en el país a partir del 7 de octubre de 1952, y con sujeción a lo dispuesto en el mismo Código en materia de oleoductos. La tarifa general del impuesto fue fijada en el 6%. La base gravable equivale al valor resultante de multiplicar el volumen de los barriles transportados por la tarifa de transporte fijada por cada oleoducto. También se consagró una reducción de la tarifa del impuesto, en atención al origen geográfico de los "productos" que se transporten, al establecerse una tarifa especial del 2% para los oleoductos que se construyan para transportar los productos provenientes de las explotaciones situadas al este o sureste de la Cordillera Oriental. Así mismo previó la disposición que quedaban exceptuados del impuesto los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular, con la previsión de que el impuesto se causa solo a través de ellos se transporte crudo de terceros y solo sobre el volumen del petróleo transportado a dichos terceros.

OLEODUCTO DE USO PRIVADO-Determinación**/OLEODUCTO DE USO PÚBLICO/IMPUESTO DE TRANSPORTE DE OLEODUCTOS**

Como quiera que el impuesto se genera por el transporte de petróleo o productos, por un oleoducto construído con posterioridad al 7 de octubre de 1952, y que la excepción del gravamen es para "los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular", es necesario tener en cuenta las disposiciones que clasifican los oleoductos, según el servicio a que están destinados, así: El artículo 45 del Código de Petróleos divide los oleoductos de uso público y en oleoductos de uso privado. Determina que son de uso privado los siguientes: a) Los construídos y beneficiados por las propias empresas explotadoras o refinadoras de petróleo, para uso exclusivo y el de sus afiliados, ya se trate de petróleo de concesiones nacionales o de petróleo reconocido como de propiedad

privada. b) Los construidos por dos o más compañías no afiliadas para beneficio de sus respectivas explotaciones, si la construcción en común del oleoducto se justifica, a juicio del Gobierno, por razones económicas que redunden en beneficio de los explotadores y del país. Igualmente prevee la disposición que "los demás serán de uso público" y que todos los oleoductos de uso público serán considerados como "empresas públicas de transporte".

OLEODUCTO DE USO PRIVADO-Presupuestos/**EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO/TRANSPORTE DE PETRÓLEO DE TERCEROS/EXENCIÓN AL IMPUESTO DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO**

El Código de Petróleos reconoce el derecho a toda persona natural o jurídica que en el país explote o refine petróleo, sin distinguir en su origen, nacional o de propiedad particular, a construir y beneficiar uno o más oleoductos para el servicio de su propia explotación o el de sus afiliados, estos es, para construir oleoductos de uso privado. También reconoce el derecho a las personas con capacidad financiera suficiente y previo contrato con el Gobierno para construir oleoductos de uso público. Entonces sobre la no sujeción del impuesto de los oleoductos de uso privado "para servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular" en la forma como lo prevé el artículo 52 del Código, se observa que el beneficio allí consagrado se contrae exclusivamente a los oleductos que de una parte, sean de uso privado, esto es, en atención a la naturaleza del oleoducto y de la otra, en cuanto estén destinados al servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular y en referencia al origen del petróleo. Cuando estos oleoductos transportan petróleo dec terceros, en observancia de la obliagción prevista en el artículo 47 ib. vale decir, de utilizar el sobrante de su capacidad trasnsportadora movilizando el petróleo de terceros, el tributo se causa en relación con dicha utilización y sobre el volumen del petróleo ajeno transportado.

OLEODUCTO CAÑO LIMÓN-COVEÑAS-Naturaleza/**PETRÓLEO DE PROPIEDAD NACIONAL**

Si bien es cierto se halla demostrado en el proceso que el Oleoducto Caño Limón-Coveñas es un oleoducto de uso privado, conforme lo acreditan los diferentes documentos y resoluciones aportados y lo ratifica el dictamen pericial, no se halla probado que el crudo transportado provenga de explotaciones de petróleo de propiedad particular, en la forma definida en la ley, y en ese sentido las afirmaciones de la apelante de que transportó petróleo proveniente de explotaciones de propiedad particular y que entiende cumplido el requisito porque transportó "...petróleo de propiedad particular una vez puesto a disposición de las partes en el campo Caño Limón

para almacenarlo o transportarlo por todo el oleoducto o parte de él, según la conveniencia de cada parte... ", llevan a la conclusión contraria, vale decir, que el petróleo transportado es el extraído de yacimientos de propiedad nacional y no particular. Se observa que el contrato de asociación denominado "CRAVO NORTE" suscrito entre Ecopetrol y la sociedad actora, tuvo por objeto explorar y explotar petróleo de "propiedad nacional"; pero la actora no ha alegado encontrarse en los supuestos normativos descritos, como tampoco ha presentado pruebas sobre el particular, por lo cual mal podría entenderse que los crudos movlizados por el mencionado Oleoducto Caño Limón Coveñas sean los reconocidos como de propiedad particular, en la forma establecida por la ley.

PUNTO NUEVO/PRECLUSIÓN PROCESAL/ECOPETROL

En relación con la extensión del tratamiento de excepción otorgado a Ecopetrol, a la actora, se advierte que la pretensión que en tal sentido formula la apelante no será tenida en cuenta en este fallo, por cuanto al no haber sido objeto de las pretensiones de la demanda, no puede alegarse en esta instancia en atención que en esta oportunidad procesal no es posible remediar la referida omisión.

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

Consejero Ponente: DR. JAIME ABELLA ZÁRATE.

Referencia: Expediente No. 6066. Actor: Sociedad Occidental de Colombia Inc. Contra Ministerio de Minas y Energía Impuesto de Transporte por Oleoducto. 2o. y 3er. bimestre de 1991. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de octubre de 1994, parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho intentada por la sociedad actora, contra las Resoluciones números 7-086 y 7-085 del 22 de noviembre de 1991, y 3-0631 del 28 de abril de 1992, expedidas por la Dirección General de Hidrocarburos y el Ministro de Minas y Energía, respectivamente, a través de las cuales se liquidó el Impuesto de Transporte por el Oleoducto Caño Limón-Río Zulia-Coveñas de la Asociación Cravo Norte, por el segundo y tercer trimestre de 1991, a cargo de la sociedad demandante y se rechazaron "por improcedentes" los recursos interpuestos.

DEMANDA

Ante la jurisdicción, la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., solicitó la nulidad de las citadas resoluciones y a título de restablecimiento del derecho, la

derclaración de que la sociedad no está obligada a pagar Impuesto de Transporte por el Oleoducto Caño Limón-Río Zulia-Coveñas de la Asociación Cravo Norte, por no ser aplicable a dicho Oleoducto tal impuesto y se ordene la devolución con sus respectivos intereses de las sumas pagadas por tal concepto. Subsidiariamente, la declaración de que sólo está obligada a pagar el impuesto a la tarifa del 2%, en desarrollo del artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 y no a la tarifa del 4% como fue liquidado en los actos oficiales.

Adujo que la actora celebró con ECOPETROL el 11 de junio de 1980 el Contrato de Asociación denominado Cravo Norte para la exploración de petróleos y demás hidrocarburos que encontraran en el área contratada, ubicada en las entonces Intendencias de Arauca y Casanare y en la Comisaria del Vichada, del cual es también parte la Compañía Shell de Colombia Inc. y que el contrato se halla vigente.

Por haberse encontrado petróleo en el área contratada, el Ministerio de Minas y Energía aprobó la ruta general y construcción del Oleoducto de uso privado de la Asociación Cravo Norte entre Caño Limón y el Puerto de Coveñas, el cual se halla en operación.

Explicó que con fundamento en el artículo 17 del Decreto 2140 de 1995, las liquidaciones iniciales del impuesto se efectuaron a la tarifa del 2%, pero que fueron aumentadas al 4% con base en la Resolución 2738 de 1989, emanada del Ministerio de Minas y Energía. Al efecto presentó una relación de los pagos realizados entre diciembre de 1985 y el tercer trimestre de 1991, liquidados a la tarifa del 2%.

La demanda fue estructurada sobre dos hipótesis. Conforme a la primera, el artículo 52 del Decreto Ley 1956 de 1953 no se halla vigente, y en consecuencia la actora no es sujeto pasivo del Impuesto de Transporte, razón por la cual deben anularse los actos acusados, pues legalmente no existe el impuesto liquidado, ya que la única disposición vigente es el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, que grava los oleoductos de uso público y por tanto no existe disposición que obligue al pago del impuesto a los oleoductos de uso privado.

Sostuvo que el Impuesto de Transporte por oleoductos de uso público igual al 2.5% del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto, fue establecido en el país por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931. Que mediante el Decreto 2270 de 1952, expedido en desarrollo de facultades de Esatdo de Sitio y por lo tanto de carácter transitorio, se adoptaron medidas sobre oleoductos, incluyendo el tema del Impuesto del Transporte, el cual fue determinado en el artículo 8o. en el 6% para todos los oleoductos y en el 4% para los que se construyan al este o sureste de la Cordillera Oriental exceptuando los privados. En el artículo 19 ib., se decretó la suspensión del artículo 42 de la Ley 37 de 1931.

Explicó que el citado artículo 8o. del Decreto 2270 de 1952 fue recogido por el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos), en consecuencia al ser adoptado en la codificación, quedó derogado.

Agregó que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de febrero de 1960, declaró inexequible la facultad conferida al Gobierno en el artículo 23 de la Ley 18 de 1952, en cuanto decía: "...e introduzca a la actual legislación las reformas que demanda tal codificación".

Entonces, el artículo 52 del Código de Petróleos no podía adoptar como permanente el artículo 8o. del Decreto 2270 de 1952 porque, éste que era una norma de carácter transitorio, que dejaba de regir al levantarse el Estado de Sitio, implicaba una reforma a la legislación adoptada con la Ley 37 de 1931, y excedía las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 18 de 1952.

Adujo que no puede afirmarse que la Ley 10 de 1961 haya elevado a la categoría de norma permanente el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, porque ella ni siquiera lo mencionaba y el Decreto 2270, que sí cita, ya estaba derogado por el propio Código de Petróleos, de conformidad con la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia, al estudiar el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, según la cual la ley derogada no revive por la sola referencia de que ella haga una ley posterior.

La Ley 141 de 1961, sólo incorporó como legislación permanente aquellas disposiciones de Estado de Sitio que no hubieran sido abolidas o modificadas por leyes posteriores en consecuencia el Decreto 2270 de 1952, insubsistente desde la expedición del Código de Petróleos, no fue cobijado por la ley.

Argumentó que: a) El artículo 76-12 de la Cosntitución de 1886, facultada al Congreso para revestir al Presidente de la República de facultades precisas y protémpore. Que el Gobierno con base en las facultades de la Ley 18 de 1952 no podía introducir reformas a la codificación de petróleos que se hallaba consignada en la Ley 37 de 1931, según sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de febrero de 1960, en particular al artículo 42 de la mencionada ley. Como el Gobierno modificó los tributos al transporte por oleoducto de uso público, ya reglado por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, voló las mismas facultades que le fueron otorgadas y por ende, el artículo 76-12 de la Carta, entonces vigente. b) El Decreto Reglamentario 2270 de 1952 suspendió el artículo 42 de la Ley 37 de 1931; al declararse restablecido el orden público por el Decreto 20 de 1961, el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 recobró su vigencia. Al persistir la entidad demandada en aplicar al artículo 52 del Código de Petróleos a oleoductos distintos de los de uso público (que son los únicos gravados), le está dando indebida aplicación al artículo 121 de la Carta de 1886, además no vigente.

Segunda hipótesis. Consiste en que se admitiera la vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos, la demandada lo ha interpretado erróneamente, por cuanto la disposición no es aplicable a los oleoductos de uso privado. El Impuesto de Transporte sólo es aplicable a oleoductos de uso público y excepcionalmente a los de uso privado respecto de transporte de terceros y que como es de conocimiento de la demandada, por el oleoducto de uso privado Caño Limón-Coveñas sólo se transporta petróleo de la Asociación Cravo Norte de la cual son partes Ecopetrol, Occidental y Shell.

Los actos acusados son violatorios de los artículos 2o. y 6o. de la Constitución al menoscabar el patrimonio de la actora con un impuesto que no le corresponde, por mandato expreso del Código de Petróleos, pues la norma excluye del impuesto a los oleoductos de uso privado, sin embargo el Ministerio, con violación del citado artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, lo está exigiendo.

Agregó que la tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado dice que el impuesto se aplica a los oleoductos públicos y no a los privados y que por esa razón es que ECOPETROL se encuentra exenta de pagar el impuesto por el oleoducto del cual también es copropietaria.

De otra parte, adujo que los actos demandados fueron expedidos con violación de los artículos 28, 35, 47, 73 y 74 del C.C.A., contraviniendo las normas que rigen la creación, modificación y existencia de los actos administrativos, además con desconocimiento del derecho de adefensa y audiencia, al restringirse los recursos contra las decisiones administrativas.

En relación con la pretensión subsidiaria, ésto es, que en caso de subsistir el impuesto la tarifa es del 2% y no del 4%, sostuvo que las liquidaciones violan en formna directa el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, adoptado como norma legal permanente por la Ley 10 de 1961, el cual concedió estímulos a la exploración de petróleos en el sector oriental del país, lugar en donde se encuentran los yacimientos del crudo que se transporta por el oleoducto Caño Limón-Coveñas.

De manera que si se admitiera que al citado oleoducto de uso privado le es aplicable el Impuesto de Transporte, en ningún caso le sería aplicable el artículo 52 del Código de Petróleos, sino el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, norma especial que señala una tarifa del 2%. Sostuvo que los actos demandados desconocieron la existencia del régimen especial aplicable a la Región Oriental del país, violando su propia interpretación y las decisiones del Consejo de Estado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En esta etapa procesal no intervino la entidad demandada.

SENTENCIA

Negó en primer lugar prosperidad a los cargos de orden procedimental, porque si bien es cierto que en los actos acusados se otorgó el recurso de reposición en forma restringida, no es menos cierto que dicha irregularidad fue saneada por cuanto la actora una vez enterada de los actos interpuso contra ellos los recursos que consideró procedentes.

En relación con los cargos de fondo, con fundamento en la sentencia de la Sección Cuarta de esta Corporación fechada el 23 de abril de 1993, expediente 3023, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, actor: OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., el

Tribunal dio prosperidad a la pretensión subsidiaria de la demanda, en el sentido de aplicar la tarifa del 2% de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2140 de 1995.

De otra parte y acerca de la posición de la demanda de que el impuesto es aplicable únicamente a los oleoductos de uso público, estimó que el artículo 52 del Código de Petróleos excepcionó del impuesto únicamente los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular, en el entendido de que la norma apunta a excepcionar del pago únicamente a aquellos oleoductos que siendo de uso privado, transporten en forma exclusiva petróleo extraído de yacimientos de proiedad privada, situación que para el Tribunal no se visualiza en el *sub-lite.*

En consecuencia, previa declaratoria de nulidad de los actos demandados, practicó una nueva liquidación del impuesto a la tarifa del 2% por los trimestres segundo y tercero de 1991.

APELACIÓN

El apoderado de la sociedad actora interpuso recurso de apelación a fin de que se revoquen los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada, que fijaron el monto del impuesto a cargo de la demandante y en su lugar se ordene la devolución de las sumas pagadas, junto con los intereses corrientes comerciales, desde el 23 de enero de 1992, o en su defecto con el correspondiente ajuste de valor, conforme el artículo 178 del C.C.A. y en la forma como fue solicitado en la demanda.

Adujo que el Tribunal no a analizó los cargos de la demanda respecto de la falta de vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos, sino que centró el fallo en la aplicación del artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, siguiendo la sentencia del Consejo de Estado en la cual no se habría debatido, por no ser parte de la *litis,* la vigencia del citado 52.

Explicó que las pretensiones principales de la demanda se fundamentaron en la consideración de que el Impuesto de Transporte de oleoducto a que se refiere el artículo 52 del Código de Petróleos no le era aplicable al oleoducto Caño Limón-Coveñas. Que sobre este aspecto se plantearon dos hipótesis: la primera, que el artículo 52 del mencionado Código no se encuentra vigente, y la segunda, que de estar vigente, el impuesto se aplica solamente a los oleoductos de uso público.

Sobre la no vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos, transcribió las páginas 13 a 17 de la demanda, cuyos argumentos no se repiten en esta oportunidad por haber sido ampliamente expuestos en el acápite correspondiente de estos antecedentes.

Respecto de la aplicación del Impuesto de Transporte solamente para oleoductos de uso público, afirmó que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, al añadir los requisitos no previstos para la exención, lo que implicó una interpretación restringida de la norma, la cual para fines de la exención se refiere al

concepto más amplio de "oleoducto de uso privado", calidad que se predica a Caño Limón-Coveñas.

Sostuvo que el artículo 45 del Código de Petróleos clasifica los oleoductos en oleoductos de uso público y de uso privado y que de manera expresa la norma clasifica como de uso privado los construidos y beneficiados por las propias empresas explotadoras o refinadoras de petróleo para su uso exclusivo y el de sus afiliados, ya se trate de petróleo de concesiones o de petróleo reconocido como de propiedad privada.

Afirmó que el artículo 52 del mismo Código, por ninguna parte menciona que la exención se aplique a oleoductos que siendo de uso privado transporten, en forma exclusiva, petróleo extraído de yacimientos de propiedad privada. Según la norma están exentos los "oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular" noción amplia en la cual encuadra el oleoducto Caño Limón-Coveñas.

Con referencia a varias cláusulas del Contrato de Asociación Cravo Norte, sostuvo que el oleoducto Caño Limón-Coveñas es un oleoducto de uso privado para el servicio exclusivo del transporte de petróleo de propiedad particular de Ecopetrol y sus asociadas Occidental Inc. y Shell.

De otra parte, en acápite denominado "Ecopetrol y el Impuesto de Transportes", expuso que con fundamento en el Código de Petróleos y en diversos conceptos de esta Corporación, ECOPETROL ha recibido un tratamiento de excepción aplicado al petróleo de propiedad de la entidad que se transporta por el Oleoducto Caño Limón-Coveñas, el cual a juicio de la apelación debe ser extendido a sus asociadas, ya que no existe fundamento legal para que se discrimine entre las partes, siendo el mismo yacimiento, el mismo oleoducto y las mismas características respecto al dominio privado del crudo que cada parte conduce por ese medio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La entidad demandada presentó escrito de conclusión en el cual se opuso a los argumentos de la apelación, así:

Respecto a la no vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos, sostuvo que la posición de la actora se halla fuera de toda realidad legal, ya que la Ley 37 de 1931 en su artículo 42, estableció el Impuesto de Transporte para oleoductos de uso público y el Decreto de Estado de Sitio 2270 de 1952, estipuló el Impuesto de Transporte para todos los oleoductos en el 6% y en el 4% para los oleoductos del este o sureste de la Cordillera Oriental. Agregó que la Ley 18 de 1952, que facultó el Gobierno para elaborar una codificación de las normas existentes en materia de petróleos, lógicamente incluyó la Ley 37 de 1931 y los decretos vigentes incluidos el 2270 de 1952, de Estado de Sitio, para elaborar el Código de Petróleos.

Que por esta razón se codificó en el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, lo respectivo al Impuesto de Transporte, sin que en ningún momento se hubiese incluido nueva legislación, que fue lo declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia. Agregó que por su parte el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, redujo al 2% el impuesto establecido en el artículo 52 del Código de Petróleos para los oleoductos que se construyan con destino al transporte de productos prevenientes de las concesiones situadas en la región oriental.

Posteriormente, la Ley 10 de 1961 en su artículo 32 adoptó como normas legales permanentes el Decreto 2270 de 1952, cuyo artículo 8o. constituye el texto del artículo 52 del Decreto Ley 1056 de 1953 y el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, entre otros.

Agregó que no se puede pretender ahora que el Consejo de Estado desconozca lo dispuesto por el legislador en el artículo 32 de la Ley 10 de 1961, y por ende del artículo 52 del Código de Petróleos pues ello sería desconocer las competencias asignadas por la Constitución a las autoridades judiciales. Afirmó que la aspiración del apelante no es otra, que el Consejo de Estado declare la inexequibilidad parcial del artículo 32 de la Ley 10 de 1961, para fundamentar en ese pronunciamiento la revocatoria de la sentencia del Tribunal, lo que constituye un "absurdo" porque dicha competencia le ha sido asignada a la Corte Constitucional.

Luego de explicar los requisitos jurisprudenciales exigidos para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, afirmó que su aplicación no es viable en el caso que se debate. Que por el contrario, las disposiciones se presumen ajustadas a la Constitución hasta tanto sean declaradas insconstitucionales, lo cual no ha sucedido.

En relación con la segunda hipótesis de la apelación ésto es la aplicación del impuesto solamente a los oleoductos de uso público, previa transcripción del artículo 52 del Código de Petróleos y 17 del Decreto 2140 de 1955, sostuvo que como regla general todos los oleoductos construidos a partir del 7 de octubre de 1952, deben pagar el impuesto del 6% o del 2%, si se construyen para transportar los productos provenientes de las explotaciones de petróleos situadas al este o sureste de la Cordillera Oriental.

A juicio de la demandada, excepcionalmente establece la disposición una exención total del impuesto para los oleoductos de uso privado construidos para el uso exclusivo de explotaciones de petróleos de propiedad particular, sobre impuesto que sólo se causaría en el evento de transportarse petróleo de terceros y sólo el volumen de este crudo.

Previa transcripción de los artículos 5o., inciso 2o. del Código de Petróleos, 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969, que lo modificaron y 1o. de la Ley 97 de 1993 interpretativa de la Ley 20 de 1969, concluyó que los hidrocarburos transportados por el Oleoducto Caño Limón-Coveñas son los extraídos del Contrato de Asociación Cravo Norte, suscrito el 11 de junio de 1980 entre ECOPETROL Y OOCIDENTAL DE COLOMBIA INC., para "la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional", tal como consta en la Escritura No. 354 del 24 de octubre de 1980, Notaría 32 de Bogotá.

Agregó, que no puede en consecuencia alegar válidamente la sociedad que el crudo transportado provenga de una "explotación de petróleo de propiedad particular", pues para ello requiere aportar las pruebas a que se refiere la Ley 97 de 1993, las cuales no fueron allegadas.

De otra parte, y en relación con el tratamiento de excepción otorgado a Ecopetrol, sostuvo que éste responde exclusivamente a la aplicación del Decreto 3211 de 1959, por medio del cual se exonera a la Estatal de todos los gravámenes, impuestos y derechos relacionados con su organización y funcionamiento, etc.

Agregó, finalmente que la Ley 141 de 1994, reafirmó lo concerniente a los sujetos pasivos del Impuesto de Trasnporte por oleoducto, haciéndolo extensivo a ECOPETROL.

Solicitó confirmar la sentencia apelada.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por el señor Perocurador Octavo ante la jurisdicción, solicitó la confirmación de la sentencia materia de apelación, básicamente por las siguientes razones:

La codificación que el Gobierno debía efectuar en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 23 de la Ley 18 de 1952, sólo podía comprender las disposiciones que estuvieran vigentes al momento de ejercer la facultad, época para la cual regía el Decreto 2270 de 1952 y por tanto el Gobierno podía incorporarlo en la codificación; la circunstancia de que el artículo 8o. del Decreto, por ser norma de Esatado de Sitio fuera transitoria, no impedía su incorporación, pues la codificación debía comprender las disposiciones que estuvieran rigiendo en ese momento.

Respecto de la afirmación de que el Gobierno al incorporar el citado artículo modificó la legislación adoptada en la Ley 37 de 1931, estimó que el Gobierno ejerció correctamente las facultades conferidas, pues una cosa es codificar y otra crear nuevas disposiciones e incluirlas en la codificación.

En relación con la posición de la apelante conforme a la cual, aún suponiendo que el artículo 52 del Código de Petróleos estuviera vigente, no es aplicable a oleoductos de uso privado como el Caño Limón-Coveñas, estimó que la norma establece dos tarifas: una del 6% para todos los oleoductos que se construyan a partir del 7 de octubre de 1952, con excepción de los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleos de propiedad particular y otra el 4% para los que se construyan con destino al transporte de petróleos que pueda hallarse al este o sureste de la Cordillera Oriental. Para este segundo evento, la norma no excluye, como lo hace en la primera parte, a los oleoductos de "uso privado".

En esas condiciones, a juicio del señor Procurador Delegado, el impuesto del 4% es aplicable a todos los oleoductos para el transporte de petróleos que pueden hallarse al este o sureste de la Cordillera Oriental, como es el caso del oleoducto a que se refiere la sociedad demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los cargos de la apelación se hallan referidos a la falta de vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos y consecuencialmente la demandante no sería sujeto pasivo del Impuesto de Transporte por oleoductos ; a la aplicación del Impuesto de Transporte por oleoductos de uso privado al Oleoducto Caño Limón-Coveñas y a la extensión del tratamiento otorgado a ECOPETROL a su socia, la sociedad actora.

1. VIGENCIA DEL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO DE PETRÓLEOS

En relación con el primer cargo de la apelación, referente a la alegada no vigencia del artículo 52 del Decreto 1056 de 1953, contentivo del Código de Petróleos, la cual se fundamenta en que el Gobierno al expedir el Código de Petróleos y adoptar como norma de carácter permanente el artículo 8o. del Decreto 2270 de 1952, que era transitorio e implicaba una reforma a la Ley 37 de 1931, habría excedido las facultades otorgadas por la Ley 18 de 1952, con violación de la misma ley y del artículo 76 numeral 12 de la anterior Constitución y poruqe de persistente en la aplicación del referido artículo 52, se estaría violando, por indebida aplicación, el artículo 121 de la misma Carta, observa la Sala que el cargo propuesto no puede ser objeto de análisis por parte de esta jurisdicción, como tampoco a través de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., que es la seguida en el proceso que se atiende, puesto que su examen implica, ni más ni menos, que un juicio de constitucionalidad de la norma, el cual conforme con el artículo 241 del actual ordenamiento Constitucional, corresponde a la Corte Constitucional.

La jurisdicción de los contencioso administrativo, según el artículo 82 del C.C.A., está instituída para dirimar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas; y para enmarcar esta actividad jurisdiccional existen las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y otras. La acción de nulidad consagrada en el artículo 84 Ib., tiene por objeto que la jurisdicción declare la nulidad de un acto administrativo expedido en desacuerdo con las normas de carácter superior a las cuales está sujeto, y la de restablecimiento delm derecho (art. 85 Ib.), basada en la anterior, persigue además el restablecimiento del derecho particular, conculcado.

Todo lo anterior, para significar que ninguna de las dos acciones mencionadas tiene por objeto que la jurisdicción declare, basada en un análisis de constitucionalidad, sin está vigente o no una disposición jurídica, máxime cuando la acción que interpuso la sociedad actora es de la nulidad con restablecimiento del derecho, la cual no puede ser empleada ni para hacer juicios de constitucionalidad de una norma, ni para obtener declaraciones sobre su vigencia, encaminadas a obtener la nulidad de actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en la disposición cuestionada.

De manera que la primera pretensión principal de la sociedad actora de que se declare, con base en una supuesta no vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos, que no está obligada a pagar el Impuesto de Transporte por oleoducto y que se ordene la devolución

de lo pagado, es manifiestamente impertinente e improcedente, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

2. APLICACIÓN DEL IMPUESTO DE TRANSPORTE POR OLEODUCTOS AL OLEODUCTO CAÑO LIMÓN-COVEÑAS

La inconformidad de la sociedad actora en este punto se concreta en la hipótesis planteada de que de admitirse la vigencia del artículo 52 del Código de Petróleos, éste sólo es aplicable a los oleoductos de uso público y no a los oleoductos de uso privado como el Oleoducto Caño Limón-Coveñas, que transporta petróleo de la Asociación Cravo Norte de la cual son partes Ecopetrol y sus asociados las compañías Shell y Occidental Inc.

El artículo 52 del Código de Petróleos, dispuso:

> "Artículo 52. El impuesto de transporte sobre todos los oleoductos que se construyan a partir del día 7 de octubre de 1952 y con sujeción a las disposiciones del presente Código, será del seis por ciento (6%) del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto. De este impuesto quedan exceptuados los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular; pero en caso de que éstos transporten petróleo de terceros en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 47 del presente Código, se causará el impuesto establecido en este artículo, pero solo sobre el volumen de petróleo transportado a dichos terceros.
>
> "Para los oleoductos que se construyan con destino al transporte de petróleo que pueda hallarse al Este o Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, este impuesto será solo del cuatro por ciento (4%).
>
> "El impuesto se transporte por oleoducto se cobrará por trimestres vencidos".

La norma anterior fue parcialmente modificada por el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, adoptado como norma legal de carácter permanente por el artículo 32 de la Ley 10 de 1961, así:

> "Artículo 17. Redúcese el 2% el impuesto establecido en el artículo 52 del Código de Petróleos para los oleductos que se construyan con destino al transporte de productos provenientes de las concesiones situadas en la región oriental".

De las transcripciones anteriores, se deduce claramente que el Impuesto de Transporte por oleoductos fue establecido sobre todos los oleoductos que se construyan en el país a partir del 7 de octubre de 1952, y con sujeción a lo dispuesto en el mismo Código en materia de oleoductos. La tarifa general del impuesto fue fijada en el 6%. La base gravable equivale el valor resultante de multiplicar el volumen de los barriles transportados por la tarifa de transporte fijada por cada oleoducto. También se consagró una reducción de la tarifa del impuesto, en atención al origen geográfico de los "productos"

que se transporten, al establecerse una tarifa especial del 2% para los oleoductos que se construyan para transportar los productos provenientes de las explotaciones situadas al este o sureste de la Cordillera Oriental.

Así mismo previó la disposición que quedaban exceptuados del impuesto los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular, con la previsión de que el impuesto se causa cuando a través de ellos se transporte crudo de terceros y sólo sobre el volumen del petróleo transportado a dichos terceros.

Las disposiciones anteriores fueron objeto de análisis en la sentencia del 23 de abril de 1993, en el juicio No. 3023, tramitado entre las mismas partes, y en aquella oportunidad, la Sección efectuó algunas precisiones en relación con el Impuesto de Transporte por oleoductos, las cuales, por no haberse variado la posición de esta Sala al respecto, conservan su vigencia; consecuencialmente son aplicables al caso que se debate, tal como lo estimó el Tribunal.

Como quiera que el impuesto se genera por el transporte de petróleo o productos, por un oleoducto construido con posterioridad al 7 de octubre de 1952, y que la excepción del gravamen es para "los oleoductos de uso privado para el servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular", es necesario tener en cuenta las disposiciones que clasifican los oleoductos, según el servicio a que estén destinados, así:

El artículo 45 del Código de Petróleos divide los oleoductos, en oleoductos de uso público y en oleoductos de uso privado. Determina que son de uso privado los siguientes:

> a) los construidos y beneficiados por las propias empresas explotadoras o refinadoras de petróleo, para su uso exclusivo y el de sus afiliados ya se trate de petróleo de concesiones nacionales o de petróleo reconocido como de propiedad privada.
>
> b) Los construidos por dos o más compañías no afiliadas para beneficio de sus respectivas explotaciones, si la construcción en común del oleoducto se justifica, a juicio del Gobierno, por razones económicas que redunden en beneficio de los explotadores y del país.

Igualmente prevé la disposición que "los demás oleductos serán de uso público" y que todos los oleoductos de uso público serán considerados como "empresas públicas de transporte".

El Código reconoce el derecho a toda persona natural o jurídica que en el país explote o refine petróleo, sin distinguir en su origen, nacional o de propiedad particular, a construir y beneficiar uno o más oleductos para el servicio de su propia explotación o el de sus afiliados, ésto es, para construir oleoductos de uso privado. También reconoce el derecho a las personas con capacidad financiera suficiente y previo contrato con el Gobierno, para construir oleoductos de uso público.

De otra parte, conforme al artículo 47, "todos los oleoductos deberán utilizar el sobrante efectivo de su capacidad transportadora...para el acarreo de petróleos de terceros", a solicitud de los terceros y previo aviso al Ministerio de Minas, y aclara la norma, "sin que por ello pierdan su carácter de oleoductos de uso privado".

Entonces sobre la no sujeción del impuesto de los oleoductos de uso privado "para servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular" en la forma como lo prevé el artículo 52 del Código, observa la Sala que el beneficio allí consagrado se contrae exclusivamente a los oleoductos de que una parte, sean de uso privado, ésto es, en atención a la naturaleza del oleoducto y de la otra, en cuanto estén destinados al servicio exclusivo de explotaciones de petróleo de propiedad particular y en referencia al origen del petróleo. Cuando estos oleoductos transportan petróleos de terceros, en observancia de la obligación prevista en el artículo 47 lb., vale decir, de utilizar el sobrante de su capacidad transportadora movilizando el petróleo de terceros, el tributo se causa en relación con dicha utilización y sobre el volumen del petróleo ajeno transportado.

Si bien es cierto se halla demostrado en el proceso que el Oleoducto Caño Limón-Coveñas es un oleoducto de uso privado, conforme lo acreditan los diferentes documentos y resoluciones aportados y lo ratifica el dictamen pericial, no se halla aprobado que el crudo transportado provenga de explotaciones de petróleo de propiedad particular, en la forma definida en la ley, y en ese sentido las afirmaciones de la apelante de que transportó petróleo proveniente de explotaciones de propiedad particular y que entiende cumplido el requisito, porque "...cada una de las partes es dueña del petróleo producido y almacenado como resultado de la operación y que es puesto a su disposición. Según el numeral 14.1 una vez medido el petróleo producido en el campo se aplica el porcentaje de regalías (20%) y el petróleo restante, desde este momento, es propiedad de cada parte en las proporciones convenidas (Ecopetrol 50%, Occidental 25%, Shell 25%)" y porque transportó "...petróleo de propiedad particular una vez puesto a disposición de las partes en el campo Caño Limón para almacenarlo (14.4) o transportarlo por todo el oleoducto o parte de él, según la conveniencia de cada parte..." llevan a la Sala a la conclusión contraria, vale decir, que el petróleo transportado es el extraído de yacimientos de propiedad nacional y no particular.

Observa la Sala que el contrato de asociación denominado "CRAVO NORTE", suscrito entre Ecopetrol y la sociedad actora el 11 de junio de 1980 (fls.354 y ss.), tuvo por objeto explorar y explotar petróleo "de propiedad nacional". En efecto, en la cláusula 1a. del Capítulo I objeto de este contrato se previó:

> "1.1. El objeto de este contrato es la exploración de Area Contratada y la explotación de petróleo de propiedad nacional que pueda encontrarse en dicha área, descrita en la cláusula tercera".

y los puntos 1.2.y 1.3. disponen:

> "De conformidad con el artículo 1o. del Decreto No. 2310 de 1974 la exploración y explotación de hidrcarburos de propiedad nacional está a cargo de ECOPETROL,

quien podrá llevar a cabo dichas actividades directamente o por medio de contratos con particulares. Con base en la mencionada disposición ECOPETROL ha acordado con OCCIDENTAL explorar el área contratada y explotar el petróleo que pueda encontrarse en ella en los términos y condiciones previstos en el presente documento. 1.3. Sin perjuicio de lo estipulado en este contrato, se entiende que OCCIDENTAL tendrá en el petróleo que se produzca en el Area Contratada y en la parte que le corresponda, los mismos derechos y obligaciones que tengan ante la ley colombiana quienes exploten petróleo de propiedad nacional dentro del país" (Subraya la Sala).

Así mismo y como lo anota la apoderada de la entidad demandada, la ley tiene establecido qué se entiende por explotaciones de petróleo de propiedad particular. En efecto, el artículo 5o., inciso 2o. del Código de Petróleos estableció:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso, para los efectos de los incisos 1o. y 2o. del artículo 35 de este Código, presentar el título de adjudicación expedido por la autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

La disposición fue modificada por la Ley 20 de 1969, artículos 1o. y 13, que en su orden previeron:

"ARTÍCULO PRIMERO.

Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas, subjetivas y

concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

"ARTÍCULO TRECE.

Las normas contenidas en el artículo 1o. de esta ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos".

Por su parte la Ley 97 de 1993 interpretativa de la Ley 20 de 1969 dispuso:

"Artículo 1o. Reconocimiento Excepcional de Propiedad Privada sobre Hidrocarburos, para efectos de la excepción prevista en los artículos 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969, se entiende por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación específico de adjudicación de hidrocarburos como

mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969".

La sociedad actora no ha delegado encontrarse en los suspuestos normativos descritos, como tampoco ha presentado pruebas sobre el particular, por lo cual mal podría entenderse que los crudos movilizados por el mencionado Oleoducto Caño Limón-Coveñas sean de los reconocidos como de propiedad particular, en la forma establecida en la ley. No prospera el cargo de la apelación.

3. EXTENSIÓN DEL TRATAMIENTO OTORGADO A ECOPETROL

En relación con el tercer punto de la apelación, relativo a la extensión del tratamiento de excepción otorgado a Ecopetrol, a la sociedade actora, advierte la Sala que la pretensión que en tal sentido formula la apelante no será tenida en cuenta en este fallo, por cuanto al no haber sido objeto de las pretensiones de la demanda, no puede alegarse en esta instancia en atención que es esta oportunidad procesal no es posible remediar la referida omisión.

En conclusión, por las consideraciones precedentes que negaron prosperidad a los cargos referidos a las pretensiones principales de la demanda, la Sala no encuentra mérito para revocar la sentencia apelada y en consecuencia 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:

CONFÍRMASE LA SENTENCIA APELADA

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 ZARATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE DIVIDENDOS/DIVIDENDO-Realización/ABONO EN CUENTA.

Se considera que la sociedad actora debió consignar en el mes de agosto de 1991 el valor de la retención en la fuente sobre dividendos, presentando la respectiva declaración mensual (forma MH-1609/91) del mencionado mes de agosto por cuanto el artículo 455 del Código de Comercio autoriza a la Asamblea General para que al decretar el dividendo ésta determine las fechas de su pago. Además propone en virtud de las normas relativas a la realización del ingreso, los dividendos se entienden realizados en el momento en que han sido abonados en cuenta en calidad de exigibles (literal b) artículo 27 Estatuto Tributario).

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

Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO CHAÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 5995. Actor : INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. "MAIZENA S.A.". Apelación sentencia de julio 8 de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (corrección declaración mensual retención en la fuente del mes de abril de 1991). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. "MAIZENA S.A." Nit 8-90.301.690-3, contra la sentencia de 8 de julio de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda relacionadas con la corrección de la declaración mensual de retención en la fuente del mes de abril de 1991.

ANTECEDENTES

La sociedad actora en su condición de agente retenedor, el 17 de mayo de 1991 presentó en el Banco Colombo Americano Sucursal Bogotá Declaración Mensual de Retención en la Fuente correspondiente al mes de abril de 1991, indicando en el renglón 2 de liquidación de retenciones (dividendos) la partida de $445.744.000, más otros conceptos (salarios, rendimientos financieros, pagos al exterior, renta, etc.) todo lo cual asciende a la suma de $511.642.000.

Mediante carta de fecha octubre 16 de 1991 Maizena S.A. solicitó a la administración la corrección de la mencionada declaración, porque consideró que la compañía en forma errada en el mes de abril de 1991 incluyó retención no causada sobre dividendos (445.744.000) y al efecto presentó el respectivo proyecto de corrección suprimiendo del renglón 2 esta partida. El proyecto de corrección aparece radicado el día 16 de octubre de 1991 bajo el número 00717.

Para estudiar y analizar los datos relacionados con la solicitud de corrección la División de Liquidación expidió el auto comisorio 0014 de diciembre 9 de 1991 designando a un funcionario, quien en esta misma fecha rindió informe de verificación con base en el Libro de Asambleas, acta No. 130 de 4 de marzo de 1991, extractos bancarios (Bancomercio, de Colombia y Colombo-Americano), comprobante de contabilidad de abril de 1991 donde se abona contablemente el pasivo a favor de los accionistas y comprobante de contabilidad donde se acredita la retención en la fuente sobre el anterior pasivo.

El resultado de esta actuación se concreta en que de acuerdo con el artículo 105 del Estatuto Tributario y artículos 9 y 15 del Decreto 2160 de 1986 la obligación de pagar o abonar en cuenta el valor de los dividendos a los accionistas, jurídicamente nació en la fecha en que la Asamblea General de Accionistas decretó los dividendos (4 de marzo de 1991) por lo que el pasivo aparece registrado contablemente en abril de 1991, como su respectiva retención en la fuente en el mismo mes y año.

Con base en esta visita la Administración de Impuestos Nacionales por Resolución 0005 de marzo 20 de 1992 no accedió a la solicitud de corrección debido a que el artículo 366 del Estatuto Tributario establece la retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta: el que primero ocurra, no siendo discrecional para el retenedor escoger uno cualquiera de estos eventos. Señala que el segundo evento se refiere implícitamente al abono contable, bajo el sistema de causación (artículo 105 *ibídem*) norma que permite precisar el momento o fecha que se debe causar un costo, deducción o ingreso sujetos o no a retención en la fuente.

En resumen, la mencionada Resolución 0005 concluye que la obligación de pagar o abonar en cuenta el valor de los dividendos de los accionistas, nació en la fecha en que se decretaron tales dividendos, es decir el 4 de marzo de 1991, cuyo pasivo fue registrado contablemente en abril de 1991; luego la obligación legal del retenedor nació cuando

contabilizó el pasivo a favor de los accionistas registrando la retención en la fuente en la declaración mensual del mes de abril de 1991.

Por último, anota que al no proceder la corrección de la declaración de retención en la fuente del mes de abril de 1991, se deriva la circunstancia de que el agente retenedor debe corregir la declaración de retención en la fuente del mes de agosto de 1991.

Interpuestos los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 0005 de marzo 20 de 1992 la Administración Tributaria decidió estas impugnaciones mediante las resoluciones U.A.E. 48-028 de mayo 8 de 1992 y U.A.E. 36-013 de mayo 27 de 1991 confirmándola en todas sus partes, es decir, negó la corrección de la Declaración de retención en la fuente del mes de abril de 1991.

Agotada la vía gubernativa la sociedad actora ocurrió en demanda ante el Tribunal debido a que la administración estima que una vez decretado el dividendo por parte de la Asamblea General de accionistas, nació para éstos el derecho al mismo independientemente de la época en la cual se efectuara su pago y sin consideración de la condición suspensiva a la que los propios accionistas sometieron el nacimiento de su derecho.

Señala que el artículo 389 del Estatuto Tributario dispone que se sometan a retención en la fuente los dividendos y participaciones percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras. Por lo tanto, si la ley señala el momento en el cual el agente retenedor debe cumplir su obligación, resulta violatorio de la disposición mencionada el hecho de que la administración pretenda que se efectúe la retención con anterioridad, es decir antes de la realización del pago o abono en cuenta.

Tal situación se deriva, de la consideración de la administración según la cual, una vez decretado el dividendo por la Asamblea debe registrarse el pasivo en favor de los accionistas independientemente de las condiciones a que la Asamblea General de la sociedad sometió a los accionistas de la compañía.

Precisa que en el caso en estudio, según consta en el acta No. 130 de marzo 4 de 1991, el decreto del dividendo no fue puro y simple, sino que los propios interesados en adquirir el derecho al mismo sometieron el nacimiento de su derecho a la condición suspensiva de que el dividendo se abone en cuenta de los señores accionistas en la fecha en que la Oficina de Cambios del Banco de la República autorice el giro al exterior.

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal negó las súplicas de la demanda porque resulta evidente de que el valor de los $445.744.000 correspondiente a la retención en la fuente de los dividendos decretados ha de figurar exclusivamente en uno solo de los dos meses indicados, pues a folio 174 del expediente obra copia de la liquidación oficial de corrección No. 700 de diciembre 23 de 1992 correspondiente al mes de agosto de 1991, mediante la cual se acepta la solicitud formulada por la contribuyente, y en consecuencia se sustituye la citada cantidad de $445.744.000 relacionada en el renglón 2 como dividendos, por la cifra cero (-0-).

En resumen, el *a-quo* niega las súplicas porque "el contribuyente escogió voluntariamente la opción de abstenerse de relacionar o denunciar la aludida cantidad en la declaración del mes de agosto y tal acto de voluntad fue acogido en la liquidación oficial No. 0700 de 23 de diciembre de 1992, acto este que se encuentra en firme por cuanto no fue objeto de impugnación, forzoso es concluir que las tantas veces citada suma debe ser incluida en la declaración correspondiente al mes de abril. Dicho en otras palabras, como consecuencia obligada de la posterior decisión adoptada por el contribuyente, la primitiva declaración de retención en la fuente correspondiente, al último de los meses citados, no puede ser objeto de corrección alguna, por manifiesta sustracción de materia" (fls. 208/221).

En el salvamento de voto la Magistrada Ortiz de Barbosa precisa que, si bien la liquidación oficial 0700 de diciembre 23 de 1992 corrige la declaración de retención en la fuente del mes de agosto de 1991, se refiere a los dividendos por la suma de $445.744.000 cuya causación se discute, lo cierto es que las decisiones consignadas en tales actos no constituyen por sí solos hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual versa el litigio (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil) por cuanto ni se ha desistido de la demanda, ni se decidió sobre el aspecto sustancial relativo a la causación de los dividendos y por ende, el momento en que surge la obligación de efectuar la retención en la fuente.

Estima la Magistrada que en su concepto el dividendo solo se causa cuando la condición suspensiva se cumpla, pues solo entonces se genera la obligación. Se trata de una obligación condicional en la cual se subordina su existencia al cumplimiento de la condición suspensiva, vale decir que mientras ésta no se cumpla se suspende la adquisición del derecho al dividendo; si no se pueden pagar o abonar en cuenta los dividendos autorizados mientras no se cumpla la condición suspensiva no puede causarse tampoco la obligación tributaria de retener en la fuente sobre aquellos.

Señala que, en principio, la retención en la fuente debe efectuarse en el momento del pago o abono en cuenta de los dividendos y el dictamen pericial indica que el abono en cuenta ocurrió el mes de agosto de 1991, no obstante que obran pruebas sobre la reversión de la operación.

Precisa que, si bien en la demanda se acompaña certificado del revisor fiscal en el cual se indica que no se abonó en cuenta el dividendo en cuestión en el mes de abril de 1991, ello no es prueba que acredite el momento en que legalmente se cumple la condición suspensiva y se produce el abono en cuenta, pues el dictamen pericial tampoco es suficiente para probar tal hecho; y en el expediente no se encuentra probado mediante certificación de la Oficina de Cambios del Banco de la República la fecha en que ésta autorizó el giro al exterior.

Concluye el salvamento que al no haberse determinado con prueba idónea que el abono en cuenta se produjo en el mes de agosto de 1991 como se alega, no puede menos

que considerarse que la actuación impugnada no ha sido desvirtuada. Por lo tanto la decisión que se debe tomar es la denegar las súplicas como en efecto ocurrió, pero por razones distintas de las que contiene el fallo (fls. 225/228).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la actora impugna la sentencia del Tribunal en cuanto afirma que la modificación hecha a la declaración de agosto de 1991 para excluir el valor de $445.744.000 por concepto de retención en la fuente por dividendos y la aplicación de su valor al concepto declarado sin pago en abril implica la imposibilidad de acoger las súplicas de la demanda por sustracción de materia.

Observa que el fallo entiende, sin fundamento legal, que ocurrió la firmeza de la declaración del mes de abril por la renuncia tácita a las pretensiones de la demanda.

Sobre estos aspectos el apelante precisa que no ha existido desistimiento de la acción por parte de Industrias del Maíz S.A., toda vez que no existe documento alguno que se haya aportado al proceso en el que exprese tal intención ni existe legalmente un desistimiento tácito.

Manifiesta que la sociedad actora mantiene su aspiración en el sentido de que se le resuelva en el fondo las pretensiones que la motivaron iniciar esta acción apoyándose para ello en el salvamento de voto antes mencionado.

Al efecto, señala que el *a-quo* desconoce el dictamen pericial, que por lo demás no fue objetado por la administración, en el cual se puntualiza que en el mes de abril de 1991 no se abonó en cuenta de los accionistas el dividendo decretado, pues siendo ello así, no debió efectuarse retención en la fuente alguna en el mes de abril, siendo por lo tanto procedente la corrección solicitada.

En resumen, contrariamente a lo sostenido por la administración de que Maizena S.A. efectuó el abono en cuenta en el mes de abril, esto quedó desvirtuado por la prueba pericial.

De otra parte señala que también se desconoce la existencia de la condición suspensiva que impidió que en el mes de abril de 1991 naciera el derecho de los accionistas a que se abonada en cuenta el dividendo decretado.

Sobre este aspecto el apelante argumenta lo siguiente:

> "No se trata de una condición suspensiva de pago, como, sin fundamento alguno lo sostiene la Dirección de Impuestos, sino de una condición que suspendió el nacimiento del derecho. No habiendo acontecido el hecho constitutivo de la condición en el mes de abril pues no existió el deber legal de abonar ni el subsiguiente de retener.

"Conviene precisar como el cambio de legislación acaecido en 1991 en materia cambiaria, particularmente con la expedición de la Resolución No. 57 del 26 de junio de 1991, vigente a partir del 1 de octubre, eliminó la función que tenía la Oficina de Cambios de autorizar los giros al exterior, razón por la cual no podría acreditarse dicha prueba.

"Su se considera que en agosto se hizo el abono en cuenta sin que se hubiese cumplido la condición suspensiva pues no se estaría causando perjuicio alguno al estado sino por el contrario se le estaría anticipando un ingreso.

"Lo cierto es que como quiera que ello no aconteció en abril de 1991 resulta procedente la solicitud de corrección.

"La anterior mención obedece a la consideración, que la H. Magistrada María Inés Ortiz B. quien manifiesta que por no haberse adjuntado prueba sobre la ocurrencia de la condición suspensiva está de acuerdo con la desestimación de las pretensiones" (fls. 241/242).

Por lo tanto, el apoderado de la actora pide se acoja la solicitud de revocatoria del fallo del Tribunal y en su lugar se acceda a las peticiones de la demanda.

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la actora relieva en su alegado que no es cierto lo afirmado por la administración en el sentido de que la obligación del agente retenedor nació en el mes de abril de 1991, es decir en el momento del abono contable, porque ello no corresponde a la realidad, pues en el expediente obra el comprobante de contabilidad No. 97 de abril de 1991 relativo a los dividendos, en donde se lee:

"Para reversar comprobante No. 097 del mes ya que por error se acreditaron contrariando lo dispuesto por la Asamblea".

Y agrega:

"Los libros mayor y de diario, cuyas fotocopias obran también dentro del expediente, corroboran como no se efectuó abono alguno en la cuenta de los accionistas por concepto de dividendos en el mes de abril de 1991.

"Lo anterior, es confirmado en el dictamen pericial que estableció que el mencionado dividendo se abonó en la cuenta de los accionistas en el mes de agosto de 1991, dictamen que no fue objetado por la Administración Tributaria. Igualmente la certificación del revisor fiscal se pronuncia en el mismo sentido.

"No puede entonces, desde el punto de vista del derecho y de la justicia, que simplemente la administración desconozca de manera deliberada la realidad probada y se base en tal desconocimiento para rechazar la petición que mi poderdante le formula de manera legal" (fl. 272).

En síntesis, sostiene que no existe la obligación de efectuar el abono en cuenta de los accionistas del dividendo y la correspondiente retención en el mes de abril de 1991, toda vez que existía una condición suspensiva que impidió el nacimiento del derecho al dividendo por parte de los accionistas en esa época. Los registros contables y la prueba pericial corroboran que no se efectuó abono en cuenta de los accionistas por tal concepto en abril de 199 (fls. 289/294).

En la oportunidad procesal el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales descorre el traslado para precisar que una vez que la Asamblea General de Accionistas, celebrada el 4 de marzo de 1991, decretó lo dividendos y que aquellos se contabilizaron como pasivos en abril de 1991, surgió la obligación para la sociedad de pagarlos y para el accionista el derecho de exigirlos, lo cual, bajo el concepto de la causación, indica la realización del correspondiente ingreso en el mes citado y sobre el cual, a su vez, se debió practicar la retención legalmente autorizada, que tal como lo hizo la sociedad debió ser registrada en la declaración de retención en la fuente correspondiente, lo que en consecuencia, demuestra la improcedencia misma de dicha petición.

En consecuencia, la parte opositora solicita se confirme la sentencia apelada, lo cual implica reconocer la legalidad de la actuación administrativa impugnada (fls. 276/279 y 295/298).

Así mismo, el Señor Delegado Octavo de la Procuraduría de la Nación ante la corporación descorre el traslado relievando que la afirmación de la administración en el sentido de que en este caso la retención ha debido hacerse desde el momento en que los dividendos fueron decretados por la asamblea de accionistas es totalmente desacertada, porque según el artículo 389 del Estatuto Tributario los dividendos y participaciones están sometidos retención en la fuente cuando sean percibidos por sociedades y otras entidades extranjeras; y esto ocurre cuando son efectivamente pagados o abonados en cuenta a favor de los respectivos accionistas o socios, lo cual está acorde con lo preceptuado por el literal b) del artículo 27 ibídem al expresar que tales dividendos y participaciones se entienden realizados por los respectivos accionistas o socios cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles.

De otra parte el Ministerio Público observa que si la ley exige que la retención se haga en el momento en que se realizada el pago o el abono en cuenta, es indudable que la sociedad simplemente debe demostrar cuándo contabilizó esta operación y no cuándo se produjo la autorización para el giro al exterior por parte de la Oficina de Cambios, como lo sostiene el salvamento de voto.

CONSIDERACIONES

El 4 de marzo de 1991 se celebró la Asamblea General de Accionistas de la sociedad INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. y en desarrollo de la misma se decretó un dividendo a favor de aquéllos, pero se aclaró que el abono en cuenta se haría en la fecha en que la

Oficina de Cambios del Banco de la República autorizara el giro al exterior. Textualmente el Acta de la Asamblea dice:

> "Por un dividendo de $237.735763158428 por acción que se abonará en cuenta a los señores accionistas en la fecha en que la Oficina de Cambios del Banco de la República autorice el giro al exterior".

Esta acta y las solicitudes de giro de dividendos al exterior que obran en el expediente indican que son accionistas de Maizena S.A. cinco sociedades (total 9.868.200 acciones) de las cuales cuatro son sociedades extranjeras sin domicilio en el país (8.874.501 acciones).

Ahora bien, de acuerdo con estas premisas la Sala considera que la sociedad actora debió consignar en el mes agosto de 1991 el valor de retención en la fuente sobre dividendos ($445.744.000) presentando la respectiva declaración mensual (forma MH-1609/91) del mencionado mes de agosto por cuanto el artículo 455 del Código de Comercio autoriza a la Asamblea General para que al decretar el dividendo ésta determine las fechas de su pago.

Además, porque en virtud de las normas relativas a la realización del ingreso, los dividendos se entienden realizados en el momento en que han sido abonados en cuenta en calidad de exigibles (literal b), artículo 27 Estatuto Tributario).

Y ese momento, según las pruebas que obran en el proceso, no es otro que el mes de agosto de 1991, pues así lo sostiene la actora y lo registra el dictamen pericial cuyo fin era establecer cuándo se efectuó el abono en cuenta de los accionistas del dividendo decretado por la Asamblea General en su reunión celebrada el 4 de marzo de 1991.

Para una mejor ilustración del asunto que se debate, a continuación se transcribe lo pertinente del dictamen pericial:

Utilidades-retenidas no apropiadas:

"a.- Saldo crédito noviembre 30/90		**$892.728.97**
b.- Abono crédito utilidades de 1990 diciembre 1990	**$2.415.834.276.87**	
c.- ...		
d.- ...		
e.- Cargo a la cuenta en agosto de 1991 por liquidación de los dividendos a los accionistas y retención en la fuente	**$2.346.024.058.00**	**892.728.97**
f.- Saldo final, agosto 31/91		**$ 892.728.97**

2.2. El cargo a la cuenta utilidades retenidas no apropiadas en el mismo mes de agosto de 1991, se contrapartidan con los valores créditos, así:

a. 21.- Retención en la fuente por pagar:	**$445.774.571.00**	
b. 26.- Cuentas por pagar accionistas: C.P.C Internation Inc.	**570.317.236.14**	
c. 26.- Inversiones Latin S.A.	**191.352.610.12**	
d. 26.- Colombian Miller Ltda.	**191.438.879.74**	
e. 26.- Adean Invesstments S.A.	**473.585.380.50**	
f. 26.- Cordillera Venturers S.A.	**473.585.380.50**	**$1.900.279.487.00**
TOTAL CRÉDITOS		**$2.346.024.058.00**

(fls. 110/111).

De manera que, habiéndose establecido la retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingresos tributarios para el contribuyente del impuesto sobre la renta (artículo 366 del Estatuto Tributario); y por ende encontrándose sometidos a retención los dividendos y participaciones percibidos por sociedades y otras entidades extranjeras, (artículo 389 *ibidem*), para la Sala es claro que en el *sub-examine* el ingreso por concepto de dividendos no se causó en abril de 1991 sino en agosto de este año, pues está probada en el expediente que en esta fecha se efectuó el abono en cuenta.

Por lo tanto, la Sala considera que la Administración tributaria ha debido acceder a la corrección solicitada el 16 de octubre de 1991 en cuyo proyecto de corrección se suprime del renglón 2 –Dividendos– el valor declarado por retención en la fuente por $445.744.000 en razón de que el abono en cuenta de los dividendos a favor de los accionistas se efectuó en agosto de 1991, causándose por lo tanto retención en la fuente en el mencionado mes; y de declarar y pagar la respectiva suma en el plazo fijado para la declaración mensual de retención en la fuente del mes de agosto de 1991.

Así las cosas, la Sala habrá de invalidar los actos acusados, con lo cual se accede a la solicitud de corrección del mes de abril de 1991 declarando en firme la liquidación

de corrección presentada por Maizena S.A. radicada con el respectivo proyecto de corrección número 00717 de 16 de octubre de 1991, en la que se determinó en el renglón 2 (dividendos) que el valor es cero y por ende el valor total del renglón 15 es $65.898.000.

Por lo demás, es preciso anotar que el apoderado de la actora en el alegado de conclusión manifiesta que dado que la compañía canceló por intereses moratorios ($90.560.000) y sanción por corrección ($22.287.000), un fallo que acoja las pretensiones de la demanda implicaría que la empresa hizo un pago de lo no debido, por lo que solicita se ordene a la administración la devolución de lo cancelado por estos conceptos ($112.847.000), pues de no producirse esta devolución se presentaría un enriquecimiento ilícito del Estado por falta de causa. También pide se anule la Resolución No. 0700 de diciembre 23 de 1992 por medio de la cual la Administración de Impuestos corrigió la declaración de retención en la fuente del mes de agosto de 1991 presentada por el agente retenedor.

En relación con este último la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento alguno, debido a que las peticiones de la demanda solo están dirigidas a obtener la nulidad de los actos que negaron la petición de corrección de la declaración mensual de retención en la fuente del mes de abril de 1991. Además, porque la liquidación oficial No. 0700 de retención en la fuente del mes de agosto de 1991 practicada por la administración en la cual figura la sanción por corrección ($22.287.000) no fue demandada en este proceso.

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

FALLA:

1o. REVÓCASE la sentencia de julio 8 de 1994 proferida en el juicio 8881 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda formulada por la sociedad INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. Nit 8-90.301.690-3, en relación con la declaración de corrección de la liquidación mensual de retención en la fuente del mes de abril de 1991.

2o. ANÚLANSE la Resolución 0005 de marzo de 1992 expedida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos Nacionales Grandes Contribuyentes de Bogotá, y las Resoluciones U.A.E. 48-028 de mayo 8 de 1992 y U.A.E. 46-013 de mayo 27 de 1992 de la División Jurídica y el despacho del administrador respectivamente, originarias de la Dirección de Impuestos Nacionales Administración Especial Grandes Contribuyentes de Santa Fe de Bogotá.

3o. Como consecuencia de lo anterior, DECLÁRASE EN FIRME la liquidación de corrección presentada por INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. el 16 de octubre de 1991 cuyo proyecto de corrección se radicó bajo el número 000717 de esta misma fecha y en la cual

se determinó que en el renglón No. 2 (dividendos) de la mencionada declaración el valor es cero (-0-) y por ende el valor total del renglón 15 es $85.898.000.

4o. RECONÓCESE PERSONERÍA a la doctora Amparo Merizalde de Martínez de acuerdo con poder visible a folio 299 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 CHAÍN LIZCANO
Presidente de la Sección

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

DECRETO DE EMERGENCIA ECONÓMICA-Naturaleza/**LEY MATERIAL/EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Improcedencia

Los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución Política de 1986, es decir en estado de emergencia económica, son leyes en sentido material, y por lo tanto pueden prever conductas sancionables como las previstas en el artículo 22 ibídem, y en ese orden de ideas no resulta claro la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, pues no tiñe con el texto de la Constitución la consagración de sanciones pecuniarias por violación de los reglamentos, en leyes, sean éstas entendidas en sentido formal o en sentido material.

SANCIONES A CORREDOR DE SEGUROS-Concurrencia/**SANCIÓN PECUNIARIA/ENTIDAD VIGILADA POR SUPERBANCARIA**

En relación con la multa impuesta de conformidad con las previsiones del artículo 22 del decreto 2920 de 1982, se observa que la sanción prevista en la Ley 65/66, es decir la suspensión de la autorización y la pérdida del derecho a obtener la renovación de la misma, es compatible con la sanción pecuniaria de que da cuenta el citado artículo y procede así mismo por hechos tales como la conducta aquí estudiada, pues es aplicable ante la violación de cualquiera de las normas legales a las cuales debe sujetarse la institución financiera, noción ésta que dentro de las previsiones del art. 24 del Decreto 2920 de 1982, incluye a las sociedades corredoras de seguros, por ser antes vigilados por la Superintendencia Bancaria. Luego la aplicación hecha por la Superintendencia Bancaria del art. 22 del Decreto 2920 de 1982 fue acertada, por cuanto tal disposición prescribe que cualquier entidad sometida a su

vigilancia que infrinja cualquier norma legal a la cual deba sujetarse se hará acreedora a una multa, tal como ocurrió en el presente evento, dado que la actora infringió la Ley 65 de 1966 y los decretos 937/67 y 361/72.

RÉGIMEN TARIFARIO-Violación/**SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS**-Obligaciones/**COMPETENCIA DESLEAL/SANCIÓN POR VIOLACIÓN DE TARIFAS**-Procedencia

Sí existió violación del régimen tarifario pues la misma devino de la comprobación por parte de la superintendencia de que la sociedad cliente de la actora, era un taller y no una ensambladora, y por ende las tarifas ofrecidas eran menores a las establecidas para el evento en que se considerara a ese cliente como un taller. Lo anterior significa que el supuesto dado por la sociedad corredora de seguros era errado, y tal error, no puede ser justificado, en la circunstancia de que el considerar a ese cliente como ensambladora obedeció a la solicitud de su cliente, pues el profesional en el ofrecimiento de seguros y el conocimiento de los riesgos no es precisamente el cliente que celebra un contrato con un corredor de seguros sino el corredor mismo. En ese estado de cosas, es claro que debe el corredor de seguros conocer a su cliente, lo cual obviamente implica conocer su actividad, que en tratándose de las personas jurídicas se circunscribe a su objeto social; de otra parte resulta claro que una de las actividades a las cuales se dedica la cliente de la actora es el servicio de talleres, y que no tiene dicha compañía la calidad de ensambladora, pues aún cuando en el expediente no obra el certificado de existencia y representación legal, en las resoluciones impugnadas consta que la Superintendencia, con base en dicho documento, encontró que dentro del objeto social estaba incluida la actividad de talleres y no la de ensamblaje y dicha evidencia contenida en tales actos administrativos. No fue desvirtuada, ni en la vía gubernativa ni en la jurisdiccional.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5688. Actor: Seguranza Ltda. Apelación: Sentencia del 5 de mayo de 1994 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad SEGURANZA LTDA. contra la sentencia del 5 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y mediante la cual se niegan las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada entidad contra las Resoluciones 4228/87 y 3951/88, por las cuales la Superintendencia Bancaria impuso a la actora una sanción pecunaria.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de sus facultades legales, la Superintendencia Bancaria practicó una visita de carácter especial a la sociedad corredora de seguros SEGURANZA LIMITADA, en desarrollo de la cual constató que la vigilada, al haber ofrecido tarifas por debajo de las autorizadas, había desconocido el mandato de la ley 65 de 1966 y el artículo 29 del Decreto 837/67, ratificado por el artículo 15 del decreto 361/72, que prohibe a las Corredoras de Seguros "el ofrecimiento de beneficios que la póliza no garantiza o la exageración de éstos" y en general la realización de todo acto de competencia desleal.

Ante la solicitud de explicaciones la vigilada argumentó que en relación con los ramos de libre tarifación contó con el respaldo de Seguros la Andina S.A., y respecto a los seguros de incendio, sustracción y transportes, afirma que las primas se ofrecieron de acuerdo con las normas tarifarias y la información suministrada por el cliente; acerca de los seguros de automóviles, manifiesta que se tomaron como base documentos en los que constaba que a la fecha existían descuentos en las pólizas de manejo que se tomaron los datos con base en la información suministrada por el cliente.

Argumenta por último, que las posibles omisiones obedecieron a la premura para responder al cliente y al expreso interés de éste por conocer las posibilidades tarifarias.

Efectuando el análisis técnico jurídico de las explicaciones la Superintendencia Bancaria encontró que la vigilada no efectuó un descargo minucioso de los hechos que se le imputan, y por medio de la Resolución 4228/87, procede a imponer la correspondiente sanción pecunaria.

Contra el citado acto administrativo la compañía vigilada interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Superintendencia Bancaria en el sentido de rebajar la sanción pecuniaria impuesta, pues se acogen parcialmente los argumentos planteados por el recurrente en lo que tiene que ver con los ramos de libre tarifación, ya que la vigilada acreditó que si contaba con el respaldo de la Compañía de Seguros la Andina S.A., y en lo que toca con el seguro de automóviles, dado que se aportó prueba documental que desvirtúa con toda certeza el cargo formulado.

LA DEMANDA:

La actora alega como violados los artículos 26 y 28 de la Constitución Política relativos al debido proceso y el derecho de defensa, pues no se precisan las conductas prohibidas ni los artículos que se violaron, lo cual lleva a que se vea obstruido el derecho de defensa, por la falta de técnica enunciada. Así mismo, no se encuentran probados judicialmente los elementos subjetivos y objetivos de la competencia desleal, a pesar de lo cual la Superintendencia la da por realizada.

Igualmente, aduce falta de aplicación del artículo 35 del C. C. A. que ordena resolver de acuerdo con las pruebas aportadas dentro de la actuación administrativa, falsa

motivación por cuanto el decreto 2920/82 no es aplicable a las corredoras de seguros, pues su actividad no es de intermediación financiera y las demás normas invocadas por la superintendencia no tienen relación con la conducta sancionada.

Hubo así mismo una aplicación de una sanción distinta a la prevista en las leyes especiales a las cuales debe sujetarse como la ley 65/66 y sus decretos reglamentarios, pues dichas normas no contemplan como sanción la multa.

Sostiene igualmente, que esa conducta ya fue sancionada por la Superintendencia según Resoluciones Nos. 4170 de 1987 y 0584/88, violándose así el principio *"Non bis in idem"*.

La conducta de la actora fue lícita, pues ofreció las tarifas de acuerdo con un sustento dado por el cliente, ya que éste solicitó que se le cotizara bajo el supuesto de una ensambladora, y bajo dicho supuesto la tarifa se ajusta plenamente a las autorizadas por la misma Superintendencia.

Solicita la actora se inapliquen los artículos 16 de la ley 65/66, 29 del decreto 837/67 y 15 del decreto 361/72 en cuanto que es conducta sancionable la violación de cualquier reglamento administrativo y los aludidos decretos crean conductas sancionables en desbordamiento de la potestad reglamentaria. Efectúa igual solicitud respecto del artículo 23 del decreto 2920/82 en cuanto establece como conducta sancionable la violación de los reglamentos, pues la ley no puede de manera indefinida delegar en la autoridad administrativa la determinación de tales conductas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El apoderado de la parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora, pues considera que sí se señaló expresamente la irregularidad de la conducta, la cual es ofrecer valores de primas por debajo de las que realmente debía haber ofrecido, encuadrado así su comportamiento en la prohibición contenida en los artículos 29 del decreto 837/67 que reglamento el artículo 16 de la ley 65/66 y 15 del decreto 361/72.

Sostiene igualmente que sí se dio cumplimiento al artículo 35 del C. C. A., pues sí se decidió con base en las pruebas que constaban en la actuación administrativa.

En relación con la falsa motivación, considera que el decreto 2920/82 sí es aplicable a las corredoras de seguros por virtud del artículo 24 de la misma norma, la cual sólo excluye de la noción de instituciones financieras de las sociedades urbanizadoras de que trata la ley 66/68.

En cuanto a la licitud de la conducta, estima que no es cierto pues a las sociedades corredoras de seguros no les está permitido realizar cotizaciones con base en supuestos (El supuesto dado por el cliente), sino que deben verificar la actividad desempeñada por el cliente a efectos de determinar el tipo de riesgo que va a cotizar.

En lo relacionado con el seguro del manejo precisa que el hecho de que la tarifa de manejo aprobada por la Superintendencia prevea que los cargos asegurados sean 20 o más, ello no implica que en la póliza no quede incluido todo el personal, y en esos términos debió proceder la actora.

No hubo violación del principio *"non bis in idem"* pues una fue la sanción de Seguranza Ltda. por transgredir con su conducta las previsiones sancionables por el artículo 22 del decreto 2920/82 y otra la sanción impuesta al primer suplente del gerente por adecuar su comportamiento a lo dispuesto en el artículo 23 del mencionado decreto. Se trata de consecuencia de conductas realizadas por dos personas diferentes y por conductas distintas.

LA SENTENCIA:

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

El artículo 16 de la ley 65/66 faculta exclusivamente a la Superintendencia bancaria para la aplicación de la sanción que contempla dicho artículo, y que el artículo 2 del decreto 2920/82, permite a la misma entidad controladora la imposición de multas a las compañías Corredoras de Seguros, pues sólo se exceptúan de la aplicabilidad de esta sanción las sociedades urbanizadoras de que trata la Ley 66/68.

Dado que tanto la ley como los decretos mencionados (Decretos 837/67, 361/72 y 2920/82), estaban vigentes en el mundo jurídico cuando fueron expedidos los actos acusados, la Superintendencia Bancaria actuó dentro de su estricto campo de competencia.

En cuanto a la mención que se hace respecto de la excepción de inconstitucional apoyada en la violación de los artículos 26, 28 y 76 No. 12 de la Constitución de 1986, la misma no prospera, pues es claro para la sala que toda autoridad debe cumplir con el principio de la legalidad, como también lo es que la potestad para sancionar tiene que realizarse a través de la ley, tal y como se evidencia en la ley 65/66. Los decretos 837/67 y 361/72 reglamentarios de la ley 65/66 no se salen de parámetros de la ley y por ende no están creando nuevas conductas sancionables. Acerca del decreto 2820/82., observa que fue expedido con base en el artículo 122 de la Constitución de 1986 y cuya exequibilidad fue claramente estudiada por la Corte Suprema de Justicia.

En relación con el debido proceso, expresó que dado que la sanción fue impuesta por la autoridad competente, con el cabal cumplimiento de las normas de procedimientos sancionatorios, y con respecto del derecho de defensa, es dable concluir que no hubo violación de los artículos 26 y 28 de la anterior Constitución. Cita al efecto jurisprudencia del consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Respecto a la licitud de la conducta y la no apreciación de pruebas, sostiene que la comunicación en la que solicita las cotizaciones en parte alguna expresa que desarrolle

actividades de ensambladora, y que por el contrario, dentro de su objeto social se incluye según se desprende de los actos impugnados, la explotación de talleres de reparación para vehículos automotores y no se menciona que su actividad sea la de ensamblar vehículos de producción nacional, razones que llevan a la Superintendencia a sancionar a la sociedad actora pues sus conductas no tuvieron la explicación suficiente que la eximiera de responsabilidad ni pruebas suficientes para exonerarse.

Resalta el *a-quo* que la circular número SD 121 del 3 de octubre de 1980, mediante la cual se fijan las instrucciones sobre la promoción y contratación de seguros, en su capitulo VII, al referirse al tema de la competencia desleal, expreso que el ofrecimiento de condiciones o beneficios no contemplados en las pólizas aprobadas constituyen actos de competencia desleal, dentro de las cuales se incluyen las condiciones tarifarias en razón a la unidad contractual a que están sometidas. Es lo anteriormente expresado que la actora no puede válidamente argumentar que la no coincidencia de tarifas no constituyen conductas sancionables ni actos de competencia desleal.

De otra parte, no aparece probado que la cotización echa por la actora haya sido de carácter preliminar, por lo que es procedente, de conformidad con la circular en mención, que se considere oferta vinculante, y por ende sujeta a las previsiones del aludido acto administrativo.

En relación con la falsa motivación, observa el Tribunal que no es cierto que el decreto 2920/82 circunscriba las funciones de la Superintendencia a intermediarios financieros, pues en su artículo 24, el decreto hace mención a cualquier institución sometida a su control y vigilancia salvo las sociedades urbanizadoras, por tanto el decreto también es aplicable a las sociedades corredoras de seguros, más aún cuando las normas especiales que regulan a estas sociedades no presentan incompatibilidad con el citado decreto.

La Superintendencia, de acuerdo con los textos de las Resoluciones acusadas si citó las conductas objeto de sanción.

El cargo de la falsa motivación no prosperó, toda vez que no es cierto el hecho en que se funda y ha sido constante la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular, tal como lo demuestra con la cita de jurisprudencia de la corporación.

Respecto de la violación al "principio de *non bis in idem*", observa el Tribunal que la Superintendencia Bancaria está facultada para imponer multas tanto al establecimiento –persona jurídica–, como a las personas naturales, y a las actuaciones de los administradores son inscindibles en relación con la persona jurídica representada, tal como lo ha establecido el decreto 2920/82, pues las sanciones consagradas en los artículos 22 y 23 no son excluyentes, ya que la prevista en la primera de las normas citadas se refiere a la sanción por la violación de cualquier norma a la que el establecimiento debe estar sometido y la segunda, es aplicable al director u otras personas naturales que autoricen o ejecuten actos violatorios del régimen al que deben sujetarse las instituciones.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal con base en los siguientes argumentos:

Si hay violación del debido proceso y del derecho de defensa por cuanto la conducta realizada por la actora no se encuentra prevista en la norma legal supuestamente violada.

En efecto, la conducta se hace consistir en que los términos tarifarios ofrecidos al cliente no coinciden con el régimen tarifario y la misma no se encuentra prevista como conducta sancionada en la ley 65/66; sin que tampoco pueda aceptarse que dicha conducta constituya un acto de competencia desleal dado que no se comprobó el elemento subjetivo del acto.

No acierta el tribunal al negar la implicación de los decretos 837/67 y 361/72, pues la misma deriva que sólo las normas con rango de ley pueden establecer conductas sancionables. También se solicita la inaplicación del artículo 23 del decreto 2920/82, en cuanto prevé la sanción por violación a normas reglamentarias, y el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya declarado exequible el aludido decreto no implica que sea improcedente la excepción constitucional para un caso concreto.

No hubo ilicitud de la conducta por parte de la actora, pues no es que viole el régimen tarifario sino que se discuten las condiciones fácticas para establecer la tarifa; la sociedad corredora de seguros acreditó plenamente que las tarifas coincidían con el régimen tarifario aplicable a una ensambladora, pero la Superintendencia consideró que la solicitante no tenía esa condición y debía aplicarse otro régimen.

De otra parte, el Tribunal al fundamentar su análisis en la afirmación de que la Superintendencia constato en el certificado de resistencia y representación legal que el objeto de la cliente de la actora (AUTOGERMANA SA), incluía el servicio de talleres, éste que no figura en el expediente, viola el artículo 117 del Código de Comercio, que establece que la existencia y las cláusulas del contrato de sociedad se prueban con el certificado de Cámara de Comercio del domicilio principal. Por lo tanto se deberá tener presente que la Superintendencia no acreditó en la actuación administrativa la prueba que determinará las calidades del solicitante de la cotización.

Igualmente, el Tribunal desconoce el principio de buena fe al sostener que la sociedad actora se limitó a descargar su responsabilidad de verificación de la información dada por los clientes en el propio solicitante. Por lo tanto no puede deducirse responsabilidad y sanción a la demandante por el hecho de no haber verificado las condiciones reales del solicitante.

La Circular SD-121 de 3 de octubre de 1980 que regula las etapas de contratación preliminares al no encontrarse citada dentro de las normas supuestamente infringidas por la demandante no puede incluirse dentro del análisis del fallador.

Discrepa el recurrente del argumento del Tribunal para sostener que no hay falsa motivación pues quedó demostrado que no hay prueba dentro de la actuación administrativa de las calidades de AUTOGERMANA S.A., además de que se equivoca la Superintendencia al fundamentar su decisión en actos de competencia desleal y ofrecimiento que las pólizas no cubren, ya que el hecho real consiste en cotizar bajo un supuesto (calidad de asamblea) a solicitud del cliente.

Sí existe violación del "principio *non bis in idem*" pues "dos personas" están respondiendo por el mismo acto y se están aplicando dos sanciones por los mismos hechos.

Por último, el Tribunal no se refiere al cargo en el que se señala que la sanción impuesta no coincide con la prevista en la norma violada (ley 65/66), lo cual constituye violación al debido proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de la parte actora reitera los argumentos expuestos con ocasión de la sustentación del recurso de apelación.

La apoderada de la demandada solicita se confirme la sentencia apelada, para lo cual se opone a las argumentaciones presentadas por la parte contraria, con base en los siguientes razonamientos:

Después de transcribir el texto de la ley 65/66 y de los decretos 837/67 y 361/72, y de analizar que la competencia sancionatoria de la Superintendencia en relación con la conducta realizada por la actora se puede evidenciar de dos maneras distintas, una de las cuales es la sanción pecuniaria impuesta a la sociedad demandante, continúa diciendo que la conducta desplegada es la cotización de varios seguros con base en valores de primas por debajo de los que realmente se debían haber ofrecido, "acto que, de bulto, constituye competencia desleal por parte de la sociedad corredora de Seguros respecto a las demás sociedades".

Dicha conducta sí se encuentra descrita en la ley 65/66 y los decretos 837/67 y 361/72.

En relación con el aspecto subjetivo de la competencia desleal, sostiene que las sanciones de derecho administrativo no se guían por los principios del derecho penal dados los diferentes fines que se persiguen con la sanción penal y la administrativa. Es así como en las sanciones de tipo administrativo no se llevan a cabo los juicios valorativos de la culpabilidad, razón por la cual no tiene fundamento alguno la afirmación de la actora en el sentido de que la Superintendencia Bancaria no demostró el elemento subjetivo de la competencia desleal.

Acerca de la afirmación del recurrente en el sentido de que el Tribunal no se refiere al cargo de que la sanción impuesta no era la prevista en la norma que se invoca como violada, sostiene que no es cierta, pues el a quo se refiere expresamente al punto.

En relación con la inaplicación de los decretos 837/67 y 361/72 y del decreto 2920/82, sostiene que los dos primeros decretos en mención no establecen ninguna sanción nueva sino que recogen la prevista en la ley 65/66, razón por la cual no procede su inaplicación. Frente a la inaplicación del artículo 23 del decreto 2920/82, yerra el recurrente, pues la sanción se impuso fue con base en el artículo 22 del citado decreto.

Sin embargo, y analizado el texto del artículo 22, encuentra el apoderado de la demanda que la sanción allí prevista procede por la violación de las normas legales y sus reglamentos, pues conforman un todo, y el acto administrativo sancionatorio procedió por el incumplimiento de una ley y de sus reglamentos.

Acerca de la violación del artículo 117 del C. Co., considera que en la vía administrativa la Superintendencia Bancaria había evidenciado que la actividad del cliente no era la de ensamblar vehículos, y que dada la presunción de veracidad de los actos impugnados corresponde al interesado desvirtuar tal presunción. La afirmación del recurrente implica una inversión de la carga de la prueba, cuando ya la Superintendencia había evidenciado que la sociedad cliente no tenía la actividad de ensamblar y así lo había plasmado en el documento que presume veraz tal circunstancia.

De otra parte, de conformidad con lo previsto en los artículos 110 y 113 del C. Co., no es cierto que solamente el certificado de la Cámara de Comercio sirva para acreditar las cláusulas del contrato, pues también se pueden probar las mismas con las escrituras públicas. Debe tenerse en cuenta que la Superintendencia Bancaria se fundamentó en el certificado de existencia representación legal de la compañía cliente de la actora. No ha habido desde entonces transgresión al artículo 117 del C. Co., toda vez que el Tribunal recurre a la característica de los actos administrativos de ser documento público cobijados por la presunción de autenticidad, la cual ha de ser desvirtuada por la persona interesada.

En relación con la existencia de falsa motivación, la apoderada de la parte demandada sostiene que sí hubo violación del régimen tarifario por cuanto el supuesto dado por la sociedad corredora de seguros era errado (no era una ensambladora) y la tarifa era menor a la establecida para esta clase de eventos.

De otra parte, sí hay competencia desleal como quiera que el valor de la tarifa debería ser fijado de acuerdo con la evidencia de la calidad de taller predicable del cliente de la actora, ya que el sujeto del que partió la sociedad corredora de seguros trajo como consecuencia lógica la alteración del régimen tarifario y el ofrecimiento de tarifas más bajas de las permitidas.

Así las cosas, y dado el acto administrativo sancionatorio contiene la relación de todos los motivos que condujeron a la sanción, los cuales coinciden con las normas aplicables al caso concreto, se considera que no hubo falsa motivación.

En relación con el argumento del Tribunal de que no presumió la buena fe, sostiene que a tales consideraciones se llega por las explicaciones remitidas por la misma actora,

ya que expresa entre otras cosas que "las posibles omisiones obedecieron a la premura para responder al cliente y al expreso interés de éste de conocer las posibilidades tarifarias, más que a una solicitud para colocar los seguros descritos".

Así las cosas, no se desconoció el principio de la buena fe y se reiteró que las entidades vigiladas por la Superbancaria deben actuar con el debido profesionalismo dado las especiales actividades que desarrollan.

En relación con la no inclusión de la Circular SB 121 de octubre 3/80 dentro del análisis del fallador, precisa que una cosa es el marco normativo que fundamentó la sanción y otra, el conjunto de normas y pruebas que llevaron a la Superbancaria al convencimiento de que con las conductas desplegadas se estaba incurriendo en competencia desleal. Dentro de este segundo grupo están instructivos como la Circular en mención, por medio de la cual se impartieron instrucciones sobre la promoción y contratación de seguros.

Por tanto aún cuando la Circular SB 121/80 no fue citada por el demandante, es claro que la misma era necesaria para el análisis del fallador quien está obligado a decidir en derecho.

Acerca de la violación del principio *"non bis in idem"*, los artículos 22 y 23 del decreto 2920/82, consagran 2 tipos de sanciones diferentes, a personas diferentes, y con fines bien distintos. Es así como las resoluciones demandadas impusieron una sanción de tipo institucional a la sociedad actora, diferente de la sanción ya impuesta a su representante legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala la providencia recurrida debe ser confirmada por las siguientes razones:

Para determinar si existió violación del debido proceso, es importante determinar en primer lugar si la conducta realizada por la actora implica o no violación del régimen tarifario, pues la recurrente sostiene que no hubo tal transgresión ya que se acreditó plenamente que las tarifas coincidían con el régimen tarifario aplicable a una ensambladora, tal como se lo había solicitado el cliente.

Al respecto, la Sala considera que sí existió violación del régimen tarifario pues la misma devino de la comprobación por parte de la Superintendencia de que la sociedad AUTOGERMANA S.A., cliente de la actora, era un taller y no una ensambladora, y por ende, las tarifas ofrecidas eran menores a las establecidas para el evento en que se considerara a AUTOGERMANA S.A., como un taller.

Lo anterior significa que el supuesto dado por la sociedad corredora de seguros era errado, y tal error, a juicio de la Sala no puede ser justificado como lo hace el recurrente, en la circunstancia de que el considerar a AUTOGERMANA S.A. como ensambladora obedeció a la solicitud de su cliente, pues el profesional en el ofrecimiento de seguros y

el conocimiento de los riesgos no es precisamente el cliente que celebra un contrato con un corredor de seguros, sino el corredor mismo.

En ese estado de cosas, es claro que debe el corredor de seguros conocer a su cliente, lo cual obviamente implica conocer su actividad, que en tratándose de las personas jurídicas se circunscribe a su objeto social, por lo tanto afirmaciones tales como que "... las posibles omisiones obedecieron a la premura para responder al cliente ...", no justifican el proceder de la actora y van en contra de la responsabilidad y eficiencia que deben tener las entidades que hacen parte del sistema asegurador, dadas las serias y delicadas actividades a ellas encomendadas.

De otra parte, resulta claro para la Sala que una de las actividades a las cuales se dedica la sociedad AUTOGERMANA S.A. es el servicio de talleres, y que no tiene dicha compañía la calidad de ensambladora, pues aun cuando en el expediente no obra el certificado de existencia y representación legal, en las resoluciones impugnadas consta que la Superintendencia, con base en dicho documento, encontró que dentro del objeto social estaba incluida la actividad de talleres y no la de ensamblaje, y dicha evidencia contenida en tales actos administrativos, no fue desvirtuada, ni en la vida gubernativa ni en la jurisdiccional.

En consecuencia, sí hubo violación del régimen tarifario, y tal conducta a su vez constituye un acto de competencia desleal, pues tal como consta en la Circular número SD 121 de 1980, y lo trae a colación el Tribunal:

> "Por expresa disposición del legislador, el ofrecimiento de condiciones o beneficios no contemplados por la pólizas aprobadas, constituyen actos de competencia desleal, que, como ya se dijo deben ser severamente sancionadas.
>
> Dentro de la anterior restricción se comprenden las condiciones tarifarias, en razón a la unidad contractual a que están sometidas".

Así las cosas, las violación del régimen tarifario, "en razón a la unidad contractual a que están sometidas" las condiciones tarifarias, se encuadra dentro de la conducta prevista en el artículo 16 de la Ley 65 de 1966 y sus decretos reglamentarios, consistente en "el ofrecimiento de beneficios que la póliza no garantiza o la exageración de éstos", constitutiva a su vez de competencia desleal, tal como lo prevén las normas en mención.

Ahora bien, que la conducta realizada por la actora constituye un acto de competencia desleal, y no fue encuadrada simplemente como "una violación al régimen tarifario", lo evidencia el memorando de visita especial de fecha 10 de julio de 1987 (folios 4 y 5 del cuaderno de antecedentes), en la cual se lee lo siguiente:

> "Por lo tanto, analizando la oferta presentada a la firma AUTOGERMANA S.A. por Seguranza Ltda., se determina que ésta no se encuentra enmarcada dentro de los parámetros tarifarios vigentes, incurriendo en consecuencia en actos de

> competencia desleal, sancionables por las normas que regulan la actividad de los corredores de seguros (Resolución 1324/72 y Decreto 361/72, Circular 121/80)".

Igualmente en la parte motiva de la Resolución 4228 de 1987, por la cual se impone la sanción pecuniaria a la actora, se expresa claramente que a las sociedades corredoras de seguros no les está permitido el ofrecimiento de beneficios que la póliza no garantiza o la exageración de éstos, "y en general la realización de "todo acto de competencia desleal tendiente a obstaculizar o evitar negocios celebrados por otros agentes o agencias de la misma y otras compañías o por agencias inscritas como corredoras".

Así mismo, en el aludido acto se expresa que:

> "En consecuencia, este despacho considera, de acuerdo con el análisis previamente efectuado, que la Sociedad Corredora de Seguros "SEGURANZA LIMITADA" incurrió sin justificación alguna, en hechos que no se encuentran permitidos por la Ley 65 de 1966, el Decreto 837 de 1967 y el Decreto 361 de 1972, normas que en forma nítida prescriben conductas como el ofrecimiento de beneficios que las pólizas no garantizan o la exageración de éstos, así como todo acto que pueda reputarse como de competencia desleal".

En relación con la ausencia del elemento subjetivo de la competencia desleal, observa la Sala que tal como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la corporación, la finalidad de la sanción de tipo administrativo es la de lograr un objetivo político de Estado, que en lo que tiene que ver con el sector financiero es de orden público económico.

Es así como la Sala, en providencia de junio de 1987, expediente No. 1028, Consejero Ponente, Jaime Abella Zárate, muchas veces reiterada, expresó lo siguiente:

> "Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de este requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas ..." (Subraya la Sala).

Es claro, y así lo ha entendido la Sala, que la función de vigilancia y control atribuida a la Superintendencia Bancaria es de carácter administrativo, y que se ejerce de manera permanente e ininterrumpida, a través de diferentes instrumentos, dentro de los cuales figuran los de carácter sancionatorio, que en tratándose de los intermediarios de seguros, buscan mantener las características de seguridad y confianza ante los asociados.

Así mismo, la sanción pecuniaria que impone la Superintendencia Bancaria a una persona jurídica, como sucede en la presente oportunidad, no puede estar precedida del juicio de intencionalidad o no en la realización de la conducta prohibida, así sea ésta constitutiva de competencia desleal, pues se vería entorpecida la pronta y eficaz gestión de los organismos de control y vigilancia.

Ahora bien, en relación con la multa impuesta de conformidad con las previsiones del artículo 22 del decreto 2920/82, la Sala observa que la sanción prevista en la Ley 65/66, es decir la suspensión de la autorización y la pérdida del derecho a obtener la renovación de la misma, es compatible con la sanción pecuniaria de que da cuenta el citado artículo, y procede así mismo por hechos tales como la conducta aquí estudiada, pues es aplicable ante la violación de cualquiera de las normas legales a las cuales deba sujetarse la institución financiera noción ésta que dentro de las previsiones del artículo 24 del decreto 2920/82, incluye a las sociedades corredoras de seguros, por ser entes vigilados por la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente, la Sala con ocasión de una multa impuesta a una intermediaria de seguros con base en el artículo 22 del decreto 2920/82 y por hechos previstos en la Ley 65/66, expresó la procedencia de dicha sanción, en los siguientes términos:

> "Comparte también la Sala la apreciación que formuló el *a-quo* sobre el origen, características y finalidades del Decreto 2920 de 1982, nacido en una emergencia económica causada precisamente por factores que perturbaron la confianza pública en el sistema financiero por lo que los instrumentos de que dotó al superintendente puede y debe éste aplicarlos donde quiera que se establezcan transgresiones al régimen legal y reglamentario al cual están sujetas las entidades vigiladas.
>
> De ahí que la sanción pecuniaria con base en el artículo 22 fuera razonablemente la correcta y tal vez más benigna que la suspensión de la autorización para ejercer, con pérdida del derecho a renovarla que también autorizaba la Ley 65 de 1966". (Expediente No. 5534, fallo del 12 de agosto de 1994, Consejero ponente, doctor Jaime Abella Zárate).

Precisa entonces la Sala que la aplicación hecha por la Superintendencia Bancaria del artículo 22 del Decreto 2920/82, fue acertada, por cuanto tal disposición prescribe que cualquier entidad sometida a su vigilancia que infrinja cualquier norma legal a la cual deba sujetarse se hará acreedora a una multa, tal como ocurrió en el presente evento, dado que la actora infringió la Ley 65 de 1966 y los decretos 837/67 y 361/72, al incurrir en un hecho constitutivo de competencia desleal, cual es, la violación del régimen tarifario.

Por último, y dado que la sanción fue impuesta por la autoridad competente, con el pleno cumplimiento de las normas y procedimiento sancionatorio, por un hecho tipificado en la ley, y con el debido respeto al derecho de defensa, la Sala considera que se dio cabal cumplimiento al debido proceso, y por ende el cargo no está llamado a prosperar.

En relación con la inaplicación de los decretos 837/67 y 361/72, la sala ratifica la decisión del Tribunal, pues efectivamente los aludidos decretos reglamentarios conservan

los lineamientos de la ley reglamentada, es decir la ley 65/66, y no crean nuevas conductas sancionables.

Respecto a la inaplicación del artículo 23 del decreto 2920/82, en cuanto establece con conducta sancionable la violación de los reglamentos, y como lo expresa la actora "de esta forma se autoriza indefinidamente al gobierno a crear delitos y contravenciones por la vía reglamentaria", la Sala permite precisar que no era procedente solicitar la inaplicación de dicha norma, por cuanto la sanción fue impuesta con base en el artículo 22 del decreto de mención.

Debe observarse, igualmente, que los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución Política de 1886, es decir en estado de emergencia económica, son leyes en sentido material, y por lo tanto pueden prever conductas sancionables como las previstas en el artículo 22 *ibídem*, y en ese orden de ideas no resulta clara la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, pues no riñe con el texto de la Constitución la consagración de sanciones pecuniarias por la violación de los reglamentos, en leyes, sean éstas entendidas en sentido formal o en sentido material.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Respecto del argumento de que la sentencia de primera instancia viola el artículo 117 del C. Co. al hacer notar que no figura en el expediente el certificado de existencia y representación legal de la sociedad AUTOGERMANA S.A., y a pesar de ello, fundamentar su análisis en la afirmación de la Superintendencia de que revisado dicho documento se encontró que dentro de su objeto social estaba incluida la actividad de talleres y no estaba la del ensamblaje, y que por tanto no quedó acreditado en la actuación administrativa la prueba de las calidades del cliente, la Sala considera que es acertado el fallo del Tribunal, pues de conformidad con los artículos 252 y 264 del C.P.C., los documentos públicos como lo son los actos impugnados, se presumen auténticos y hacen fe de "las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza".

En el presente caso, se observa que la declaración contenida en la Resolución 3951/88 en el sentido que revisado el certificado de resistencia y representación legal se estableció que dentro del objeto social estaba incluida la explotación de talleres de reparación para vehículos automotores, y por el contrarió no se incluía la actividad de ensamblaje, se tiene como veraz, y corresponde al interesado, en este caso la actora, desvirtuar la veracidad de dicha declaración, lo cual no fue efectuado en la vía gubernativa ni en la vía jurisdiccional, pues no demostró que su cliente era una ensambladora.

De otra parte, no considera la Sala que se haya violado el artículo 117 del C. Co., pues fue precisamente con base en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad AUTOGERMANA, según quedó plasmado en un documento que se presume veraz y auténtico, que la Superintendencia Bancaria determinó la actividad social de la mencionada compañía, sin que, se repite, la actora hubiera logrado demostrar a al

administración y a los jueces que su cliente era una ensambladora, y por ende sin lograr desvirtuar la presunción de la veracidad que cobija a los actos administrativos demandados.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Respecto del argumento que no hubo violación del régimen tarifario, la Sala se remite a lo ya expresado por el particular.

Acerca de la existencia de falsa motivación, la Sala se remite a lo ya manifestado sobre la competencia desleal, y reitera que al ofrecer la actora bajo un supuesto (que ni siquiera verificó), y al quedar demostrada la inexistencia del mismo, se evidenció la alteración del régimen tarifario, en el sentido de ofrecer tarifas más bajas que las permitidas, dado que el valor de la tarifa debería ser fijado de acuerdo con la evidencia de la calidad de taller que ostenta el cliente.

En consecuencia, y dado que como lo afirma el apoderado de la parte demandada, "existió concordancia entre los supuestos de hecho evidenciados con la visita; los supuestos de Derecho, que fueron enunciados y desarrollados en las resoluciones; y la consecuencia de Derecho consistente en la sanción pecuniaria impuesta a la entidad al evidenciarse coincidencia en los supuestos de hecho y de derecho; y, que el acto administrativo sancionatorio contiene la relación de todos los motivos que condujeron a la sanción, los cuales coinciden plenamente con las normas aplicables al caso", la Sala encuentra que no existió una falsa motivación, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

En relación con la violación del principio de la buena fe, la Sala, además de reiterar lo expresado acerca del profesionalismo con que debió actuar la demandante, observa que no puede justificarse su negligencia, pues estamos en presencia de una sociedad intermediaria de seguros, cuya actividad por las consecuencias sociales y económicas que conlleva, es celosamente vigilada por el Estado, y encomendada a personas conocedoras de las misma, por lo cual considerar que una persona jurídica como una corredora de seguros, faltó a su deber profesional de diligencia, no es desconocer el principio de la buena fe, sino reiterar y recalcar que lo importante es el profesionalismo que deben tener tales compañías en el desempeño de sus actividades sociales.

Acerca de la no inclusión de la circular SD121/80 dentro del análisis del fallador, la sala encuentra oportuno citar de nuevo las palabras del apoderado de la parte demandada, con ocasión de sus alegatos de conclusión de segunda instancia, y que son del siguiente tenor:

> "Por tanto, si bien es cierto la Circular S.D. 121 de 1980 no fue citada por el demandante dentro del acápite de normas supuestamente infringidas, es claro que la misma era necesaria para el análisis del fallador, como quiera éste dentro de la órbita de sus funciones, está obligado a fallar en derecho, es decir teniendo en

cuenta todas las normas aplicables al caso concreto, no las parcialmente citadas por la parte demandante, como quiera que su fallo no está llamado a fundarse parcialmente en derecho".

"Otro asunto bien distinto, es considerar que el principio aplicable de cualquier Jurisdicción Contencioso Administrativa que se ha denominado de "justicia rogada", el cual tiene directa relación con las pretensiones de la demanda, es aplicable en su totalidad al concepto de normas violadas y que, por lo mismo, el fallador está obligado a estudiar sólo las normas indicadas por el accionante, sin tener en cuanta, tanto las que podrían ser traídas a colación por la demanda en su legítimo derecho de defensa, como las que el fallador conoce per se, en razón de su profesión y que exige el desempeño de su cargo, como las aplicaciones al caso en concreto"

Respecto de la violación del principio del *"NON BIS IN IDEM"*, observa la Sala que la sanción personal impuesta a la persona natural en virtud del artículo 23 del decreto 2920/82, es diferente de la sanción institucional impuesta a la persona jurídica en aplicación del artículo 22 del decreto 2920/82, pues la sanción del artículo 23 de la aludida norma es de carácter personal, que se impone a la persona natural que autoriza ejecutar actos violatorios del estatuto del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba ejecutarse, de la cual responderá de manera independiente y afectado su propio patrimonio, en tanto que la sanción prevista en el artículo 22 *ibídem*, es de carácter institucional, es decir que se impone a la persona jurídica misma, cuando está violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra disposición legal a la cual debe sujetarse, y por la que responderá como persona independiente que es, con su propio patrimonio.

Así las cosas, una fue la sanción impuesta al representante legal de la actora, consistente en una multa de tipo personal por haber autorizado o ejecutado actos violatorios de la ley 65/66 y sus correspondientes decretos reglamentarios, y otra, la multa impuesta a la actora por su propio incumplimiento de las normas citadas.

Es así como a pesar de existir identidad de las normas violadas, no existe identidad del sujeto, razón por la cual no se vulnera el principio del *NON BIS IN IDEM.*

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la providencia recurrida.

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:

Confirmar la sentencia proferida en el juicio número 193 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 5 de mayo de 1994.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAÍN LIZCANO
Presidente de la Sala

JAIME ABELLA ZÁRATE

DELIO GOMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD-Inaplicabilidad/**DECLARACIÓN BIMESTRAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

La posición de la acttora en cuanto reclama la aplicación de la excepción de ilegalidad del art. 1o. del D.R. 1813 de 1984, no es de recibo por cuanto si bien esta Corporación mediante providencia del 6 de diciembre de 1984, declaró la suspensión provisional parcial de los efectos de la norma, esto es, del inciso 1o. y del inciso 2o., la decisión jurisdiccional no varió la situación jurídica de la actora, vale decir, la obligación de presentar bimestralmente la declaración del impuesto sobre las ventas. No debe desconocerse que la razón por la cual se dictó la medida precautelativa, fue la consideración de que la ley impuso la obligación de presentar la declaración de bienes exentos, sin condicionamiento alguno y por lo tanto mal podía la norma reglamentaria entrar a establecer requisitos no contemplados en la norma superior. Por lo tanto es claro que sobre la obligación de los exportadores de presentar declaración bimestral de ventas, no había duda alguna, pues se repite, lo que suspendió el Consejo de Estado el 6 de diciembre de 1984, fue el condicionamiento establecido en el D.R. 1813 de 1984.

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

Consejero Ponente: DR. JAIME ABELLA ZÁRATE.

Referencia: Expediente No. 6046. Actor: Colombian Bags (hoy Catalcón Ltda.). Impuesto ventas. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de noviembre de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda tendientes a obtener la nulidad de las Resoluciones números 296 expedida el 26 de mayo de 1992 y 162 expedida el 29 de abril de 1993, que impusieron sanción de reintegro por devolución improcedente del impuesto sobre las ventas de la sociedad COLOMBIAN BAGS por los bimestres II, IV, V y VI de 1986.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración anual de ventas, relativa a los bimestres segundo, cuarto, quinto y sexto de 1986, según la cual la sociedad se liquidó saldo a favor, ésta presentó solicitud de devolución de dicho saldo, la cual fue aprobada mediante la Resolución No. 1605 del 1o. de septiembre de 1989.

Después de adelantar visita tributaria, la Administración expidió pliego de cargos por improcedencia de la devolución, cuyas objeciones no fueron escuchadas al estimar el ente oficial que su presentación fue extemporánea.

Posteriormente, el 26 de mayo de 1992, mediante la Resolución No. 296, la Administración impuso sanción de reintegro de devolución, por cuanto la sociedad no cumplió con la obligación de presentar la declaración en forma bimestral, sino que lo hizo anualmente, sanción que fue recurrida y confirmada a través de la Resolución No. 162 el 29 de abril de 1993, con la cual quedó agotada la vía gubernativa.

DEMANDA

Como fundamento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta, la sociedad estimó vulnerados entre otras disposiciones, el artículo 683 del Estatuto Tributario, relativo al espíritu de justicia que debe gobernar las actuaciones oficiales y que ordena que la obligación tributaria no puede abarcar más de lo que determinar la ley.

En segundo lugar formuló la excepción de ilegalidad para solicitar que, como para la época de la presentación de la declaración se encontraban con suspensión provisional los dos primeros incisos del artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984, por haber considerado el Consejo de Estado que esas disposiciones violaban manifiesta y ostensiblemente la ley, por medio de la citada excepción no se les dé aplicación, por exceso en la facultad reglamentaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Nación se opuso a la aplicabilidad de la excepción de ilegalidad del artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984, toda vez que la actuación de la Administración no estuvo fundada exclusivamente en esa norma, sino también en el Decreto Ley 3541 de 1983 que es de rango superior y contenía la misma previsión, igualmente en la Ley 9a. de 1983 ya se había establecido la declaración bimestral para los exportadores con derecho a devolución.

Concluyó entonces que el Decreto Reglamentario 1813 de 1984, no modificó ni excedió el límite de la potestad reglamentaria, para poder pretender alegar la excepción de ilegalidad y que además por haber sido ya la norma en cuestion, objeto de análisis por el contencioso, se debe acatgar el fallo que no la declaró nula.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda por considerar que la presunción de veracidad del acto administrativo no fue desvirtuada como consecuencia de que el Decreto 3541 de 1983 en su artículo 19, consagra la declaración bimestral para los productores y exportadores con derecho a devolución y esta norma sirvió de fundamento a la actuación acusada.

Consecuencialmente determinó que no hubo violación del artículo 683 del Estatuto Tributario.

APELACIÓN

El apoderado de la demandante reiteró que el artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984 no debe ser aplicado por ser manifiestamente ilegal, tal como se deduce del auto proferido por el Consejo de Estado que suspendió provisionalmente la norma en cuestión (exp. 1635) proceso este que terminó por abandono, el 10 de agosto de 1987.

Insistió en que la declaratoria de suspensión provisional es prueba de que el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, violó en forma ostensible y manifiesta una norma legal de rango superior, que se evidencia con la simple comparación del texto del artículo 1o. con el texto del decreto reglamentado.

Sostuvo que en el D.L. 3541 de 1983 no existe disposición alguna que establezca la obligación de presentar en forma bimestral, la declaración del Impuesto sobre las Ventas para exportadores. A juicio del apelante ese fue el motivo por el cual el Consejo de Estado suspendió el cuestionado artículo 1o. del D.R. 1813 de 1984.

Después de transcribir textos de algunos doctrinantes y apartes de artículos de las Constituciones de 1886 y 1991, concluyó que procede la excepción de ilegalidad frente al artículo 1o. del Decreto 1813 de 1984, máxime cuando el transcurso del tiempo no tiene la virtud de purgar los vicios de los actos expedidos ilegítimamente.

Igualmente reiteró el cargo de violación al artículo 683 del E.T.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la parte actora como la demandada, reiteraron lo ya expresado anteriormente.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A juicio de la Sala la sentencia apelada merece ser confirmada.

En efecto, el cargo principal del recurso descansa en la aplicabilidad de la excepción de ilegalidad del artículo 1o. del D.R. 1813 de 1984, toda vez que la norma fue suspendida provisionalmente durante el lapso comprendido entre el 6 de diciembre de 1984 y el 10 de agosto de 1987, fecha esta última en la que se declaró terminado el proceso por abandono.

Previamente entra a establecer la Sala el período fiscal en el cual debía ubicarse legalmente la sociedad, con el fin de determinar si las declaraciones del impuesto sobre las ventas eran bimestrales o si por el contrario, sus declaraciones debían presentarse anualmente.

El artículo 19 del Decreto 3541 de 1983, que entre otras normas sustentó la actuación demandada, previó el período fiscal del Impuesto sobre las Ventas así:

> "El período fiscal del Impuesto sobre las Ventas será:
>
> A. BIMESTRAL, para los productores y exportadores con derecho a devoluciones.
>
> B. ANUAL, para los demás responsables".

La condición de exportadora de la sociedad actora, es un hecho no sólo no discutido, sino que además se establece, de su objeto social, en cuanto éste se encuentra referido a la "compra, venta, distribución, importación y exportación de artículos terminados en cuero o similares...", por lo cual la sociedad tenía derecho a devoluciones, hecho que se corrobora con la respectiva declaración; así las cosas, para la Sala es claro que la obligación de la sociedad era la de presentar su declaración de ventas con sujeción a lo previsto en el literal a) del artículo 19 del D.L. 3541 de 1983, ésto es, en forma bimestral.

De suerte que no le asiste la razón a la contribuyente cuando alega que el D.L. 3541 de 1983 no contenía ninguna previsión que consagrara la obligación de presentar declaración bimestral del Impuesto sobre las Ventas para exportadores.

A su turno el D.R. 1813 de 1984 en su artículo 1o. estableció:

> "Están obligados a presentar declaración bimestral del impuesto sobre las ventas, los productores de bienes exentos y los exportadores, cuando del promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto de impuesto a las ventas
>
> Cuando no exista declaración de ventas por el año anterior, el productor de bienes exentos o el exportador, podrá optar por declarar bimestral o anualmente. En los demás casos la declaración de ventas se presentará anualmente".

La posición de la actora en cuanto reclama la aplicación de la excepción de ilegalidad de la norma transcrita, no es de recibo para la Sala por cuanto si bien esta Corporación mediante providencia del 6 de diciembre de 1984, declaró la suspensión provisional parcial de los efectos de la norma, ésto es, del inciso 1o. "cuando del promedio de sus declaraciones de ventas del año inmediatamente anterior resulte un saldo a su favor por concepto de impuesto sobre las ventas" y del inciso 2o. así, "cuando no exista declaración de ventas por el año anterior, el productor de bienes exentos o el exportador, podrá optar por declarar bimestral o anualmente", la decisión jurisdiccional no varió la situación jurídica de la sociedad actora, vale decir, la obligación de presentar bimestralmente la declaración del Impuesto sobre las Ventas.

No debe desconocerse que la razón por la cual se dictó la medida precautelativa, fue la consideración de que la ley impuso la obligación de presentar la declaración bimestral, tanto a exportadores, como a productores de bienes exentos, sin condicionamiento alguno y por lo tanto mal podía la norma reglamentaria entrar a establecer requisitos no contemplados en la norma superior. Por lo tanto, para la Sala es claro que sobre la obligación de los exportadores de presentar declaración bimestral de ventas, no había duda alguna, pues se repite, lo que suspendió el Consejo de Estado el 6 de diciembre de 1984, fue el condicionamiento establecido en el D.R. 1813 de 1984.

Consideración que se refuerza cuando en la misma providencia expresamente se dejó consignado lo siguiente:

"En consecuencia el artículo 1o. del D. 1813 de 1984 se leerá así: "Están obligados a presentar declaración bimestral del impuesto sobre las ventas los productores de bienes exentos y los exportadores".

Ahora bien, pretender que la contribuyente podía acogerse a lo dispuesto en la parte final de la norma, que impropiamente denomina como tercer inciso, ésto es, "en los demás casos la declaración de ventas se presentará anualmente", no tiene asidero jurídico en atención a que la mencionada previsión forma parte del segundo inciso del citado artículo 1o., que fue objeto de suspensión, máxime cuando por ser la sociedad exportadora, se hallaba cobijada por la obligación de presentar declaración bimestral, y no bajo la obligación residual relacionada con la declaración anual.

De esta forma la Sala no puede aceptar la pretendida excepción de ilegalidad tal como fue propuesta, habida cuenta que como ya se explicó, la obligación a cargo de los exportadores de presentar declaración bimestral del Impuesto sobre las Ventas, no fue suspendida por esta Corporación, tal como equivocamente lo entendió la actora.

En relación con el cargo relativo a la violación del artículo 683 del E.T., estima la Sala que por ser la actuación administrativa ajustada a la legalidad, con ella no se desconoció el espíritu de justicia que gobierna la actividad del ente fiscalizador.

Se le aclara a la actora que las sanciones establecidas en la ley están ligadas no sólo a la obligación tributaria sustancial, sino también a deberes formales, de suerte que la

inobservancia de la presentación de las declaraciones tributarias, como lo exige la ley, también acarrea la imposición de una sanción.

Por las anteriores consideraciones la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

1o. CONFÍRMASE el fallo apelado.

2o. RECONÓCESE personería a la Abogada PATRICIA ROMERO para actuar en representación de 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

PAGO-Imputación/**DEUDA TRIBUTARIA**-Actualización/**INTERÉS MORATORIO**

La transcripción del artículo 804 del Estatuto Tributario y el artículo 5o. del Decreto 20 de 1994 permite concluir que evidentemente el Presidente de la República excediendo la atribución conferida por el artículo 189 de la Constitución Nacional, no sólo introdujo en el reglamento un concepto no señalado en la ley, sino que, desconociendo que la actualización de una deuda es inherente al mismo concepto cuyo valor se actualiza, y que para efectos del cobro, la actualización de la deuda junto con los intereses de mora no puede exceder el límite por encima del cual se considere usurario el interés cobrado por los particulares, y que la corrección monetaria no puede ser doblemente considerada, bajo la forma de interés moratorio y ajuste por corrección monetaria; el fallo C-549 de la Corte Suprema de Justicia distingue, para darle individualidad y carácter de nuevo tributo al ajuste por corrección monetaria, a fin de establecer una prelación de imputación del pago para este nuevo concepto no previsto en la ley y por consiguiente viola la disposición superior de manera ostensible como lo evidenció la Corporación en el Auto de julio 1o. de 1994, mediante el cual decretó la suspensión provisional. No es procedente darle, para efectos de la imputación de pago, prelación al ajuste por actualización puesto que este sólo representa el valor presente de anticipos, impuestos y retenciones a que se refiere el artículo 804 del Estatuto Tributario, y que no es entendible como el ajuste de la deuda pueda cobrarse en forma independiente de las sumas adeudadas sí es de la misma obligación incrementada.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Restricción/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Criterio de Competencia/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Criterio de Necesidad

Fija el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Nacional) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija, de manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no se requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5604. Actor: Martha Cecilia Páez Gallo. Acción de nulidad contra el artículo 5o. del Decreto 20 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

La ciudadana Martha Cecilia Páez Gallo, 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 declaratoria de nulidad del artículo 5 del Decreto Reglamentario 20 del 10 de enero de 1994, expedido por el Presidente de la República y por el cual se reglamentan los artículos 867-1 del Estatuto Tributario y 108 de la ley 6 de 1992.

Surtido el trámite procedimental y no encontrando causal de nulidad alguna, procede la Sala a dictar sentencia.

EL ACTO ACUSADO

La disposición acusada del Decreto Reglamentario 20 de 1994, es del siguiente tenor:

"DECRETO NO. 20 DE 1994

(ENERO 10)

"POR EL CUAL SE REGLAMENTAN LOS ARTÍCULOS 867-1 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO Y 108 DE LA LEY 6 DE 1992.

"EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, EN USO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES, ESPECIALMENTE DE

LAS CONFERIDAS POR LOS NUMERALES 11 Y 20 DEL ARTÍCULO 189 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA,

DECRETA

"... Artículo 5. Los pagos deben imputarse en el siguiente orden: primero a las sanciones, segundo a los intereses, tercero al ajuste por actualización y por último a los anticipos, impuestos o retenciones."

LA DEMANDA

La actora solicita la nulidad de la disposición transcrita por violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, y del artículo 804 del decreto 624 de 1989.

Considera, que el Decreto Reglamentario 20 de 1994 altera el artículo 804 del Estatuto Tributario, por cuanto el orden preestablecido por éste inserta otra obligación a pagar: "... primero a las sanciones, segundo a los intereses, tercero al ajuste por actualización y por último a los anticipos, impuestos o retenciones".

Agregó, que el ajuste por actualización no corresponde a ningún tipo de obligación tributaria mencionada en el artículo 804 del Estatuto Tributario. La Corte Constitucional en sentencia C-549 de noviembre 29 de 1993 establece "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 del valor de la deuda de acuerdo con el incremento porcentual del índice de precios al consumidor por ingresos medios...". Así mismo, el ajuste por actualización no es una sanción, ni un interés, ni un impuesto, ni una retención.

Sostuvo, que lo que hace el Decreto 20 de 1994, además de reglamentar un artículo no previsto en su encabezamiento, es insertar en él la imputación de un pago que viene a tener prelación sobre los anticipos, impuestos o retenciones, cuando la ley no lo previó así.

Adicionalmente, afirmó que el ajuste por actualización sí debe imputarse por ser una nueva obligación tributaria pero debe ocupar el último lugar en el orden ya establecido por cuanto el artículo 804 del Estatuto Tributario tiene un orden invulnerable, y sólo otra norma de la misma jerarquía puede permitir la alteración de ese orden.

Por último, adujo que al alterar el orden establecido por la ley mediante un Decreto Reglamentario, se violó el artículo 189 ordinal 11 de la Constitución Nacional, habida cuenta que no se da cumplida ejecución de las leyes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad procesal los representantes judiciales de las partes no emitieron concepto.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación presentó su alegato de conclusión, a través del cual solicitó anular la frase "Tercero al ajuste por actualización" del artículo 5 del Decreto 20 de 1994, con los siguientes argumentos:

Manifestó, que el orden de prelación establecido por la ley, sí fue alterado por la norma acusada cuando introdujo un factor nuevo no contemplado por ella.

Expresó, que las obligaciones que se hallen en mora por más de tres años por concepto de impuestos, anticipos, retenciones y sanciones, deben actualizarse en la forma y términos indicados en los artículos 3 y 4 del Decreto 20 de 1994, y por lo tanto los montos originales de esas obligaciones aumentan en las proporciones correspondientes a su actualización. Así al hablar el Estatuto Tributario que después de los intereses siguen el orden de prelación los anticipos, impuestos y retenciones, es entendido que su valor debe calcularse con la actualización correspondiente.

Por lo tanto no cabe darle al ajuste por actualización un orden de prelación, por cuanto este sólo representa el mayor valor de los anticipos, impuestos y retenciones a que se refiere el artículo 804 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala estima necesario hacer énfasis sobre la facultad reglamentaria que asiste al Presidente de la República, especialmente, cuando ésta es necesaria para desarrollar las normas fiscales y facilitar la comprensión y ejecución de la ley en miras al exacto recaudo del tributo.

Con ocasión de la sentencia proferida el día 15 de julio de 1994 en el juicio 5393, actor Juan Rafael Bravo Arteaga, con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano, la Sala tuvo oportunidad de referirse al tema, así:

"Potestad reglamentaria (alcances y límites)

"Dispone el artículo 189 de la Constitución Política:

> "Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa:..."
>
> "...11.- Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes..."

"Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad.

"Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley tiene sus propios límites en la ley reglamentada

y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad.

"El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser obscura, condicional imprecisa, lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior.

"En consecuencia el órgano administrativo debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho. Si el texto es claro no requiere reglamentación, y si el ejecutivo la realiza, cuando menos incurre en un ejercicio inocuo del poder reglamentario. Ahora bien, si modifica su contexto, adicionando o recortando, lo dispuesto en la ley, incurre en violación no sólo de la norma legal reglamentada, sino de la norma constitucional que define el poder reglamentario en los términos referidos.

"Si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través del reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley", para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150, y eventualmente puede ejercerla el Presidente en los excepcionales casos que la misma Carta contempla, sin que jamás puedan confundirse la facultad de hacer las leyes con la facultad de reglamentarlas."

Sobre los planteamientos anteriores, se analiza la norma acusada, sobre la cual concreta el actor el cargo de nulidad, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno al introducir, para efectos de la imputación de los pagos hechos por el contribuyente, un concepto no previsto en la ley y darle prelación sobre la propia obligación tributaria principal.

Para el efecto hace la Sala la confrontación entre la norma principal artículo 804 del Estatuto Tributario y la disposición acusada, así:

Artículo 804. Estatuto Tributario.

"Prelación en la imputación del pago. Los pagos que por cualquier concepto hagan los contribuyentes, responsables o agentes de retención, deberán imputarse al período o impuesto que indique el contribuyente, responsable o agente de retención en la siguiente forma: primero a las sanciones, segundo a los intereses y por último, a los anticipos, impuestos o retenciones.

"Los pagos deben imputarse en el siguiente orden: primero, a las sanciones, segundo a los intereses, tercero al ajuste por actualización y por último a los anticipos, impuestos o retenciones" (Subrayo)

Transcripción que permite concluir que evidentemente el Presidente de la República excediendo la atribución conferida por el artículo 189 de la Constitución Nacional, no sólo introdujo en el reglamento un concepto no señalado en la ley, sino que, desconociendo que la actualización de una deuda es inherente al mismo concepto cuyo valor se actualiza, y que para efectos del cobro, la actualización de la deuda junto con los intereses de mora no puede exceder el límite por encima del cual se considere usurario el interés cobrado por los particulares, y que la corrección monetaria no puede ser doblemente considerada, bajo la forma de interés moratorio y ajuste por corrección monetaria, como sentenció la Corte Suprema de Justicia en el fallo C-549 de 1993; distingue para darle individualidad y carácter de nuevo tributo al ajuste por corrección monetaria, a fin de establecer una prelación de imputación del pago para este nuevo concepto no previsto en la ley y por consiguiente viola la disposición superior de manera ostensible como lo evidenció la Corporación en el Auto de julio 1o. de 1994, mediante el cual decretó la suspensión provisional de la expresión acusada, y por ello merece ser retirada del ordenamiento jurídico.

Comparte la Sala en esta ocasión los juiciosos razonamientos de la Agente del Ministerio Público, en el sentido de no ser procedente darle, para efectos de la imputación de pago, prelación al ajuste por actualización puesto que éste tan sólo representa el valor presente de anticipos, impuestos y retenciones a que se refiere el artículo 804 del Estatuto Tributario, y que no es entendible como el ajuste de la deuda pueda cobrarse en forma independiente de las sumas adeuadas si es la misma obligación incrementada.

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:

ANÚLASE la expresión "tercero al ajuste por actualización" contenida en el artículo 5o. del Decreto reglamentario 20, expedido el 10 de enero de 1994 por el Presidente de la República.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, 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

GRAVAMEN A CIGARRILLOS/SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Como en este caso se trata de determinar la aplicabilidad o no del artículo 22 Código 206 "venta de cigarrillos" del Acuerdo 21 de 1983, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá para los años 1988 y 1989 se deberá tener en cuenta la sentencia de febrero 17 de 1994 expediente 4462 en la cual se confirmó la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de agosto de 1992 que declaró la nulidad entre otros del artículo 22 Código 206 del acuerdo 21 de 1983 y teniendo en cuenta los efectos de una declaración de nulidad, el juez no puede aplicar la norma anulada, porque la sentencia de nulidad produce efectos *ex-tunc* (desde entonces) esto es, desde el momento de la expedición del acto anulado y como consecuencia las cosas se deben retrotraer al estado en que se encuentran antes de la expedición del acto, y por lo tanto, las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión adoptada en esta última, es decir los efectos de la mencionada sentencia se retrotraen a la fecha de expedición de dicho acto administrativo y afectan la situación configurada pero no consolidada, en la fecha en que se pretendió por parte de la adminsitración cobrar el impuesto correspondiente a la "venta de cigarrillos" a la actora.

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

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 6006. Apelación sentencia de 22 de septiembre de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1985, vigencia 1986. Actor: John Restrepo y Cía. de Bogotá Ltda. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, contra la sentencia de septiembre 22 de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la liquidación oficial No. 0120 de febrero 9 de 1988 y la resolución No. 753 de agosto 25 del mismo año, expedidas por la Dirección Distrital de Impuestos y, la resolución No. 210 de julio 26 de 1989, expedida por la Junta Distrital de Hacienda.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó la declaración del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable de 1985, vigencia 1986, el 2 de mayo de 1986.

El 9 de febrero de 1988 la Dirección Distrital de Impuestos profirió la liquidación oficial No. 0120, y con fundamento en el Acuerdo 21 de 1983 modificó la liquidación privada, liquidando el impuesto de industria y comercio en la suma de $18.913.904, el de avisos en $2.837.087 y la sanción por inexactitud en $1.037.348.

Contra la anterior liquidación la sociedad actora interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron decididos, por la Dirección Distrital de Impuestos, mediante la resolución No. 753 de agosto 25 de 1988 que modificó la liquidación No. 0120 determinando los impuestos de industria y comercio y de avisos en las sumas de $14.873.016 y $2.230.953, respectivamente; y por la Junta Distrital de Hacienda, que a través de la resolución No. 210 de julio 26 de 1989 revocó la resolución No. 753 y modificó la liquidación oficial No. 0120, liquidando los impuestos de industria y comercio, de avisos y la sanción por inexactitud, en las sumas de $10.772.028, $1.615.805 y $1.037.551, respectivamente, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

La apoderada de la actora consideró vulnerados los artículos 43 y 197 de la Constitución de 1886 y, 76 de la ley 14 de 1983.

Con fundamento en los argumentos expuestos en la demanda de nulidad y suspensión provisional del artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983, que fueron acogidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, señaló que la Ley 14 de 1983 previó que no existiera la doble tributación de los impuestos de consumo y de industria y comercio, sino únicamente el gravamen al consumo de cigarrillos.

En cuanto a la vulneración de los artículos 43 y 197 de la Constitución de 1886, indicó que mediante los actos acusados se aplicó un impuesto sin la previa decisión del legislador

ordinario, y que el Concejo de Bogotá no podía crear impuestos, ya que su potestad impositiva es derivada y sometida a la ley.

LA OPOSICIÓN

La apoderada del Distrito se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que la aplicación del artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983 dejó de ser obligatoria a partir de la fecha en que se decretó la suspensión provisional de la mencionada norma.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia apelada accedió a las súplicas de la demanda argumentando, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de febrero 17 de 1994, expediente 4462, Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva, que confirmó la sentencia de agosto 12 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se decidió declarar la nulidad del artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983 en lo referente a las "Tarifas Comerciales" códigos 206 y 210, que anulado el sustento jurídico de los actos demandados, éstos deben desaparecer desde el momento en que se expidieron, sin que por ello resulten válidas las apreciaciones de la entidad demandada respecto de los efectos de la nulidad decretada.

Con base en lo anterior, el *a-quo* practicó una nueva liquidación del impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1985, vigencia 1986, y determinó el total a cargo de la actora en la suma de $7.042.948.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del Distrito interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó manifestando que el Código de Régimen Departamental establece el impuesto de industria al consumo de cigarrillos y tabaco, transcribiendo casi textualmente lo preceptuado en la ley 14 de 1983, sin señalar, como tampoco lo hace la ley de fortalecimiento de los fiscos, que los municipios no pueden cobrar el impuesto de industria, comercio y avisos respecto de las actividades realizadas en su territorio.

El Código de Régimen Municipal no contempla prohibición alguna para que los municipios y el Distrito Especial de Bogotá, cobren el gravamen de industria y comercio en relación con las actividades realizadas en los municipios y el Distrito Especial.

El Acto Legislativo No. 2 de 1987 modificó el artículo 183 de la Constitución de 1886, ampliando expresamente la prohibición al Congreso y al gobierno de no poder en ningún caso conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de los entes territoriales, ni revocar o disminuir la participación o cesión de ingresos nacionales en favor de los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y el Distrito Especial de Bogotá. Al respecto citó la sentencia del Consejo de Estado de marzo 4 de 1988, expediente 1505, actor: Bavaria S. A.

Finalmente indicó, que de conformidad con lo establecido en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan perdido su fuerza ejecutoria, y el código 206 artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983 fue suspendido por el Consejo de Estado a través del auto de abril 6 de 1990, fecha a partir de la cual dejó de tener vigencia porque los fallos no pueden aplicarse con retroactividad, y los actos acusados fueron expedidos en los años de 1988 y 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del Distrito, dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

La apoderada de la actora presentó sus alegatos de conclusión en forma extemporánea; y no hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia que debe resolver la Sala se concreta en determinar la aplicabilidad o no del artículo 22, código 206 "venta de cigarrillos" del Acuerdo 21 de 1983, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, para la época en que se profirieron los actos demandados, ésto es, los años de 1988 y 1989.

Al respecto se observa que, así como lo señaló el *a-quo*, mediante la sentencia de febrero 17 de 1994, expediente 4462, Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva, actor: Pablo J. Cáceres Corrales, esta Corporación confirmó la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de agosto de 1992, que declaró la nulidad, entre otros, del artículo 22 código 206 del Acuerdo 21 de 1983, fundamento de los actos administrativos acusados.

En relación con los efectos de la declaración de nulidad, en oposición a lo expuesto por el apoderado del Distrito, el juez en la sentencia no puede aplicar la norma anulada, porque la sentencia de nulidad produce efectos *ex-tunc* (desde entonces), ésto es, desde el momento de la expedición del acto anulado y como consecuencia, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, y por lo tanto, las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión adoptada en esta última.

De conformidad con lo anterior, los efectos de la sentencia proferida por esta Corporación el 17 de febrero de 1994, dentro del proceso No. 4462, mediante la cual se confirmó la declaratoria de nulidad del artículo 22, código 206 del Acuerdo 21 de 1983, se retrotraen a la fecha de expedición de dicho acto administrativo y afectan la situación configurada pero no consolidada, en la fecha en la que se pretendió por parte de la Administración cobrar el impuesto correspondiente a la "venta de cigarrillos" a la sociedad actora.

En este sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en las sentencias de mayo 8 de 1992, expediente 3919, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano; marzo 18 de 1993, expediente 4349, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate y, agosto 6 de 1993, expediente 4745, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Los anteriores razonamientos son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce a la doctora MARÍA ESPERANZA CABRERA CALIXTO como apoderada de la parte actora, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, 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

CERT-Requisitos para su obtención/**PROVEEDOR NACIONAL/LICITACIÓN INTERNACIONAL/VALOR AGREGADO NACIONAL**

Para que proveedores nacionales que hayan participado en licitaciones internacionales nacionales que hayan participado en licitaciones internacionales tengan derecho a los certificados de Reembolso Tributario CERT, deben cumplir los siguientes requisitos: a. Que se trate de proveedores de bienes nacionales, entendidos por tales, los que reúnan las características establecidas en el art. 1o. del decreto 1355 de 1984; b. Que a los proveedores de bienes nacionales se les haya adjudicado un contrato de licitación internacional abierta en Colombia, por una entidad oficial; c. Que los bienes a adquirir hayan sido financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países; d. Certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado de conformidad con el art. 1o. del decreto 1355 de 1984; e. Allegar con la solicitud copia autenticada del contrato perfeccionado; f. Presentación de la solicitud al Banco de la República, dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato.

VALOR AGREGADO NACIONAL/DOCUMENTO PÚBLICO AUTÉNTICO/CERT-Procedencia

La demandada obró conforme a derecho y con su oferta procuró los medios necesarios para que la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S.A. certificara el valor agregado nacional de los bienes contratados, resultando así que las dudas surgidas en relación con el mencionado documento no pueden resolverse en esta instancia ya que dicha certificación constituye un

"documento público auténtico" que no ha sido cuestionado y que por lo tanto, no puede invalidarse en este proceso. De otra parte, se considera que no existe normatividad alguna ni puede inferirse de los textos legales invocados que en la certificación deba dejarse constancia de la utilización de un método especial de cálculo para demostrar el origen nacional de los bienes y su valor agregado. En conclusión, cualquier regla al respecto habrá de tenerse como dirigida a la entidad licitante y no como una carga del contratista.

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

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 6030. Apelación sentencia de 29 de septiembre de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones del banco de la República. Actor: Banco de la República. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Banco de la República, el actor, contra la sentencia de 29 de septiembre de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo expedido por el Banco de la República que ordenó el reconocimiento a la Compañía Metalúrgica Torino S.A. del derecho a certificados de reembolso tributario–CERT–, por valor de $1.388.000.00, más la suma de $186.33 en dinero en efectivo, los cuales le fueron entregados el 27 de febrero de 1987.

ANTECEDENTES

La Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S.A., abrió la licitación pública internacional número SPS-S-BID-06 para contratar el suministro de válvulas, ventosas y accesorios para tubería de presión de 3" a 10", licitación que fue adjudicada a la Compañía Metalúrgica Torino S.A.

El 24 de diciembre de 1984, la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S.A. y la Compañía Metalúrgica Torino S.A., suscribieron el contrato No. 005-84 por virtud del cual esta última se comprometió a suministrar las válvulas, ventosas y accesorios para tubería de presión de 3" a 10" en la cantidad, calidad y condiciones que se detallaron en el anexo No. 1 del contrato. El valor del contrato ascendió a la suma de US$39.691.39, y el plazo de entrega se fijó en máximo 120 días calendario, contados a partir de la firma y legalización del contrato.

El 13 de febrero de 1987, la sociedad demandada, a través del intermediario financiero (el Banco del Estado–Sucursal Principal–), presentó al Banco de la República la solicitud No. 258 para que tal entidad expidiera y entregara, con base en el contrato

antes mencionado, certificados de reembolso tributario CERT por valor de $1.388.188.25, equivalentes al veinte por ciento (20%) del valor agregado nacional "supuestamente acreditado en su oferta, según certificación que en tal sentido le fuera expedida por la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S.A., certificación donde no se demuestra el origen nacional de los bienes ni su valor agregado, en la forma señalada en el decreto 1355 de 1984 y su modificatorio el 2847 de 1985, pues la entidad licitante –la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S.A.– en la certificación que se menciona y que expidió para estos efectos, no discrimina según lo consignado en la propuesta respectivas, el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación y el valor ex-fábrica de los bienes terminados ofrecidos."

El Banco de la República, mediante el acto administrativo demandado (contenido en la planilla No. 004 de 27 de febrero de 1987) reconoció a favor de la demandada el derecho a certificados de reembolso tributario CERT por valor de $1.388.000.00, más la suma de $186.33 en dinero en efectivo, los cuales le fueron entregados a Metalúrgica Torino S. A., por conducto del intermediario financiero (Banco del Estado), el 27 de febrero de 1987.

LA DEMANDA

El Banco de la República demandó su propio acto, porque consideró que con él se habían violado los artículos 20 de la Constitución de 1886; 11 de la ley 48 de 1983; 1o., 2o., 3o., 4o., 7o. y 8o. del Decreto 1518 de 1984; el decreto 636 de 1984, el artículo 1o. del decreto 1355 de 1984, en armonía con el artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985 y, los artículos 84 y 85 del Decreto ley 01 de 1984.

En la demanda, la apoderada del Banco actor, refiere sobre los antecedentes legales del incentivo tributario denominado certificado de reembolso tributario –CERT–, sobre las normas que lo desarrollan y reglamentan y, lo relacionado con los requisitos que deben cumplir los proveedores de bienes nacionales favorecidos en licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

Posteriormente, al explicar el concepto de la violación afirmó que:

– De conformidad con los decretos 1355 y 1518 de 1984, 2847 de 1985 y 222 de 1983, el "proveedor" de los bienes nacionales también debe ser el "productor" de los mismos.

– Las certificaciones expedidas el 16 de abril y el 6 de junio de 1986 por la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. sobre el valor agregado nacional del contrato No. 005-84, no detallan de manera clara el valor agregado nacional de los productos objeto del contrato y no dicen si el valor agregado nacional del contrato se determinó de acuerdo con lo indicado en el decreto 1355 de 1984 y su modificatorio el 2847 de 1985, motivo

por el cual, tales certificaciones no podían servir de base al Banco de la República para proceder, como lo hizo, a reconocer CERT

3. En cuanto a la condición de "productor", revisadas las disposiciones aplicables, en ninguna de ellas se establece que los adjudicatarios de contratos en desarrollo de licitaciones públicas internacionales abiertas en Colombia, además de "proveedores" deben ser "productores".

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, caducidad de la acción, falta de agotamiento de la vía gubernativa, indebida acumulación de pretensiones y falta de jurisdicción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas y desestimó las súplicas de la demanda.

Examinó las excepciones así:

– Falta de legitimación en la causa.

El Banco de la República es una entidad pública, con naturaleza jurídica especial y, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 del C.C.A., es titular de la acción comúnmente llamada de lesividad y está legitimado para ejercerla.

– Caducidad de la Acción

De acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del C.C.A., el Banco de la República (entidad pública) para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dispone del término de dos (2) años. Teniendo en cuenta que el acto administrativo impugnado fue expedido el 27 de febrero de 1987 (fecha en que fueron entregados los CERT) y la demanda fue presentada el 24 de febrero de 1989, el Tribunal concluyó que no se presentó la alegada caducidad de la acción.

– Falta de Agotamiento de la Vía Gubernativa

Por tratarse de la acción de lesividad, motivada por el presunto error de la Administración que no puede dilucidarse sino mediante decisión judicial, no hay lugar al agotamiento de la vía gubernativa.

– Indebida Acumulación de Pretensiones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A., toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la "nulidad del acto administrativo" y el "correspondiente restablecimiento del derecho".

– Falta de Jurisdicción

De acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del C.C.A., el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, en consecuencia, como en el *sub-júdice* el objeto de la acción de lesividad promovida por el Banco de la República, es el de obtener la nulidad de un acto administrativo, originado en la actividad del Banco en el ejercicio de su función pública, la justicia ordinaria no tiene competencia ya que, el control de legalidad de los actos administrativos está asignada al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Con respecto al fondo del asunto, el Tribunal, luego de referirse a la naturaleza jurídica del Banco de la República, a las decisiones del mismo en ejercicio de funciones públicas, a la acción de lesividad y a la titularidad del banco para ejercitar la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con fundamento en lo establecido en los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 8o. y 9o. del decreto 1518 de 1984 y, 2o. del decreto 2847 de 1985, en la sentencia del Consejo de Estado de 25 de junio de 1993, expediente 4741 de la que transcribe algunos apartes, en las certificaciones sobre el valor agregado nacional (fls. 37 y 38 c. p.), el contrato de suministro (fls. 27 a 36 c. p.), la constancia expedida por el Instituto Nacional de Fomento Municipal relativa al perfeccionamiento y legalización del mencionado contrato (fl. 39 c. p.) y en la resolución No. 262 de diciembre 4 de 1984, mediante la cual la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. adjudicó la licitación pública internacional (No. SPS-S-BID-06 a la Compañía Metalúrgica Torino S. A. (fls. 30 a 32 del cuaderno de antecedentes), negó las pretensiones de la demanda.

LA APELACIÓN

El apoderado del Banco de la República interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó expresando que como la certificación expedida por la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S.A. sobre el valor agregado nacional no detalla de manera clara el valor agregado nacional de los productos objeto del contrato, ni señala si el valor agregado nacional se determinó de acuerdo con lo indicado en los decretos 1355 de 1984 y su modificatorio 2847 de 1985, no podía servir de base al Banco de la República para proceder a reconocer los CERT a la sociedad demandada, equivalentes al 20% de un valor agregado nacional que no se acreditó plenamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

No hubo pronunciamiento de las partes ni del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, la controversia de fondo planteada se concreta en determinar si la sociedad demandada Compañía Metalúrgica Torino S. A., reúne o no los requisitos legales para tener derecho al beneficio tributario denominado CERT.

La ley 48 de 1983 "ley marco del comercio exterior", contiene las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior.

Tal ley estableció dentro de sus objetivos el de "promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación y estimular la industria y los sectores productivos nacionales". En su artículo 2o. creó, con el propósito antes citado, el certificado de reembolso tributario CERT y en el artículo 11 estableció que el Fondo de Promoción de Exportaciones podría financiar la participación de proveedores nacionales de bienes y servicios en licitaciones internacionales.

En desarrollo de esta ley marco, el Gobierno expidió los decretos 636 de 1984, estatuto a través del cual reglamentó el CERT, 1518 de 1984, por el cual reglamentó el CERT para los proveedores nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, y 1336 de 1984, en relación con la protección a la industria y al trabajo nacionales.

Por otra parte, el Gobierno expidió el decreto 1355 de 1984 y reglamentó parcialmente a través de éste el Decreto 222 de 1983. En el artículo 1o. del decreto 1355 se estableció qué se debía entender por bienes de origen nacional. Tal artículo fue modificado por el decreto 2847 de 1985.

Las normas pertinentes consagradas en los decretos antes mencionados, establecen:

Artículos 1, 2, 3, 4, 8 y 9 del Decreto 1518 de 1984.

"Artículo 1o.- Los proveedores de bienes nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos resultantes de licitaciones internacionales, abiertas por las entidades oficiales para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, tendrán derecho al Certificado de Reembolso Tributario, CERT, en las condiciones y términos establecidos en el presente Decreto.

"Artículo 2o.- Para los efectos de este Decreto se consideran bienes nacionales aquellos establecidos en el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984 y en el artículo 2o. del Decreto 1356 de 1984.

"Parágrafo.- Las sociedades que, conforme al Código de Comercio, sean colombianas y que suministren bienes nacionales en los términos establecidos por el presente artículo se consideran, igualmente, proveedores nacionales.

"Artículo 3o.- La certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por

las personas a que se refieren los artículos 1o. y 2o. darán derecho a la expedición del Certificado de Reembolso Tributario, CERT, por parte del Banco de la República.

"Artículo 4o.- El Banco de la República liquidará el monto del Certificado de Reembolso Tributario, CERT, sobre el valor agregado nacional certificado conforme a lo establecido en el artículo 3o. del presente decreto.

"...

"8o.- Las disposiciones generales sobre el Certificado de Reembolso Tributario, CERT, se aplicarán en las materias no reguladas en este decreto, en cuanto no les sean contrarias.

"9o.- Las normas de este decreto se aplicarán en las licitaciones internacionales a que se refiere el artículo 1o. y que se abran con posterioridad a la fecha de su expedición".

Artículo 11 literal d) del Decreto 636 de 1984.

"Artículo 11. De los requisitos ...

"d) Que la solicitud de entrega de los Certificados de Reembolso Tributario se presente dentro de un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas"

Artículo 1o. del Decreto 2847 de 1985:

"Artículo 1o.- El artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984 quedará así:

"Para los efectos de la aplicación del Título X del Decreto 222 de 1983, son bienes de origen nacional aquéllos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual o inferior al 50% del valor ex-fábrica de los bienes terminados ofrecidos".

De conformidad con las normas transcritas, para que proveedores nacionales que hayan participado en licitaciones internacionales tengan derecho a los Certificados de Reembolso Tributario CERT, deben cumplir los siguientes requisitos:

a. Que se trate de proveedores de bienes nacionales, entendidos por tales, los que reúnan las características establecidas en el artículo 1o. del decreto 1355 de 1984, el cual fue modificado por el decreto 2847 de 1985.

b. Que a los proveedores de bienes nacionales se les haya adjudicado un contrato en licitación internacional abierta en Colombia, por una entidad oficial.

c. Que los bienes a adquirir hayan sido financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público.

d. Certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado de conformidad con el artículo 1o. del decreto 1355 de 1984, modificado por el artículo 1o. del decreto 2847 de 1985.

e. Allegar con la solicitud copia autenticada del contrato perfeccionado.

f. Presentación de la solicitud al Banco de la República, dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato.

Al respecto observa la Sala que, examinado el expediente, se encuentra plenamente demostrado el cumplimiento de los requisitos señalados en los literales "b", "c", "e" y "f", respecto de los cuales el demandante no pone ningún reparo.

El requisitos del literal "a" se relaciona directamente con el del literal "d" puesto que la calidad de proveedor de bienes nacionales se adquiere si éstos reúnen los requerimientos indicados en el artículo 1o. del decreto 2847 de 1985, resultando así que los bienes otorgan al contratista la calidad de proveedor nacional y, la prueba de que dichos bienes son nacionales, atendiendo su valor agregado nacional, la constituye la certificación expedida por la entidad licitante (fls. 37 y 38).

Revisado el expediente, se encuentra que la sociedad Compañía Metalúrgica Torino S. A., realizó las gestiones señaladas por la ley (decreto 1518 de 1984) para la obtención de la certificación mencionada en el literal "d" precedente y, que ésta fue efectivamente expedida sin que aparezca en los antecedentes administrativos algún trámite o constancia que descalifiquen esta actuación del contratista.

Para la Sala, la sociedad demandada obró conforme a derecho y con su oferta procuró los medios necesarios para que la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. certificara el valor agregado nacional de los bienes contratados, resultando así que las dudas surgidas en relación con el mencionado documento no pueden resolverse en esta instancia ya que dicha certificación, constituye un "documento público auténtico" que no ha sido cuestionado y que por lo tanto, no puede invalidarse en este proceso.

De otra parte, considera la Sala que no existe normatividad alguna ni puede inferirse de los textos legales invocados que en la certificación deba dejarse constancia de la utilización de un método especial de cálculo para demostrar el origen nacional de los bienes y su valor agregado. En conclusión, cualquier regla al respecto habrá de tenerse como dirigida a la entidad licitante y no como una carga del contratista.

En este sentido se ha pronunciado la Sala en las sentencias de 11 y 25 de junio de 1993, expedientes 4706 y 4741, respectivamente, Consejero Ponente Dr. Guillermo

Chahín Lizcano; y de 22 de abril de 1994 y 24 de marzo de 1995, expedientes 5259 y 5944, respectivamente, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.

De conformidad con lo anterior la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

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

LIBROS DE CONTABILIDAD-Valor Probatorio/**INSCRIPCIÓN DE LIBROS EN CÁMARA DE COMERCIO**

El valor probatorio de los libros de contabilidad está supeditado a que estos se lleven en la forma y con los registros exigidos por la ley, como el de estar registrados en la Cámara de Comercio, puesto que sin la observancia de tal formalidad no puede considerarse como prueba eficaz para la demostración de los hechos que a través de tal medio probatorio pretenden acreditarse, conforme lo disponen los artículos 772 a 777 del E.T. En efecto, los libros de contabilidad no registrados tienen el carácter de documentos privados propios del contribuyente, que no gozan de presunción de autenticidad; y no son oponibles ante terceros, de tal suerte que su valor probatorio opera a partir de su registro en la respectiva Cámara de Comercio. En las anteriores condiciones es evidente que el certificado de contador público en el cual se da cuenta de las compras efectuadas con identificación de los beneficiarios de los pagos, carece de eficacia probatoria en razón a las deficiencias anotadas en la contabilidad que lo soporta.

COSTOS-Comprobación/**LIBROS DE CONTABILIDAD**-Ineficacia/**COMPRA DE CAFÉ/COSTO PRESUNTO**

Los libros de comercio constituyen un elemento probatorio de especial importancia para la determinación de la base gravable del impuesto; pero a falta de éste, los costos incurridos pueden demostrarse a través de otros medios directos de prueba como la contabilidad, facturas y otros documentos emanados de terceros, actividad probatoria que en el *sub-exámine* no se cumplió, puesto que el actor centró la prueba en su propia contabilidad, la

que como ha quedado establecido carece de valor probatorio por disposición de la ley. De otra parte, las relaciones enviadas con la declaración de renta, así como los extractos bancarios y el movimiento de la cuenta corriente del contribuyente, permiten inferir que éste efectivamente incurrió en compras de café, cuyo costo, ante la imposibilidad de cuantificarlo mediante pruebas directas, en la forma como lo señalaron la Administración y el Tribunal y en aras del espíritu de justicia fiscal (art. 683 E.T.) era pertinente acudir a los medios que para el efecto prevé la ley, a través de la determinación de costos presuntos, como lo prevé el hoy artículo 82 del E.T.

COSTO PRESUNTO-Aplicabilidad/**COSTO DE ACTIVO ENAJENADO/FACULTAD FISCALIZADORA**

De conformidad con el artículo 82 del E.T. (arts. 31 del D. 2053/74 y 140 del D. 2503/87), la Administración puede apartarse del costo informado en la declaración tributaria, cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente en su denuncio rentístico no es real, o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados, ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como los libros de contabilidad, eventos en los cuales la ley faculta al funcionario que adelante el proceso de fiscalización para fijar como costo, en primer término el que esté acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, u operaciones similares, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la misma Administración, por el DANE, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Sociedades, u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables. Sin embargo, si la Administración no tiene los estudios económicos ni las estadísticas que le permitan establecer los costos de las empresas del sector, ni los datos de las entidades antes mencionadas, prevé la ley la estimación del costo en el 75 del valor de la enajenación "sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente. DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 6085. Actor: Álvaro Botero Macía. Impuesto renta 1986. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del actor ÁLVARO BOTERO MACIA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 13 de octubre de 1994, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos que

determinaron el impuesto sobre la renta a cargo del contribuyente, por el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

Frente al denuncio rentístico presentado por el contribuyente ÁLVARO BOTERO MACÍA, la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, previos requerimiento ordinario y especial, produjo la Liquidación de Revisión No. 0021 del 21 de mayo de 1991, mediante la cual, ante la imposibilidad de establecer los costos reales, determinó al contribuyente costos presuntos en ventas de café en la suma de $54´470.596, equivalentes al 75% de las ventas por $72´627.461, al considerar que, la contabilidad del contribuyente carece de valor probatorio dado que por el año gravable de 1986, no se hallaba registrada. En consecuencia, determinó un nuevo impuesto y liquidó el anticipo para el año de 1987.

La anterior liquidación fue confirmada a través de la Resolución No. 0113 del 26 de diciembre de 1991, que desató el recurso de reconsideración interpuesto y agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

Inconforme con la actuación administrativa, acudió el actor ante el Tribunal Administrativo de Caldas en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual adujo que los actos de liquidación oficial son violatorios de los artículos 82 del Estatuto Tributario, 140 del Decreto 2503 de 1987, 31 del Decreto 2053 de 1974, 742, 743 del E.T., 21 del Decreto 825 de 1978 y 683 del E.T.

Sostuvo que la Administración, en una interpretación equivocada de las normas legales citadas, optó por la salida más fácil y por la vía del menor esfuerzo, ya que debiendo tener en cuenta para la fijación de los costos, los datos estadísticos producidos por la Federación Nacional de Cafeteros, que fueron aportados en la vía gubernativa, decidió en forma facilista determinar los costos en un 75% del valor de las ventas de café, con lo cual se lesionaron los intereses económicos del actor.

Argumentó que el artículo 82 del E.T., establece que el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, atendiendo a los datos de entidades cuyas estadísticas fueran aplicables. Que la Administración no respetó la orden ni la tuvo en cuenta, a pesar de habérsele entregado los datos estadísticos de precios del café suministrados por la Federación o Comité de Cafeteros, no obstante que los precios son fijados por una entidad gubernamental y que envió el listado de contribuyentes que en Manizales se dedican a la misma actividad del actor, el cual fue suministrado por la Cámara de Comercio.

Agregó, que todos los contribuyentes que se dedican a la compraventa de café deben incurrir en costos básicos y fundamentales como son la compra de café para su posterior

venta y que la Dirección de Impuestos utiliza frecuentemente los datos estadísticos producidos por la Federación Nacional de Cafeteros; pero que en el presente evento, cuando se trata de utilizar dicha información para que un contribuyente obtenga un tratamiento justo, consagrado en las normas tributarias, simple y llanamente se le niega la posibilidad a pesar de que la fijación de costos en el 75% solamente es procedente cuando no se puede fijar el costo atendiendo a las estadísticas antes indicadas.

De otra parte, sostuvo que los costos fueron debidamente acreditados, pues se acompañó a la declaración de renta un listado pormenorizado y en la vía gubernativa se envió certificado de contador con la relación de las compras mensuales y sus beneficiarios, igualmente el movimiento de cuentas bancarias y los certificados de la Federación de Cafeteros sobre los precios del café por el año gravable de 1986; pero que estas pruebas no fueron tenidas en cuenta y la Administración mantuvo el criterio de que dichos certificados sobre el precio de café no sustituyen la facultad de fijar costos por parte de la Dirección de Impuestos Nacionales, ni reemplazan la estimación del costo en un 75% efectuada por la División de Fiscalización.

A juicio de la demanda, la actuación también violó el artículo 683 del E.T., por cuanto a pesar de que se aceptó que el precio del café puede ser superior al 75%, adoptó una solución diferente, a sabiendas de que no se estaba obrando con justicia. Que si bien el contribuyente no tenía los libros de contabilidad registrados en 1986, ello se hizo en febrero de 1987 y por esta omisión fue sancionado y con motivo de la respuesta al requerimiento especial, la sanción aceptada y cancelada y por ello, no es justo ni equitativo que el acervo probatorio no haya sido valorado ni tenido en cuenta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación, adujo que el precio interno a que hace referencia el actor, sólo es obligatorio para las compras que efectúe la Federación de Cafeteros, que éste no rige para todos los niveles de comercialización y que no aparece demostrado que las compras efectuadas corresponden a café tipo pergamino, al cual se refiere la certificación.

Consideró que no era posible determinar los costos con base en los incurridos por otras personas, ya que no existen los estudios económicos que permitan establecer costos y márgenes de utilidad y por ello, no se puede tomar directamente los costos de un comerciante para aplicarlos a otro. Agregó que la insuficiencia de la contabilidad no permitía darle plena validez a las pruebas aportadas, conforme al artículo 774 del E.T. y que los certificados contables a los que puede dárseles valor probatorio (art. 777 E.T.), son aquéllos que se emiten con base en una contabilidad que cumple los a requisitos legales. Y que el hecho de que se haya impuesto sanción por libros de contabilidad, no significa que deba dársele crédito, pues la imposición de la sanción es independiente de la eficacia de las pruebas allegadas.

SENTENCIA

Denegó las pretensiones de la demanda, al considerar que no se acreditaron pruebas directas que demostraran los costos en que incurrió el contribuyente en la compra y venta de café, puesto que sólo se presentó una relación de beneficiarios; que la prueba contable no se atemperó a las exigencias legales y la certificación de la Federación de Cafeteros es insuficiente, pues en sí misma no constituye una estadística, dado que se limita a presentar el precio del valor del grano tipo pergamino, desconociéndose si la actividad comercial del contribuyente giraba alrededor exclusivamente de este tipo de café, lo que no es dable presumir. Que si se tomara como base dicho documento, no solamente el actor, sino todos los contribuyentes dedicados a la actividad comercial referida, resultarían favorecidos con unos mayores costos de los que probablemente hubiesen incurrido.

Estimó el *a-quo* que como toda enajenación conlleva un costo, los principios de equidad y justicia informan que ante la imposibilidad de establecerlo en forma real, debe aplicarse el costo del 75% del valor de la respectiva enajenación y ello es lo que ocurrió en el *sub-lite.*

Igualmente consideró que el principio de justicia fiscal no fue violado porque la Administración tributaria actuó según la ley.

APELACIÓN

A juicio del apoderado del actor, el Tribunal pudo fijar unos costos acordes con los incurridos por otras personas que hayan desarrollado la actividad del contribuyente, atendiendo a los datos estadísticos de entidades como la Federación Nacional de Cafeteros cuyas estadísticas considera aplicables, además de haber sido oportunamente allegadas desde la vía gubernativa.

Afirmó que la sentencia desconoce que todas las personas dedicadas a la comercialización del café deben incurrir en unos costos necesarios consistentes en la compra del producto para su venta. Que de dicho escaso margen (precio de venta menos precio de compra) el comerciante debe pagar salarios, aportes parafiscales, rendimientos, fletes, impuestos, etc.

Insistió en que la ratificación de la fijación de los costos en el 75% es ilegal, por cuanto ésta se efectuará sólo si no es posible la determinación de un costo acorde con los incurridos durante el año por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, para lo cual, tanto la Administración como el Tribunal contaban con todos los elementos necesarios.

Sostuvo que se le negó valor probatorio a los diferentes documentos aportados y que si se hubiese hecho alguna verificación contable habría podido establecerse que la

contabilidad del contribuyente posee toda la eficacia probatoria requerida, puesto que los libros estaban debidamente llevados, registrados y respaldados con comprobantes internos y externos y que el rechazo se debió a la falta de registro de los libros por el año de 1986, omisión involuntaria por la cual fue sancionado el contribuyente.

Expuso que en la sentencia no se tuvo en cuenta el principio de justicia fiscal por cuanto a pesar de haberse impuesto sanción por libros de contabilidad, oportunamente reconocida y pagada se mantuvo la fijación de los costos presuntos, estimó en consecuencia que no es justo ni equitativo volver a sancionar al sancionado, negándole valor probatorio a la contabilidad y desconociendo los costos solicitados.

Solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y la confirmación de la liquidación privada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentó escrito de conclusión la apoderada de la Nación en el cual reiteró los hechos y argumentos expuestos a lo largo del proceso, para concluir que la actuación administrativa y la sentencia se hallan ajustadas a la ley, por lo cual solicitó su confirmación.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por el señor Procurador Octavo ante la jurisdicción, no rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe determinar la Sala la eficacia de los documentos aportados por el actor para demostrar los costos por compras de café, toda vez que los libros de contabilidad que los sustentaron no se hallaban registrados. Igualmente debe dilucidar si era dable aplicar los datos estadísticos aportados, o en su defecto los costos presuntos de que trata el hoy artículo 82 del Estatuto Tributario.

Advierte la Sección que el motivo fundamental que tuvo la Administración para rechazar los costos solicitados fue el hecho de que los libros de contabilidad del contribuyente no estaban registrados en la Cámara de Comercio por el año de 1986, por lo que negó valor probatorio al certificado de contador público aducido, así como a los demás documentos aportados.

No obstante lo anterior, en esta instancia, el contribuyente insiste en que su contabilidad poseía valor probatorio, por cuanto a su juicio, existía y se hallaba en conformidad con las disposiciones contables y tributarias, hecho que habría podido comprobarse, de haberse efectuado una visita de inspección a la contabilidad.

Para la Sala no son de recibo los argumentos de la apelación, ya que el valor probatorio de los libros de contabilidad está supeditado a que éstos se lleven en la forma y con los requisitos exigidos por la ley, como el de estar registrados en la Cámara de Comercio, puesto que sin la observancia de tal formalidad no puede considerarse como prueba eficaz para la demostración de los hechos que a través de tal medio probatorio pretenden acreditarse, conforme lo disponen los artículos 772 a 777 del E.T. En efecto, los libros de contabilidad no registrados tienen el carácter de documentos privados propios del contribuyente, que no gozan de presunción de autenticidad, y no son oponibles ante terceros. De suerte que su valor probatorio opera a partir de su registro en la respectiva Cámara de Comercio.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, está acreditado que la contabilidad del actor no se llevaba en debida forma, como quiera que el registro de los libros de contabilidad se surtió hasta el día 16 de febrero de 1987, según da cuenta el certificado de la Cámara de Comercio de Manizales, obrante en el cuaderno de antecedentes, ésto es, que por la vigencia fiscal discutida, de 1986, los libros de contabilidad no se hallaban registrados.

En las anteriores condiciones es evidente que el certificado de contador público en el cual se da cuenta de las compras efectuadas con identificación de los beneficiarios de los pagos, carece de eficacia probatoria en razón a las deficiencias anotadas en la contabilidad que lo soporta.

Ahora bien, los libros de comercio constituyen un elemento probatorio de especial importancia para la determinación de la base gravable del impuesto; pero a falta de éste, los costos incurridos pueden demostrarse a través de otros medios directos de prueba como la contabilidad, facturas y otros documentos emanados de terceros, actividad probatoria que en el sub examine no se cumplió, puesto que el actor centró la prueba en su propia contabilidad, la que como ha quedado establecido carece de valor probatorio por disposición de la ley.

De otra parte, las relaciones enviadas con la declaración de renta, así como los extractos bancarios y el movimiento de la cuenta corriente del contribuyente, permiten inferir que éste efectivamente incurrió en compras de café, cuyo costo, ante la imposibilidad de cuantificarlo mediante pruebas directas, en la forma como lo señalaron la Administración y el Tribunal y en aras del espíritu de justicia fiscal (art. 683 E.T.), era pertinente acudir a los medios que para el efecto prevé la ley, a través de la determinación de costos presuntos, como lo prevé el hoy artículo 82 del E.T.

De conformidad con el artículo 82 del E.T. (arts. 31 del Dcto. 2053/74 y 140 del Dcto. 2503/87), la Administración puede apartarse del costo informado en la declaración tributaria, cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente en su denuncio rentístico no es real, o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados,

ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como los libros de contabilidad, eventos en los cuales la ley faculta al funcionario que adelante el proceso de fiscalización para fijar como costo, en primer término el que esté acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, u operaciones similares, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la misma Administración, por el DANE, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades, u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables.

Esto es, que si existen otras pruebas, datos estadísticos, estudios económicos, etc., que indiquen que el costo es menor, la Administración puede acudir a ellas y aplicarlas en la determinación del impuesto, naturalmente sin perjuicio de la actividad probatorio que sobre el particular pueda adelantar el contribuyente, a fin de demostrar que el costo incurrido es superior, en la forma como lo precisó la Sala en sentencia del 14 de octubre de 1994, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Julio César Posada, exp. No. 5756.

Sin embargo, si la Administración no tiene los estudios económicos ni las estadísticas que le permitan establecer los costos de las empresas del sector, ni los datos de las entidades antes mencionadas, prevé la ley la estimación del costo en el 75% del valor de la enajenación, "sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad".

En el asunto que se debate, la inconformidad del actor en este punto, estriba en que a su juicio no era dable la aplicación del costo presuntivo del 75%, por cuanto acompañó certificación expedida por la Federación Nacional de Cafeteros o Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, sobre el precio del café pergamino, tipo federación, para compra por kilo y arroba, documento con fundamento en el cual considera, habría podido el Tribunal fijar el costo en forma acorde con el incurrido por otras personas que desarrollan la misma actividad en Manizales, cuya relación emanada de la Cámara de Comercio, fue también suministrada.

A juicio de la Sala tuvo razón el *a-quo* al estimar que la constancia de la mencionada entidad es insuficiente "por cuanto ella por sí sola no constituye una estadística y se limita a dar el precio del valor del grano tipo pergamino en el año de 1986", observación a la que agrega la Sala que aún si se aceptara que dicho documento que muestra el comportamiento de los precios durante el referido año de 1986, pudiera fundar la cuantificación de los costos, ello no sería posible en virtud de que no existe certeza, pues es un hecho ni siquiera afirmado por el contribuyente, de que la totalidad del café adquirido para su posterior enajenación, correspondía a la calidad del denominado "café pergamino tipo federación" sobre le cual recae la referida certificación.

En efecto, advierte la Sala que la única referencia a las discutidas compras de café, se encuentra en la respuesta al requerimiento especial en la cual el contribuyente suministró la información para la determinación del costo de los activos enajenados así:

"Las compras de café se efectuaron en el transcurso del año así:

hasta enero 23 de 1986	**4.860.27**	**arrobas**	**$11.846.905.80**
de enero 24 a marzo 6	**5.062.54**	**"**	**15.187.621.80**
de marzo 7 a mayo 7	**1.217.57**	**"**	**4.611.546.oo**
de mayo 8 a octubre 24	**1.338.52**	**"**	**5.287.178.15**
de octubre 25 a diciembre 14	**8.379.81**	**"**	**34.566.748.oo"**

De otra parte, en relación con la presunta violación del artículo 683 del E.T., relativa al espíritu de justicia, que se considera infringido como consecuencia de la fijación de costos presuntos ocasionada en virtud del desconocimiento del valor probatorio de los libros de contabilidad del contribuyente por el año gravable en discusión, además de la imposición de sanción por libros de contabilidad, aclara la Sala que en materia tributaria, según lo dispuesto en el artículo 82 del E.T., es válido dentro del proceso de determinación, a más de estimar el costo en la forma allí prevista, imponer la correspondiente sanción por libros de contabilidad.

De esta forma se observa que la actuación estuvo ceñida a las disposiciones legales que correspondían y por lo tanto no es dable afirmar que con ella la Administración desconociera el "relevante espíritu de justicia" que informa la actividad administrativa.

Adicionalmente, observa la Sala que si bien en la liquidación oficial se determinó el anticipo para el año gravable de 1987, dicha modificación a la liquidación privada no fue objeto de impugnación gubernativa ni jurisdiccional, y como quiera que los cargos propuestos no tuvieron prosperidad, es del caso impartir confirmación a la sentencia apelada, que denegó las pretensiones 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. CONFÍRMASE la sentencia apelada.

2o. Se reconoce a la Dra. AMPARO MERIZALDE DE MARTÍNEZ como apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales 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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

CORTE CONSTITUCIONAL-Funciones/**DECRETOS CON FUERZA DE LEY/ DECRETO LEGISLATIVO/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL/ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD/ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL**

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 legis-fdbcx lativos, 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 claro 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 del control Constitucional se distinguen dos clases: Aquellos cuya guarda está asignada a la Corte Constitucional, con determinación específica de cuáles son, y todo los demás, cuyo control pertenece al Consejo de Estado. Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala 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. NOTA DE RELATORÍA: Reiteración Jurisprudencial Sentencia del 13 de octubre de 1994 Radicación 2902-A. Ponente Dr. Rómulo González Trujillo del Consejo Superior de la Judicatura.

ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL-Contenido/**GOBIERNO/COMPETENCIA LEGISLATIVA/RÉGIMEN MUNICIPAL**

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 *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 los demás municipios, ya que se trataba de establecer el régimen especial para Bogotá.

BASE GRAVABLE EN ACTIVIDAD INDUSTRIAL/ACTIVIDAD INDUSTRIAL EN EL DISTRITO CAPITAL/ENTIDAD TERRITORIAL-Facultades/**HECHO GENERADOR EN ACTIVIDAD INDUSTRIAL**

No se encuentra que por el hecho de haber establecido la norma acusada que 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, se esté desconociendo las atribuciones que para la imposición y cobro de los tributos de la Constitución a los municipios, pues

en manera alguna la norma acusada les está impidiendo ejercer su potestad tributaria sobre los hechos generadores del impuesto que ocurran dentro del límite territorial, ni está extendiendo a estos la facultad impositiva del Distrito Capital. Sencillamente prevé la norma que para la actividad industrial (elaboración de bienes mediante procesos de manufactura o de transformación) realizada en Santa Fe de Bogotá (hecho generador del tributo) se consideran como ingresos los provenientes de la comercialización de tales bienes (base gravable) y en manera alguna está impidiendo que aquellos municipios en donde también se desarrolla la actividad fabril, no grave los ingresos provenientes por la comercialización de la producción.

ACTIVIDAD INDUSTRIAL-Alcance/**ACTIVIDAD MERCANTIL/HECHO GENERADOR EN INDUSTRIA Y COMERCIO/COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCCIÓN**

La Sala al conocer de la demanda de nulidad contra el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto reglamentario 3070 de 1983, precisó que para efectos de interpretar la Ley 14 de 1983, no era procedente separar la venta como un hecho aparte y distinto de la producción, para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto, porque la venta del producto constituye la culminación del proceso económico industrial, sin que sea una actividad diferente al mismo, pues nadie produce por producir, produce para vender. También precisó que la materia imponible en materia del gravamen de industria y comercio está constituida por el ejercicio de una actividad mercantil, en una jurisdicción municipal, actividad mercantil que puede consistir como lo enseña el Código de Comercio y reitera la ley 14 de 1983 y el decreto 1421 de 1993, en actividad de industria, de comercio, o de prestación de servicios por parte de personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho, bien sea en forma permanente u ocasional, con o sin establecimiento permanente, en locales abiertos, cerrados, o sin ellos, con o sin ánimo de lucro ya que la venta de bienes o mercancías constituye en principio actividad comercial, salvo cuando se trate de mercancías producidas por el mismo sujeto o personas, pues en este caso, siendo "industrial", su actividad continúa siéndolo. De ahí que la comercialización que de sus productos hace el industrial al por mayor o al por menor en la misma fábrica o en puntos de venta, a contado, o a crédito, a plazos, etc. conserva su nota característica de ser industrial.

BASE GRAVABLE EN ACTIVIDAD INDUSTRIAL/DISTRITO CAPITAL-Potestad Tributaria/**COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCCIÓN/ENTIDAD TERRITORIAL**-Autonomía

Cosa distinta es que la ley a partir del año de 1990 (artículo 77 Ley 49) tome como medida del gravamen (base gravable) el producto de las ventas o

"ingresos obtenidos" realmente por el sujeto pasivo (comercialización de la producción) porque el hecho de producir mercancías para mantenerlas en inventario no permite cuantificación de base gravable ante la ausencia de ingresos. Del hecho que la norma acusada preceptúe para efectos de la cuantificación de la base gravable, en forma similar a lo establecido por el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, que se entienden percibidos en el Distrito como originados en la actividad industrial, los generados por la venta de bienes producidos en el mismo Distrito Capital (comercialización), sin consideración a su lugar de destino (consumo) o la modalidad (con establecimiento mercantil, sin él, con establecimiento permanente, transitorio, sea cual fuere la modalidad de la venta, etc.) no surge que se esté extralimitando la potestad tributaria del Distrito Capital sobre hechos generadores del tributo que se suceden allende sus límites territoriales. Tampoco surge que esté desconociendo el artículo 286 de la Constitución Nacional que enumera las entidades territoriales ni la autonomía que en matgeria tributaria otorga el artículo 287, por igual a todas ellas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5226. Actor: Lucy Cruz de Quiñones. Acción de nulidad contra el artículo 154 numeral 2o. del Decreto 1421 de julio 21 de 1993, expedido por el Presidente de la República. Autoridades nacionales. Fallo.

La ciudadana LUCY CRUZ DE QUIÑÓNES, actuando en nombre propio demanda de la jurisdicción la declaratoria de nulidad del numeral 2o. del artículo 154 del Decreto 1421 expedido por el Presidente de la República el 21 de julio de 1993.

No observándose causal de nulidad, y habiéndose surtido el trámite pertinente procede la Sala a dictar sentencia.

1) El Acto Acusado

Lo constituye el numeral 2o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la especial facultad otorgada por el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, que dispone:

"Decreto Número 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 transitorio 41 de la Constitución Política,

"DECRETA:

"TÍTULO I

"PRINCIPIOS GENERALES

"....Artículo 154 Industria y Comercio. A partir de 1994 se introducen las siguientes modificaciones al impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital:

..."2o. 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..."

LA DEMANDA

Solicita la anulación de la norma transcrita por ser violatoria de la Constitución Nacional artículos 41, transitorio, por exceso en la competencia material; 1o., 286, 287, 313 numeral 4o. y 315 numeral 3o., por prescribir reglas extraterritoriales para un impuesto local, 362, por apropiarse de impuestos generados en otros municipios; el 294 por conferirle al Distrito Capital un tratamiento preferencial en el impuesto de industria y comercio; el artículo 13 en concordancia con el 95 numeral 9o. y 363 por violar los principios de justicia, igualdad, equidad y eficiencia.

El concepto de la violación, en resumen, así:

1.- VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1o., 286, 287 y 41 TRANSITORIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Estima que hubo violación del régimen territorial previsto en la Constitución Nacional artículos 1o., 286 y 287, porque en un Estado unitario, con constitución única, en donde existe un legislador concentrado a nivel nacional, así su estructura político administrativa se descentralice con entes y organismos autónomos, no puede existir una entidad territorial o subcentral con facultades que interfieran con las de otros entes territoriales. En otras palabras no podría un municipio gobernar y administrar sobre hechos que se concreten o realicen fuera de su territorio, como tampoco existir, dentro de una estructura política federal, en donde los estados están en relación de igualdad y no de subordinación.

Los hechos económicos que se suceden en cada jurisdicción son materia de regulación en cada territorio sin que pueda aceptarse en uno u otro sistema (centralista o federal) intromisiones de estados o municipios más poderosos sobre las fuentes de tributación de los demás entes.

Por ello todos los entes municipales, conforme con los artículos 286 y 287 de la Constitución Nacional, tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias administrativas que les correspondan y establecer los tributos propios, según autorización de la ley, que sigue conservando, por el principio de legalidad, la facultad de crear tributos (artículo 150 numeral 12).

Materia esta última en la que el título constitucional del régimen especial de Santa Fe de Bogotá no dispone asunto alguno y por lo tanto su competencia se regula por lo previsto en el artículo 313 numeral 4o., *ibídem,* para votar de conformdiad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales. Si bien la Constitución Nacional prevé la posibilidad de establecer diferentes categorías de municipios atendiendo a sus recursos fiscales, importancia económica, población, etc., lo hace para optimizar su organización, gobierno o administración pero no para subordinar los unos a otros ni para darle competencia extraterritorial a los más poderosos sobre hechos y actividades realizadas más allá de sus fronteras.

Entonces, cuando la norma acusada dispone que se entienden percibidas en el Distrito los ingresos por la venta de bienes producidos en el mismo, sin consideración a su lugar de destino o a la modalidad que se adopte para su comercialización, desconoce los límites territoriales de su jurisdicción para gravar hechos económicos acaecidos fuera de ella, viola las normas constitucionales mencionadas y por ello debe declararse nula.

Desconoce, además, que si bien existen hechos generadores que se realizan en un municipio, cuando, por ejemplo, la producción se vende totalmente en el sitio de ubicación de la fábrica, puede ocurrir, que una persona natural o jurídica fabrique en Bogotá productos de consumo masivo para distribuirlos en todo el país en ciudades en las que realiza su comercialización. Es inconstitucional, entonces, una ley como la acusada, que le atribuya todos los ingresos acontecidos en distintos municipios a Bogotá, porque con tal proceder se viola el poder tributario de otros entes públicos que, con mejor derecho pueden gravar el mismo hecho por haber ocurrido realmente en su territorio.

A su juicio la norma cuya nulidad demanda, establece una ficción en contra de los industriales, al afirmar que se entienden percibidos, y por ende gravables en Bogotá, los ingresos originados en la actividad industrial por la venta de bienes producidos en el mismo, descartando la consideración del lugar de destinación o consumo, que nunca ha sido importante en este impuesto, pero, descartando, igualmente, algo tan relevante como la organización comercial y el lugar donde realmente se efectúen las transacciones gravables, que en cambio, para el resto del país es el elemento diferenciador de la territorialidad, como se explicó con la abundante reseña de la jurisprudencia de la Corporación.

Desconoce que la atribución de competencias tributarias sobre rentas de producción comercializada por el mismo sujeto en otros municipios es de interés supralocal y por ello no podía regularse en una ley especial como la de Bogotá, en razón de la materia a que debía contraerse, que según el artículo 41, transitorio, sólo era la referida a asuntos específicos de Santa Fe de Bogotá en lo político, fiscal, administrativo, pero dentro de los límites constitucionales.

Se violan también las autorizaciones especiales que transitoriamente y por una sola vez le confirió al Gobierno la Constituyente, puesto que no existía poder para arbitrar

competencias extraterritoriales que ni siquiera la ley orgánica de competencias (art. 288 C.N.) puede extender. Sólo coordinar y dividir. Si se interpretara que el artículo 154 numeral 2o. crea un impuesto especial en Bogotá para industriales, también sería inconstitucional puesto que las facultades no incluyen la "creación" de nuevos tributos sino como ya se dijo, la regulación de otros aspectos fiscales que ameritan una disposición especial de procedimientos, recaudo, determinación, etc.

2. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA, IGUALDAD, EQUIDAD Y EFICIENCIA EN LOS TRIBUTOS.

La norma acusada viola el derecho a la igualdad ante la ley y las autoridades, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Principio de igualdad que es inseparable de la concepción democrática del Estado, y que recibió su primera formulación legal en el derecho público surgido de la Revolución Francesa, por oposición al régimen de privilegios existente en la época precedente.

En materia fiscal el tributo debe ser igual para quienes se encuentran en las mismas circunstancias, especialmente relativas a la capacidad de pago.

Es criticable entonces que se dé trato desigual a personas naturales o jurídicas estando en la misma o similar situación, y que se dé relevancia a circunstancias que legítimamente no deben ser tomadas en consideración porque se incurre en discriminación arbitraria. Tal factor, en este caso, es el lugar de ubicación de la sede fabril, como si por el hecho de tener la fábrica en el Distrito Capital, el industrial mereciese pagar doblemente los impuestos derivados de su actividad empresarial. La discriminación odiosa que consagra la norma demandada se funda en que el oficio de producir debe ser castigado al no permitírsele los créditos tributarios por pagos en otros municipios, circunstancia puramente arbitraria.

No puede admitirse que frente a los mismos hechos, que corresponden a igual hipótesis de recho, se prevean consecuencias discriminatorias que merecen el calificativo de tales por dos aspectos.

a- Porque discriminan en contra de los industriales de Bogotá o en favor de los del resto del país (Art. 154 numeral 2o. versus Ley 14 de 1983, 49 de 1990 y Decreto 3070 de 1983).

b- Porque discriminan en contra de los industriales de Bogotá en relación con los comerciantes e importadores del mismo sector económico, ubicados en la misma ciudad capital, con sucursales, y agencias en otros territorios.

Enfrenta la norma general vigente para los industriales radicados en cualquier municipio del país, artículo 77 de la Ley 49 de 1990, tal como fue interpretada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre de 1991; la Ley 14 de 1983, compilada en el Decreto 1333 de 1986, y el Decreto Reglamentario vigente 3070 de 1983 artículo 1o.

inciso 1o., frente a la norma especial demandada que dispone sobre los mismos supuestos, una consecuencia jurídica diferente para el industrial que tenga su fábrica en Bogotá. Señala con ejemplo numérico las desigualdades que pueden presentarse.

Alega que no se trata de defender una igualdad puramente aritmética, porque la igualdad real requiere un tratamiento desigual para situaciones desiguales. Cuanto mayor sea la riqueza y la renta de un individuo mayores han de ser sus impuestos, lo cual justifica la elevación de tarifas progresivas y diferenciales.

La protección de los sectores débiles, de las industrias benéficas, hacen necesaria la intervención fiscal mediante exenciones y estímulos. Porque aquí el caso es singular y extremo: sin importar sector económico qie igual puede ser de alimentos que de joyas o bienes suntuarios, se prohíben los descuentos a los industriales de Bogotá que otros municipios si permiten, y lo que es peor, se permite, a renglón seguido, el beneficio para los demás sectores económicos: el comercio y los servicios.

Igualmente el principio de equidad estrechamente vinculado a la idea de igualdad y de justicia ante la ley tributaria, también resulta violado, puesto que los elementos esenciales del tributo, previstos de manera genérica para todos los municipios, atan indisolublemente la actividad con los ingresos generados por la misma, así que lo que se logra con la disposición es concentrar las cargas tributarias en la capital en desmedro de regiones deprimidas, y se produce como efecto el cierre masivo de sucursales y agencias.

Si se mantiene para el productor un esquema descentralizado, la inequidad horizontal es evidente frente a los importadores y otros industriales de las regiones y por esa razón también se viola el artículo 363 en concordancia con el 95 numeral 5o.

Indirectamente se viola el artículo 333 al restringir la actividad económica productiva y la libre competencia que queda restringida por la medida acusada, en contra de la economía del mismo Distrito Capital.

Concluye que la configuración constitucional del deber de contribuir consagrado en el artículo 95 numeral 9o. de la Constitución, limita también la actividad legislativa, puesto que los tributos deben formularse dentro de los conceptos de "justicia y equidad".

Equidad que también se predica del sistema tributario, en general, junto con los principios de eficiencia y progresividad en el artículo 363 de la Carta.

Justicia, que en términos tributarios hace relación a la capacidad de pago, fundamento o causa de la obligación tributaria. Capacidad de pago que en el caso del industrial, es igual a la del importador que recibe el mismo nivel de ingresos, de manera que la norma acusada se funda en la injusticia y en la desigualdad.

OPOSICIÓN A LA DEMANDA

1.- La delegada del Personero de Santa Fe de Bogotá, se opone a las pretensiones de la actora y controvierte los argumentos sobre violación de las normas constitucionales

invocadas en la demanda, porque busca la norma acusada que el industrial declare sobre los ingresos de su actividad sin importar como se lleve a cabo su culminación, y que deba tributar en el sitio donde se ubica la fábrica. Y en la medida en que tal actividad se vea complementada con la realización del comercio, totalmente diferente, deberá tributar sobre los ingresos que por su ejercicio devengue, sin que por ello pueda inferirse doble tributación porque uno es el ingreso obtenido por la actividad industrial y otro muy distinto los originados por la venta de los bienes producidos en la actividad industrial, pues indudablemente en desarrollo de la actividad comercial ha ampliado ostensiblemente el marco de su operación negocial y requerido en mayor medida de la infraestructura instalada de bienes y servicios del Distrito Capital.

No se viola el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Nacional, por el contrario, si no se tributara por cada una de las actividades desarrolladas, que por demás son autónomas, se violaría dicho principio fundamental, toda vez que al excluir a los industriales del pago del gravamen de industria y comercio por la venta de un producto, se colocaría en situación de desventaja al sujeto pasivo de la sola actividad comercial que causa menos detrimento al municipio.

2.- El apoderado del Distrito Capital, se opone a las pretensiones de la actora reclamando, en primer lugar, la fuerza legal del Decreto 1421 de 1993, su carácter de ley material definido y reconocido tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

Interpreta la norma acusada, luego de un resumen de la evolución legislativa del impuesto de industria y comercio, especialmente de lo relacionado con la base gravable a la actividad industrial, de su reglamentación en el Decreto 3070 de 1983 y del desarrollo jurisprudencial sobre la doble tributación a través de las sentencias del 5 de junio de 1987, diciembre 2 de 1988, septiembre 25 de 1989, septiembre 14 de 1990 y especialmente la del 17 de octubre de 1991, mediante la cual la Corte Suprema de Justicia no admitió la inexequibilidad demandada contra el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, normatividad que recogió el Decreto 1421 de 1993 en el numeral demandado.

Afirma que la base gravable del impuesto, por la actividad industrial, en el Distrito Capital está compuesta sólo por los ingresos brutos obtenidos por su ejercicio sin consideración a su destino o a la modalidad acordada para su comercialización, que es cuestión diferente.

Por actividad industrial entiende la referente a la transformación de materia prima, y por comercial, la encargada de la distribución de los productos, y concluye que tanto la una como la otra, están gravadas independientemente por el impuesto, sin que al consagrarlo así la norma acusada implique múltiple tributación, pues una cosa es la producción y otra muy diferente su comercialización.

De igual forma no existe violación al régimen territorial, pues la actividad industrial en este caso, la grava el Distrito Capital y la comercial el municipio donde ésta se produzca.

No hacerse así, y permitir que sólo la actividad industrial se gravara por los municipios donde se realiza la comercialización, podría dar lugar a que el Distrito Capital se quedara sin gravar la producción de los bienes comercializados. Ello equivaldría a crear una desigualdad en detrimento de Santa Fe de Bogotá y los demás municipios industriales respecto a los municipios que comercializan.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de la Personería de Santa Fe de Bogotá al alegar de conclusión, luego del recuento de los hechos de la demanda, el concepto de la violación y las pretensiones formuladas por la actora, expone sus consideraciones acerca del impuesto de industria y comercio regulado por la Ley 14 de 1983 artículo 32, al que califica de impuesto plurifásico y acumulativo, para concluir que los elementos de la obligación tributaria en él consagrados son los mismos previstos en el artículo 154 numeral 2o. del Decreto acusado, ya que son distintas la actividad de producción y la de comercialización, debiendo tributar el sujeto pasivo por cada una de ellas y por el 100% de los ingresos que obtenga en ambos casos.

Reitera la necesidad de gravar los ingresos en el Distrito Capital cuando en él se realiza la producción, pues ésta necesariamente implica mayor detrimento de la infraestructura municipal utilizada.

Pide se denieguen las súplicas de la demanda.

La actora al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos en la demanda acerca de: la violación, por parte del acto acusado, del régimen territorial previsto en los artículos 1o., 286, 287, 319 y 338 de la Constitución Nacional, al variar las competencias constitucionales referidas, para someter artificiosamente a su jurisdicción impositiva hechos ocurridos fuera de su territorio (comercialización de la producción), desconociendo el hecho generador y la base gravable previstas por la ley para el impuesto de industria y comercio; la creación de una ficción en contra de los industriales en Bogotá, al descartar algo tan relevante como la organización comercial y el lugar donde realmente se efectúan las transacciones gravables, que para el resto del país es el elemento diferenciador de la territorialidad, como lo han entendido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Alega que la atribución de competencias tributarias sobre renta de la producción comercializada por el mismo sujeto en otros municipios es de interés supralocal y por ello no podía regularse en una ley especial como la de Bogotá, en razón de que la materia a la que debió contraerse, según lo ordena el artículo 41 transitorio de la Constitución Política era la referida a asuntos específicos de Santa Fe de Bogotá en lo político, fiscal y administrativo pero dentro de los límites constitucionales.

Razón por la cual también deriva violación de las autorizaciones especiales que transitoriamente y por una sola vez le confirió al Gobierno la Constituyente, pues no existía

pioder para arbitrar competencias extraterritoriales que ni siquiera la ley orgánica de competencias puede extender.

Tampoco puede interpretarse que el artículo 154 numeral 2o., crea un impuesto especial en Santa Fe de Bogotá para los industriales, porque sería inconstitucional, puesto que las facultades no incluyen la creación de nuevos tributos, la alusión a los aspectos fiscales sólo puede referirse a aspectos de procedimiento, recaudo, liquidación, etc., de los tributos que ameriten una disposición especial.

Refuta los argumentos expuestos por los representantes jurídicos del Distrito Capital y la Personería (Fls. 102 y 144), porque no puede jurídica y contablemente existir sino una sola actividad, constituida por el valor de la venta de la mercancía que se enajena una sola vez y no puede llegarse al absurdo que plantea la representante legal de la Personería, porque ineludiblemente llevará a quienes venden su propia producció a un gravamen de más del 100% de los ingresos, ya que los demás municipios donde el industrial vende su producción pueden exigirle que tribute nuevamente sobre los mismos ingresos.

Reitera los argumentos acerca de violación de los principios de igualdad, justicia, equidad y eficiencia en los tributos, consagrados en la Constitución Política, expuestos en la demanda, especialmente los relacionados con la interpretación que del artículo 77 de la Ley 49 de 1990 hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de octubre de 1991.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Octavo Delegado ante la Corporación, estima que deben denegarse las súplicas de la demanda, porque los argumentos expuestos por la actora de manera fundamental acerca de la doble tributación, el traslado artificioso de ingresos de otros municipios a Bogotá y la ficción en contra de los industriales ubicados en el Distrito Capital, que crea la norma demandada surgen no de un elemental y simple examen acerca de lo que real y expresamente dice la norma acusada o de su tenor literal, sino de un esforzado, complejo y complicado razonamiento con el que se pretende sostener que aquélla consagra una disposición distinta de la que contempla su propio contenido, ignorando el mandato del artículo 27 del Código Civil.

A su juicio del tenor literal de la norma acusada se desprende que "ésta se refiere a bienes producidos en el Distrito Capital y vendidos, en ejercicio de actividad industrial, dentro del territorio del mismo Distrito, caso en el cual, y esto es obvio, los ingresos de esas operaciones se entienden percibidos en esa jurisdicción territorial, sin que importe el lugar donde el comprador, directamente o por intermedio del propio industrial, debe enviar esos bienes; la norma no dice, ni expresa ni tácitamente, que el industrial deba tributar en el Distrito por los ingresos obtenidos por la venta de sus productos en el mismo Distrito y fuera de la jurisdicción territorial de éste; es claro entonces que la norma no descarta "el lugar donde realmente se efectúen las transacciones gravables", pues indudablemente se refiere al hecho de que éstas se realicen dentro del territorio del Distrito Capital.

Agrega, que si de acuerdo con lo anterior, el precepto acusado no persigue que el impuesto que debe pagar el industrial sea liquidado sobre los ingresos obtenidos en otras jurisdicciones territoriales, debe concluirse que, contrariamente a lo que sostiene la demanda, aquél no prescribe "reglas extraterritoriales para un impuesto local", no dispone la apropiación "de impuestos generados en otros municipios", no le confiere al Distrito "un tratamiento preferencial en el impuesto de Industria y Comercio" y no contiene mandatos contrarios a los principios de justicia, igualdad, equidad y eficiencia y por lo tanto no viola los artículos 1o., 286, 287, 313 numeral 4o., 314, 315 numeral 3o., 362, 294, 13, 95 numeral 9o. y 363 de la Carta.

En tales condiciones, concluye que si el artículo 154 numeral 2o. del Decreto 1421 de 1993 no es contrario a las disposiciones constitucionales señaladas, el Presidente de la República, al expedirlo, no pudo haber incurrido en un exceso de la "competencia material" que le atribuyó el artículo 41 transitorio de la Carta.

Parte Coadyuvante.

Al presentar su escrito para afianzar la petición de nulidad de la norma acusada, expone su concepto de la violación del ordenamiento constitucional partiendo del análisis del principio de legalidad impositiva contenida en los artículos 150 numeral 1o., 300 numeral 4o., 313 numeral 4o. y 338 de la Constitución Política, que atribuyen competencia excluyente al Congreso de la República en materia de tributos, que técnicamente se conoce como principio de reserva de ley aprobada por el parlamento, y que en el orden territorial corresponde exclusivamente a las corporaciones administrativas de elección popular y que por voluntad del constituyente de 1991, se excluyó del ámbito material del Decreto Ley, que no puede penetrar al núcleo esencial en la configuración del deber de contribuir. Es decir le está vedado regular el hecho imponible, el sujeto pasivo, y la base gravable, como lo desarrolló el artículo 338 de la Constitución Política.

Puede en cambio determinar las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones tributarias significa respecto a la eficacia de los actos o negocios jurídicos, la obligación de autoliquidar el impuesto, etc., pues no toda la materia tributaria tiene reserva formal de ley, pero si la esencial que hace relación al establecimiento de tributos.

Sólo por vía de excepción, en forma transitoria, el constituyente hizo salvedad expresa al crear una "Comisión Especial" que podía dictar disposiciones con fuerza de ley y paralelamente revistió al Gobierno de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley en los artículos transitorios 5, 10, 23 y 39, o le confirió facultades sometidas a plazo y condición para dictar decretos con fuerza de ley; en los casos de los artículos transitorios 21, 43, 48, 49, 51 y 55. Pero en ningún caso la Asamblea delegó facultades para la expedición de códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni para decretar impuestos.

A su juicio la autorización dada por el artículo 41 transitorio al remitirse a los artículos 322, 323 y 324 ibídem, es materia que está expresamente definida. Si bien la materia fiscal podía ser objeto de disposición normativa, y lo fiscal es "lo relativo o pertinente al fisco" locución que corresponde "al Tesoro Público" en su régimen hacendario en general, en las atribuciones del artículo 41 transitorio de la Constitución, no se autoriza al ejecutivo para suplantar al Congreso en los términos del artículo 338 ni del 150 numeral 10, porque no se le reviste expresamente de la función legislativa de decretar impuestos. La función era más sencilla y limitada conforme lo prevé la nueva Carta, es decir adoptar un régimen especial para Santa Fe de Bogotá con sujeci´n a la Constitución. Incluso se podían adoptar modificaciones administrativas a los impuestos y gastos públicos, puesto que ambas vertientes de la Hacienda Pública se entienden involucradas dentro del tema fiscal al que alude el artículo 322. Cita a "Joaquín Escriche, refiriéndose al origen y etimología de la palabra latina *"fiscus"* que se utilizó "para designar el tesoro del príncipe, y distinguirlo del tesoro público, que se llamaba erario. Pues enseña el mismo Escriche, que el fisco, como patrimonio de la casa real y el erario se confundieron luego bajo el nombre fisco y últimamente no se entiende por fisco sino el erario del Estado, o lo que es lo mismo la Hacienda pública. De manera que se autorizaron modificaciones en el Tesoro Público que se justificaban en el régimen especial que debe tener la ciudad capital para deducir qué modificaciones eran admisibles, las que podrían referirse a la fecha de presentación y pago de las declaraciones del impuesto, que hoy son bimestrales para el impuesto de industria y comercio, a la introducción de mecanismos de control a la evasión, a las obligaciones accesorias de suministro de información, y otros múltiples temas fiscales, incluido el del crédito público y el sistema presupuestario, excepto la facultad de decretar impuestos que la propia Constitución reserva a la ley en sentido formal.

Concluye que el principio de reserva de la ley para decretar impuestos y la prohibición de conferir facultades extraordinarias para ese tema, no tuvo una excepción expresa en el artículo 41 transitorio, que delega las mismas facultades de que tratan los artículos 322, 323 y 324 de la Constitución, ninguno de los cuales se refiere a decretar impuestos especiales para la capital, aunque el régimen hacendario en su manejo, pueda tener ciertas particularidades en el Distrito Capital, como razonablemente debe interpretarse.

A su juicio, la norma demandada modifica de manera esencial la regulación del aspecto espacial del hecho generador del impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Tiene en esa medida la virtualidad de ser determinante en el nacimiento de la obligación sustancial tributaria, razón por la cual se configura una clara violación al principio de reserva de ley.

No puede existir un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo sin apoyo en una facultad específica. Sostener lo contrario equivaldría a dar y reconocer facultades genéricas al Gobierno en contravención de la propia Constitución.

El representante del Distrito Capital no presentó en la oportunidad procesal prevista en la ley alegato de conclusión.

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 fue 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". 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: 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 constiticional 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 expresamente le asignan tal conocimiento a la Corte Constitucional. Estas normas no existen."

"VIII. En estas condiciones, el intérprete se enfrente 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 a pretexo 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 ejmplo, 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."

2.- Naturaleza del Decreto 1421 de 1993

Esta misma Sala tuvo la oportunidad de analizar lo concerniente a la naturaleza legal del Decreto 1421 de 1993 y el régimen de Santa Fe de Bogotá, al proferir la sentencia del 27 de enero del año en curso, proceso 5194, en donde con ponencia de la doctora Consuelo Sarria Olcos, precisó:

"Fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente al tratar el tema de la organización territorial, regular como Distrito Capital a Bogotá y dotarlo de un 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 Consejo 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 prpios 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 Santafé 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 diferentse 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 sí 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 ate4ndiendo tanto el mandato constitucional sobre su vigencia (artículo 338 inciso 2o.) 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 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 sólo 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...."

3.- El asunto *sub-júdice*

Hechas las precisiones anteriores procede la Sala a analizar los cargos de violación a las normas superiores indicadas en la demanda artículos 41 transitorio, 1o. en concordancia con el 286, 287; 313 numeral 4o., 314 y 315, de la Constitución Política que resultan transgredidos por prescribir la norma acusada, reglas extraterritoriales para un impuesto local; el 362 en cuanto se apropia de impuestos generados en otros municipios, el 294 al conferirle al Distrito Capital un tratamiento preferencial en el impuesto de industria y comercio y el 13 en concordancia con el 95 numeral 9o. y 363 de la Constitución Política, al desconocer los principios de justicia, igualdad, equidad y eficiencia.

Violación de los artículos 1o., 286 y 287 de la Constitución Política.

Disponen estas normas:

"Artículo 1o.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

"Artículo 286.- Son entidadess territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

"La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley."

"Artículo 287.- Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

"1. Gobernarse por autoridades propias.

"2. Ejercer las competencias que les correspondan.

"3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

"4. Participar en las rentas nacionales."

A juicio de la actora el numeral 2o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, desconoce que las normas transcritas conceden a las entidades territoriales el derecho no sólo de gobernarse por autoridades propias sino de ejercer las competencias que les corresponde, especialmente en cuanto a administrar los recursos (propios y cedidos) y establecer tributos propios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, según autorización de la ley, cuando establece para la actividad industrial una base gravable sobre el 100% del valor de la comercialización de su producción, así ésta se realice en otro municipio, trasladando artificiosamente ingresos de otros lugares a Bogotá, otorgándole al Distrito Capital una competencia supraterritorial al prescribir que no importa la organización comercial y el lugar de venta que posea el productor, bajo la ficción inconstitucional de entenderlas percibidas en Bogotá.

Realmente, no se encuentra la Sala que por el hecho de haber establecido la norma acusada que se entienden percibidos en el Distrito como ingresos originados en la actividad industrial, los generados por al venta de los bienes producidos en el mismo sin consideración a su lugar de destino o la modalidad que se adopte para su comercialización, se esté desconociendo las atribuciones que para la imposición y cobro de los tributos da la Constitución a los municipios, pues enmanera alguna la norma acusada les está impidiendo ejercer su potestad tributaria sobre los hechos generadores del impuesto que ocurran dentro del límite territorial, ni está extendiendo a estos la facultad impositiva del Distrito Capital.

Sencillamente, prevé la norma que para la actividad industrial (elaboración de bienes mediante procesos de manufactura o de transformación) realizada en Santafé de Bogotá (hecho generador del tributo) se consideran como ingresos los provenientes de la comercialización de tales bienes (base gravable) y en manera alguna está impidiendo que aquellos municipios en donde también se desarrolla la actividad fabril, no grave los ingresos provenientes por la comercialización de la producción.

Si bien en repetidas oportunidades esta Corporación en las sentencias que invoca la actora y en especial la proferida el 25 de septiembre de 1989, en el juicio 0082, al conocer de la demanda de nulidad del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 3070 de 1983, actor Juan Rafael Bravo Arteaga, precisó que para efectos de interpretar la Ley 14 de 1983, contrariamente a lo expresado por los oponentes a la demanda, no era procedente separar la venta como un hecho aparte y distinto de la producción, para

justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto, porque la venta del producto constituye la culminación del proceso económico industrial, sin que sea una actividad diferente al mismo, pues nadie produce por producir, produce para vender. También precisó que la materia imponible en materia del gravamen de industria y comercio está constituida por el ejercicio de una actividad mercantil, en una jurisdicción municipal, actividad mercantil que puede consistir como lo enseña el Código de Comercio y reitera la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1421 de 1983, en actividad de industrial, de comercio, o de prestación de servicios por parte de personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho, bien sea en forma permanente u ocasional, con o sin establecimiento permanente, en locales abiertos, cerrados, o sin ellos, con o sin ánimo de lucro ya que la venta de bienes o mercancías constituye en principio actividad comercial, salvo cuando se trate de mercancías producidas por el mismo sujeto o personas, pues en este caso, siendo "industrial", su actividad continúa siéndolo. De ahí que la comercialización que de sus productos hace el industrial al por mayor o al por menor en la misma fábrica o en puntos de venta, a contado, o a crédito, a plazos, etc. conserva su nota característica de ser industrial.

Cosa distinta es que la ley a partir del año de 1990 (artículo 77 Ley 49) tome como medida del gravamen (base gravable) el producto de las ventas o "ingresos obtenidos" realmente por el sujeto pasivo (comercialización de la producción) porque el hecho de producir mercancías para mantenerlas en inventgario no permite cuantificación de base gravable ante la ausencia de ingresos.

Del hecho quer la norma acusada preceptúe para efectos de la cuantificación de la base gravable, en forma similar a lo establecido por el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, que se entienden eprcibidos en el Distrito como originados en la actividad industrial, los generados por la venta de bienes producidos en el mismo Distrito Capital (comercialización), sin consideración a su lugar de destino (consumo) o la modalidad (con establecimiento mercantil, sin el, con establecimiento permanente, transitorio, sea cual fuere la modalidad de la venta, etc.) no surge que se esté extralimitando la potestad tributaria del Distrito Capital sobre hechos generadores del tributo que se suceden allende sus límites territoriales. Tampoco surge que esté desconociendo el artículo 286 de la Constitución Nacional que enumera las entidades territoriales ni la autonomía que en materia tributaria otorga el artículo 287, por igual a todas ellas.

Violación de los artículos 294 y 362 de la Constitución Política.

Disponen estas normas:

"Artículo 294.- La ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto en el artículo 317."

"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.

"Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior."

No encuentra la Sala que la disposición acusada esté consagrando exenciones en materia de gravámenes, ni tratamiento preferencial en relación con tributos de propiedad de las entidades territoriales, porque como se anotó con anterioridad, fue el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, el que modificó en lo pertinente el impuesto de industria y comercio, para el sector industrial, la Ley 14 de 1983, al prescribir para todos los municipios.

"Artículo 77: Impuesto de industria y comercio. Para el pago de industria y comercio sobre las actividades industriales el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio en donde se encuentra ubicada la fábrica o planta industrial teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización."

El hecho de que el Decreto 1421 de 1993, artículo 154 numeral 2o., especial para Santa Fe de Bogotá, haya reiterado para la actividad industrial lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, no implica que haya creado un tratamiento preferencial.

Sobre el ancance de esta norma legal, ya la Sala se pronunció en sentencia del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en la cual se dijo:

"En conclusión, y sin que constituya un cambio de jurisprudencia de la Corporación sino, la aplicación de la nueva regulación legal contenida en la Ley 49 de 1990 es necesario darle cumplimiento al artículo 77 de dicha norma y por lo tanto la Sala habrá de denegar las súplicas de la demanda y, confirmar los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria y comercio en Valledupar a la Compañía de Alimentos S.A. "Cicolac", previa revocación de la sentencia apelada.

"No puede la Sala dejar de observar la insuficiencia de la norma que reguló a partir de 1990 esta materia, porque si bien, se solucionó el problema de la conformación de la base gravable para las actividades industriales en los municipios donde está ubicada la planta industrial, se dejó sin definición alguna el aspecto atinente a las ventas que el mismo industrial realice en municipios diferentes a aquel de la sede fabril y por lo tanto, podrá presentarse el problema de un gravamen que se aplicaría sobre la misma base y con respecto a la misma actividad y operación económica, en el evento en que resultara válido el gravamen que impusieran los municipios diferentes al de la sede industrial por la venta de la producción, alegando que se trata del ejercicio de una actividad comercial."

Expediente No. 5474, Compañía Colombiana de Alimentos S.A. "Cicolac", Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Violación de los artículos 13 en concordancia con el artículo 95 numeral 9o. y 363 de la Constitución Política, al desconocer los principios de justicia, igualdad, equidad y eficiencia.

Disponen estos artículos:

"Artículo 13.- 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 los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

"Artículo 95.- La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

"Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

"Son deberes de la persona y del ciudadano:

"...9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad."

"Artículo 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

"Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad."

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 hizo en la sentencia de junio 25 de 1992, proceso T-860, 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 concepción permite inferir que no se viola el principio de igualdad cuando una norma impositiva para efectos de determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio y exigir el pago del tributo sobre los ingresos generados por al venta de los bienes producidos en un municipio atiende circunstancias especiales de los asociados, como son, en este caso, la ubicación de una factoría en su territorio, con el consecuente uso y desgaste de la infraestructura de servicios locales y deterioro del medio ambiente.

Además, como se anotó anteriormente, la determinación tanto del sujeto activo del tributo, atendiendo al lugar de ubicación de la fábrica o planta industrial, como de la base gravable sobre los ingresos brutos provenientes de la comercialización, no fue innovación especial para la actividad industrial en Santa Fe de Bogotá en el Decreto 1421 de 1993, sino para todos los municipios por igual, en virtud del artículo 77 de la Ley 49 de 1990 anteriormente transcrito, cuya constitucionalidad fue analizada y declarada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de octubre de 1990.

Aun en el evento de que la norma acusada hubiera introducido una enmienda en materia del impuesto de industria y comercio para la actividad industrial, tal modificación resultaría válida ante la norma constitucional que, precisamente, atendidas las especiales condiciones de Santafé de Bogotá, previó la necesidad de normas especiales para el Distrito Capital y ordenó al Congreso dictar las correspondientes normas, las que, obviamente, debían ser diferentes a las existentes para los demás municipios, pues no tendría sentido y resultaría inocuo, autorizar para dictar disposiciones idénticas a las existentes, riñendo con la naturaleza especial de un estatuto necesario para el desarrollo de una localidad *sui-generis*.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el Presidente de la República al expedir el artículo 154 numeral 2o. del Decreto 1421 de 1993, y establecer expresamente que 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 consderación al lugar de destino o a la modalidad que se adopte para su comercialización, no desconoció los principios de equidad e igualdad de los contribuyentes ante la ley (artículos 13 y 95 numeral 9o. de la Constitución Política, como tampoco el 363 ibídem), que consagra los principios de equidad, eficiencia y progresividad del sistema tributario, razón por la cual habrán de denegarse 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:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE. CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

ENAJENACIÓN DE CASA DE HABITACIÓN/INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL/COSTOS EN GANANCIA OCASIONAL/ERROR ARITMÉTICO-Inexistencia/**LIQUIDACIÓN DE CORRECCIÓN ARITMÉTICA**-Improcedencia

Las pruebas documentales aportadas por el contribuyente demuestran el error alegado, y por ende la improcedencia de la corrección aritmética realizada. En efecto se observa que el inmueble enajenado corresponde a una casa ubicada en Bogotá el cual aparece declarado como la casa de habitación, según la declaración de renta del año de 1981, y anexo de declaración de renta del año gravable de 1990, es decir, que fiscalmente figura como la casa de habitación independientemente de que la misma, en la fecha de su enajenación esté o no habitada por el contribuyente pues el art. 44 del Estatuto Tributario no establece esta condición para efectos del beneficio establecido. En esta forma, es claro que el contribuyente incurrió en error en el diligenciamiento de los renglones correspondientes a las ganancias ocasionales, al omitir el valor correspondiente al costo y parte no gravada que debía llevar el renglón 23, que deducido del valor llevado al renglón 22, arrojaba el valor a las ganancias ocasionales gravables. Así las cosas, y encontrándose demostrado el error alegado, el error aritmético "aparente" que evidencia la declaración de renta del contribuyente por el año gravable de 1990, ha quedado plenamente desvirtuado, pues el mismo obedeció al error en que incurrió el contribuyente en el renglón 23.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5848. Actor: Ciro Alfonso Sanguino Vila. Impuesto-renta.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del contribuyente CIRO ALFONSO SANGUINO VILA, contra la sentencia de agosto 23 de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo del Cesar, negó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por el contribuyente en mención, para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos y de Aduanas Nacionales le efectuó corrección aritmética a la liquidación privada del impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1990.

ANTECEDENTES:

Mediante la liquidación de corrección aritmética No. 50.011 de junio 17 de 1993, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Valledupar, modificó la liquidación privada del impuesto incluida en la declaración tributaria del impuesto de renta y complementarios, radicada bajo el No. 053799030001327 de junio 21 de 1991, en cuanto que encontró que se encontraba incursa en error aritmético de que trata el numeral 2o. del artículo 697 del Estatuto Tributario, puesto que al aplicar la tarifa sobre la ganancia ocasional gravable (renglón 24), determinó un valor de cero, cuando el valor correcto es de $1.312.000. Así mismo, el anticipo para la contribución especial del 5% del impuesto a cargo, lo incluyó en el renglón (FX), debiendo incluirlo en el renglón (HA), total saldo a pagar.

Como consecuencia de lo anterior, le modificó los renglones correspondientes a total impuesto a cargo (FU), el anticipo para el año gravable de 1991, el anticipo para la contribución especial del 5%, que se incluyó en el renglón (HA) por valor de $133.000 y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 646 del Estatuto Tributario, le impuso sanción por corrección aritmética equivalente al 30% del mayor valor determinado por concepto de impuestos y anticipos.

Dentro del término legal el contribuyente interpuso recurso de reconsideración alegando que incurrió en error al anotar en el renglón 23 (menos costos y parte no gravada) cero, en lugar de $8.000.000, y por otra parte, al haber anotado en el renglón 24 (ganancia ocasional gravable) $8.000.000 en lugar de cero, porque en realidad no obtuvo ganancia ocasional gravable por haber adquirido el inmueble desde hace más de diez años, según escritura de compra venta, que al efecto acompañó. Y, que el anticipo, debía tomarse de los renglones 27 y 30 excluyendo el renglón 31 correspondiente a la ganancia ocasional, a la cual no se le aplica el anticipo según la cartilla de instrucciones del año gravable de 1990.

La División de Recursos Tributarios de la misma Administración de Impuestos a través de la Resolución No. 10025 de octubre 30 de 1993, resolvió el anterior recurso

en sentido parcialmente favorable a lo pretendido por el recurrente, manifestando que con las pruebas aportadas el contribuyente no logra demostrar que el bien que vendió en el año de 1990, correspondía a su casa de habitación y por ende concluyó que el valor declarado por "utilidad" está sometido al gravamen de la ganancia ocasional.

En lo referente al anticipo liquidado sobre la ganancia ocasional estimó que el contribuyente tenía razón, puesto que, de conformidad con el artículo 807 del Estatuto Tributario, el anticipo era aplicable sólo respecto del impuesto de renta y el complementario de patrimonio, por consiguiente, concluyó que el reajuste del anticipo era improcedente, así como el mayor valor que surgió del mismo para efectos de la sanción por corrección aritmética.

En consecuencia, la Administración de esta última decisión confirmó parcialmente la liquidación impugnada, y determinó que el contribuyente en mención estaba obligado a cancelar a favor del fisco, la suma de $2.965.300.

LA DEMANDA:

Acusa violación de los artículos 44, 82, 697, 703, 730 y 933 del Estatuto Tributario y concepto 00991 de mayo 4 de 1989.

En su concepto de violación explicó el apoderado judicial del contribuyente que la División de Liquidación y la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Valledupar, en su actuación no se ciñeron a lo establecido en el artículo 697 del Estatuto Tributario respecto a la definición de "error aritmético", al convertir la liquidación de corrección aritmética en una liquidación de revisión, respecto de la cual se omitió el requerimiento especial de que trata el artículo 730 *ibidem*, situación que conllevaría a la nulidad de la liquidación conforme al numeral 2o. del artículo 730 ib. En su apoyo citó sentencia de febrero 15 de 1988 (copiada de la página 948 del Boletín informativo No. 948 del Instituto Colombiano de Derecho Tributario).

Por otra parte, observó que se desconocieron los artículos 44 y 82 del Estatuto Tributario, que consideran exenta de impuesto de renta y ganancia ocasional, la utilidad en la venta del apartamento o casa de habitación, y que reconoce como mínimo el "costo presunto".

Finalmente, señaló que al haberse modificado el anticipo se desconoció el concepto No. 009911 de mayo 4 de 1989, de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, por cuanto al producirse la liquidación de corrección aritmética su representada ya había cancelado la liquidación privada del impuesto del año siguiente.

LA PARTE OPOSITORA:

El representante judicial de la entidad demandada en su contestación a la demanda manifestó que la conducta del contribuyente, según la cual no aplicó la tarifa correspondiente a las ganancias ocasionales declaradas, encaja en el numeral 2o. del artículo 697

del Estatuto Tributario, que consagra como error aritmético cuando "al aplicar las tarifas respectivas, se anota un valor diferente al que ha debido resultar. "Es decir, que el error aritmético no solamente se configura cuando se presenta error en alguna de las operaciones aritméticas, sino que también el mismo puede provenir de la aplicación indebida de tarifas, porcentajes y en general por la anotación de resultados equivocados que impliquen un menor valor por concepto de impuestos, anticipos a cargo del declarante, como lo ha entendido el Consejo de Estado, según sentencia de noviembre 15 de 1991, Consejera ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos".

Por otra parte, observó que el beneficio fiscal que consagra el artículo 44 del Estatuto Tributario, respecto de la utilidad en la venta del apartamento o casa de habitación, en el caso del contribuyente la casa que éste vende, no es al momento de la enajenación su casa de habitación, circunstancia por la cual la utilidad obtenida por la venta no goza del beneficio fiscal y por ende está sometida al impuesto de ganancias ocasionales.

De igual modo, consideró que su representada al efectuar el reajuste del anticipo tampoco incurrió en violación del concepto 009911 de mayo 4 de 1990 de la Dirección de Impuestos, por cuanto al variar el impuesto a cargo del contribuyente es forzoso efectuar el correspondiente reajuste del anticipo inicialmente liquidado por el contribuyente, sin que ello quiera significar que el contribuyente está obligado a cancelar el mayor valor determinado, siempre y cuando haya pagado el valor de la liquidación privada del año siguiente, pero lo que sí debe cancelar son los intereses que se originaron por el no pago de las cuotas del anticipo o su reajuste desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se efectuó el pago de la liquidación privada a la cual se le imputa ese anticipo.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Cesar negó las súplicas de la demanda al considerar que en el caso que se debate lo que ocurrió fue que en los renglones 22 y 24 se denunhció una ganancia ocasional de $8.000.000 y en el renglón 31 "impuesto de ganancia ocasional" indicó el valor de cero, cuando debió aplicar la tarifa correspondiente. Seguidamente discurrió sobre las dos clases de liquidaciones oficiales que normalmente la Administración Tributaria puede practicar, esto es, liquidación de corrección aritmética, liquidación de revisión, para concluir en que la corrección que la Administración le practicó al contribuyente a su liquidación privada tiene asidero legal, y por ello hizo suyo el pronunciamiento de la Administración expresado en la Resolución No. 10025.

LA APELACIÓN:

El apoderado judicial del contribuyente al apelar la sentencia, reafirma el hecho de que su representada fiscalmente tenía como casa de habitación la identificada en la Diagonal 142 No. 33-59, situada en la ciudad de Santa Fe de Bogotá en la cual vivía desde 1981, tal como aparece determinado en la declaración de renta y patrimonio del año gravable de 1981, anexo oficial No. 3.

Por otra parte, manifestó que el Tribunal debió tener en cuenta como mínimo el costo presunto establecido en el artículo 82 del Estatuto Tributario, conforme al cual, en la venta del bien raíz objeto de la ganancia ocasional, debe otorgarse como costo el 75% del valor de su enajenación. Al respecto, citó sentencia de julio 6 de 1990, Expediente No. 2589, actor: Nury Cuesta Ángel, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, y sentencia de junio 22 de 1990. Expediente No. 2506, actor Marina Ocampo de Orozco, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La apoderada de la Nación al alegar de conclusión solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada, por cuanto se encuentra claramente configurado el error aritmético según lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 697 del Estatuto Tributario, como quiera que no se aplicó la tarifa correspondiente del impuesto de ganancias ocasionales.

Agrega, que la tesis del actor, según la cual, la tarifa era cero por la exención que establece el artículo 44 del Estatuto Tributario, no puede prosperar porque el contribuyente si bien demostró lo relacionado con la fecha de adquisición del inmueble vendido, no logró demostrar que el mismo era casa de habitación.

Respecto a la pretendida aplicación del costo presunto de que trata el artículo 82 del Estatuto Tributario, manifestó que no es procedente entrar a considerar su aplicación, por cuanto los actos administrativos no desconocieron ningún costo, y, además, porque en tratándose de la enajenación de bienes inmuebles los mismos son perfectamente determinables mediante pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente de años anteriores.

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso en su alegato de conclusión solicitó a la Corporación confirmar la sentencia apelada, pues en su concepto no es procedente aplicar el costo presunto de que trata el artículo 82 del Estatuto Tributario, como quiera que los rubros sobre los cuales obró la Administración para aplicar el impuesto son plenamente conocidos, circunstancia que desplazaría la posibilidad de determinar el costo presunto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia se contrae a determinar la procedencia de la corrección aritmética efectuada por la Administración de Impuestos de Valledupar, a la declaración tributaria del contribuyente, concretamente al renglón 31 (impuesto de ganancias ocasionales), en el cual indicó cero (0), cuando el valor que correspondía según la tarifa era de $1.312.000, teniendo en cuenta que en el renglón 24 (ganancia ocasional gravable), señaló por este concepto la suma de $8.000.000.

El contribuyente desde el recurso de reconsideración explicó que había incurrido en error, al omitir llevar al renglón 23 (costos y parte no gravada) la suma de $8.000.000, y al haber anotado en el renglón 24 (ganancia ocasional gravable) la suma de $8.000.000,

en lugar de cero, puesto que no existía ganancia ocasional gravable, como quiera que se trataba de la venta de su casa de habitación, cuya utilidad se encontraba exenta del impuesto de ganancias ocasionales por virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto Tributario, y, para demostrar su afirmación acompañó copia al carbón de la declaración de renta por el año gravable de 1981, y fotocopia autenticada de una copia de la escritura No. 4.000 de junio 27 de 1990, de la Notaría Cuarta de Bogotá, sobre la venta del mencionado inmueble.

A juicio de la Sala, contrario a lo que estimó la Administración de Impuestos en la Resolución No. 100025 de octubre 30 de 1993, que resolvió el recurso de reconsideración, y el Tribunal al prohijar este pronunciamiento, las pruebas documentales aportadas por el contribuyente demuestran el error alegado, y por ende la improcedencia de la corrección aritmética realizada.

En efecto, se observa que el inmueble enajenado corresponde a una casa ubicada en la Diagonal 142 No. 33-59 de Bogotá, el cual aparece declarado como la casa de habitación, según la declaración de renta del año gravable de 1981, y anexo de la declaración de renta del año gravable de 1990, es decir, que fiscalmente figura como la casa de habitación, independientemente de que la misma, en la fecha de su enajenación esté o no habitada por el contribuyente, pues el artículo 44 del Estatuto Tributario no establece esta condición, para efectos del beneficio establecido.

De igual modo se establece que el costo fiscal del inmueble a 31 de diciembre del año gravable de 1990 (año en que se enajenó) es la suma de $5.460.570, que el precio de venta fue de $8.000.000, y que la utilidad obtenida es la suma de $2.549.430, la cual consideró "no gravada" el contribuyente, por ser su casa de habitación poseída por más de diez años, aspecto que confirma la fotocopia auténtica de la copia No. 4 de la Escritura de venta No. 4.000 de junio 27 de 1990. (fl. 54).

En esta forma, es claro que el contribuyente incurrió en error en el diligenciamiento de los renglones correspondientes a las ganancias ocasionales, al omitir el valor correspondiente al costo y parte no gravada que debía llevar al renglón 23, que deducido del valor llevado al renglón 22, arrojaba el valor a las ganancias ocasionales gravables, que para el caso, conforme a las demostraciones anteriores, era de cero.

Así las cosas, y encontrándose demostrado el error alegado, el error aritmético "aparente" que evidencia la declaración de renta del contribuyente por el año gravable de 1990, ha quedado plenamente desvirtuado, pues como ha quedado establecido, el mismo obedeció al error en el que incurrió el contribuyente al omitir en el renglón 23, el valor del costo fiscal y parte no gravada del bien inmueble enajenado, y al llevar al renglón 24 una base gravable por concepto de ganancias ocasionales, igualmente incorrecta.

Cabe aclarar, que si la Administración tenía dudas acerca de la procedencia de la exención sobre la utilidad determinada por el contribuyente, en la enajenación de su casa de habitación, debió acudir al procedimiento de revisión de la declaración tributaria, previo

requerimiento especial, pues no puede olvidarse que la facultad de corrección aritmética, no agota la facultad de revisión; luego demostrado el error alegado por el contribuyente, éste era el camino indicado para cuestionar la procedencia de la exención, no el procedimiento de corrección aritmética.

En corolario de lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que debe accederse a lo pretendido por el recurrente en el sentido de revocar la sentencia apelada y en su lugar declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, no sin antes señalar que el concepto de la Colaboradora Fiscal omitió considerar el aspecto fundamental de la controversia, consistente en el error alegado por el contribuyente, cuya tesis reiteró en el recurso de apelación.

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. Declárase la nulidad de la operación administrativa acusada integrada por los siguientes actos administrativos: La liquidación oficial de corrección aritmética No. 50.011 de junio 17 de 1993, y la Resolución No. 10025 de octubre 30 de 1993, emanados de la Administración de Impuestos Nacionales de Valledupar, a través de los cuales modificó la liquidación privada del impuesto de renta por el año gravble de 1990, determinado por el contribuyente CIRO ALFONSO SANGUINO VILA. NIT: 154.462.

3o. Confírmase la liquidación privada del impuesto de renta presentada por el contribuyente CIRO ALFONSO SANGUINO VILA. NIT. 154.462, en su declaración tributaria correspondiente al año gravable de 1990.

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 Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN CAMBIARA/NOTIFICACIÓN DE SANCIÓN CAMBIARIA/INTERRUPCIÓN DE ACCIÓN CAMBIARIA/ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA/VÍA GUBERNATIVA

El término de prescripción se interrumpe si el acto administrativo que impone le sanción se expide y notifica dentro del lapso de cuatro (4) años, que la Ley 33 de 1975 prevé para el efecto. Pues no basta que la autoridad administrativa profiera la resolución sancionatoria dentro del plazo, sino que es necesario que la misma se dé a conocer al interesado a través de la diligencia de notificación, que deberá efectuarse dentro del mismo lapso. No se comparte el criterio de que para que opere la interrupción de la prescripción, es necesario que dentro del término de los cuatro años, el acto administrativo sancionatorio se encuentre no solamente notificado sino debidamente ejecutoriado, puesto que una cosa es la actuación administrativa que culmina con la notificación del acto inicial, y otra, la vía gubernativa, orientada a producir un nuevo pronunciamiento de la Administración, a través de los recursos contra los actos administrativos, consagrados como mecanismos de protección jurídica de los administrados. Así las cosas, se concluye que el acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Control de Cambios, impone una sanción pecuniaria por violación al régimen cambiario, debe ser expedido y notificado dentro del término de prescripción de 4 años, sin que sea indispensable la firmeza del acto administrativo, que hace parte de la vía gubernativa.

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA/NOTIFICACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO/VÍA GUBERNATIVA

No se comparte el criterio de quienes han sostenido que la diligencia de notificación del acto administrativo forma parte de las actuaciones conocidas como "vía gubernativa" orientadas a producir un nuevo pronunciamiento de la Administración. Está contradicho tal criterio con el ordenamiento sistemático dado por el Código –Decreto 01 de 1984– el cual ubicó las "publicaciones - comunicaciones y notificaciones" al final del Capítulo X del Título I relativo a las actuaciones administrativas, precisamente antes de iniciar el Título II que trata de la vía gubernativa que se inicia con la regulación de los recursos, esta disposición del Código Colombiano indica que para el legislador la "notificación" forma parte integrante de la actuación administrativa, a tal punto que, como lo ha dicho varias veces esta Sala, el artículo 48 dispone que sin el lleno de los requisitos previstos no se tendrá por hecha la notificación "... ni producirá efectos legales la decisión...".

INTERESES COMERCIALES/SENTENCIA CONDENATORIA

El artículo 177 del C.C.A. en su último inciso, prevé que las cantidades líquidas reconocidas en sentencias condenatorias proferidas contra las entidades públicas, "devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término, lo cual significa que por expresa disposición legal, sobre cantidades líquidas de dinero deben pagarse intereses comerciales durante un determinado lapso y los intereses de mora, vencido el término de que da cuenta el artículo 177 mencionado. De otra parte y dado que la referida disposición sólo permite el pago de intereses comerciales "durante los seis meses siguientes a la ejecutoria", tampoco es de recibo la solicitud del apoderado de la parte demandante en el sentido de que los olvidados intereses sean devengados a partir del día 6 de julio de 1990, fecha en la cual la demandante procedió a pagar el monto de la multa impuesta, pues, se repite, los intereses comerciales se deben sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia, y por un lapso de seis (6) meses únicamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5856. Actor: BANCO COLPATRIA - SUPERINTENDENCIA CONTROL DE CAMBIOS.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la de la Superintendencia de Control de Cambios contra la sentencia del 8 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la cual se acogieron las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

instaurado por el Banco Colpatria S.A., para impugnar las Resoluciones Nos. 001 y 00226 de 1990, a través de las cuales la Superintendencia de Control de Cambios impuso a la actora una sanción pecuniaria por infracciones al régimen de cambios internacionales.

ANTECEDENTES:

A través de la Resolución 0001 del 3 de enero de 1990, la Superitendencia de Control de Cambios impuso al Banco Colpatria S.A., una multa por valor de $220.286.667.oo por haber infringido el Estatuto Cambiario, por violación de la Resolución 12 de 1977 de la Junta Monetaria y el artículo 4 del Decreto 444/67.

Contra la Resolución anterior el Banco interpuso recurso de reposición alegando nulidad de la actuación por violación del debido proceso y del derecho de defensa, prescripción de la acción contravencional y aplicación del principio de favorabilidad. Adicionalmente, solicitó en forma subsidiaria la reducción de la multa.

La impugnación fue resuelta por medio de la Resolución No. 00226 de 1990, en el sentido de rebajar a la suma de $110.358.000.oo, la multa interpuesta con el fin de no afectar el cumplimiento de las metas de ajuste previstas en el convenio suscrito con la Superintendencia Bancaria.

Con la actuación anterior se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

El apoderado judicial de la actora fundamentó la demanda en los siguientes argumentos:

1o. Caducidad de la acción:

Por cuanto a pesar de que la resolución No. 0001 fue expedida dentro del término de los cuatro años a partir del auto de apertura de la investigación (acto este ocurrido el 3 de enero de 1986), sólo vino a ser notificada el 10 de enero de 1990, es decir, vencidos los cuatro años de que da cuenta la Ley 33 de 1975.

Por lo mismo se violaron los artículos 62 y 64 del C.C.A., y el artículo 313 del C.P.C.

La notificación del acto debe ser hecha antes de que venza el plazo de caducidad de la acción para que el mismo surta sus efectos jurídicos. En apoyo de su tesis trae a colación jurisprudencia del Tribunal.

2o. Nulidad de la Actuación.

A partir del traslado de cargos, por cuanto no se hizo entrega al establecimiento de crédito de la copia del informe (expediente), tal como lo prescribe el artículo 22 del decreto 444/67. Adicionalmente, y dado que el cargo en mención fue propuesto en la vía gubernativa, era menester que en el trámite de la misma se hubieran resuelto las nulidades

en forma incidental, lo cual no se hizo, y condujo a que se decidiera de fondo con la pretermisión de etapas sin las cuales se carecía de competencia. Así mismo, y dado que las nulidades tampoco fueron decididas en la parte resolutiva, se violaron los artículos 35 y 59 del C.C.A.

3o. El principio de la favorabilidad:

Se vulneró el aludido principio, pues a la fecha de la apertura de la investigación, el artículo 1 de la resolución 12/77, había sido subrogado por la resolución No. 47/83, motivo por el cual para ese entonces había desaparecido la obligación de registrar el reintegro de divisas en la Oficina de Cambios.

Sostiene sin embargo, que más que la violación de este principio, la Superintendencia incurrió en falsa motivación y desviación de poder por cuanto sancionó a la actora por la omisión de varios requisitos formales que la norma vigente no exigía. Se desconoció igualmente el artículo 3 del C.C.A.

4o. La investigación al señor Rafael Torres Mejía en los Actos Acusados:

Se omitió tomar decisión alguna en relación con la situación del señor en mención, a pesar deque en los considerandos se le formulan cargos, lo cual, dada la conexidad sustancial que existe entre la conducta del señor Torres y de la actora, acarrea la nulidad de los referidos actos.

5o. Los cargos de las resoluciones acusadas:

De conformidad con la realidad de los hechos, se concluye que las exigencias de la Resolución 12/77 fueron satisfechas por la actora, y que la Superintendencia obró sobre una operación no comprobada, violándose así el artículo 221 del decreto 444/67 que exige la correspondiente demostración para poder imponer la sanción.

Por último, solicita la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones acusadas, solicitud esta que no fue concedida por el Tribunal, tal como se observa a folios 152 a 165.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La apoderada de la parte demandada se opone a las pretensiones de la parte actora en los siguientes términos:

Acerca de la caducidad de la acción, cita jurisprudencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el sentido de que tanto la notificación como los recursos de la vía gubernativa pueden surtirse con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad.

De otra parte, transcribe abundante jurisprudencia de la Corporación de la cual concluye que el acto inicial es el principal y el que define en realidad la situación.

Así mismo, y con base en pronunciamientos de la Corporación, sostiene que la falta de notificación o la notificación irregular no constituyen causal de nulidad o de invalidez de los actos administrativos.

Distingue a su vez la actuación administrativa de la vía gubernativa, tal como lo consagra el C.C.A., y lo han expresado la doctrina y la jurisprudencia, para resaltar que el plazo temporal establecido en la Ley 33/75 se predica del procedimiento administrativo propiamente dicho y del acto que le pone fin, el cual debe ser expedido en término.

En relación con la nulidad planteada por la actora, sostiene que el proceder de la Administración se ajustó a derecho, pues cuando la Ley se refiere a informativo, no se refiere a la totalidad del expediente sino al pliego de cargos, el cual sí fue entregado a la actora, pues además de que el sentido gramatical así lo indica, en la práctica procesal más usual, se observa que sólo en contadísimas excepciones los traslados se surten con la entrega de todo el expediente al interesado, lo cual no se halla previsto en el artículo 222 del Decreto 444/67.

De otra parte, considera que el argumento de la actora recae sobre una formalidad que dada su intrascendencia no da lugar a la violación del derecho de defensa ni a la anulación de acto, pues la sociedad demandante tuvo la oportunidad para controvertir la decisión, como en efecto lo hizo.

Respecto de la violación del principio de la favorabilidad, sostiene que el aludido principio sólo tiene aplicación en material penal, así como lo ha expresado la Corporación.

En relación con la falsa motivación y la desviación de poder, sostiene que las conductas que llevó a cabo la actora fueron llevadas a cabo en vigencia de la Resolución 12/77, pues lo que determina la ley aplicable no es la fecha del auto que ordena la apertura de la investigación sino la fecha en que se sucedieron los hechos, ya que las normas jurídicas regulan las conductas humanas que tengan lugar durante el término de su vigencia y no pueden aplicarse a hechos que tuvieron ocurrencia antes o con posterioridad a su vigencia, salvo el principio de favorabilidad, aplicable sólo a la ley penal.

Acerca de la inexistencia de decisión frente al investigado Rafael Torres Mejía, afirma que no hubo violación de la Ley, pues aun cuando es cierto que no se pudo correr traslado de los cargos al mencionado señor y que tampoco se procedió a su emplazamiento, la razón de ello fue que eran inútiles tales diligencias ante la cercanía del vencimiento del término de caducidad, lo cual en nada afecta la sanción impuesta a la actora, dado que la responsabilidad por infracciones cambiarias es estrictamente personal. Igualmente, al ser estrictamente objetiva, no está prevista la figura del copartícipe o coautor.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1o. Caducidad de la acción:

A juicio del *a-quo,* y con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de fecha 6 de agosto de 1992, expediente No. 4040, Consejero Ponente doctor: Guillermo Chahín Lizcano, el término otorgado por la ley a la Superintendencia de Control de Cambios, comporta la diligencia de notificación del acto que pone fin a la actuación administrativa, y las decisiones ulteriores necesarias para que el acto sancionatorio quede en firme, es decir, que dentro del término de los cuatro años debe producirse el trámite completo de la ejecutoria de la decisión.

Con base en la tesis mencionada, observa el a-quo que "la Superintendencia de Control de Cambios desbordó los límites de su competencia establecida en el artículo 2o. de la Ley 33 de 1975" y por ende los actos acusados son nulos.

A título de restablecimiento del derecho, se ordena la devolución de la multa junto con los intereses legales devengados a partir del 6 de julio de 1990, hasta la ejecutoria de la sentencia; durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria se ordenó el pago de intereses comerciales, y el de interés moratorios después de ese término.

EL RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte demandada, inconforme con la decisión interpone recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

Del texto de los artículos 1 y 2 de la Ley 33/75 no se concluye que el acto de apertura de investigación deba notificarse ni que la resolución que decide de fondo el asunto deba notificarse antes de los 4 años en que caduca la acción. En consecuencia, el término señalado en esta ley se refiere a la decisión sin incluir su notificación ni la expedición y notificación de la resolución del recurso de reposición si éste fuera interpuesto.

En apoyo de su interpretación, aduce sentencias del Consejo de Estado, Sección Primera, de fechas 18 y 26 de julio y 15 de agosto, todas de 1991, al igual que el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 17 de agosto de 1982, Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Así las cosas, y dado que la Resolución 0001 del 3 de enero de 1990, fue proferida dentro del término de los cuatro años que señala la ley 33 de 1975, los actos administrativos impugnados se ajustan a la ley.

En relación con el pago de intereses a favor de la actora, considera el recurrente que se desconoció el texto del artículo 9 de la ley 68 de 1923, que prevé que los créditos a favor del Estado devengan intereses del 12% anual desde el día en que se mente exigibles hasta que se verifique el pago, pues tal norma tiene aplicación correlativamente respecto de los créditos a cargo del Estado.

Con base en las argumentaciones anteriores, solicita el recurrente denegar las súplicas de la demanda y en su lugar confirmar la actuación administrativa.

En subsidio solicita se sirva ordenar el reintegro de la multa impuesta junto con sus intereses a la tasa del 12% anual, de conformidad con el artículo 9 de la ley 68 de 1923.

A su vez, el apoderado de la parte actora adhirió al recurso de apelación interpuesto en el sentido exclusivo de solicitar la corrección de error mecanográfico en que incurrió el fallador en la parte resolutiva, al expresar que declaraba la nulidad de las Resoluciones demandadas "expedidas por la Superintendencia Bancaria", pues la entidad a la cual debe condenar la referida sentencia es a la Superintendencia de Control de Cambios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora reitera todos y cada uno de los argumentos expresados en la demanda y en los alegatos de conclusión, en especial el relativo a la caducidad de la acción.

En relación con lo planteado por el recurrente respecto del pago de "intereses legales", sostiene la actora que la ley 68 de 1923 no es aplicable sino en el evento de que se trate de créditos a favor de la Nación y no en contra, como sucede en la presente oportunidad.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el actor es un comerciante y que desde el día en que procedió a pagar el monto de la multa se ha visto privado de obtener un rendimiento financiero anual muy superior al 12%.

Por último, y dado que otras normas del Código Contencioso Administrativo han previsto el pago de intereses comerciales, no puede concebirse que la devolución de la multa se haga con un interés tan inferior al comercial como lo pretende la demandada.

Con base en lo expuesto, se solicito que en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia se aclare el nombre de la entidad que expidió las Resoluciones anuladas, y que en el numeral 2o., se precise el alcance de la expresión "intereses legales", indicando que se trata de intereses comerciales y confirmándolo en todo lo demás.

En subsidio, solicita se confirme en su totalidad la sentencia recurrida.

El apoderado de la parte demandada reitera sus argumentos expuestos con ocasión de la contestación de la demanda, respecta de la interpretación de la ley 33 de 1975.

Respecto del pago de intereses, sostiene que en razón de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 140 del C.C.A., desapareció del ordenamiento jurídico la norma que servía de base para la liquidación de tales intereses, lo que implica que si desaparece la obligación de reintegrar la suma depositada con intereses, necesariamente desaparecen automáticamente los intereses de mora, y en ese orden de ideas debe revocarse la sentencia recurrida en lo que al punto de intereses se refiere.

En la presente oportunidad procesal el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia planteada se concreta a definir el alcance que debe dársele a los artículos 1 y 2 de la Ley 33/75, y así determinar si ha operado o no la prescripción de la acción contravencional al régimen cambiario, prevista en tales disposiciones.

Prescriben las aludidas normas lo siguiente:

> "Artículo 1o. La acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribirá en cuatro (4) años, y la sanción en ocho (8)
>
> "Artículo 2o.- La prescripción de la acción contravencional al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior se interrumpirá por el auto de apertura de investigación y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción".

Ahora bien, tal como consta en el expediente, el auto que ordenó la apertura de la investigación fue expedido el día 3 de enero de 1986, lo cual significa que los cuatro años de que dan cuenta las normas anteriormente transcritas, y que tenía la Administración para tomar una decisión definitiva, se cumplían el día 3 de enero de 1990.

Para esa precisa fecha del 3 de enero de 1990, y con fin de entender que se había interrumpido cabalmente el término de prescripción de la acción, el acto administrativo que impuso la sanción, debía estar no solamente expedido sino notificado, tal como lo ha entendido, expresado y reiterado la Sala.

En efecto, en providencia del 24 de marzo de 1994, expediente No. 5044, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, entre otros pronunciamientos, la Sala expresó:

> "Considera la Sala que el término de prescripción se interrumpe si el acto administrativo que impone la sanción se expide y notifica dentro del lapso de cuatro (4) años, que la Ley 33 de 1975 prevé para el efecto. Pues no basta que la autoridad administrativa profiera la Resolución sancionatoria dentro del plazo, sino que es necesario que la misma se dé a conocer al interesado a través de la diligencia de notificación, que deberá efectuarse dentro del mismo lapso.
>
> "La notificación tiene por objeto que el interesado se entere del acto administrativo que le resuelve una situación, y hasta tanto se produzca aquélla el acto carece de efectos legales, en otras palabras, es ineficaz. Por ello, tratándose de decisiones administrativos se entiende que hay pronunciamiento real y oportuno cuando éste se ha dado a conocer al interesado, de manera que produzca efecto vinculante, pues antes el administrativo no conoce la voluntad de la Administración y en consecuencia no le es oponible."

Ahora bien, observa la Sala que el acto administrativo en virtud del cual se impuso la sanción a la actora, es decir, la Resolución 0001, de la Superintendencia de Control de Cambios, fue expedido el día 3 de enero de 1990, es decir, dentro del término de los cuatro años previstos en la ley, pero sólo vino a ser notificado, y por ende fue eficaz y oponible al administrado, el día 10 de enero de 1990, fecha para la cual había vencido el término de competencia temporal previsto en la Ley 33/75.

Así las cosas, no comparte la Sala el criterio expuesto por el *a-quo* en el sentido de que para que opere la interrupción de la prescripción, es necesario que dentro del término de los cuatro años, el acto administrativo sancionatorio se encuentre no solamente notificado sino debidamente ejecutoriado, puesto que una cosa es la actuación administrativa que culmina con la notificación del acto inicial, y otra, la vía gubernativa, orientada a producir un nuevo pronunciamiento de la Administración, a través de los recursos contra los actos administrativos, consagrados como mecanismo de protección jurídica de los administrados.

De otra parte, y acerca del acto de notificación de la decisión sancionatoria, la Sala, en providencia del 24 de marzo de 1995, expediente No. 6003, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, expresó:

> "Además, tampoco se comparte el criterio de quienes han sostenido que la diligencia de notificación del acto administrativo forma parte de las actuaciones conocidas como "vía gubernativa" orientadas a producir un nuevo pronunciamiento de la Administración.
>
> "Está contradicho tal criterio con el ordenamiento sistemático dado por el Código –Decreto 01 de 1984– el cual ubicó las "publicaciones - comunicaciones y notificaciones" al final del Capítulo X del Título I relativo a las actuaciones administrativas, precisamente antes de iniciar el Título II que trata de la vía gubernativa que se inicia con la regulación de los recursos.
>
> "Esta disposición del Código Colombiano indica que para el legislador la "notificación" forma parte integrante de la actuación administrativa, a tal punto que, como lo ha dicho varias veces esta Sala, el artículo 48 dispone que sin el lleno de los requisitos previstos no se tendrá por hecha la notificación "...ni producirá efectos legales la decisión".

Así las cosas, se concluye que el acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Control de Cambios, impone una sanción pecuniaria por violación al régimen cambiario, debe ser expedido y notificado dentro del término de prescripción de 4 años, sin que sea indispensable la firmeza del acto administrativo, que como se dejó dicho hace parte de la vía gubernativa.

En este orden de ideas, y demostrado como está que el acto sancionatorio se expidió por fuera del término de prescripción de la acción, se concluye que los actos adminis-

trativos demandados son nulos, tal como lo entendió el Tribunal y lo manifestó en el numeral 1o. de la parte resolutiva de la providencia recurrida, y por ello en lo que a ese punto respecta, la misma será confirmada.

Sin embargo, y dado que le asiste la razón al apoderado de la parte demandante en lo que tiene que ver con el error en la mención de la entidad demandada, se procederá a aclarar que las Resoluciones anuladas provienen de la Superintendencia de Cambios, y así se declarará en el aludido numeral primero de la providencia.

De otra parte, y respecto del argumento de la parte demandada de que no hay lugar al pago de intereses comerciales y moratorios, sino sólo al pago de los legales, pues por un lado, la Ley 68 de 1923 ordena el pago de estos últimos a una tasa del 12%, y por otro, el artículo 140 del C.C.A., en lo que tenía que ver con los intereses comerciales fue declarado inexequible, la Sala observa que no es de recibo, pues el artículo 177 del C.C.A., en su último inciso, prevé que las cantidades líquidas reconocidas en sentencias condenatorias proferidas contra las entidades públicas, "devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término, lo cual significa que por expresa disposición legal, sobre cantidades líquidas de dinero deben pagarse intereses comerciales durante un determinado lapso y los intereses de mora, vencido el término de que da cuenta el citado artículo.

Así las cosas, y si se revisa la providencia recurrida, se concluye que el numeral 2o. de la parte resolutiva en lo que tiene que ver con los intereses comerciales y moratorios, reprodujo, y no podía ser de otra manera, el último inciso del artículo 177 del C.C.A.

De otra parte, y dado que la referida disposición sólo permite el pago de intereses comerciales "durante los seis meses siguientes a la ejecutoria", tampoco es de recibo la solicitud del apoderado de la parte demandante en el sentido de que los olvidados intereses sean devengados a partir del día 6 de julio de 1990, fecha en la cual la demandante procedió a pagar el monto de la multa impuesta, pues, se repite, los intereses comerciales se deben sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia, y por un lapso de seis (6) meses únicamente.

En consecuencia, en lo que respecta a la condena impuesta a título de restablecimiento del derecho, la providencia será confirmada.

En conclusión, y con la aclaración que debe hacerse al numeral primero de la parte resolutiva de la providencia recurrida, la misma 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:

1o. Aclárase el numeral primero de la parte resolutiva de la providencia recurrida, el cual queda expresado en los siguientes términos:

1o. Declárase la nulidad de las resoluciones Nos. 0001 del 3 de enero de 1990 y 00226 del 15 de marzo de 1990, expedidas por la Superintendencia de Cambios.

2o. En lo demás, confírmase la sentencia del 8 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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 Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de la providencia de 24 de marzo de 1995, Exp. 6003, Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA/TÉRMINO PARA SANCIÓN CAMBIARIA-Interrupción **(Salvamento de Voto)**

A mi juicio, el término de prescripción se interrumpió cuando la autoridad competente profirió el acto administrativo contentivo de su decisión de imponer una sanción, independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria. Si el acto administrativo contentivo de la sanción es expedido dentro de los cuatro años previstos por la ley, se interrumpe el término de prescripción, ya que hay una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. Aceptar lo contrario implicaría recortar el término consagrado por el legislador para que la Administración actúe, en ejercicio de su competencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

Referencia: Radicación 5856. Actor: BANCO COLPATRIA S.A. C/ SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS. Providencia aprobada en la sesión del 12 de mayo de 1995. Consejero Ponente Dr. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Con el debido respeto me aparto del criterio mayoritario contenido en la providencia que antecede, por las siguientes razones:

La providencia de la cual discrepo se fundamenta en que la notificación de la sanción aplicada se produjo por fuera del término de prescripción de la acción sancionatoria.

A mi juicio, el término de prescripción se interrumpió cuando la autoridad competente profirió el acto administrativo contentivo de su decisión de imponer una sanción, independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria.

Si el acto administrativo contentivo de la sanción, es expedido dentro de los cuatro años previstos por la ley, se interrumpe el término de prescripción, ya que hay una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. Aceptar lo contrario implicaría recortar el término consagrado por el legislador para que la administración actúe, en ejercicio de su competencia.

La notificación es un mecanismo a través del cual, se hace conocer del afectado, la voluntad de la Administración, pero no es un elemento estructural del acto administrativo y por eso en nuestra legislación positiva la falta de su notificación no está consagrada como causal de su anulación (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo).

Por todo lo anterior, considero que en el caso de autos, como el acto administrativo que impuso las multas fue proferido dentro de los 4 años a que se refiere la ley, la Administración actuó conforme a derecho en este aspecto y la Sala ha debido analizar los demás cuestionamientos hechos por la parte actora y apelante.

CONSUELO SARRIA OLCOS

Fecha: Ut Supra.

DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO/TÉRMINO PARA DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO/SOCIEDAD LIQUIDADA/FORMULARIO PARA DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO

De acuerdo con el art. 595 del Estatuto Tributario y art. 12 del decreto 3101 de 1990 es claro que cuando se liquida una sociedad durante el año, su período fiscal es fraccionado pues se inicia el 1o. de enero y concluye para las sociedades no sometidas a vigilancia estatal, como es el caso de la actora, en la fecha que finaliza la liquidación de conformidad con el último asiento de cierre efectuado en los libros de contabilidad. Tratándose de sociedades que se liquidaron en los años gravables de 1990 y 1991 como se observa, que estas podían presentar sus correspondientes declaraciones tributarias del día siguiente a su liquidación y para tal efecto se "autorizó" habilitar el último formulario vigente prescrito por la Dirección de Impuestos Nacionales.

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD-Comprobación/**DECLARACIÓN POR FRACCIÓN POR AÑO/FORMULARIO PARA DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO/LIQUIDACIÓN DE CORRECCIÓN ARITMÉTICA-**Improcedencia

Como aparece demostrado en el proceso que la sociedad se liquidó con fecha octubre 15 de 1991 según el acta de socios de esta fecha y último asiento de cierre de la contabilidad de la misma fecha (fotocopias autenticadas de la hoja del libro mayor y balances) y balance general suscrito por el Revisor Fiscal; también obra en el expediente fotocopia autenticada de la escritura de venta que acredita la venta de los inmuebles y muebles de propiedad de la actora y fotocopia del oficio mediante el cual la sociedad solicitó la cancelación del Nit, por liquidación de la sociedad y la circunstancia de haber

presentado la declaración de renta por el período comprendido entre 1o. de enero y octubre 15 de 1991, y cancelado el impuesto liquidado. Si bien la sociedad en el formulario de la declaración presentada con fecha octubre 16 de 1991, no expresó en ninguna parte que ésta correspondía a la fracción del año de 1991, de los documentos arrimados al proceso y de las disposiciones legales respectivas, surge con meridiana claridad que dicha declaración corresponde a la fracción del año gravable de 1991, pues ésta se presentó dentro del término señalado en el art. 12 del decreto 3901 de 1990 y la actora podía, utilizar el formulario oficial del año gravable de 1990, para efectos de cumplir con el deber formal de declarar. Por otra parte el contenido de la misma declaración evidencia igualmente que la misma se diligenció teniendo en cuenta la liquidación de la sociedad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5979. Actor: Semillas Cecora Ltda. Impuestos-renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación –Unidad Administrativa Especial– Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas, contra la sentencia de octubre 10 de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad SEMILLAS CECORA LTDA., Nit: 890.704.058-8, para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos y de Aduanas de Ibagué, modificó la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios presentada por la mencionada sociedad por el año gravable de 1990.

ANTECEDENTES:

Mediante la liquidación de corrección aritmética No. 0118 de abril 26 de 1993, la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, modificó la liquidación privada del impuesto incluida en la declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1990, presentada el día 16 de octubre de 1991, en el Banco Cafetero de Ibagué, bajo el número de radicación 0522406002215-8, por cuanto la sociedad actora incurrió en error aritmético en la aplicación de la tarifa, puesto que ésta era del 30% sobre la renta líquida gravable (renglón 30) conforme al artículo 240 del Estatuto Tributario.

Así mismo estableció error aritmético en la sumatoria de las retenciones en la fuente, y no liquidó sanción por corrección por cuanto la declaración inicial era de abril 26 de 1991, radicación 0522407001592-5, y tampoco anticipó para la contribución del restablecimiento del orden público conforme a lo exigido en el Decreto 1070 de abril de 1991.

Contra la anterior liquidación la sociedad recurrió en reconsideración alegando que el impuesto determinado en tal declaración era correcto, y que la misma, no correspondía al año gravable de 1990, sino a la fracción del año (1991) comprendida entre enero 1o. y septiembre 30 de 1991, la que había sido diligenciada y presentada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 595 (literal c) del Estatuto Tributario y 12 del Decreto Reglamentario 3101 de 1990. Que inexplicablemente había incurrido en error mecanográfico en el ítem de las retenciones en la fuente pero que para subsanar esa falla se anexaba el proyecto de corrección a la declaración No. 0522406002215-4 que no modificaba el impuesto a cargo y por ende no generaba sanción, y que no se había liquidado el anticipo por la contribución especial puesto que se trataba de una sociedad disuelta y liquidada.

La División de Recursos Tributarios de la misma Administración a través de la Resolución No. 10069 de diciembre 10 de 1993, decidió el recurso anterior en forma desfavorable a lo pretendido por el recurrente, toda vez que confirmó en todas sus partes la liquidación de corrección aritmética recurrida, al considerar que de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio de agosto de 1993, la sociedad se encontraba activa y que de acuerdo con las declaraciones presentadas por la sociedad por el "año gravable de 1990" se determinaron los hechos establecidos mediante la liquidación de corrección aritmética, siendo inadmisible que la última correspondiera al año gravable de 1991, puesto que no podía desconocerse el principio de las anualidades fiscales.

Así mismo respecto al anticipo liquidado para la contribución especial manifestó que éste no fue determinado en la declaración y tampoco en la corrección de octubre 16 de 1991, razón por la cual el funcionario liquidador la calculó oficialmente en la suma establecida.

Con la decisión anterior se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

El apoderado de la sociedad actora invocó como fundamento jurídico de sus pretensiones las siguientes normas: Artículos 2o., 6o. y 83 de la Constitución Política; literal c) del artículo 565 del Estatuto Tributario; 8o. y 12 del Decreto 3101 del 28 de diciembre de 1990, y 85 del Código Contencioso Administrativo.

En el concepto de violación el libelista expresó que:

Los actos administrativos demandados infringen el artículo 12 del Decreto 3101 de 1990, porque su representado estaba cumpliendo con el deber de presentar declaración por "liquidación" en el año de 1991, utilizando el formulario del año gravable de 1990, tal como lo autorizaba esta disposición en concordancia con el literal c) del artículo 565 del Estatuto Tributario.

Tal declaración pertenece a la fracción del año gravable de 1991, prueba de ello es la desaparición del patrimonio declarado a 31 de diciembre de 1990, en la suma de

$71.399.000, por venta que se hizo el 31 de junio. Así mismo no se puede desconocer el valor total que le fue retenido a la sociedad en la fracción del año de 1991, en la suma de $1.065.000, según la corrección efectuada a la declaración de la fracción del año de 1991.

Por el año gravable de 1990, la sociedad no presentó corrección como lo pretende hacer ver la Administración, es decir que sólo presentó una y definitiva declaración bajo el No. 0522407001592-5.

Por falta de aplicación se violó el artículo 2o. de la Constitución Nacional al confiar a un computador la situación tributaria del contribuyente, con lo cual se eludió la responsabilidad del Estado de proteger los bienes y demás derechos de la sociedad contribuyente.

Y, los artículos 6o. y 83 de la Constitución, al no revisar cuidadosamente la declaración, y los argumentos y pruebas presentados con el recurso de reconsideración, pasando por alto el principio constitucional de la buena fe.

LA PARTE OPOSITORA:

Propuso excepción por inexactitud, incapacidad o indebida representación del demandante, porque el señor Álvaro Fuentes Sánchez quien otorgó poder al Dr. Horta Triana para que representara judicialmente a la sociedad, no es la persona que jurídicamente representa a la sociedad puesto que una vez disuelta y liquidada la sociedad la representación recae en cabeza de los socios.

Respecto a los cargos de violación manifestó la apoderada de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué que su representada no violó el artículo 12 del Decreto 3101 de 1990, porque la declaración que sirvió de base a la corrección aritmética indica claramente que corresponde al año gravable de 1990, y que en la misma no existe ninguna indicación que haga suponer que se trata de una declaración por fracción del año gravable de 1991. Si ello era así, debió tacharse el indicativo del año gravable de 1990, y consignar año gravable de 1991, para habilitar el formulario.

No existe violación de las normas constitucionales por cuanto la Administración se ciñó a lo dispuesto en las normas que regulan el procedimiento para la corrección aritmética de las declaraciones, sin que la sociedad hubiera desvirtuado el error detectado con oportunidad del recurso gubernativo, oportunidad en la cual no se presentaron todas las pruebas que ahora se allegan a la demanda contenciosa, por lo que no puede considerarse que haya actuado de mala fe, puesto que la carga de la prueba le correspondía a la sociedad contribuyente.

Que la sociedad demandante no actuó tan de buena fe como lo pregona, porque el 16 de octubre de 1991, según Acta No. 076 la Junta de Socios, aceptó y aprobó el inventario final de liquidación y se hizo la partición de bienes, que se registró en la Cámara de Comercio sólo hasta el 18 de mayo de 1992, es decir, que se debía liquidar impuestos

por 10 meses del año de 1991, y no por 9 como lo manifiesta el contribuyente, lo que demuestra una evasión de impuestos que su representada no detectó oportunamente.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

El Tribunal Administrativo del Tolima declaró no probada la excepción propuesta y se pronunció de mérito acogiendo las súplicas de la demanda.

Respecto a la excepción manifestó que la Administración en el proceso guberantivo no formuló reparo alguno acerca de la representación de la sociedad, circunstancia por la cual estimó inadmisible tal objeción. Además, señaló que encontrándose liquidada la sociedad cualquiera de los socios podía asumir la representación del ente social para efectos de entablar la acción contenciosa.

Con relación al aspecto de fondo, el Tribunal consideró que la Administración desconoció el artículo 12 del Decreto 3101 de 1990, al no aceptar que la declaración que sirvió de base a la corrección aritmética correspondía al año de 1991, no al año de 1990, puesto que aquella coincidía con la fecha del acta de liquidación de la sociedad.

Puso de manifiesto que la sociedad en oficio de agosto 15 de 1991, comunicó a la Administración sobre la disolución y liquidación de la sociedad en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 847 del Estatuto Tributario y que por ello no era válido que la Administración hubiera considerado la declaración del año gravable de 1991, como una corrección del año gravable de 1990, máxime cuando en ésta se declaraba un patrimonio de cero frente a $71.000.000 declarado en la inicial.

Concluyó que el sólo argumento de que no se dijo en forma expresa que se trataba de una declaración de renta por fracción del año de 1991, no era suficiente para desconocer los hechos y la situación especial de la sociedad, al declarar por fracción de año, para lo cual el artículo 12 del Decreto 3101 de 1990, había habilitado el último formulario vigente prescrito por la Dirección de Impuestos Nacionales y que era el divulgado para el ejercicio fiscal inmediatamente anterior, es decir, el de 1990.

LA APELACIÓN:

La apoderada judicial de la entidad demandada solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar confirmar los actos administrativos acusados, para lo cual se apoya en los artículos 29 de la Constitución Nacional, 697, 698, 699, 240, 644, 646 y 701 del Estatuto Tributario, y Decreto 1071 de abril de 1991, y demás normas concordantes.

Observó que la sentencia del Tribunal riñe con la realidad fiscal que surge de los antecedentes administrativos.

Por lo que debe aclarar que por el año de 1990, la sociedad presentó su declaración en abril 26 de 1991, y que corrigió en octubre 16 del mismo año, y que sobre ésta su

representada practicó la liquidación oficial de corrección aritmética de acuerdo con las normas legales. Que por la fracción del año gravable de 1991, la sociedad cumplió con la obligación de declarar el día 1o. de julio de 1993, radicación No. 0522402004056-4, razón por la cual señala que no entiende porqué se pretende tomar como una sola declaración, los denuncios correspondientes a dos vigencias fiscales diferentes.

Así mismo destaca que la declaración por fracción del año gravable de 1991, se presentó tres meses después de haber notificado la liquidación de corrección aritmética correspondiente al año gravable de 1990, por lo que es inadmisible que pretenda corregir una declaración fuera del término de los dos años señalados para el efecto.

Por otra parte señala que no puede aceptarse que un denuncio fiscal fue habilitado porque no había formulario para 1990, puesto que a éste le está vedado alterar o complementar los *ítems* de los formularios oficiales de las declaraciones tributarias y la Administración está impedida para valorar o reconocer el mérito de las mismas, según lo expone sentencia del Consejo de Estado de noviembre 6 de 1992.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia se contrae a determinar la procedencia de la corrección aritmética efectuada por la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, respecto de la declaración tributaria bajo el No. 0522406002215-4 de octubre 16 de 1991, toda vez que para la sociedad actora tal corrección no se ajusta a derecho por cuanto la declaración corresponde a fracción del año de 1991, y por ende no existe error aritmético en la determinación del impuesto (aplicación de tarifa), mientras que para la entidad demandada tal declaración corresponde a una corrección de la declaración del año gravable de 1990, y por lo tanto, se configuran los errores aritméticos que se establecieron a través de la liquidación oficial de corrección aritmética.

Al respecto la Sala observa, que la sociedad actora por el año gravable de 1990, presentó declaración del impuesto de renta y complementarios, en formulario oficial radicado bajo el No. 0522407001592-5 de fecha abril 26 de 1991, presentada en el Banco Cafetero Sucursal de la ciudad de Ibagué, en la cual determinó su impuesto a cargo en la suma de $535.000.

Posteriormente, con fecha octubre 16 de 1991, la sociedad actora presentó otra declaración en formulario correspondiente al año gravable de "1990" en la cual se observa incremento en el impuesto a cargo, pues se fijó esta vez en la suma de $1.960.000 (impuesto de renta y ganancias ocasionales), el patrimonio líquido pasó de $71.399.000 a cero, y las ganancias ocasionales de cero a $95.000.000.

Con base en esta última declaración fue que la Administración efectuó la corrección aritmética que da cuenta la liquidación oficial de corrección aritmética No. 0118 de abril 26 de 1993, partiendo del supuesto que la anterior declaración correspondía a una corrección de la declaración del año gravable de 1990, pues evidentemente el formulario corresponde al año gravable de 1990.

Pero la Sociedad con oportunidad del recurso de reconsideración le aclaró a la Administración que la declaración presentada con fecha octubre 16 de 1991, no era una corrección a la declaración de renta del año gravable de 1990, sino que la misma correspondía a la declaración por fracción del año gravable de 1991, comprendida entre el 1o. de enero y el 30 de septiembre de 1991, como quiera que la sociedad se había liquidado con fecha octubre 15 de 1991, según acta de socios No. 076 por la cual se aceptó y aprobó el inventario final de liquidación, y que por esta circunstancia había presentado y diligenciado la correspondiente declaración siguiendo los lineamientos expuestos en los artículos 595 (literal c) del Estatuto Tributario y 12 del Decreto 3101 de 1990.

Disposiciones que textualmente prescriben:

"Artículo 595. Período Fiscal cuando hay liquidación en el año. En los casos de liquidación durante el ejercicio, el año concluye en las siguientes fechas:

".....

".....

"c) Personas jurídicas no sometidas a la vigilancia estatal, sociedades de hecho y comunidades organizadas: En la fecha en que finalizó la liquidación de conformidad con el último asiento de cierre de la contabilidad; cuando no estén obligados a llevarla, en aquélla en que terminan las operaciones, según documento de fecha cierta".

"Artículo 12. Las declaraciones tributarias de las personas jurídicas y sociedades asimiladas a éstas, así como las sucesiones por causa de muerte, que se liquidaron durante los años de 1990 y 1991, podrán presentarse a partir del día siguiente a su liquidación y a más tardar en las fechas de vencimiento indicadas para el grupo de contribuyente o declarantes del año gravable correspondiente al cual pertenecerían de no haberse liquidado. Para este efecto se habilitará el último formulario vigente prescrito por la Dirección General de Impuestos Nacionales".

De acuerdo con estas disposiciones es claro que cuando se liquida una sociedad durante el año, su período fiscal es fraccionando, pues se inicia el 1o. de enero y concluye, para el caso de las sociedades no sometidas a vigilancia estatal, como es el caso de la sociedad actora, en la fecha en que finaliza la liquidación de conformidad con el último asiento de cierre efectuado en los libros de contabilidad. Tratándose de sociedades que se liquidaron en los años gravables de 1990 y 1991, como se observa, se estableció que éstas podían presentar sus correspondientes declaraciones tributarias a partir del día siguiente a su liquidación y para tal efecto se "autorizó" habilitar el último formulario vigente prescrito por la Dirección de Impuestos Nacionales.

Aparece demostrado en el proceso que la sociedad se liquidó con fecha octubre 15 de 1991, según acta de socios No. 076 de esta fecha y último asiento de cierre de la

contabilidad de la misma fecha (fotocopia autenticada de la hoja del libro mayor y balances) y balance general suscrito por el Revisor Fiscal, así mismo, se evidencia que dicha acta fue inscrita en el Registro Mercantil según certificado de la Cámara de Comercio de Ibagué (fls. 55 a 63).

También obra en el expediente fotocopia autenticada de la escritura de venta No. 3.510 de junio 5 de 1991, que acredita la venta de los inmuebles y muebles de propiedad de la sociedad actora y fotocopia autenticada del oficio enviado a la Administración de Impuestos de Ibagué con fecha diciembre 9 de 1991, mediante el cual la sociedad solicitó la cancelación del Nit, por liquidación de la sociedad, y la circunstancia de haber presentado la declaración de renta por el período comprendido entre el 1o. de enero y octubre 15 de 1991, y cancelado el impuesto liquidado.

Todo lo anterior, permite a la Sala concluir que si bien la sociedad en el formulario de la declaración presentada con fecha octubre 16 de 1991, no expresó en ninguna parte, que ésta correspondía a la fracción del año de 1991, de las pruebas arrimadas al proceso y de las disposiciones arriba transcritas, surge con meridiana claridad que dicha declaración corresponde a la fracción del año gravable de 1991, pues ésta se presentó dentro del término señalado en el artículo 12 del Decreto 3901 de 1990 y contrario a lo que sostiene la apoderada de la Nación, la actora podía, como en efecto lo hizo, utilizar el formulario oficial del año gravable de 1990, para efectos de cumplir con el deber formal de declarar.

Por otra parte, el contenido de la misma declaración, evidencia, igualmente, que la misma se diligenció teniendo en cuenta la liquidación de la sociedad, pues en ella no existe valor alguno por concepto de patrimonio, y se declara por concepto de ganancias ocasionales la suma de $95.000.000, que corresponde, obviamente, a la utilidad obtenida por la sociedad en la venta de los activos inmuebles y muebles.

Respecto a la declaración presentada por la sociedad actora con fecha julio 3 de 1993 (fl. 105 c.p.), ésta corresponde a la corrección efectuada a la declaración por fracción del año de 1991, de octubre 16 de 1991, de conformidad con el artículo 8o. de la Ley 84 de 1988 y 63 de la Ley 6a. de 1992, no a la declaración por fracción del año de 1991, como lo pretende hacer ver la apelante, la cual fue presentada por la sociedad precisamente como consecuencia de alguno de los errores detectados por la Administración al verificar las operaciones aritméticas, concretamente en el ítem relacionado con las retenciones en la fuente.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal en cuanto que declaró la nulidad de la operación administrativa acusada debe ser confirmada, ya que como ha quedado establecido contrario a lo que sostiene la apelante, no se ciñó a las disposiciones legales que le sirvieron de fundamento, puesto que no obstante que la sociedad demostró los hechos alegados persistió en considerar que la sociedad había aplicado indebidamente la

tarifa del impuesto de renta, pasando por alto que se trataba de una declaración por fracción del año gravable de 1991, y que por ende el impuesto es proporcional a la fracción del año correspondiente.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

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

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario.

FACTURA-No expedición/**DOCUMENTO EQUIVALENTE A FACTURA**-No expedición/**ACTA DE INSPECCIÓN POR FACTURACIÓN/PRUEBA TESTIMONIAL**-Ineficacia

El acta levantada por los funcionarios comisionados para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 615 y 616 del Estatuto Tributario, constata que visitados los 4 puntos de venta, se verificó que al cliente no se le entrega factura, ni documento equivalente, y que sólo se elabora una factura general en cada punto de venta, registrando la totalidad de las ventas diarias y que, indagados tanto el asesor tributario como los empleados informaron que al cliente no se le entrega factura ni documento equivalente y se anexa fotocopia de la factura del punto de venta No. 1 en la cual se registra la venta total del día. Entonces si la sociedad no sólo admitió no entregar el original de la factura al cliente, invocando costumbre mercantil, sino que alegó que tal conducta no estaba tipificada como infractora en la ley tributaria, la prueba contable pedida y la inspección tributaria resultaban inconducentes para probar la entrega de factura al cliente. Tampoco era viable para el efecto, la rectificación de los empleados de la sociedad sobre las aseveraciones hechas con anterioridad ante los funcionarios de impuestos, con el testimonio de otra empleada, en razón del vínculo de dependencia que existe entre la sociedad como patrono y los empleados que hace que el testimonio por ellos rendidos era insuficiente para probar en contra de la verificación de los mismos hechos, realizada por funcionarios oficiales y admitida por los empleados en el sentido de "no entregar factura al cliente".

EXPEDICIÓN DE FACTURA-Concepto/**DOCUMENTO EQUIVALENTE**-Expedición/**FACTURA**-Expedición/**DOCUMENTO EXTERNO PARA COMPRADOR**

El contexto literal del artículo 23 del Decreto 2503 de 1987 permite inferir que, expedir una factura o documento equivalente exige no sólo su elaboración, sino primordialmente, la entrega del original al comprador del bien enajenado o del servicio prestado, aseveración que se deduce no sólo de las expresiones "...conservar la copia por cada una de las operaciones que realicen..."; "para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta"; y "la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica constituye el documento equivalente a la factura...:" que implican la entrega al comprador o usuario del servicio de la respectiva factura o documento equivalente, sino de la misma acepción del término "expedir" que conforme al diccionario de la Real Academia Vigésima Primera Edición 1992, indica "...4. Remitir, enviar mercancías, telegramas, pliegos, etc.". Adicionalmente, si el término "expedir" no implicara la entrega del documento elaborado carecerían de efecto otras normas del Estatuto Tributario como la referida el premio fiscal, concurso en el cual es imprescindible que al comprador del bien o el usuario del servicio se le haya entregado el documento. Así mismo es necesaria la entrega de tal documento a otros comerciantes pues este será el documento externo que permita el registro de sus operaciones de compra y de ser el caso, el descuento del impuesto a las ventas pagado.

SANCIÓN POR NO EXPEDIR FACTURA-Base

Observadas las facturas que con ocasión de la respuesta al pliego de cargos envió la sociedad a la Administración, se observa que en su mayoría corresponden a ventas por el sistema de clubes, que no objetó la Administración, y no a las ventas de contado sin facturar individualmente, que son las que configuraron la base de imposición de la sanción, como se precisa en el acta de comité. Así cuando la administración aplica la tarifa del 10 sobre el monto de las ventas de contado, sobre las cuales no expidió la sociedad factura al cliente, se ajustó al artículo 65 del decreto 2503 de 1987.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente No. 6068. Actor: ALMACÉN ESTÁ DE MODA LTDA. Nit 890939635-7. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho. Tribunal Administrativo de Antioquia. Sanción por facturas 1989.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 20 de octubre de 1994, denegatoria de las súplicas de la

demanda en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la sociedad ALMACÉN ESTÁ DE MODA LTDA., Nit. 890939635-7, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín le impuso sanción pecuniaria por no entregar facturas o expedirlas sin observancia del artículo 652 del Estatuto Tributario durante el año de 1989.

ANTECEDENTES

Mediante resolución No. 323 de abril 3 de 1989, el administrador de Impuestos Nacionales de Medellín, designó a dos de sus funcionarios para que constataran el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 615, 617 y 618 del Estatuto Tributario, por parte de la sociedad ALMACENES ESTÁ DE MODA LTDA., para lo cual fueron comisionados por el Jefe de la División de Fiscalización, con oficio No. 04969-1-062-1033 de febrero 9 de 1990.

El acta de verificación de fecha 15 de febrero de 1990 elaborada según lo dispone el artículo 652 del Estatuto Tributario, efectuada por los funcionarios mencionados en la visita que se le practicó a la sociedad en distintos puntos de ventas, deja constancia que la contribuyente no entregó factura, ni documento equivalente, a sus clientes por cada una de las ventas de contado, sólo elaboró una factura resumen en cada uno de los puntos de venta, registrando la totalidad de las ventas diarias, la que utiliza como soporte interno contable y únicamente entrega factura al comprador cuando éste la solicita; pues según su Gerente y a la vez representante legal, es la costumbre comercial en este tipo de negocios, además por razones de costo. En conclusión afirmó que no estaba cumpliendo con la obligación consagrada en los artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario.

Lo anterior llevó que los funcionarios tomaran de los libros auxiliares de contabilidad el valor de las ventas varias de contado de la mercancía gravada por el período enero 2 a diciembre 31 de 1989, las que ascendieron a $28.064.548.

De acuerdo con lo anterior, la Administración expidió el 13 de marzo de 1990 pliego de cargos a la contribuyente, ratificándole la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 615 del Estatuto Tributario.

Oídos los descargos procedió a imponerle multa de $2.806.455 mediante la Resolución 385 del 22 de junio de 1990.

Contra dicha resolución la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, alegando que no fueron visitados todos los puntos de venta y que facturaba y registraba contablemente todas sus ventas.

El recurso fue fallado mediante la Resolución 0049 de mayo 7 de 1991 confirmando el acto recurrido.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Antioquia acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la sociedad actora, al estimar que la Administración, al expedir el acto acusado violó los artículos 29 de la Constitución Nacional, 152 del Código de Procedimiento Civil, 617 y 652 del Estatuto Tributario.

A su juicio el hecho de no entregar la factura al cliente no se contempla como sancionable en el artículo 617 del Estatuto Tributario; la base de la sanción calculada por la Administración contraría el artículo 652 y la Administración, además, desconoció el debido proceso al ignorar las pruebas aducidas por la sociedad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda al considerar que la sociedad no había comprobado haber satisfecho la obligación impuesta en la ley (artículo 615 del Estatuto Tributario) porque, si era cierto que cumplía con tal deber, también estaba en la obligación de conservar copia de la factura para cada una de las operaciones realizadas y no existía entonces justificación para no haberlas presentado a la comisión verificadora.

El dictamen pericial tampoco permitía inferir que se cumplió con tal obligación, pues los peritos sólo se pronunciaron sobre la manera de llevar los libros, registro de las ventas totales y las ventas mes a mes, pero sin ajustarse a las previsiones del artículo 617 del Estatuto Tributario.

No existió violación del debido proceso por no acceder la Administración a la práctica de las pruebas pedidas, dado que las conclusiones de la comisión de verificación se fundaron en la visita efectuada a los puntos de venta y al análisis realizado sobre los libros de contabilidad, entonces resultaba improcedente la prueba de realizar nueva "inspección tributaria" o recibir declaración a una empleada de un punto de venta, que solicitó la sociedad con ocasión del recurso de reconsideración.

LA APELACIÓN

El apoderado de la actora al apelar, expresa inconformidad con la sentencia de primera instancia en cuanto ésta:

Considera que la pretermisión de la práctica de una prueba eficaz y conducente por parte de los funcionarios de impuestos, pedida oportunamente dentro del proceso de discusión del tributo, no entraña la violación del debido proceso.

Desestima las pretensiones de la demanda al dar por incumplida la obligación de expedir facturas por parte de la empresa por cada una de sus operaciones de venta, no obstante que en el experticio contable se demostró todo lo contrario.

Expone sus argumentos, sobre el debido proceso y cita al respecto la sentencia de la Corte Constitucional de 13 de enero de 1993.

Con relación al aspecto de fondo reitera lo alegado en la vía gubernativa y en la primera instancia sobre el contenido de los artículos 615 y 616 del Estatuto Tributario y la conducta infractora. Señala que en ningún momento el acta de visita hace alusión a la falta de requisitos en la expedición de facturas, porque mal podía hacerlo si éstas no existían.

A su juicio el mandato del artículo 653 del Estatuto Tributario que cita la sentencia rige para ambas partes y el Estado es una de ellas. Y la Administración violó dicha norma, al formular el pliego de cargos no sólo por no expedir facturas sino por expedirlas sin los requisitos exigidos por la ley.

Insiste en la suficiencia de la prueba pericial practicada para desvirtuar el acto acusado porque los hechos, en ella descritos son a su juicio tan importantes, como lo son para el juez en el caso de un testigo, indagar acerca de su idoneidad, generales de ley, parentesco o razón del dicho. Si la contabilidad se lleva defectuosamente, mal puede servir de fundamento probatorio. Agrega que dicha prueba, en la hoja No. 4, describe que todas las ventas realizadas en 1989 fueron discriminadas y relacionadas mes a mes, y que las mismas "se encuentran anotadas en facturas numeradas y en orden consecutivo" y que dichos documentos fueron analizados por los peritos y cumplían todos los requisitos de ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demanda, luego de transcribir los artículos 652, 653 y 615 del Estatuto Tributario y de referirse acerca de la obligación de expedir facturas por parte de la actora, de los hechos verificados por la Administración y de su análisis durante la etapa investigativa, alude a la prueba contable presentada, la testimonial solicitada y la inspección practicada para negarle valor para acreditar el cumplimiento de dicha obligación, y concluye que no hubo violación del debido proceso.

En cuanto a la base para aplicar el porcentaje y cuantificar la sanción, afirma que como la contribuyente no desvirtuó ni con ocasión de la visita, ni en la contestación del pliego de cargos, ni en la vía jurisdiccional el incumplimiento del deber de expedir facturas por cada una de las ventas realizadas en el año de 1989, es de entender que no factura ninguna y en consecuencia, de acuerdo con el literal a) del artículo 652 del Estatuto Tributario, correspondía aplicar el 10% al valor de las ventas no facturadas.

Pide se confirme la sentencia apelada.

La actora al alegar de conclusión luego de formular críticas sobre la labor del juez de primera instancia, analiza nuevamente el contenido del artículo 653 del Estatuto Tributario, referido a la obligación de expedir facturas y expone respecto de ella que el Gerente, mal o bien, adujo las explicaciones del caso; no obstante alega que afirmar con

ocasión del recurso de reconsideración, que los funcionarios sólo habían visitado tres (3) de los cuatro (4) puntos de venta, constituye un hecho que nada tiene que ver con las facturas, sino con la impugnación de las pruebas aducidas por ellos para sancionar a la sociedad.

Realmente en el punto de venta No. 4, que no fue visitado por la Administración, era en donde se encontraba centralizada la contabilidad y donde se llevaban todos los documentos soporte de sus operaciones y por ello tal prueba resultaba de singular importancia.

Seguidamente se refiere, tanto a las facturas aportadas como prueba al formular los descargos, como al certificado del contador público, a la prueba pericial practicada y a la prueba testimonial solicitada, que califica de valiosos elementos de juicio que no tuvo en cuenta la Administración como tampoco el Tribunal, desconociendo el mandato del artículo 29 de la Constitución Política.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción no actuó en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son los motivos de inconformidad expuestos por la actora contra la sentencia de primera instancia, y en su orden los analiza la Sala.

1.- Violación del debido proceso

Al considerar el Tribunal irrelevante para efectos de la violación del artículo 29 de la Constitución Política la pretermisión de práctica de unas pruebas eficaces y conducentes por parte de los funcionarios de impuestos.

La prueba pedida se expresa textualmente a página 5a. del memorial de reconsideración (Fl. 062 antecedentes administrativos numeración Recursos Medellín) así:

> "1. Documental: a) Atentamente solicito se tengan como pruebas los documentos que fueron arrimados con el memorial de la sociedad del 10 de abril del presente año, a saber:
>
> – Fotocopias autenticadas de las facturas mencionadas bajo el numeral i, del literal a) de dicho Memorial.
>
> – Certificado expedido por el Contador Público Dr. RODRIGO RUIZ P. sobre la facturación objeto de la glosa y sobre su contabilización.
>
> "b) Acompaño nuevo certificado de la Cámara de Comercio de Medellín sobre existencia y representación de la Sociedad y sobre personería de su representante legal.

"c) Acompaño el poder que en debida forma me fue conferido por el Representante legal de la Sociedad actora.

2. Testimonial: Ruego a Uds. se sirvan llamar su Despacho a la señorita Dolly Margot Botero, quien se consigue en el punto de venta No. 4 (Centro Comercial Bellocentro, local 116, teléfono 275-9326), para que bajo juramento atestigüe si su almacén fue visitado por los funcionarios que suscribieron el Acta de Constatación, y cuando.

"3. Inspección Tributaria: Solicito se practique una Inspección Tributaria a los Libros de Contabilidad y Comprobantes de la Sociedad, localizados en la Carrera 51 No. 49-31, Ofna. 301, Itagüí, Tel. 277-4902, para que allí se constate si las ventas correspondientes al año de 1989 fueron o no facturadas en su totalidad."

El anterior acervo probatorio, pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, que impuso una sanción, según se afirma en el pliego de cargos: "por no expedir factura o expedirlas sin los requisitos".

El acta de 15 de febrero de 1990, levantada por los funcionarios comisionados para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 615 y 616 del Estatuto Tributario, constata que visitados los 4 puntos de venta, se verificó que al cliente no se le entrega factura, ni documento equivalente, y que sólo se elabora una factura general en cada punto de venta, registrando la totalidad de las ventas diarias (Fl. 008 cdno. antds.) y que, indagados tanto el asesor tributario como los empleados informaron que al cliente no se le entrega factura ni documento equivalente y se anexa fotocopia de la factura 03406 de diciembre 30 de 1989, punto de venta No. 1, en la cual se registra la venta total del día, acta que según se evidencia a folio 010 del cuaderno de antecedentes fue firmada ante un testigo por los funcionarios y por otra persona por el contribuyente sin objeción ni atestación alguna.

Entonces si la sociedad no sólo admitió no entregar original de la factura al cliente, invocando costumbre mercantil, sino que alegó que tal conducta no estaba tipificada como infractora en la ley tributaria, la prueba contable pedida y la inspección tributaria resultaban inconducentes para probar la entrega de factura al cliente.

Tampoco era viable, para el efecto, la rectificación de los empleados de la sociedad sobre las aseveraciones hechas con anterioridad ante los funcionarios de impuestos, como el testimonio de otra empleada, en razón del vínculo de dependencia que existe entre la sociedad como patrono y los empleados que hace que el testimonio por ellos rendidos sea insuficiente para probar en contra de la verificación de los mismos hechos, realizada por funcionarios oficiales y admitida por los empleados en el sentido de "no entregar factura al cliente".

Adicionalmente las copias de las facturas expedidas no fueron exhibidas a los funcionarios de la Administración, y las allegadas con oportunidad de la contestación al pliego de cargos folios, 17, 19, 20, 21, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38,

39 y 41, se refieren a las ventas por el sistema de clubes, que no fueron las glosadas por la Administración, detectándose de la relación presentada por el actor a Fl. 043 de los antecedentes administrativos una sola factura por venta de contado por almacén, hecho que permite deducir que se trata de factura resumen.

En tales condiciones no era necesario entrar a recibir la prueba testimonial, ni el peritazgo para controvertir el hecho afirmado por la Administración: no entregar facturas a cliente.

Tampoco sobre tal hecho puede certificar el contador público, pues en primer lugar, su función es únicamente la de dar fe sobre los registros que aparecen en los libros del contribuyente y en segundo lugar, no era posible que estuviera simultáneamente en los 4 puntos de venta, para constar la entrega de la factura o la no entrega de esta porque el cliente no esperó o rehusó recibirla.

De otra parte la atestación que hace el contador en el certificado expedido acerca de haber encontrado que las ventas de la sociedad se hallaban registradas en las facturas expedidas por la misma, es tan general que bien puede referirse a las ventas por el sistema de clubes como a la factura resumen de ventas diarias por establecimiento.

En estas circunstancias no puede alegarse violación del debido proceso.

2.- La conducta sancionada

La obligación de expedir facturas, establecida en el Código de Comercio fue consagrada de manera específica para efectos tributarios en el artículo 23 del Decreto 2503 de 1987, así:

> **"Artículo 23. Obligación de expedir facturas.**
>
> "Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a estas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma, por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.
>
> "Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por esta.
>
> "Para los comerciantes minoristas o detallistas, que cumplan con las condiciones que se señalan a continuación, el documento equivalente será el comprobante interno en virtud del cual se registren global o individualmente las operaciones diarias:

"a) Que no estén constituidos como sociedad.

"b) Que sus ingresos netos provenientes de su actividad comercial en el año fiscal inmediatamente anterior no excedan de siete millones de pesos ($7.000.000).

"c) Que su patrimonio bruto en el año inmediatamente anterior no sea superior a diecinueve millones quinientos mil pesos ($19.500.000).

"d) Que no tengan más de dos establecimientos de comercio.

"Parágrafo 1.- Quienes sin tener la calidad de comerciantes enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, solamente deberán expedir factura o documento equivalente cuando la cuantía de la operación sea superior a cien mil pesos ($100.000).

"Parágrafo No. 2.- No se requerirá la expedición de factura o documento equivalente, cuando se trate de la enajenación de activos fijos, o de operaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, y demás entidades señaladas por el Gobierno Nacional."

El contexto literal de la norma permite inferir que, expedir una factura o documento equivalente exige no sólo su elaboración, sino primordialmente, la entrega del original al comprador del bien enajenado o del servicio prestado, aseveración que se deduce no sólo de las expresiones "... conservar la copia por cada una de las operaciones que realicen...:"; "para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta"; y "la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica constituye el documento equivalente a la factura...:" que implican la entrega al comprador o usuario del servicio de la respectiva factura o documento equivalente, sino de la misma acepción del término "expedir" que conforme al diccionario de la real Academia Vigésima Primera Edición 1992, indica "...4. Remitir, enviar mercancías, telegramas, pliegos, etc."

Adicionalmente, si el término "expedir" no implicara la entrega del documento elaborado carecerían de efecto otras normas del Estatuto Tributario como la referida al premio fiscal, concurso en el cual es imprescindible que al comprador del bien o el usuario del servicio se le haya entregado el documento. Así mismo es necesaria la entrega de tal documento a otros comerciantes pues éste será el documento externo que permita el registro de sus operaciones de compra y de ser el caso, el descuento del impuesto a las ventas pagado.

En conclusión no puede pretenderse que se cumplió con la obligación impuesta por el artículo 615 del Estatuto Tributario por la simple circunstancia de elaborar una factura, pues la expedición de la misma exige su entrega al cliente.

Que no entregó las facturas al cliente, es hecho que verificaron los funcionarios de la Administración, que corroboraron los empleados de la firma y que admitió la propia

contribuyente en el memorial del recurso de reconsideración, página 3, folio 0044 antecedentes administrativos, cuando expresa:

> "i.i.i.- Bajo el literal c) se menciona que la explicación dada por los empleados del Almacén consistió en que "Por costumbre comercial de este tipo de negocios no se entrega factura a todos los clientes; a aquel que la solicita se le entrega."
>
> "A este respecto, debo anotar que en verdad hay ocasiones en que el cliente no espera la factura y en tal caso, como es natural, mal podría entregársele. Sin embargo, no encontramos disposición legal alguna que indique que la factura debe necesariamente ser entregada al cliente, así este no desee recibirla. Mal podría entonces, sancionásemos por no cumplir con una disposición que no encontramos en la ley."

3.- Determinación de la base gravable.

Observadas las facturas que con ocasión de la respuesta al pliego de cargos envió la sociedad a la Administración, como antes se anotó, se observa que en su mayoría corresponden a ventas por el sistema de clubes, que no objetó la Administración, y no a las ventas de contado sin facturar individualmente, por valor de $8.064.548, que son las que configuraron la base de imposición de la sanción, como se precisa en el acta de comité que obra a folios 72 y 73 del cuaderno de antecedentes.

Así, cuando la Administración aplica la tarifa del 10% sobre el monto de las ventas de contado, sobre las cuales no expidió la sociedad factura al cliente, se ajustó al artículo 65 del Decreto 2503 de 1987.

Por todo lo anterior, no encuentra la Sala fundamento legal para darle prosperidad al recurso de apelación interpuesto y por lo tanto se confirmará la sentencia recurrida.

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.- **CONFÍRMASE** la sentencia del 20 de octubre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio 916.552.

2) **RECONÓCESE** personería a la doctora Patricia del Pilar Romero Angulo a términos del poder que obra a folio 145 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

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

MANDAMIENTO DE PAGO-Naturaleza/**ACTO ADMINISTRATIVO**-Inexistencia/ **PLAZO LEGAL EN DÍAS**-Cómputo/**DÍA INHÁBIL/TÉRMINO LEGAL**

El mandamiento de pago, de acuerdo con lo previsto en el artículo 835 del Estatuto Tributario, no constituye un acto administrativo demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En el *sub-lite* se presentó una "indebida acumulación de pretensiones", toda vez que, en relación con las resoluciones demandadas no se reunieron los requisitos consagrados en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, debido a que, el mandamiento de pago no es un acto administrativo demandable ante esta jurisdicción, como sí lo son las resoluciones a través de las cuales la Administración falló las excepciones y ordenó llevar adelante la ejecución. Teniendo en cuenta que el día 11 de diciembre de 1994, fue festivo, y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 del C.R.P. y M., el plazo en este caso se extiende al primer día hábil, en este caso la demanda, presentada el día 12 de diciembre de 1994, lo fue dentro del término de los cuatro (4) meses consagrados en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y por lo tanto, no se configuró la alegada caducidad de la acción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 7039. Apelación auto de enero 26 de 1995 del Tribunal Administrativo de Risaralda. Actor: Industrias Garma Ltda. AUTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la parte actora contra el auto proferido el 26 de enero de 1995 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se inadmitió la demanda presentada.

ANTECEDENTES

La sociedad Industrias Garma Ltda., mediante apoderado, demandó la nulidad de las resoluciones números 10137 de abril 6, 10007 de junio 9 y 10010 de julio 27 de 1994, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, mediante las cuales se libró orden de pago a la sociedad actora por concepto de Ventas-Retefuente correspondiente a los períodos de 1989, 1990 y 1991 en la suma de $21.059.300.00, se negó la excepción formulada por el representante legal de la actora y se ordenó seguir adelante la ejecución y, se negó el recurso de reposición, ordenándose seguir adelante la ejecución, respectivamente.

LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda inadmitió la demanda por considerar, con fundamento en lo establecido en el artículo 835 del Estatuto Tributario, que la misma contenía una "indebida acumulación de pretensiones", ya que el mandamiento de pago no es materia posible de juzgamiento para la jurisdicción contenciosa.

Por otra parte, y en cuanto a la resolución No. 10010 de 27 de julio de 1994, notificada personalmente al representante legal de la actora el 11 de agosto de 1994, señaló que para la fecha de presentación de la demanda (diciembre 12 de 1994) había transcurrido el término de caducidad de la acción, imponiéndose por ello el rechazo de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la sociedad actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la providencia anterior, y lo sustentó argumentando, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que "si bien es cierto que se debió proponer como pretensiones principales la acción de nulidad contra la resolución 10137 de abril 6 de 1994, la resolución No. 10007 de junio 9 de 1994 y la 10010 de julio 27 *ibídem*, estas no quitan el carácter original que impetra el apoderado de la parte demandante, pues se está buscando que se restablezca un derecho conculcado ya que el propósito final es que se acepte a la sociedad Industrias Garma Ltda. como la entidad que canceló oportunamente sus pagos ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales".

En relación con la alegada caducidad de la acción señaló, con base en la providencia del Consejo de Estado de noviembre 27 de 1993, que la demanda en cuestión fue presentada dentro del término de caducidad de la acción, el día 12 de diciembre de 1994, toda vez que, como la notificación de la resolución No. 10010 se realizó el 11 de agosto

de agosto de 1994 y el día 11 de diciembre era festivo, se prolongó para el día siguiente, esto es, el 12 de diciembre de 1994.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, la apoderada de la Administración solicitó la confirmación del auto apelado y afirmó, con fundamento en lo establecido en los artículos 82 del Código de Procedimiento Civil y 835 del Estatuto Tributario, que como el mandamiento de pago no constituye un acto administrativo sujeto a la revisión por parte de la jurisdicción contenciosa, hizo bien el Tribunal al haber rechazado la demanda.

El apoderado de la sociedad actora dentro de eta oportunidad procesal señaló que la demanda fue instaurada contra las resoluciones números 10007 y 10010 de junio 9 y julio 27 de 1994, respectivamente, y que "simplemente que por error se pide la nulidad de la resolución que libró mandamiento de pago, es decir la No. 10137 de abril 6 de 1994, pero en el fondo el fin último es la nulidad de la resolución que negó las excepciones".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dentro del *sub-lite*, la parte actora dirigió la demanda contra la resolución No. 10337 de abril 6 de 1994, mediante la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira libró orden de pago a la actora por concepto de Ventas-Retefuente correspondiente a los períodos de 1989, 1990 y 1991 en la suma de $21.059.300.00; y contra las resoluciones números 10007 y 10010 de junio 9 y julio 27 de 1994, a través de los cuales la misma Administración negó la excepción formulada por el representante legal de la actora y ordenó seguir adelante la ejecución y, negó el recurso de reposición ordenando seguir adelante con la ejecución, respectivamente.

Los artículos 82 del Código de Procedimiento Civil y 835 del Estatuto Tributario, establecen que:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

"Artículo 82.- **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, podrá 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.

"..."

ESTATUTO TRIBUTARIO

"Artículo 835 **Intervención del Contencioso Administrativo.**

"Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción." (subrayas fuera de texto).

El mandamiento de pago, de acuerdo con lo previsto en el artículo 835 del Estatuto Tributario, no constituye un acto administrativo demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con lo anterior y así como lo señaló el *a-quo,* dentro del *sub-lite* se presentó una "indebida acumulación de pretensiones", toda vez que, en relación con las resoluciones demandadas no se reunieron los requisitos consagrados en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, debido a que, como ya se dijo, el mandamiento de pago no es un acto administrativo demandable ante esta jurisdicción, como sí lo son las resoluciones números 10007 y 10010 de junio 9 y julio 27 de 1994, a través de las cuales la Administración falló las excepciones y ordenó llevar adelante la ejecución.

El Tribunal encontró caducada la acción, argumentando que para la fecha de presentación de la demanda (diciembre 12 de 1994), había transcurrido el término de los cuatro meses a que se refiere en artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, porque la resolución No. 10010 había sido notificada personalmente el día 11 de agosto de 1994.

El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, prevé que:

"Artículo 62.- En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil." (subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta que el día 11 de diciembre de 1994, como lo muestra el calendario, fue festivo, y que de acuerdo con lo establecido en la norma transcrita, el plazo en este caso se extiende al primer día hábil, en este caso la demanda, a diferencia de lo indicado por el *a-quo,* presentada el día 12 de diciembre de 1994, lo fue dentro del término de los cuatro (4) meses consagrados el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y por lo tanto, no se configuró la alegada caducidad de la acción.

De conformidad con lo anterior la Sala procederá a revocar el auto apelado y a admitir la demanda presentada por la parte actora, pero únicamente respecto de las resoluciones demandables ante esta jurisdicción, esto es, las números 10007 y 10010 de junio 9 y

julio 27 de 1994, respectivamente, a través de las cuales la Administración falló las excepciones y ordenó llevar adelante la ejecución.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado, en cuanto inadmitió la demanda.

Admítase la demanda presentada por la parte actora, respecto de las resolución números 10007 y 10010 de junio 9 y julio 27 de 1994, respectivamente, mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira falló las excepciones y ordenó llevar adelante la ejecución.

Se reconoce a la doctora Ivonne Edith Gallardo Gómez como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

CÓPIESE, 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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**DECRETO CON FUERZA DE LEY/ACTO ADMINISTRATIVO**-Inexistencia

Aunque comparto la parte resolutiva de la providencia que antecede, debo aclarar mi voto por cuanto, a mi juicio, respecto del Decreto 1421 de 1993, mediante el cual el Presidente de la República expidió el Estatuto Orgánico de Santa Fe de Bogotá, no es procedente la medida de suspensión provisional, por cuanto dicho decreto no es un acto administrativo, es un acto único con fuerza de ley y de contenido legislativo, expedido por el Gobierno en ejercicio de la facultad emanada directamente del Constituyente de 1991 (art. 41 transitorio) en sustitución del Congreso por no haber expedido el estatuto en el término de dos años, allí previsto. Vista la suspensión provisional, como una institución de rango constitucional cuyo sentido de existir radica en ser un mecanismo de defensa de los derechos de los particulares y de la intangibilidad misma de la Constitución y de las leyes, no puede aplicarse a todos los actos y decretos de de que conozca la jurisdicción bajo unas mismas reglas de procedimiento en una interpretación extensiva de éstas. En este orden de ideas y conforme a la demanda entablada, se destaca la naturaleza del Decreto 1421 de 1993 cuyo contenido es de ley y fue dictado por el Gobierno Nacional en uso de la facultad otorgada por el artículo 41 transitorio de la Constitución de 1991, por una sola vez, para expedir el Estatuto Orgánico del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en consideración a que el Congreso Nacional no expidió la ley correspondiente dentro del término de los dos años que le fijó la Carta. En consecuencia, se trata de un decreto único de contenido legislativo y con fuerza de ley ya que de ordinario correspondía al Congreso expedir el Estatuto del Distrito y

excepcionalmente dicha competencia fue atribuida por una sola vez, al Presidente lo que indica que el Estatuto es inmodificable por el propio Gobierno, de todo lo cual se concluye que no se trata de un acto de naturaleza administrativa. Al efecto se recuerda que los actos administrativos cuando son de carácter general, son modificables por la misma autoridad que los expide.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 7130. Actor: **Fundación Universitaria San Martín** Providencia de 19 de mayo de 1995. Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva.

Aunque comparto la parte resolutiva de la providencia que antecede, debo aclarar mi voto por cuanto, a mi juicio, respecto del decreto 1421 de 1993, mediante el cual el Presidente de la República expidió el Estatuto Orgánico de Santa Fe de Bogotá, no es procedente la medida de suspensión provisional, por cuanto dicho decreto no es un acto administrativo, es un acto único con fuerza de ley y de contenido legislativo, expedido por el Gobierno en ejercicio de la facultad emanada directamente del constituyente de 1991 (art. 41 transitorio) en sustitución del Congreso por no haber expedido el estatuto en el término de dos años, allí previsto.

La institución de la suspensión provisional desde tiempo atrás constituye una de las más valiosas figuras del estado de derecho colombiano, del cual carecen muchos países, en aras de la defensa de la integridad de la Constitución, incluidos los Derechos Humanos, contra los desvíos de la Administración y fue atribuida de manera especial a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En ninguna época le ha dado el constituyente una atribución similar a la Corte Constitucional o antes a la Corte Suprema de Justicia, con relación a las leyes expedidas por el Congreso; por ello mismo no tendría explicación que lo tuviera el Consejo de Estado con relación a los decretos que con fuerza de ley y en sustitución al Congreso, expida el Gobierno en las circunstancias excepcionales que contempla la Constitución.

Vista la suspensión provisional, como una institución de rango constitucional cuyo sentido de existir radica en ser un mecanismo de defensa de los derechos de los particulares y de la intangibilidad misma de la Constitución y de las leyes, no puede considerarse como asunto de trámite o procedimiento que pueda aplicarse a todos los actos y decretos de que conozca la jurisdicción bajo unas mismas reglas de procedimiento en una interpretación extensiva de éstas.

En el Código Contencioso Administrativo de 1984 se refrendó la competencia de los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado para "suspender los actos administrativos (art. 152) y aunque se había considerado que esta facultad tenía como

fundamento constitucional el art. 192 de la derogada Constitución referido a las ordenanzas y a los acuerdos, es lo cierto que la Constitución de 1991 la consagró de manera más precisa como atribución propia y especial de la jurisdicción contencioso administrativa (sin paralelo en la jurisdicción constitucional) para "suspender provisionalmente (...) los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial".

En principio, los actos de cuya constitucionalidad conoce el Consejo de Estado por la competencia atribuida en el numeral 2o. del artículo 237 de la C.P. en su mayoría son de carácter administrativo, pero no obsta para que también conozca de otros en razón de la naturaleza residual de su competencia. Del texto constitucional citado es claro que la facultad de suspenderlos provisionalmente recae sobre los primeros, pero no se extiende a los demás.

En este orden de ideas y conforme a la demanda entablada, se destaca la naturaleza del Decreto 1421 de 1993 cuyo contenido es de ley y fue dictado por el Gobierno Nacional en uso de la facultad otorgada por el artículo 41 transitorio de la Constitución de 1991, por una sola vez, para expedir el estatuto orgánico del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en consideración a que el Congreso Nacional no expidió la ley correspondiente dentro del término de los dos años que le fijó la Carta.

En consecuencia, se trata de un decreto único de contenido legislativo y con fuerza de ley ya que de ordinario correspondía al Congreso expedir el Estatuto del Distrito y excepcionalmente dicha competencia fue atribuida por una sola vez, al Presidente, lo que indica que el Estatuto es inmodificable por el propio Gobierno, de todo lo cual se concluye que no se trata de un acto de naturaleza administrativa. Al efecto se recuerda que los actos administrativos cuando son de carácter general, son modificables por la misma autoridad que los expide.

Las notas características tanto del mecanismo de la suspensión provisional como de la naturaleza jurídica del Estatuto de la ciudad capital conducen a precisar que por no corresponder a un típico "acto administrativo", no puede recaer sobre él la orden de suspensión provisional.

CONSUELO SARRIA OLCOS

Fecha ut supra.

CONTRATO DE SEGUROS-Inexistencia/**RIESGO EN SEGUROS**-Requisitos/**PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO**

La naturaleza de los contratos en el *sub-lite* no corresponde a la del contrato de seguros. En efecto, es de la esencia del contrato de seguros, su aleatoriedad, que exista un riesgo, esto es, una eventualidad, un "suceso incierto que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador", tal como lo estatuyó el artículo 1054 del Código de Comercio. De esta forma, se observa que dicho elemento esencial no se presenta, como quiera que lo que se constituyó fue una póliza de cumplimiento y no la garantía de un riesgo, puesto que el hecho de avalar la reexportación de los bienes importados bajo licencia temporal, garantiza una obligación de hacer que se halla en cabeza del Consorcio Vianini Entrecanales, lo cual en forma alguna puede ser incierta, eventual o aleatoria, ya que por derivarse de un compromiso adquirido, no se encuentra bajo su arbitrio el darle cumplimiento.

FIANZA-Elementos/**CONTRATO DE SEGUROS**-Inexistencia/**BENEFICIO DE EXCLUSIÓN/PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO/OBLIGACIONES A FAVOR DEL ESTADO**-Garantía

Los contratos en discusión además de no gozar de los elementos esenciales del contrato de seguros, presentan características que los identifican con la fianza, ya que no puede desconocerse que son de carácter accesorio habida cuenta que tienen como causa la existencia de una obligación principal de hacer, cuyo cumplimiento caucionan, so pena del pago de una indemniza-

ción. Característica esta que no corresponde al contrato de seguros, el cual es principal, autónomo e independiente. De otra parte no se escapa el hecho de que las compañías accionantes hayan renunciado expresamente al beneficio de excusión, el cual no puede proponerse tratándose de un contrato de seguros, en el que se cauciona un riesgo, sino hallándose en presencia de una fianza, la cual garantiza el cumplimiento o la ejecución de una obligación preexistente. En efecto en las pólizas de cumplimiento, las compañías acogiéndose a lo dispuesto en el art. 288 del decreto 2666 de 1984, que regula los requisitos de la fianza para garantizar cumplimiento de obligaciones a favor de la Nación, renunciaron expresamente al citado beneficio. Ahora bien, el hecho de que en principio la fianza sea de naturaleza gratuita, no impide que pueda pactarse en forma onerosa sin que por ello sea válido afirmar que se trata de un contrato de seguros, ya que las normas que la regulan prevén expresamente que el fiador puede estipular con el deudor, una remuneración pecuniaria por el servicio que presta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 5817 (Acumulados). Actor. Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. "Confianza" y otros. Sanción bancaria.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 6 de julio de 1994, desestimatorio de las súplicas de la demanda, tendientes a obtener la nulidad de la Resolución No. 3391 de 1990, confirmada por las Resoluciones números 066, 067 y 231 de 1991.

ANTECEDENTES

Previa solicitud de explicaciones, la Superintendencia Bancaria mediante la Resolución No. 3391 de 1990, procedió a sancionar a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A. "CONFIANZA", por inobservancia de los artículos 1045 y 1054 del Código de Comercio y de los Decretos 2666 de 1984 y 2377 de 1986, toda vez que la sociedad aseguradora emitió pólizas de seguro de cumplimiento con vigencia retroactiva, sin solución de continuidad cronológica, actuación que fue confirmada por la Resolución No. 067 de 1991, con la cual quedó agotada la vía gubernativa.

De igual forma procedió frente a las compañía Seguros Caribe S.A. y Seguros Alfa S.A., a quienes sancionó por las mismas razones mediante la Resolución No. 3391 de 1990, que fue confirmada por las Resoluciones números 066 de 1991 y 223 del mismo año, las cuales en virtud de la acumulación decretada en primera instancia, también son materia de este juicio.

DEMANDA

El apoderado de la parte actora se opuso a la legalidad de la actuación administrativa, básicamente con los siguientes argumentos:

Sostuvo que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 67 y 55 del Decreto 222 de 1983 y el artículo 288 del Decreto 2666 de 1984, las garantías que otorgan algunas de las compañías de seguros, gozan más del carácter del contrato de fianza, que del contrato de seguro, en atención a que no pueden ser terminados en forma unilateral, son accesorios, el garante puede repetir contra el garantizado en caso que se vea forzado a cumplir con la obligación, la mora en el pago de la prima no produce la terminación de los contratos, el garante puede oponer todas las excepciones que se hallan en cabeza del garantizado, y por lo tanto, la sociedad actora bien podía afianzar la obligación desde cuando nació.

Indicó que fue el mismo Estado quien para conceder la prórroga solicitada, exigió que se constituyera una fianza, sin solución de continuidad cronológica y en la cual la compañía aseguradora renunció al beneficio de excusión, figura típica de la fianza y ajena al seguro.

De otra parte adujo que a pesar de que el plazo contenido en la garantía expedida expiró, la actora continuó obligada frente al Estado, toda vez que en virtud de la naturaleza de la fianza, ésta sólo se extingue con el cumplimiento de la obligación principal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En primer término el apoderado de la Superintendencia Bancaria, criticó el contenido de la demanda por considerar que en ella no se planteó en forma clara el concepto de la violación de las normas legales, solicitó que no se efectuara pronunciamiento en relación con las pretensiones de la misma.

Arguyó que la Dirección General de Aduanas en la Resolución No. 664, se limitó a autorizar la prórroga de la permanencia en el país de la maquinaria y equipos importados temporalmente hasta el 15 de septiembre de 1988, previa renovación de las pólizas respectivas a esa fecha y que en ningún momento ordenó que se expidieran pólizas de seguros, violatorias de las normas legales a que están sujetas, amparando riesgos pasados que no pueden ser asegurados.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Para el Tribunal no fueron de recibo los argumentos esgrimidos en la demanda y por ello denegó las súplicas de la sociedad actora.

A juicio de la mencionada Corporación, el contrato suscrito corresponde a uno de seguros y no de fianza, como lo pretendió la parte actora, por cuanto este último es de carácter accesorio, en cuyo caso no habría certeza sobre cuál es el contrato principal.

En relación con la prórroga de la garantía, estimó que en la Resolución No. 664 de 1988 se autorizó a prorrogar la permanencia de la maquinaria en el país, hasta el 15 de septiembre de 1988, siempre y cuando se renovaran las pólizas correspondientes en forma legal, pero sin ordenar que se ampararan riesgos ya ocurridos.

Sostuvo el *a-quo* que es de la esencia del contrato de seguro, que el riesgo sea incierto objetivamente.

De otra parte indicó que la sanción impuesta a la entidad demandante, con base en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1983, estuvo ajustada a derecho por cuanto esta norma faculta a la Superintendencia Bancaria a imponer sanciones en caso de violación a las disposiciones a que se hallan sometidas sus vigiladas.

APELACIÓN

El apoderado de las sociedades actoras interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia y solicitó que sea revocado.

Insistió en que si las garantías que se otorgan a los contratos del Estado, no gozan de los elementos del contrato de fianza, el asegurador no podría repetir contra el asegurado, la garantía se podría revocar por el no pago de la prima, la prima no se podría cobrar en función del tiempo, el siniestro no podría depender del tomador, las garantías no podrían prorrogarse una vez vencidas, etc.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada

El apoderado de la Superintendencia Bancaria, apoyado en un auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y en el artículo 212 del C.C.A., solicitó que se confirme el fallo apelado como quiera que en la sustentación del recurso de apelación, la parte se limitó a reiterar lo ya expresado en la primera instancia y no manifestó cuál era su inconformidad con la providencia recurrida.

De otra parte insistió en que los contratos que aquí se discuten son de seguros y que en consecuencia por carecer de riesgo asegurable, procedía la sanción por violación al artículo 1054 del Código de Comercio; explicó que a su juicio carecían de riesgo, toda vez que ya había pasado el lapso en el que podía ocurrir la situación asegurada.

Parte demandante

El apoderado de las compañías actoras reiteró que los contratos celebrados corresponden a fianzas y que según lo estatuido en el artículo 70 del Decreto 222 de 1983, forman parte del contrato que se garantiza.

Alegó también que según la Ley 80 de 1993, son características de las garantías de los contratos estatales, la no expiración de la prima por falta de pago y la no expiración por revocatoria unilateral, las cuales son contrarias al contrato de seguros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso que se atiende, la Sala debe entrar a determinar si los contratos suscritos entre las compañías, Seguros Alfa S.A., Seguros del Caribe S.A. y Confianza S.A., con el Consorcio Vianini Entrecanales, cuyo objeto fue el de caucionar la reexportación de los bienes internados temporalmente en el país por el consorcio, correspondieron a contratos de seguros, tal como lo estimó la Superintendencia Bancaria, y por ello se hacía procedente sancionar a las compañías aseguradoras que expidieron pólizas retroactivas, con violación del artículo 1054 del Código de Comercio, o si por el contrario, correspondieron a fianzas, tal como lo pretenden los apelantes.

Destaca la Sala que las pólizas constituidas por las compañías aseguradoras accionantes, con el Consorcio Vianini Entrecanales, expresamente avalaron "el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la reexportación de los equipos amparados..." en diversas licencias de importaciones temporales (fl. 1 Cuaderno de Pruebas) y que igualmente en forma expresa renunciaron al beneficio de excusión.

En consecuencia de lo anterior, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

1. Los contratos que se discuten tienen el carácter de accesorios frente a una obligación principal, que es la que se garantiza.

2. Las compañías aseguradoras garantizaron el cumplimiento de una obligación de hacer, so pena del pago de una indemnización.

3. Renunciaron al beneficio de excusión.

Bajo los anteriores parámetros, para la Sala es claro, que la naturaleza de los contratos no corresponde a la del contrato de seguros. En efecto, tal como lo ha sostenido el apoderado de la Superintendencia Bancaria a lo largo de este juicio, es de la esencia del contrato de seguros, su aleatoriedad, que exista un riesgo, ésto es, una eventualidad, un "suceso incierto que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador" (Subraya la Sala), tal como lo estatuyó el artículo 1054 del Código de Comercio.

De esta forma, en el caso que se debate, se observa que dicho elemento esencial no se presenta, como quiera que lo que se constituyó fue una póliza de cumplimiento y no la garantía de un riesgo, puesto que el hecho de avalar la reexportación de los bienes importados bajo licencia temporal, garantiza una obligación de hacer que se halla en cabeza del Consorcio Vianini Entrecanales, lo cual en forma alguna puede ser incierta, eventual o aleatoria, ya que por derivarse de un compromiso adquirido, no se encuentra bajo su arbitrio el darle cumplimiento.

Por el contrario, los contratos en discusión además de no gozar de los elementos esenciales del contrato de seguros, presentan características que los identifican con la fianza, ya que no puede desconocerse que son de carácter accesorio habida cuenta que

tienen como causa la existencia de una obligación principal de hacer, cuyo cumplimiento caucionan, so pena del pago de una indemnización. Característica esta que no corresponde al contrato de seguros, el cual es principal, autónomo e independiente.

De otra parte no escapa a la Sala el hecho de que las compañías accionantes hayan renunciado expresamente al beneficio de excusión, el cual no puede proponerse tratándose de un contrato de seguros, en el que se cauciona un riesgo, sino hallándose en presencia de una fianza, la cual garantiza el cumplimiento o la ejecución de una obligación preexistente.

En efecto, en las pólizas de cumplimiento, las compañías acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 288 del Decreto 2666 de 1984, que regula los requisitos de la fianza para garantizar cumplimiento de obligaciones a favor de la Nación, renunciaron expresamente al citado beneficio.

Ahora bien, el hecho de que en principio la fianza sea de naturaleza gratuita, no impide que pueda pactarse en forma onerosa sin que por ello sea válido afirmar que se trata de un contrato de seguros, ya que las normas que la regulan prevén expresamente que el fiador puede estipular con el deudor, una remuneración pecuniaria por el servicio que presta.

Por las anteriores razones, concluye la Sala, que no era procedente sancionar a las compañías actoras, por violación del artículo 1054 del Código de Comercio, en atención a que por no haberse celebrado contratos de seguros, las mismas no se hallaban sujetas a la mencionada disposición, tal como lo manifestaron insistentemente dentro de este juicio, por lo cual resulta obligatorio revocar el fallo apelado y acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de la actuación administrativa acusada.

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. REVÓCASE el fallo apelado.

2o. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 3391 de 1990 y 066, 067 y 231 de 1991.

3o. LEVÁNTASE la caución constituida en las pólizas No. 170185 expedida por la Nacional de Seguros, JU 01 1501542 modificada por la CMO DF 6500652 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y la No. 3922 modificada por la No. 23991, expedida por "El Cóndor S.A.", Compañía de Seguros Generales.

4o. RECONÓCESE personería al Dr. JOSÉ ANTONIO PACHÓN para actuar en nombre de la demandada.

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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

SANCIÓN POR DESENCAJE-Naturaleza/**ACCIÓN PENAL**-Inexistencia/**PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN PENAL**-Improcedencia/**SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora, permite ver en esa materia una cuestión de naturaleza penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se halla que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual deban aplicarse los principios generales que gobiernan la materia. En consecuencia, es indebida la utilización de prescripción de la acción penal que pretende la actora, pues como se ha precisado en otras oportunidades, el titular de la acción es la víctima a quien le prescribe por el transcurso del tiempo, y como los defectos de encaje no constituyen conducta que implique violación de las normas penales, la entidad actora no puede ser titular de la acción penal. Así las cosas, es aplicable para los procedimientos administrativos sancionatorios, el régimen contenido en el Decreto 01 de 1984, conforme al cual "salvo disposición en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlos".

SANCIÓN POR DEFECTOS DE INVERSIÓN-Procedencia/**ENCAJE BANCARIO**-Cómputo/**FACULTAD SANCIONATORIA REGLADA/FACULTAD SANCIONATORIA DISCRECIONAL/SUPERINTENDENCIA BANCARIA/POLICÍA ADMINISTRATIVA**

Al determinar la Superintendencia Bancaria, que en algunos meses de los años de 1988 y 1989, la entidad bancaria actora incurrió en defectos de

inversión en bonos clase "A" del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y en Cédulas del Banco Central Hipotecario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, se hizo procedente la sanción impuesta. No puede pretenderse que para efectos de calcular el encaje bancario, se promedien las inversiones en las diversas secciones, pues ello equivaldría a conjugar los defectos de una, con los excedentes de otra, lo que haría nugatorias las disposiciones respectivas. De otra parte no puede olvidarse que cuando la Administración actúa en ejercicio de una función reglada, la decisión se halla enmarcada de acuerdo con las normas jurídicas respectivas, a diferencia que cuando lo hace en ejercicio de una facultad discrecional, en cuyo caso priman criterios de conveniencia y goza de una amplia gama de posibilidades para actuar. En consideración a que la Superintendencia es un órgano de inspección y vigilancia policiva permanente y que las normas que señalan las obligaciones de encaje, constituyen la expresión positiva de las políticas del Estado de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades a las cuales se dirige, no podía entrar a juzgar la conveniencia de las medidas a aplicar, ni efectuar cómputos no autorizados, estando en presencia de unas conductas que según las normas generales, eran sancionables, máxime cuando colocaban en situación de riesgo a las personas que depositaban su dinero en la entidad bancaria, confiadas en la seguridad que imprime la vigilancia estatal.

SANCIÓN PENAL-Inaplicabilidad/**SANCIÓN ADMINISTRATIVA**-Objeto/ **SUPERINTENDENCIA BANCARIA/FACULTAD SANCIONATORIA**

La aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas penales a los juicios administrativos, no está fundamentada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino en la naturaleza misma de las normas tanto penales, como administrativas, por cuanto el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal y en el administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del estado, en casos como el que se estudia, de orden público económico cuya preservación está encomendada a la Superintendencia Bancaria en el ramo financiero, para lo cual la ley la ha investido de facultades de vigilancia que está obligada a ejercer en forma continua y permanente y con facultad sancionatoria que se rige por sus propias disposiciones de prevalente aplicación frente a otras normas como las del Derecho Penal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente. DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 6031. Actor: BANCO DE OCCIDENTE. SANCIÓN BANCARIA. Fallo.

Procede la Sala a decidir, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Banco de Occidente, entidad actora, contra el fallo proferido el 14 de octubre de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatorio de las súplicas de la demanda, tendientes a obtener la nulidad de las Resoluciones 971 y 4005 de 1991.

ANTECEDENTES

Previa solicitud de explicaciones, la Superintendencia Bancaria impuso multa en cuantía de $42.731.407, por infracciones a las normas relativas al encaje bancario, a través de la Resolución 971 fechada el 27 de marzo de 1991, expedida por el Superintendente Delegado para Instituciones Financieras.

La anterior resolución fue confirmada en sede gubernativa a través de la Resolución 4005 del 1o. de noviembre de 1991, expedida por el Director General de Bancos e Instituciones Oficiales Especiales, con la que quedó agotada la vía gubernativa.

DEMANDA

Ante la jurisdicción la entidad bancaria solicitó la anulación de los actos administrativos sancionatorios, básicamente así:

En primer término, citó como violado el artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984, como consecuencia de que a juicio de la parte su conducta constituye una contravención y por ello le es aplicable el término de prescripción de la sanción en dos años.

En segundo lugar, adujo violación al artículo 26 de la Carta de 1886, como consecuencia de que la motivación del acto fue inadecuada.

Como tercer cargo, arguyó la inaplicabilidad del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 por ser contrario a los artículos 14 y 29 de la Carta, toda vez que se sanciona al establecimiento bancario por una falta cometida por una persona natural y sin haber sido oído; por ello solicita que la norma en cuestión se considere derogada.

De otra parte, sostuvo que el recurso de reposición fue resuelto por un funcionario inferior a aquél que expidió el acto recurrido, configurándose violación al artículo 29 de la Constitución Política.

Por último subrayó que la presunción de la culpa que efectúa la Administración, viola entre otras normas el artículo 5o. del Código Penal que prescribió la responsabilidad objetiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A su vez, la apoderada especial de la Nación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, principalmente así:

En primer término, sostuvo que la actuación de la Administración estuvo ampliamente motivada, en atención a que se detallaron los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentaron.

Aclaró que la citada Ley 2a. de 1984, es un ordenamiento que regula lo relacionado con las contravenciones penales y de policía, por lo que no es posible extenderla al campo administrativo, el cual está bajo el mandato del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Se opuso a la prosperidad de la excepción de inconstitucionalidad propuesta, pues a su juicio el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 no vulnera en forma alguna la Constitución Política, ni mucho menos directa y ostensiblemente.

Frente al cargo según el cual el recurso de reposición fue resuelto por funcionario incompetente, explicó que a partir del 18 de abril de 1991 el Decreto 1033 de 1991 varió la competencia de los funcionarios de la Superbancaria y entre otras modificaciones, se suprimió la Delegatura para Instituciones Financieras y sus funciones fueron asignadas entre otros, a los directores de área.

Por último le recordó a la actora que las normas y principios penales no son aplicables en materia administrativa.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

A juicio del Tribunal, la actuación acusada fue ajustada a la legalidad.

Frente al primer cargo reiteró que la norma aplicable en materia de caducidad de la facultad sancionatoria, es el artículo 38 del C.C.A.

Estimó que los actos acusados fueron debidamente motivados, habida cuenta que señalaron los meses de los años 1988 y 1989 en que se presentó el desencaje y particularmente las omisiones cometidas respecto de los bonos clase "A" del Fondo de Garantías de las cédulas del B.C.H. etc.; igualmente, determinó que fueron citadas las normas legales aplicables.

Después de un juicioso análisis acerca de la excepción de ilegalidad señaló que el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 no viola en forma alguna las normas a que está sujeto y precisó además que la norma en cuestión ya fue objeto de control automático de constitucionalidad y se declaró exequible; tampoco acogió el argumento de la derogatoria puesto que no existe norma posterior que siquiera en forma tácita, hubiera producido este efecto.

Tampoco tuvo prosperidad el cargo según el cual, el recurso de reposición fue resuelto por quien no correspondía, ya que la norma que facultaba al Superintendente Delegado para Instituciones Financieras fue derogada y las funciones del mencionado funcionario, asignadas a lo diferentes directores.

Por último, reiteró su posición en el sentido dfe que en materia administrativa no son aplicables normas ni principios penales.

APELACIÓN

Inconforme con el fallo del Tribunal, el apoderado de la entidad bancaria sustentó el recurso así:

En primer término insistió en que debía dársele aplicación al artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984 so pena de incurrir en imprecisiones en el uso de los términos de caducidad y prescripción; calificó de desactualizada la jurisprudencia del Consejo de Estado al no aplicar en materia de sanciones administrativas, las normas y principios del derecho penal.

En segundo lugar, solicitó que le sean tenidos en cuenta los excesos de encaje de algunas secciones para descontarlos en otras, ésto, es que se ponderen la totalidad de sus obligaciones de encaje, antes de determinar si se incurrió o no en defecto.

En tercer lugar, reiteró la ilegalidad de la actuación como consecuencia de que el recurso de reposición fue resuelto por un inferior del funcionario quien expidió el acto.

Por último volvió a referirse a la aplicación de las normas penales en materia administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la parte actora como la parte demandada, presentaron en tiempo sus respectivos alegatos y reiteraron la ya expresado anteriormente.

MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad del recurrente está dada en primer lugar porque el Tribunal al decidir, no dio aplicación a la Ley 2a. de 1984, con el argumento de que las normas y principios del derecho penal, no son aplicables en materia administrativa.

A juicio de la Sala este cargo no está llamado a prosperar, puesto que no puede olvidarse que ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora, permite ver en esa materia una cuestión de naturaleza penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no halla la Sala que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual deban aplicarse los principios generales que gobiernan la materia (exp. 1035, actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "Davivienda", 24 de julio de 1987).

En consecuencia, es indebida la utilización de prescripción de la acción penal que pretende la actora, pues como se ha precisado ya en otras oportunidades, el titular de la acción es la víctima a quien le prescribe por el transcurso del tiempo, y como los defectos en el encaje no constituyen conducta que implique violación de las normas penales, la entidad actora no puede ser titular de la acción penal.

Así las cosas, es aplicable para los procedimientos administrativos sancionatorios, el régimen contenido en el Decreto 01 de 1984, conforme al cual "salvo disposición en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlos".

En segundo lugar, el recurrente solicita que se ponderen la totalidad de las obligaciones de encaje, antes de determinar si incurrió o no, en el defecto.

En relación con este punto la Sala comparte la decisión adoptada por el Tribunal.

De la lectura atenta de las normas que regulan el encaje bancario, puede establecerse que la Junta Monetaria estableció para cada sección de la entidad bancaria un porcentaje especial de encaje, así:

ARTÍCULO 1o. RESOLUCIÓN 58 DE 1987

"Señálanse los siguientes porcentajes de encaje legal que los establecimientos bancarios deben mantener sobre las exigibilidades en moneda legal que se determinan a continuación:

a. Depósitos y exigibilidades a la vista y antes de treinta (30) días: 18% para los primeros ciento treinta millones de pesos ($130.000.000); para el monto que exceda esa suma el encaje será del 44%; este último porcentaje será igualmente aplicable a las exigibilidades por negociaciones que se efectúen con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

b. Depósitos y exigibilidades a término mayor de treinta (30) días, así como depósitos y acreedores fiduciarios, excluidos intereses y dividendos por pagar: 22%.

c. Depósitos a término mayor de treinta (30) días sobre los cuales se hayan emitido "Certificados de Depósito a Término": 10.5%.

d. Exigibilidades en moneda nacional representativas de depósitos, a la vista o a término, de cualquier tipo que efectúen los establecimientos públicos del orden nacional: 80%."

PORCENTAJES DE ENCAJE

ARTÍCULO 1o. RESOLUCIÓN 43 DE 1989

"Señálanse los siguientes porcentajes de encaje legal que los establecimientos bancarios deben mantener sobre las exigibilidades en moneda legal que se determinan a continuación:

a. Depósitos y exigibilidades a la vista y antes de treinta (30) días y exigibilidades por negociaciones de cartera distintas de las operaciones que se efectúen con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, 39%. No obstante, cuando estas exigibilidades correspondan a las entidades del sector público a que se refiere el artículo 2o. de esta resolución, el porcentaje será del 56%.

b. Depósitos y exigibilidades a término mayor de treinta (30) días, así como depósitos y acreedores fiduciarios, excluidos intereses y dividendos por pagar, 22%.

c. Depósitos a término mayor de treinta (30) días sobre los cuales se hayan emitido "Certificados de Depósito a Término", 10.5%.

Parágrafo: El porcentaje de encaje aplicable a las exigibilidades con entidades del sector público de que trata el literal a) del presente artículo se reducirá al 53%, a razón de 1.5 puntos porcentuales, el 14 de julio de 1989 y el 11 de agosto de 1989".

En consecuencia, al determinar la Superintendencia Bancaria, que en algunos meses de los años de 1988 y 1989, la entidad bancaria actora incurrió en defectos de inversión en bonos clase "A" del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y en Cédulas del Banco Central Hipotecario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, se hizo procedente la sanción impuesta.

No puede pretenderse que para efectos de calcular el encaje bancario, se promedien las inversiones en las diversas secciones, pues ello equivaldría a conjugar los defectos de una, con los excedentes de otra, lo que haría nugatorias las disposiciones transcritas.

De otra parte no puede olvidarse que cuando la Administración actúa en ejercicio de una función reglada, la decisión se halla enmarcada de acuerdo con las normas jurídicas respectivas, a diferencia que cuando lo hace en ejercicio de una facultad discrecional, en cuyo caso priman criterios de conveniencia y goza de una amplia gama de posibilidades para actuar.

En consideración a que la Superintendencia es un órgano de inspección y vigilancia policiva permanente y que las normas que señalan las obligaciones de encaje, constituyen la expresión positiva de las políticas del Estado de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades a las cuales se dirige, no podía entrar a juzgar la conveniencia de las medidas a aplicar, ni efectuar cómputos no autorizados, estando en presencia de unas conductas que según las normas generales, eran sancionables, máxime cuando colocaban en situación de riesgo a las personas que depositaban su dinero en la entidad bancaria, confiadas en la seguridad que imprime la vigilancia estatal.

Ahora, en relación con el cargo relativo a que el recurso interpuesto ante el Superintendente Delegado para Instituciones Financieras, fue resuelto por el Director General de Bancos e Instituciones Oficiales Especiales, con lo cual se produjo violación del debido proceso, en primer lugar observa la Sala, que tal como lo apreció el Tribunal,

la Superintendencia Bancaria a su interior efectuó modificaciones en su estructura orgánica y como consecuencia de ello, suprimió cargos y redistribuyó funciones, de tal forma que las funciones de la Superintendencia Delegada para Instituciones Financieras quedaron a cargo unas, de la Superintendencia Delegada para Servicios Financieros y en cabeza de los distntos directores otras, como es el caso de la imposición de sanciones por defectos en el encaje por parte de las entidades bancarias y de la resolución de los recursos, que se halla bajo la responsabilidad del Director General de Bancos e Instituciones Oficiales Especiales, razón por la cual este funcionario asumió la competencia para resolver el recurso interpuesto por la actora.

De otra parte, destaca la Sala que la Superintendencia Bancaria resolvió el recurso interpuesto, con lo cual se agotó la vía gubernativa y no se produjo violación del derecho de defensa; sobre el particular resulta pertinente transcribir la posición adoptada por esta Sala en el juicio 5218 del 14 de abril de 1994, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, en el que se precisó:

> "Se ha dicho que la vía gubernativa está instaurada para que en primer término la Administración revise sus propios actos, y en segundo término para que los administradores tengan la posibilidad de buscar el restablecimiento de sus derechos que consideran vulnerados, ante la misma Administración, todo ello bajo los principios generales rectores de la actividad de ésta, como son entre otros, el derecho de defensa, el debido proceso y el principio de contradicción".

En consecuencia, no prospera el cargo.

Finalmente se hace necesario reiterar que la aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas penales a los juicios administrativos, no está fundamentada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino en la naturaleza misma de las normas tanto penales, como administrativas, por cuanto como se ha explicado ya en otras oportunidades, el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal y en el administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de orden público, económico cuya preservación está encomendada a la Superintendencia Bancaria en el ramo financiero para lo cual la ley la ha investido de facultades de vigilancia que está obligada a ejercer en forma continua y permanente y con facultad sancionatoria que se rige por sus propias disposiciones de prevalente aplicación frente a otras normas como las del Derecho Penal.

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. CONFÍRMASE LA SENTENCIA APELADA.

2o. RECONÓCESE personería al abogado ÁLVARO HERNÁNDEZ BARBOSA para actuar en representación de 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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

TARIFA POR UTILIZACIÓN DE MUELLE/SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS/SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia

No se accede a decretar la suspensión provisional de las normas acusadas puesto que a diferencia de lo que opina el actor, encuentra que no se da la condición de que la supuesta violación aparezca ostensible de la sola confrontación entre estas y las normas que se citan como manifiestamente violadas, ya que se observa que a lo largo de los cuatro capítulos en los que el actor plantea sus argumentos para sustentar la solicitud de suspensión provisional, menciona como violadas disposiciones de la Constitución Política tales como los artículos 4o. 121, 150 numeral 21, 333 inciso 1o. y 338 en relación con los cuales sólo podría deducirse la violación manifiesta en el supuesto de que también se dedujera con respecto a las normas de carácter legal que se mencionaron con fundamento de los actos acusados. Hecha la confrontación de las disposiciones acusadas con las normas legales que el actor cita como vulneradas y que la Superintendencia General de Puertos adujo como fuente de sus atribuciones, no se encuentra tan evidente en su memorial. Se estima que para llegar a una definición que comporte la ilegalidad e inconstitucionalidad alegados, implica realizar un raciocinio bastante complejo y hasta cierto punto elaborado, que debe partir de establecer supuestos y precisiones que exceden, desde luego, la posibilidad del juez en este momento procesal y cuya determinación es más bien requisito y condición de la sentencia de mérito.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 7112. Actor: Hugo Palacios Mejía. C/Superintendencia General de Puertos. Acción de nulidad y suspensión provisional de las Resoluciones 27 y 632 de 1994. AUTO.

Decide la Sala sobre la admisión de la demanda presentada por el ciudadano HUGO PALACIOS MEJÍA contra los artículos 4o., 6o., 7o. y 8o. de la Resolución No. 27 de enero 21 de 1994 y 1o., 3o., 4o, 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11 y 12 de la Resolución 632 del 21 de junio de 1994, expedidas por la Superintendencia General de Puertos.

ACTOS ACUSADOS

El demandante allega ejemplares del Boletín No. 289 del 27 de enero de 1994, en una página, en cuyo contenido aparece como publicada la Resolución No. 027 de enero 21 de 1994, y del Boletín No. 305 de 24 de junio de 1994, en dos hojas, en cuyo contenido aparece como publicada la Resolución 632 de junio 21 de 1994, ambos autenticados por el Secretario General del Ministerio de Transporte, de las cuales se demandan los artículos que a continuación se transcriben:

RESOLUCIÓN 027 DE ENERO 21 DE 1994

"……

"ARTÍCULO CUARTO.- Cuando por los muelles privados, previa solicitud por escrito para movilizar cargamentos de importación y exportación, que no sean del giro ordinario de su actividad o de terceros, previa demostración de que técnicamente no pueden operarse estos cargamentos por los muelles de las Sociedades Portuarias de servicio público, para lo cual se liquidará y cobrará al concesionario del muelle una tarifa así:

"Por derecho de Uso de Instalaciones:

"Carga general	US$ 5.00 por tonelada
"Graneles líquidos	US$ 4.50 por tonelada
"Graneles sólidos	US$ 4.50 por tonelada
"Contenedores llenos de 20´	US$ 80.00 por unidad
"Contenedores llenos de 40´	US$105.00 por unidad
"Contenedores vacíos de 20´	US$ 20.00 por unidad
"Contenedores vacíos de 40´	SU$ 25.00 por unidad

"……

"CAPÍTULO III - MUELLES PRIVADOS NO HOMOLOGADOS

"ARTÍCULO SEXTO.- Una vez cumplido el plazo de 90 días establecido en el Artículo anterior, a los muelles privados que no se hayan acogido a la Resolución No. 022 de 1993 y demás normas que se expidan sobre la materia, se les cobrarán por derechoi al uso de las instalaciones, las siguientes tarifas:

"Carga general	US$ 10.00 por tonelada
"Graneles líquidos	US$ 9.00 por tonelada
"Graneles sólidos	US$ 9.00 por tonelada
"Contenedores llenos de 20'	US$100.00 por unidad
"Contenedores llenos de 40'	US$140.00 por unidad
"Contenedores vacíos de 20'	US$ 30.00 por unidad
"Contenedores vacíos de 40'	US$ 50.00 por unidad

"ARTÍCULO SÉPTIMO.- Cuando el muelle privado realice una operación en fondeo, previa autorización de la Superintendencia General de Puertos, pagará las tarifas de fondeo establecidas en el Artículo 5o. de la Resolución No. 022 de 1993 y las de los derechos por operar en fondeo, señaladas en el Artículo 2o. de la presente resolución.

"CAPÍTULO IV - OPERACIONES DE CABOTAJE Y FLUVIALES

"ARTÍCULO OCTAVO.- Fijar las siguientes tarifas, para mercancías de cabotaje y fluvial que sean movilizadas por los muelles privados y que no sean del giro ordinario de su actividad, así:

"Cargamentos fluviales, entrados o salidos, por tonelada de peso US$2.75.

"Cargamentos de cabotaje, entrados o salidos, por tonelada de peso US$2.75." (fls. 54/58).

RESOLUCIÓN 0632 DE JUNIO 21 DE 1994

"ARTÍCULO PRIMERO: Para el uso de las zonas de fondeo se requiere que previamente con 24 horas de anticipación como mínimo, el agente naviero o el representante de la nave obtenga autorización expresa y escrita de la Superintendencia General de Puertos y una vez efectuada la operación remitiera a la entidad la documentación pertinente, para efectos de la facturación.

".....

"ARTÍCULO TERCERO: Cuando en las autorizaciones otorgadas con anterioridad a la Ley 1a. de 1991, para un muelle privado que se haya acogido al régimen

de pagos de la citada Ley, se hubiere contempaldo el uso permanente del fondeadero por las condiciones técnicas o el giro ordinario de la operación, el agente naviero o el representante de la nave pagará a la Nación por el uso del fondeadero las siguientes tarifas:

"US$ 1.25 X metro eslora por día y proporcional a la fracción de día en zona de fondeo sin trabajar, por espera.

"US$ 2.0 X metro, eslora por día y proporcional a la fracción de día en zona de fondeo trabajando.

"Para las operaciones del giro ordinario no se cobrará el cargue y descargue de las mercancías en fondeo.

"PARÁGRAFO: Esta misma tarifa se aplicará a los titulares de autorizaciones expedidas por una autoridad competente cuando exista un muelle construido en los ríos o canales que acceden al puerto y que utilizan la zona de fondeo en forma permanente por exigirlo la modalidad de operación.

"ARTÍCULO CUARTO: Si en el contrato de concesión de una Sociedad Portuaria, por las condiciones técnicas o por el giro ordinario de la operación quedo (sic) expresamente estipulado el requerimiento del uso del fondeadero de manera permanente, al naviero o el representante de la nave pagará por el uso del fondeadero las tarifas establecidas en el artículo tercero de la presente Resolución.

"ARTÍCULO QUINTO: En aquellos casos en los que previo el análisis de la operación la Superintendencia determine el requerimiento del uso del fondeadero de manera permanente para el cargue o descargue de mercancías provenientes o destinadas a una Sociedad Portuaria, el naviero o el representante de la nave pagarán (sic) a la Nación por el uso del fondeadero las siguientes tarifas:

"US$ 2.50 X metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día en zona de fondeo sin trabajar, por espera.

"US$ 4.0 X metro eslora por día y proporcional a la fracción de día en zona de fondeo trabajando.

"PARÁGRAFO: El dueño de la carga no pagará a la Nación por el cargue y descargue en fondeo de mercancías provenientes o destinadas a una Sociedad Portuaria, cuya operación permanente en fondeo, tenga la autorización de la Superintendencia General de Puertos.

"B) USO EXCEPCIONAL DEL FONDEO

"ARTÍCULO SEXTO: Cuando excepcionalmente para una operación de cargue y descargue de mercancías del giro ordinario de un muelle privado o una sociedad portuaria, la Superintendencia General de Puertos, autorice el uso del fondeadero

fuera del área expresamente entregada en concesión, el naviero o su representante pagarán (sic) a la Nación las siguientes tarifas por uso de fondeadero.

"TRÁFICO INTERNACIONAL

"US$ 5.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo sin trabajar por espera.

"US$ 8.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo trabajando.

"Para naves de cabotaje

"PARÁGRAFO PRIMERO: La Superintendencia General de Puertos podrá establecer descuentos especiales por carga movilizada en fondeo que no sean (sic) de giro ordinario o de terceros, así:

"TONELADAS MOVILIZADAS EN FONDEO	DESCUENTO
"Más de 100.000 toneladas anuales	50%
"Más de 50.000 toneladas anuales	25%
"Más de 25.000 toneladas anuales	15%
"Más de 15.000 toneladas anuales	10%
"Más de 7.000 toneladas anuales	5%

"PARÁGRAFO SEGUNDO: La carga peligrosa tendrá un recargo del 25% de la tarifa establecida y la carga explosiva un 40% de recargo. Las tarifas se cobrarán por tonelada peso y no por volumen.

"ARTÍCULO OCTAVO: Cuando por una sociedad portuaria de uso público se movilicen cargamentos cuya operación previa y excepcionalmente autorice la Superintendencia General de Puertos en fondeo, fuera del área expresamente entregada en concesión, el naviero o el representante de la nave pagarán (sic) a la Nación por el uso del fondeadero las siguientes tarifas.

"US$ 5.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo sin trabajar por espera.

"US$ 8.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día en zona de fondeo trabajando.

"Para naves de cabotaje

"US$ 1.5 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo sin trabajar por espera.

"US$ 2.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo trabajando.

"PARÁGRAFO: El dueño de la carga no pagará a la Nación por el cargue o descargue en fondeo de mercancías que provengan o estén destinadas a una sociedad portuaria de uso público, cuya operación haya sido autorizada previamente por la Superintendencia General de Puertos.

"CAPÍTULO II - USUARIOS ZONAS DE FONDEO EXCEPCIONALMENTE PARA CARGUE Y DESCARGUE

"ARTÍCULO NOVENO: Todos los usuarios de la zona de fondeo previa la autorización de la Superintendencia General de Puertos pagarán a la Nación, por el uso del fondeadero el naviero o su representante, y por el cargue o descargue en fondeo, el dueño de la carga las siguientes tarifas:

"1. USO DEL FONDEADERO

"US$ 5.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo sin trabajar por espera.

"US$ 8.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo trabajando.

"Para naves de cabotaje

"US$ 1.5 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo sin trabajar por espera.

"US$ 2.0 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día, en zona de fondeo trabajando.

"2. CARGUE Y DESCARGUE DE MERCANCÍAS EN FONDEO

"Carga general	US$	7.25	por tonelada
"Graneles líquidos	US$	6.25	por tonelada
"Contenedores llenos de 20'	US$	90.0	por unidad
"Contenedores llenos de 40'	US$	115.0	por unidad
"Contenedores vacíos de 20'	US$	23.0	por unidad
"Contenedores vacíos de 40'	US$	30.0	por unidad
"Cargamentos fluviales	US$	2.75	por tonelada
"Cargamentos de cabotaje	US$	2.75	por tonelada

"PARÁGRAFO PRIMERO: La Superintendencia General de Puertos podrá establecer descuentos especiales por carga movilizada en fondeo, así:

"TONELADAS MOVILIZADAS EN FONDEO	DESCUENTO
"Más de 100.000 toneladas anuales	50%
"Más de 50.000 toneladas anuales	25%
"Más de 25.000 toneladas anuales	15%
"Más de 15.000 toneladas anuales	10%
"Más de 7.000 toneladas anuales	5%

"PARÁGRAFO SEGUNDO: La carga peligrosa tendrá un recargo del 25% de la tarifa establecida y la carga explosiva un 40% de recargo. Las tarifas se cobrarán por tonelada peso y no por volumen.

"CAPÍTULO III - USO DEL FONDEADERO PARA REPARACIONES

"ARTÍCULO DÉCIMO: Para utilizar el fondeadero para reparaciones se requiere que previamente se obtenga autorización de la Dirección Regional de la Superintendencia General de Puertos correspondiente, quien dejará expresamente estipulado que se trata de reparaciones en fondeo. En todos los casos se empezará a cobrar las tarifas establecidas a partir del día veinticinco (25) de (sic) obtenida la autorización.

"ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Cuando una embarcación de comercio internacional que estando atracada en un muelle de servicio público o privado sea retirada a fondeo para ser reparada o que estando fondeada necesite ser reparada, previa autorización de la Superintendencia General de Puertos, el naviero o el representante de la nave pagará a la Nación por el uso del fondeadero para reparaciones, las siguientes tarifas:

"1. Hasta 120 metros de eslora, US$2.0 (sic) metros de eslora por día o proporcional a la fracción de día.

"De 120.1 metros de eslora en adelante, US$4.0 (sic) metros de eslora por día o proporcional a la fracción de día.

"2. Embarcaciones de pasajeros dedicadas al turismo US$4.50 por metro de eslora por día, o proporcional a la fracción de día.

"3. Embarcaciones en misiones científicas US$ 1 por metro de eslora por día y proporcional a la fracción de día.

"PARÁGRAFO: Cuando una embarcación de tráfico internacional arribe a un puerto colombiano con el único fin de ser eparada (sic) en la zona de fondeo, previa

la autorización de la Direccción Regional de la Superintendencia General de Puertos, pagará las tarifas del artículo Décimo Primero de la presente resolución.

"ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Cuando una embarcación de cabotaje estando atracada en un muelle de servicio público o privado sea retirada a fondeo para ser reparada, o estando fondeada necesite ser reparada, previa autorización de la Dirección Regional de la Superintendencia General de Puertos correspondiente, pagará el 50% de las tarifas de fondeo establecidas en el artículo Décimo Primero de la presente Resolución." (fls. 60/66).

DEMANDA

Solicita el actor que se decrete la nulidad de los preceptos citados por violación de los artículos: 4o., 121 y 338 de la Constitución Política; artículos 1o., 3o., 5o., 26, 27 numeral 27.13, 39 de la Ley 1o. de 1991; artículos 4o. numerales 20, 21, 26, 27 y 29, 6o. numeral 5o. del Decreto 2681 de 1991 y artículo 1430 del Código de Comercio; por aplicación indebida de las normas que se citaron como fuente de atribuciones e incompetencia al expedir el acto, infracción directa de las demás normas y aplicación indebida del artículo 26 de la Ley 1o. de 1991 para expedir los artículos 6o. y 8o. de la Resolución 632 de 1994.

Con relación a cada una de las normas 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 que se exigen por el Código Contencioso Administrativo para ello.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

De modo expreso en la demanda, se solicita la suspensión provisional de los actos acusados, con los fundamentos que el actor expone en cuatro capítulos, así:

1o.- Artículos 4o. y 7o. de la Resolución 27 de enero 21 de 1994, de la Superintendencia General de Puertos por violación de los artículos 3o. inciso final, 27 numeral 27.13 y 39 de la Ley 1o. de 1991; artículo 4o. numerales 26, 27 y 29; 6o. numeral 5o. del Decreto 2681 de 1991; artículos 121, 150 numeral 21; y 333 inciso primero de la Constitución Política.

Como concepto de la violación manifiesta, expone la aplicación indebida de las normas que se citan como fuente de atribuciones e infracción directa de las demás, por cuanto, los preceptos acusados establecen un requisito inconstitucional e ilegal, consistente en obtener una autorización de la Superintendencia para realizar actividades como movilizar cargamentos, realizar operaciones de fondeo sin que las normas citadas como fundamento faculten a la Superintendencia para hacer tal exigencia.

2o.- Artículos 1o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11 y 12 de la Resolución 632 de 1994 de la Superintendencia General de Puertos; por violación de los artículos 1o., 3o., 5o.,

26, 27 y 39 de la Ley 1o. de 1991; artículo 4o. numerales 20, 21, 26, 27 y 29, y 6o. del Decreto 2681 de 1991; artículos 121, 150 numeral 21 y 333 inciso primero de la Constitución Política y artículo 3o. inciso último de la Ley 1o. de 1991.

Como concepto de la violación manifiesta afirma el actor, que la Superintendencia General de Puertos, en franca oposición a las normas citadas, estableció una serie de permisos, autorizaciones, análisis y estudios, todos previos y algunos además escritos, para el uso de las zonas de fondeo.

3o.- Artículos 4o., 6o., 7o. y 8o. de la Resolución 27 de 1994, expedida por la Superintendencia General de Puertos por violación manifiesta a los artículos 4o. y 338 de la Constitución.

Por cuanto la Superintendencia en su calidad de autoridad con funciones de policía administrativa, impone la obligación de pagar ciertas sumas de dinero, señaladas a su discreción y en favor de la Nación, sin que las personas obligadas reciban de ésta, servicios de los que prestaba la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, creando de esta manera impuestos.

Afirma el accionante que sin necesidad de análisis especial se observa que las normas acusadas, en cuanto todas ellas regulan obligaciones fiscales violan la Constitución y la ley por cuanto el artículo 338 prescribe sólo para los cuerpos de elección popular la facultad para el establecimiento de tributos; además, porque las normas citadas como fuente de atribuciones de la Superintendencia no fijaron el sistema y el método para el establecimiento de las tarifas.

4o.- Artículos 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 11 y 12 de la Resolución 632 del 21 de julio de 1994, de la Superintendencia General de Puertos por violación del artículo 4 y 338 de la Constitución Política por falta de aplicación.

Afirma que las normas acusadas en cuanto tienen en común la determinación de sujetos activos de tributos, de hechos, de bases gravables y de tarifas, violan los artículos 338 y 4o. de la Constitución Política, por cuanto esta facultad solamente le corresponde a los cuerpos de elección popular.

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.

La solicitud de suspensión provisional se presentó con la demanda y fue sustentada conforme lo prevé la norma antes mencionada (ver folios 15 a 26).

En segundo lugar debe aparecer manifiesta la violación de las normas que sirvieron de fundamento al acto demandado, precepto respecto del cual, esta Corporación ha dicho de manera reiterada que tal violación debe surgir prima facie, sin que sean necesarios profundos análisis o complejas reflexiones para poder establecerla.

El demandante, para efectos de la solicitud de la suspensión provisional que según su memorial debe recaer sobre los artículos 4o., 6o., 7o. y 8o. de la Resolución 27 del

21 de enero de 1994 y artículos 1o., 3o., 4o., 5o., 6o, 7o., 8o., 9o., 10, 11 y 12 de la Resolución 632 del mismo año, expedidas por la Superintendencia General de Puertos, plantea cuatro cargos por medio de los cuales y luego de establecer una confrontación con las normas superiores que cita como vulneradas, deduce que existe la contradicción manifiesta que exige el Código Contencioso Administrativo para que proceda la medida precautelativa.

La Sala no accederá a decretar la suspensión provisional de las normas acusadas puesto que a diferencia de lo que opina el actor, encuentra que no se da la condición de que la supuesta violación aparezca ostensible de la sola confrontación entre éstas y las normas que se citan como manifiestamente violadas. Observa la Sala que a lo largo de los cuatro capítulos en los que el actor plantea sus argumentos para sustentar la solicitud de suspensión provisional, menciona como violadas disposiciones de la Constitución Política tales como los artículos 4o., 121, 150 numeral 21, 333 inciso 1o., y 338, en relación con los cuales sólo podría deducirse la violación manifiesta en el supuesto de que también se dedujera con respecto a las normas de carácter legal que se mencionaron como fundamento de los actos acusados.

Ahora bien, hecha la confrontación de las disposiciones acusadas con las normas legales que el actor cita como manifiestamente vulneradas y que la Superintendencia General de Puertos adujo como fuente de sus atribuciones, no se encuentra que pueda, prima facie, deducirse la violación que el demandante encuentra tan evidente en su memorial. Estima la Sala que para llegar a una definición que comporte la ilegalidad e inconstitucionalidad alegadas, implica realizar un raciocinio bastante complejo y hasta cierto punto elaborado, que debe partir de establecer supuestos y precisiones que exceden, desde luego, la posibilidad del juez en este momento procesal y cuya determinación es, más bien, requisito y condición de la sentencia de mérito. Es así como considera la Sala que se deben despejar, a lo largo del juicio, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la Superintendencia General de Puertos, principalmente en su calidad de ente sucedáneo de la Empresa Puertos de Colombia; la naturaleza jurídica de las tarifas que se fijan en los actos acusados enfrente del contrato de concesión existente con los usuarios privados; la incidencia de las obligaciones contraídas por éstos frente a la Empresa Puertos de Colombia, y sobre todo, especialmente por lo que disponen los artículos 27 y 39 de la Ley 1o. de 1991; la capacidad jurídica que pudiera tener la Superintendencia General de Puertos con base en la legislación anterior para regular las materias a las que dio desarrollo mediante los actos acusados. No debe perderse de vista que cuando la Ley 1o. de 1991 señala en el artículo 27 numeral 27.13 que es función de la Superintendencia General de Puertos "Ejercer las funciones y derechos que corresponden a Puertos de Colombia en materia de tasas, tarifas y contribuciones respecto de aquellas personas que habían recibido antes de la publicación de esta ley cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de baja mar con construcciones destinadas en forma mediata o inmediata al cargue y descargue de naves", necesariamente está remitiendo al intérprete al estudio de otra norma jurídica que eventualmente pudiera o no servir de fundamento a la actuación que se demanda, con lo cual se destruye el presupuesto básico de la

institución de la suspensión provisional que es, como se dijo anteriormente, que la violación debe surgir directamente de la confrontación de la disposición acusada y la supuestamente violada.

A igual conclusión se arriba cuando se confrontan las normas acusadas con el artículo 39 el cual introduce en el escenario de la Ley 1o. de 1991, toda la legislación anterior y las relaciones contractuales entre la Empresa Puertos de Colombia y los usuarios privados de la actividad allí regulada, cuyo análisis es absolutamente necesario para deducir si existe o no causal de anulación.

Por darse las circunstancias anteriormente anotadas, los cargos de violación manifiesta no son de recibo y por lo tanto deberán denegarse las peticiones que en este sentido se formularon.

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

RESUELVE:

1o.- **ADMÍTESE** la demanda presentada por el ciudadano Hugo Palacios Mejía contra los artículos 4o., 6o., 7o. y 8o. de la Resolución 27 de 1991 y artículos 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11 y 12 de la Resolución 632 de 1994, ambas expedidas por la Superintendencia General de Puertos.

Se dispone:

a) **NOTIFÍQUESE** al Superintendente General de Puertos y al Agente del Ministerio Público.

b) **FÍJESE** en lista por el término legal.

c) **SOLICÍTESE** al Superintendente General de Puertos la remisión, con destino a este expediente de los antecedentes administrativos, si los hubiere.

2o.- **DENIÉGASE** la suspensión provisional de los artículos acusados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sección

CONSUELO SARRIA OLCOS

JULIO CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

FACULTAD IMPOSITIVA DEL PRESIDENTE/COMPETENCIA FUNCIONAL IMPOSITIVA/ACTIVIDAD DE SERVICIOS/ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL/SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia

> **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 desconocida. En efecto, definir si efectivamente era competente o no el Gobierno Nacional para expedir el acto acusado, que es en esencia el fundamento de la solicitud de suspensión, es un asunto que requiere de un estudio de fondo, el cual no puede ser acometido en la presente oportunidad procesal, máxime si se tiene en cuenta que el mismo argumento es el fundamento del actor para solicitar la nulidad del acto acusado y por ende su desaparición definitiva del mundo jurídico.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 7130. Actor: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN. AUTO.

En ejercicio de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Nacional, la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, a través de apoderado judicial, demanda la nulidad del artículo 154 numeral 4 del Decreto Extraordinario No. 1421 de 21 de julio de 1993, expedido por el

Gobierno Nacional, y por el cual se dictó el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

El numeral cuya declaratoria de nulidad se demanda, es del siguiente tenor:

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:

"4. Se consideran actividades de servicio todas las tareas, laborales 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 concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual".

El actor aduce como violados por el acto cuya nulidad se demanda, los artículos 13, 150 numeral 12, 338 inciso 1 y 41 transitorio de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación del artículo 13 de la Constitución Nacional, radica en que la ley en sentido general se expide y promulga para obedecimiento y aplicación en todo territotio nacional, quedando sometidos a ella, todos los habitantes. De acuerdo con esta premisa y con nuestra estrutura constitucional es al Congreso al que le compete hacer las leyes en virtud de la llamada "Cláusula general de competencia" de conformidad con el artículo 150 de la Carta, el cual indica que corresponde al Congreso hacer las leyes, y agrega que por medio de esas leyes, entre otras, ejerce la función de establecer contribuciones fiscales, esto quiere decir que la función de establecer impuestos radica en forma indelagable en el Congreso de la República.

Agrega que es por ello que la ley 14 de 1983, expedida por el Congreso, redefinió el impuesto de Industria y Comercio estableciendo las actividades industriales, comerciales y de servicios sobre las que en materia imponible recaería dicho impuesto. Adicionalmente, a esa normatividad quedaron sometidos todos los municipios del país, sólamente a partir de 1994, a través de la norma que es objeto de la presente demanda, se sustrajo al Distrito Capital de esta regla general dada por la ley para introducir nuevas actividades de servicios sometidas tributariamente al gravamen, actividades éstas que no están comprendidas en la descripción traída por dicha ley.

Lo anterior quiere decir que se le está dando un trato diferencial a situaciones iguales, en razón de la ubicación territorial, sin que medie una justificación, en abierta oposición al artículo 13 de la Constitución Nacional. Se creó así una discriminación que en materia tributaria es todavía más odiosa, sin que exista razón que justifique el trato diferencial, pues no se ve argumento valedero jurídica ni económicamente para que unas mismas actividades realizadas por personas ubicadas en sitios diferentes del país, sean gravadas únicamente en Bogotá, rompiendo de tajo el principio constitucional de igualdad, sin que aparezcan circunstancias que legitimen esa discriminación.

Aduce también como vulnerado el artículo 150 numeral 12 de la Carta, por cuanto esta norma prevé la reserva de la ley del Congreso para el establecimiento de los impuestos

o contribuciones, y que es una función indelegable a la luz del artículo 150 numeral 10 inciso final, porque "estas facultades no se pueden conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos".

En estas condiciones, el artículo 154 numeral 4 del Decreto 1421 de 1993, no era la normativida idónea para crear o señalar nuevos hechos imponibles en el impuesto de industria y comercio.

Adicionalmente señaló, que el Decreto 1421 de 1993 no se dictó con base en las facultades extraordinarias a que se refiere el artículo 150 numeral 10 de la Constitución, sino en uso de las facultades otorgadas por la Asamblea Constituyente; pero si se acepta que en virtud de esa fuente especialísima se podían establecer nuevas contribuciones fiscales, encontramos que en ningún momento las facultades se otorgaron para crear impuestos o establecer nuevos responsables o sujetos pasivos sino para determinar el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, y lo fiscal en el sentido que está utilizado, no involucra la facultad impositiva pues tal interpretación sería inconstitucional por cuanto la Constitución no puede ir contra sí misma.

Señala igualmente como transgredida la disposición del artículo 338 *ibidem*, pues observa que en tiempo de paz, solamente el Congreso tiene la facultad de imponer contribuciones, lo mismo que las Asambleas Departamentales y los Consejos Distritales y Municipales, es decir que el Congreso tiene el monopolio de establecer contribuciones y también de imponerlas, mientras que las otras entidades territoriales señaladas, solamente pueden imponerlas, más no establecerlas. Así el Gobierno Nacional al establecer nuevos impuestos e imponerlos en uso de unas facultades que nunca le otorgó la Asamblea Contitucional quebrantó el artículo constitucional en comento.

Por último, adujo que las facultades del artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, estuvieron enderezadas a que el Congreso, y en su defecto el Gobierno, dictara la normatividad especial tendiente a la organización política, fiscal y administrativa del Distrito Capital, y es innegable que en parte alguna del texto, se habla de la función de establecer contribuciones, ni directamente, por cuanto la atribución se remite a los artículos 322, 323 y 324, ni indirectamente, si se tiene en cuenta que estos artículos, en ninguna de sus partes, consagran la facultad impositiva, sino que se refieren a la división territorial, la integración del Consejo Distrital, elección de Alcalde, etc.

Concluye que el gobierno excedió la competencia que en el aspecto material le asignó el artículo constitucional transitorio, al atribuirse facultades que sólo le asisten al Congreso de la República en virtud del principio de reserva de ley aprovada por éste, para el establecimiento de contribuciones.

En el mismo escrito de demanda, el actor solicita la suspensión provisional del acto acusado, al considerar que infringe de manera manifiesta el artículo 150 numeral 12 de

la Constitución Política, pues la función de establecer los impuestos es indelegable según el mismo artículo 150 numeral 10 inciso final de la Carta.

Así mismo, viola en forma flagrante el artículo 338 *ibidem*, porque la norma demandada no proviene del Congreso, de las Asambleas, ni Concejo Distrital o Municipal alguno, luego está contrariando la norma superior, al establecer y al mismo tiempo imponer tributos en el Distrito Capital, sin competencia para ello.

Sostuvo que también es evidente la violación del artículo 41 transitorio de la Constitución, pues las atribuciones que otorga tal precepto, ni directa ni indirectamente, se refieren a la facultad de crear nuevos hechos generadores del impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El escrito que contiene la demanda reúne los requisitos de forma exigidos por los artículos 137 y siguientes al código Contencioso Administrativo.

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.

En efecto, definir si efectivamente era competente o nó el Gobierno Nacional para expedir el acto acusado, que es en esencia el fundamento de la solicitud de suspensión, es un asunto que requiere de un estudio de fondo, el cual no puede ser acometido en la presente oportunidad procesal, máxime si se tiene en cuenta que el mismo argumento es el fundamento del actor para solicitar la nulidad del acto acusado y por ende su desaparición definitiva del mundo jurídico.

De otra parte, tal como lo ha sostenido inveteradamente la Corporación, "siendo el objeto de la suspensión provisional evitar transitoriamente la aplicación de un acto que ostensiblemente subvierte el orden jurídico, ha de ser tan evidente, tan clara, tan patente su contradicción con una norma superior, que sea suficiente su confrontación para destruír la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administativo y hacer posible la orden de no aplicarlo" (Auto del 15 de marzo de 1946, Anales del Consejo de Estado, tomo LVX).

Por consiguiente, en el caso *sub-lite* 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 Gobierno, al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director del Departamento Nacional de Planeación. Igualmente notifíquese al señor Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, por ser el Distrito Capital, según el acto acusado, entidad que tiene interés directo en el resultado del proceso.

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 a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del Decreto No. 1421 de julio 21 de 1993, en lo relativo al Título XI sobre Régimen Fiscal del Distrito Capital. Término de cinco (5) días.

6o. Niégase la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

7o. Téngase al Dr. Alirio Mayorga García, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 17.094.139 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 37.652 del Ministerio de Justicia, como apoderado de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder que debidamente presentado obra en el folio No. 1 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

ACCIÓN DE NULIDAD-Titularidad/**CIUDADANO/PERSONA NATURAL/DERECHO DE CIUDADANÍA/DERECHOS POLÍTICOS**

Considero que la demanda ha debido ser inadmitida en razón de que como queda claro, el accionante es persona jurídica que por dicha razón no puede ejercer acciones como la presente reservadas por la Carta Política a los ciudadanos. No cabe duda tampoco, que se trata con la demanda aludida de ejercer una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, que por expresa definición constitucional corresponde tramitar y decidir el Consejo de Estado. Los anteriores elementos de juicio permiten afirmar que no es admisible una demanda que ejercita una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad –y las de ilegalidad también quedan subsumidas bajo esta determinación– por persona distinta a la que constitucionalmente fue determinada como titular de dicha acción: el ciudadano. Ahora bien, en Colombia solamente ostentan el carácter de ciudadanos las personas naturales, hombres y mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad, que en los momentos actuales es la de 18 años. No existe derecho de ciudadanía, que es por definición el derecho político sobre el cual descansan todos los demás de esta índole, asentado en personas no naturales, sean estas partidos políticos, sociedades, fundaciones, sindicatos, etc. Para arribar a la conclusión de que el derecho de establecer acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad es un derecho político que tiene como exclusivo titular al ciudadano y por lo tanto supone la existencia de una persona natural, mayor de 18 años, en ejercicio pleno de los derechos políticos, basta leer cinco normas de la Constitución de 1991 que de conformidad con el principio de supremacía de la Carta deben aplicarse

preferentemente a lo que hayan dispuesto leyes anteriores o posteriores a ella. Tales normas son: 1o). El art. 40 que consagra lo relativo a los derechos políticos y los radica en cabeza del ciudadano; 2o). Los artículos 98 y 99 que regulan lo concerniente a la ciudadanía; 3o). Asimismo, los artículos 237 y 241 que disponen que las acciones públicas por inconstitucionalidad e ilegalidad se tramitarán por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

ACCIÓN DE NULIDAD POR ILEGALIDAD-Titularidad/**ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD**-Titularidad/**PERSONA NATURAL/PERSONA JURÍDICA**

No es de ninguna manera admisible esgrimir como argumento para que el Consejo de Estado o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo tramiten acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad, que como el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo expresa que "toda persona" podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos, todas las personas, naturales (ciudadanos o no) y jurídicas, son titulares de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad. Este parecer pudo ser válido hasta antes de que se expidiera la Constitución de 1991 pues las normas que ella contiene sobre esta materia, a las cuales hicimos referencia, definieron tales acciones como expresiones puras del derecho político. Expedida la Constitución de 1991 no se puede, bajo ningún aspecto, dársele al artículo 84 del C.C.A. el entendimiento que se le venía dando y que es el que inspira el auto del cual me aparto mediante esta salvamento de voto. Ello equivale a privilegiar la aplicación de una norma legal sobre lo dispuesto por la Carta Política, lo que entraña desconocimiento y vulneración de lo que ella prevé en su artículo 4o., en el sentido de que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 7130. Actor: Fundación Universitaria San Martín. Consejero Ponente: Dr. Delio Gómez Leyva.

Con el respeto acostumbrado procedo a consignar las razones que me indujeron a salvar el voto con respecto al auto admisorio de la demanda proferido el 19 de mayo de 1995 dentro del expediente de la referencia.

La Fundación Universitaria San Martín, por medio de su representante legal, confirió poder al abogado Alirio Mayorga García para que demandara "la nulidad del artículo 154, numeral 4o. del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, mediante la Acción Pública de Nulidad por inconstitucionalidad consagrada en la Constitución Nacional".

La norma acusada de inconstitucionalidad hace parte del Decreto No. 1421 de 1993 "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá", que fue expedido por el Presidente de la República "en uso de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 41 de la Constitución Política".

En desarrollo del poder conferido por la Fundación Universitaria San Martín, el apoderado presentó la demanda ante el Consejo de Estado manifestando que "hago uso de la acción Pública de Nulidad por inconstitucionalidad de que trata el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política de Colombia" y adujo como normas violadas, entre otras, las constitucionales contenidas en los artículos 13, 150 numeral 12, 338 inciso 1o. y 41 transitorio. La demanda contiene además petición de suspensión provisional y fue acompañada de la certificación demostrativa de la existencia y representación legal de la Fundación Universitaria San Martín expedida por el ICFES.

Considero que la demanda ha debido ser inadmitida en razón de que como queda claro de lo relatado anteriormente, el accionante es persona jurídica que por dicha razón no puede ejercer acciones como la presente reservadas por la Carta Política a los ciudadanos. No cabe duda tampoco, de la lectura de los antecedentes referidos, que se trata con la demanda aludida de ejercer una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, que por expresa definición constitucional corresponde tramitar y decidir al Consejo de Estado, con competencia que en el caso fue deferida al resolverse el conflicto planteado por la Corte Constitucional a favor de este Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Los anteriores elementos de juicio permiten afirmar que no es admisible una demanda que ejercita una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad –y las de ilegalidad también quedan subsumidas bajo esta denominación– por persona distinta a la que constitucionalmente fue determinada como titular de dicha acción: el ciudadano.

Ahora bien, en Colombia solamente ostentan el carácter de ciudadanos las personas naturales, hombres o mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad, que en los momentos actuales es la de 18 años. No existe derecho de ciudadanía, que es por definición el derecho político sobre el cual descansan todos los demás de esta índole, asentado en personas no naturales, sean estas partidos políticos, sociedades, fundaciones, sindicatos,etc.

Para arribar a la conclusión de que el derecho de establecer acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad es un derecho político que tiene como exclusivo titular al ciudadano y por lo tanto supone la existencia de una persona natural, mayor de 18 años, en ejercicio pleno de los derechos políticos, basta leer cinco normas de la Constitución de 1991 que de conformidad con el principio de supremacía de la Carta deben aplicarse preferentemente a lo que hayan dispuesto leyes anteriores o posteriores a ella.

Tales normas son:

1.- El artículo 40, que consagra lo relativo a los derechos políticos y los radica en cabeza del ciudadano. Dice sobre el particular que "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:...6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley". De tal manera que las acciones públicas de inconstitucionalidad y de ilegalidad, que se interponen unas veces ante la Corte Constitucional y otras ante el Consejo de Estado, según lo que la misma Carta tiene definido, se caracterizan como uno de los siete derechos políticos consagrados en la norma citada, junto con los de elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, constituír partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos líbremente y difundir sus ideas y programas, revocar el mandato de los elegidos, tener iniciativa en las Corporaciones Públicas y acceder al desempeño de las funciones y cargos públicos.

2.- Los artículos 98 y 99, que regulan lo concerniente a la ciudadanía y que determinan que esta condición, indispensable para el ejercicio de los derechos políticos se adquiere solo por las personas naturales mayores de 18 años y puede ser suspendida por decisión judicial.

3.- Así mismo, los artículos 237 y 241, que disponen que las acciones públicas por inconstituconalidad e ilegalidad se tramitarán por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional de conformidad con la taxativa distribución de materias que respectivamente establecen tales normas.

No es de ninguna manera admisible esgrimir como argumento para que el Consejo de Estado o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo tramiten acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad, que como el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo expresa que "toda persona" podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos, todas las personas, naturales (ciudadanos o nó) y jurídicas, son titulares de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad. Este parecer pudo ser válido hasta antes de que se expidiera la Constitución de 1991 pues las normas que ella contiene sobre esta materia, a las cuales hicimos referencia, definieron tales acciones como expresiones puras del derecho político. Expedida la Constitución de 1991 no se puede, bajo ningún aspecto, dársele al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el entendimiento que se le venía dando y que es el que inspira el auto del cual me aparto mediante este salvamento de voto. Ello equivale a privilegiar la aplicación de una norma legal sobre lo dispuesto por la Carta Política, lo que entraña desconocimiento y vulneración de lo que ella prevé en su artículo 4o., en el sentido de que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Quiero destacar que en análisis semejante al que acaba de hacerse fundamentó la Corte Constitucional la sentencia de enero 14 de 1993 por medio de la cual decretó la inexequibilidad de las disposiciones contenidas en el artículo 2o. del Decreto 2067 de 1991, que permitían el ejercicio de acciones públicas de inconstitucionalidad por personas jurídicas. En tal oportunidad, acogiendo el concepto del Ministerio Público, dijo la Corte:

"Antes de entrar a resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del inciso final el artículo 2o. del Decreto 2067 de 1991 es preciso trazar los lineamientos del marco conceptual del tema objeto de esta sentencia.

"2.1. El poder político.

Aristóteles sostenía que el hombre es un animal político. El hombre, en efecto, a través de la historia ha buscado siempre obtener y conservar el poder político. Es de su esencia.

"Así lo afirmaba Maquiavelo en el célebre capítulo XVIII de El Príncipe.

"Ello es legítimo porque, en términos de Hegel, el reconocimiento de una persona por sus semejantes es una aspiración de todos los hombres.

"Niestzche por su parte anotaba que "la lucha por el poder es la esencia de lo vivo".

"Y en este mismo orden de ideas, "la lucha por la preeminencia –al sentir de Burnham– es más importante que la lucha por la existencia".

"Ahora el témino poder político tiene una acepción amplia y una acepción restringida. En el primer sentido, que es que aquí se adopta, poder significa toda forma de reconocimiento, toda manifestación del deseo del hombre de sentirse importante en algún campo de la vida. En el otro sentido sólo se refiere a la lucha partidista por el poder en el Gobierno.

"Sin duda entonces el hombre ha buscado el poder político desde siempre y ello constituye una característica inalienable –artículo 5o. C.P.– e inherente –art. 94 ídem– y en ejercicio del derecho a la libertad de conciencia –art. 18 ídem–.

"2.2. Los derechos políticos.

"El artículo 40 de la Constitución es del siguiente tenor:

> ""Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político...",

Este derecho es una manifestación de la democracia participativa que es Colombia, al tenor del Preámbulo y de los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Carta.

"Ahora los derechos tienen unos alcances y unas limitaciones, como se verá a continuación.

"2.1.1 El artículo 40 de la Constitución.

"Dice así el artículo 40 de la Carta.

> ""Todo ciudadano tiene derecho a participar en la información, ejercicio y control del poder político.Para hacer efectivo este derecho puede:

1o. Elegir y ser elegido.

2o. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3o. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

4o. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5o. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6o. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7o. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

"Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios en la administación pública."

2.1.2. Titulares de los derechos políticos,

"Son titulares de los derechos políticos las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía.

"El desear por todos, el querer conjunto, el buscar lo mejor para la colectividad únicamente puede ser predicable para las personas naturales.

2.1.2.2. Los Nacionales.

"Los nacionales colombianos están definidos en el artículo 96 de la Constitución.

"La nacionalidad es un vínculo jurídico-político entre una persona y un Estado.

"Es claro entonces que sólo los nacionales colombianos pueden ser titulares de los derechos políticos en su conjunto.

"Así lo establece el inciso tercero del artículo 100 de la Carta, que dice:

> ""Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residente en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas popular de carácter municipal o distrital".

Se observa en esta disposición un principio general y una excepción.

"El principio general es que sólo los nacionales poseen derechos políticos.

"La excepción es que para las elecciones locales los extranjeros pueden votar.

"¿Cuál es la razón jurídica de ello?

"En cuanto a la regla general, que es el caso pertinente para el negocio que nos ocupa su razón jurídica consiste en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar el ejercido de derechos políticos a los nacionales. Ello en virtud del inciso primero del artículo 9o. de la Carta, que dice:

> ""Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

"Y en cuanto a la excepción, su *ratio iuris* estriba en que las elecciones municipales y distritales sólo conciernen el destino político local, Las circunstancias departamentales y nacionales están vedadas a los extranjeros. En una localidad lo que está en juego no es un destino político de la Nación, sino la posibilidad de influír en la toma de decisiones sobre los asuntos de orden local, Tales asuntos son, de conformidad con los artículos 311, 313, y 315 de la Carta, de naturaleza administrativa, de planificación de participación en general de desarrollo estrictamente local, para lo cual resulta legítimo que un extranjero vecino de un municipio, a quien le afectan tal surte de decisiones, pueda influir en las mismas.

"2.1.2.3. Los ciudadanos.

"Son ciudadanos los nacionales mayores de dieciocho (18) años, de conformidad con el parágrafo del artículo 98 de la Carta.

"La ciudadanía es el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de concederle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos al efecto por la ley...

"Pues bien, sólo los ciudadanos pueden ejercer los derechos políticos.

"Así lo establece expresamente el artículo 40 de la Constitución –precitado–.

"¿Cúal es la razón jurídica de ello? Las personas naturales colombianas que no son ciudadanas son de dos clases: los menores de 18 años y aquéllos a quienes se ha sancionado con la interdicción de los derechos políticos como pena accesoria de una sanción penal principal. En el primer caso la norma tiene como fundamento inmadurez sicológica de la persona y en el segundo la inidoneidad moral. Por exclusión se concibe en consecuencia al ciudadano como una persona con

calidades de madurez y moralidad adecuadas para poder sufragar y ejercer los demás derechos políticos.

"3. De la acción pública de inconstitucionalidad.

"El control de constitucionalidad es producto del Estado social de Derecho organizado como un ordenamiento jurídico jerárquico, teniendo en la cúspide del mismo a la Constitución, que es norma de normas según el artículo 4o. de la misma.

"En virtud del principio de la supremacía de la Constitución, entonces, las demás normas deberán desarrollar su contenido y materialmente no podrán contravenir a sus preceptos, pues en tal caso la norma se expone a acciones que redundan en su desaparición del mundo jurídico.

"Uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes mediante acción pública.

"Ello se consagró en la Ley, 2a. de 1904, artículo 2o. para los decretos-leyes, y en el Acto legislativo No. 3 de 1910 para las leyes –formales y materiales–. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968 conservaron la acción pública de inconstitucionalidad.

"De conformidad con lo anteriormente expuesto, son Titulares de esta acción las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía.

"Al recto cabe preguntarse si, de un lado, existe algún grupo de ciudadanos que no pueda ejercer esta acción y sí, de otro lado, un ciudadano puede formular simultáneamente la acción a titulo personal y como representante de una persona jurídica.

"En cuanto a lo primero, para esta Corporación no existe ninguna clase de ciudadanos que no goce de este derecho político para presentar las acciones de que trata el artículo 241 de la Constitucional, ni siquiera los magistrados encargados de resolver por vía judicial de dichos procesos, esto es, ni siquiera los Magistrados de la Corte Constitucional.

"Se cambia de esta manera la jurisprudencia establecidas por la Corte Suprema de justicia cuando en ejercicio entonces del control de constitucionalidad estableció que todos los ciudadanos tenían esta acción "a excepción de los magistrados de la Corte Suprema, por su alta investidura de Jueces Únicos de esta acción".

"Ello porque si un magistrado de esta Corporación estima que el orden constitucional del país se encuentra desconocido por una de las normas objeto de su control, tiene el derecho de acusarla mediante las formalidades legales, sin perjuicio de declararse impedido en su oportunidad.

"En cuanto a lo segundo, esta Corporación comparte la tesis del Procurador General, cuando afirma lo siguiente:

> ""Tampoco podría pensarse, en gracia de una interpretación más laxa, que ella permite presentar la demanda bajo el binomio: ciudadano-apoderado de una persona jurídica. Somos de la opinión que por no tratarse de una acción privada sino pública, no es posible postular personerías supletivas o alternativas para proponerlas. Sólo deberá ser admisible en forma exclusiva y excluyente, es decir, haciendo uso de la calidad de ciudadano colombiano".

"En este orden de ideas, la Corte Constitucional estima que no puede presentarse una demanda de constituciona en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral.

"Es por ello incluso que en dos oportunidades la Corte Constitucional ha inadmitido demandas presentadas a título exclusivo de personas jurídicas, argumentando para ello la excepción de inaplicabilidad constitucional, que le confiere el artículo 4o. de la Carta." (Sentencia No. C003, enero 14 de 1993. Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

El anterior criterio fue ratificado por la Corte Constitucional cuando falló la demanda instaurada contra la ley 30 de 1992, acción en la cual figuraba como demandante de uno de sus artículos el Ministerio de Hacienda, sentencia No. C-022 de enero 27 de 1994:

"...3.- Sea lo primero reiterar la falta de titularidad de las personas jurídicas, públicas o privadas, para ejercer la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6 y 241-4 de la Constitución. Esta Corte señaló al declarar la inexequibilidad del inciso final del artículo 2o. del Decreto 2067 de 1991, que la acción pública de inconstitucionalidad es una acción consagrada en el ordenamiento colombiano en favor de los ciudadanos, sin que sea posible predicar de las personas jurídicas su titularidad.

""(...) **La Corte Constitucional estima que no puede presentarse una demanda de constitucionalidad en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral".**

"La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de actuar a título personal como se evidencia en el poder que adjunta a su demanda, lo hace al mismo tiempo como representante de la Nación. Para la Corte es claro que esta segunda alternativa no es jurídicamente viable, por lo que se limitará a estudiar los cargos elevados contra el artículo 124 de la ley 30 de 1992 por la actora en su calidad de ciudadana."

Son suficientemente claras las razones esgrimidas por la Corte Constitucional en las sentencias transcritas, las cuales se corroboran con una buena cantidad de autos inadmisorios de demanda en los cuales existía la pretensión de que personas jurídicas adquirieran la condición de actores en este tipo de acciones públicas. Por lo demás, son las mismas razones que he esgrimido para apartarme de la decisión mayoritaria.

Finalmente estimo que no es lógico y además, rompe el principio constitucional de la igualdad, el escindir el control de constitucionalidad, que es uno solo, no obstante que se ejercite por órganos jurisdiccionales diversos, radicando la titularidad de las acciones en sujetos diferentes según que la acción tenga que incoarse ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Siempre que se trate de establecer una acción pública de inconstitucionalidad o de ilegalidad, siendo indiferente el órgano judicial ante el cual se ejercite dicha acción, el titular será necesariamente un ciudadano en goce pleno de de sus derechos de ciudadanía.

Atentamente,

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

Fecha: ut supra.

CIRCULAR EXTERNA DE LA SUPERBANCARIA-Naturaleza/**ACTO ADMINISTRATIVO/INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA/FACULTAD SANCIONATORIA**

Las circulares externas mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impartió instrucciones a las entidades financieras relativas a la presentación de los informes semanales de posición propia, constituyen actos administrativos revestidos de la presunción de legalidad, que instruyen a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplir las disposiciones que regulan la actividad financiera, y son de obligatorio cumplimiento para la Superintendencia Bancaria y para los entes vigilados mientras estén vigentes. Así las cosas, no son aceptables los planteamientos expuestos por el actor en el sentido de que la Superintendencia no podía imponer sanciones con fundamento en circulares, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 3 literal n) del Decreto 1939 de 1986, las sanciones que puede imponer la entidad de vigilancia pueden ser "por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.

INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA-Oportunidad/**ACTO SANCIONATORIO**-Motivación/**SANCIÓN POR INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA**-Determinación/**ÍNDICE DE PRECIOS**

Teniendo en cuenta que el Banco actor admitió el hecho de no haber remitido "en la fecha fijada" el informe semanal de posición propia, se observa que la Superintendencia Bancaria, a diferencia de lo señalado por el actor en la

sustentación del recurso, sí fijó una fecha cierta para rendir los referidos informes, esto es, a más tardar el miércoles siguiente a la respectiva semana que se va a reportar. Se encuentra que en las resoluciones sancionatorias se indicaron las circunstancias de hecho y de orden legal que "motivaron" la voluntad de la Administración para imponer la multa, habiéndosele otorgado al actor la oportunidad de rendir explicaciones y suministrar pruebas, en desarrollo de lo establecido en los artículos 35 y 59 del C.C.A. En relación con la cuantía de la multa impuesta, se observa que la Superbancaria, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.7.2.1.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, fijó la cuantía de la multa, teniendo en cuenta el reajuste anual y automático de acuerdo con el porcentaje de variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE (art. 22 del D. 2920 de 1982). Al respecto se advierte que si el actor consideraba que tal cálculo no era correcto, debió probar que los índices no eran los correctos o que se había incurrido en error.

SUPERINTENDENTE BANCARIO-Facultades/**FACULTAD SANCIONATORIA/ INFORMES PARA LA SUPERBANCARIA/SANCIÓN POR INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA**

Como el Superintendente Bancario, con fundamento en las facultades establecidas en el artículo 41 de la Ley 45 de 1923 (recopiladas en el artículo 1.5.1.3.5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), está autorizado para exigir a las entidades vigiladas "informes" relativos a su situación, en las "fechas" y "forma" que para el efecto dicho funcionario prescriba, y que tales facultades conferidas por la ley las desarrolla, de acuerdo con la establecida en el artículo 3o. literal g) del Decreto 1939 de 1986 mediante instrucciones contenidas en Circulares Externas, que constituyen actos administrativos amparados por la presunción de legalidad y de obligatorio cumplimiento para la Superintendencia Bancaria, de donde resulta claro que la actuación de la entidad de vigilancia mediante la expedición de las resoluciones sancionatorias se ajustó a derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo diecinueve (19) de mi novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 6028. Apelación sentencia de octubre 14 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco de Occidente. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el BANCO DE OCCIDENTE, el actor, contra la sentencia de octubre 14 de 1994,

desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 5022 de diciembre 9 de 1992 y 0354 de febrero 10 de 1993, expedidas por el Director General de Bancos e Instituciones Oficiales Especiales de la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

Previa solicitud de explicaciones, la Superintendencia Bancaria, mediante la resolución número 5022 de diciembre 9 de 1992 multó al Banco actor con la suma de $3.440.000.00, por no remitir oportunamente los informes semanales de posición propia correspondientes a las semanas comprendidas entre el 3 y 6 de Agosto, 10 y 14 de Agosto, 18 y 21 de Agosto y, el 14 y 18 de Septiembre de 1992, de acuerdo con lo exigido en la circular Externa 052 de 1992, expedida por la Superintendencia Bancaria.

El apoderado de Banco actor interpuso el recurso de reposición contra la anterior resolución y la Superintendencia Bancaria lo resolvió a través de la resolución número 0354 de febrero 10 de 1993 confirmando la resolución número 5022, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la parte actora consideró vulnerados los artículos 4o., 29, 84, 114, 116, 123, 150, 189-11, 209, 229, 371, 372 y 51 transitorio de la Constitución; 4o., 28 y 1608 del Código Civil; 44 y 45 de la ley 153 de 1887; 41 de la ley 45 de 1923; 2o., 3o., 34, 35 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 5o. de la ley 21 de 1963; 7o. del Decreto 2206 de 1963; 3o. de la ley 58 de 1982; 174 del Código de Procedimiento Civil; 1.7.2.1.1 del Decreto 1730 de 1991; 16 de la ley 13 de 1993; y, las leyes 9o. de 1991 y 31 de 1992.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Las Circulares Externas tienen una naturaleza simplemente informativa, resultando impropio utilizarlas para crear o establecer normas de obligatoria observancia, ya que ni la Constitución ni la ley autorizan a legislar mediante circulares. Al respecto señaló que las referidas "circulares" no constituyen normas legales, ni hacen parte de los estatutos, ni reglamentos del Banco actor, y por lo tanto, las resoluciones acusadas vulneraron los artículos 29 y 189-11 de la Constitución y, 44 y 45 de la ley 153 de 1887.

Las Circulares Externas números 24 y 52 de 1992, al pretender reglamentar un aspecto que está regulado por una norma de categoría superior como lo es el artículo 41 de la ley 45 de 1923, vulneraron ésta última norma.

No obstante lo anterior, las resoluciones sancionatorias excedieron los términos de la Circular Externa número 52 de 1992, en cuyo numeral 43 se dispuso que los intermediarios del mercado cambiario debían remitir a la División de Estadística el

informe semanal de posición propia, sin señalar ni precisar la oportunidad para efectuar la remisión, frente a lo cual la Superintendencia pretendió subsanar la falta de precisión a través de lo establecido en el numeral 5 de la citada circular en el sentido de que "... el primer reporte se hará... a más tardar el próximo 5 de agosto", para concluir que todas las informaciones debían enviarse a más tardar el día miércoles de la semana subsiguiente a la que correspondía el informe, por la simple circunstancia de que el 5 de Agosto fue miércoles.

En cuanto a la graduación de la multa indicó que aunque el artículo 1.7.2.1.1. de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autorizaba reajustar las cifras inicialmente señaladas (entre $500.000.00 y $2.000.000.00) en forma proporcional al incremento del índice de precios al consumidor suministrado por el DANE, pero debe tenerse en cuenta que el suministro de dicho dato no se efectúa mediante normas su carácter general, ni constituye un hecho notorio, y por lo tanto, las resoluciones demandadas vulneraron los artículos, 174 del Código de Procedimiento Civil, referente a la necesidad de la prueba, 35 del Código Contencioso Administrativo, que exige la debida motivación, y 29 de la Constitución.

Finalmente afirmó que fueron transgredidos los artículos 29 y 229 de la Constitución; y, 3o., 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, porque la sanción impuesta generó otra sanción que se concretó en el pago de intereses, en el evento de no ser cancelada la suma correspondiente a la multa luego de su ejecutoria.

LA OPOSICIÓN

El apoderado de la Superintendencia Bancaria formuló la excepción de inepta demanda, porque la parte actora citó como vulnerados varios preceptos respecto de los cuales no explicó el concepto de la violación, desconociendo así lo establecido en el artículo 137-4 del Código Contencioso Administrativo y, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Argumentó, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que las circulares que el Superintendente Bancario está facultado para expedir se limitan a instruir a sus vigilados acerca del cabal cumplimiento de la normatividad y son de obligatorio cumplimiento en virtud de la presunción de legalidad de todos los actos administrativos.

Indicó que dentro de la expresión "norma de su estatuto o reglamento, o cualquier otra legal" contenida en el artículo 1.7.2.1.1. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, están incluidas las circulares de las autoridades administrativas nacionales, dirigidas a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

En relación con el artículo 41 de la ley 45 de 1923, señaló que para la época de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la expedición de los actos acusados, tal disposición se encontraba incorporada en el artículo 1.5.1.3.5. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma ésta que el libelista no citó como vulnerada.

Respecto de la violación de los artículos, 29 de la Constitución, 174 del Código de Procedimiento Civil, 35 del Código Contencioso Administrativo y 1.7.2.1.1. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, expresó que el ajuste anual de los montos mínimo y máximo imponibles, establecido en la parte final del artículo 1.7.2.1.1., se produce en forma automática y con base en la certificación que sobre la variación porcentual del IPC expide el DANE a solicitud de cualquier persona y es divulgada por los medios masivos de comunicación.

En lo referente al pago de intereses afirmó que la exigencia de los mismos se fundamentó en una norma legal, el artículo 1.7.3.0.1. de Decreto 1730 de 1991, respecto de cuya exequibilidad se pronunció la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-024 de febrero de 1993.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia apelada, no le dio prosperidad a la excepción de inepta demanda formulada por la entidad demandada, argumentando que la omisión en que haya podido incurrir el actor no configuró ineptitud de la demanda, sino que se relaciona con el éxito o fracaso de las pretensiones de la misma, y denegó las súplicas de la demanda.

Con fundamento en la providencia del Consejo de Estado radicada con el número 0559, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate, señaló que en el *sub-lite* no se vulneró el derecho de defensa ni el debido proceso del actor, porque se le juzgó conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

No se pronunció respecto del artículo 41 de la ley 45 de 1923, por considerar que como tal norma está incorporada en un nuevo ordenamiento legal, el artículo 1.5.1.3.5. del Decreto 1730 de 1991, no se configuró el presupuesto formal establecido en el artículo 137-4 del Código Contencioso Administrativo, referente al señalamiento con precisión de la disposición violada que debe estar vigente.

En relación con la graduación que de la multa hizo la entidad de vigilancia, indicó que el legislador consagró claramente la facultad de reajustar anualmente las multas (artículo 1.7.2.1.1. del Estatuto Orgánico del sistema Financiero), y que por lo tanto compartía el criterio de la Superintendencia Bancaria expresado en los considerandos finales de la resolución No. 0354, en el sentido de actualizar y ajustar tales sumas en un mínimo de $3.434.592.19 y un máximo de $13.738.368.77, vigente para 1992. Al respecto manifestó que lo anterior constituyó la motivación del acto demandado, sin que se hubiera requerido la realización de cuentas aritméticas, y que se impuso el mínimo de la sanción.

Finalmente y en cuanto a los intereses generados por la multa impuesta, afirmó que se remitía a lo expuesto por el Tribunal dentro del proceso 2277, en el sentido de que la multa constituye un crédito a favor del Estado y como toda obligación genera intereses

para el acreedor hasta que se extinga por el pago, y que, asimismo, si el sancionado consigna el valor de la multa y al demandar se accede a sus pretensiones, se le restablecerá su derecho ordenándose a la nación la devolución del dinero con los respectivos intereses, desde que se hayan pedido en la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del Banco actor interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó así:

Las circulares expedidas por la Superintendencia Bancaria no pueden homologarse a "normas legales" con el fin de habilitarlas para cumplir el requisito que exigía el artículo 1.7.2.1.1. del derogado decreto 1730 de 1991 para que la Superintendencia Bancaria adquiera la facultad de imponer las sanciones previstas en dicha norma, toda vez que las circulares en cuestión son simples ordenamientos derivados de la facultad otorgada al Superintendente Bancario por el artículo 41 de la ley 45 de 1923.

Afirmó que si se admitiera que las circulares sí son "normas legales", no se podría llegar al punto de atribuirles disposiciones que sus textos no contienen, como lo es la suposición de la entidad de vigilancia en el sentido que tales circulares obligaban a los bancos a entregar la información antes del día miércoles de la semana subsiguiente.

En lo relacionado con la cuantía de la multa, manifestó que el proceder de la Administración fue contrario a la necesidad de motivación exigida por los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo.

Cuestionó el fallo del *a-quo* por haberle atribuido la calidad de imprescindible al requisito consistente en el señalamiento de las normas violadas y el concepto de la violación, manifestando que, de conformidad con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución debe prevalecer el derecho material sobre el procedimental.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora manifestó que reiteraba los planteamientos expuestos en la primera instancia y en la sustentación del recurso de apelación, y agregó que el artículo 41 de la ley 45 de 1923 se encuentra plenamente vigente porque no fue incluido en el artículo 1.5.1.3.5.del Decreto 1730 de 1991 como lo afirmó el Tribunal, e insistió en la vulneración del citado artículo 41 de la ley 45 de 1923 al haberse cambiado la sanción en él prevista para el caso contemplado en la resolución, por una de distinta naturaleza y magnitud.

El apoderado de la Superintendencia Bancaria dentro de esta oportunidad procesal solicitó la confirmación de la sentencia apelada y alegó, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que las circulares expedidas por su representada como manifestaciones de voluntad de la Administración, son actos administrativos de obligatorio cumplimiento para las entidades financieras vigiladas, y como tales gozan de la presunción de legalidad.

Respecto de la negada carencia de fijación cierta y exacta de las fechas límites para rendir los informes, señaló que de acuerdo con lo previsto en el numeral 5.2 de la Circular 052 de 1992, los establecimientos bancarios tienen como plazo máximo el miércoles siguiente a la semana que debe reportarse para cumplir la obligación de presentar ante la Superintendencia Bancaria el reporte semanal de posición propia.

La multa impuesta al Banco actor lo fue en aplicación de lo dispuesto en el articulo 1.7.2.1.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, mediante un acto administrativo debidamente motivado, luego de haber analizado el acervo probatorio y en especial las explicaciones presentadas por la parte actora.

Finalmente indicó, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que teniendo en cuenta que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es rogada, resulta imprescindible señalar con precisión las normas violadas y el concepto de la violación.

La Señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación solicitó la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que mediante la expedición de circulares externas el Superintendente Bancario desarrolla las facultades que le han sido conferidas por la ley.

En relación con el tiempo fijado en la circular 052 de 1992 para la entrega de los informes, lo fue semanal, indicándose para el primer reporte su fecha, sin que por ello pudiera entenderse que los demás reportes no debían enviarse dentro del plazo fijado para el primero. Al respecto indicó que la citada circular no ha sido anulada y por lo tanto está vigente.

En cuanto a la motivación de la sanción, afirmó que ésta no requiere de una fundamentación especial por ser la consecuencia de la conducta infractora motivada y probada, de conformidad con lo previsto en la circular 024 de 1992.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia que debe resolver la Sala se concreta en determinar si la actuación de la Superintendencia Bancaria, al imponer mediante los actos administrativos acusados una multa al banco actor, se ajustó o no a derecho.

1.- Las circulares externas números 024 y 052 de 1992, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impartió instrucciones a las entidades financieras relativas a la presentación de los informes semanales de posición propia, constituyen actos administrativos revestidos de la presunción de legalidad, que instruyen a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplir las disposiciones que regulan la actividad financiera, y son de obligatorio cumplimiento para la Superintendencia Bancaria y para los entes vigilados mientras estén vigentes.

Así las cosas, no son aceptables los planteamientos expuestos por el apoderado del actor en el sentido de que la Superintendencia no podía imponer sanciones con

fundamento en circulares, ya que de conformidad con lo establecido en el articulo 3 literal n) del Decreto 1939 de 1986, las sanciones que puede imponer la entidad de vigilancia pueden ser "por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria."

En este sentido se ha pronunciado la Sala en las sentencias de Junio 25 de 1993, expediente 4063, Consejero Ponente: Dr. Delio Gómez Leyva, y de Octubre 18 de 1994, expediente 5690, consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

2.- En cuanto a la alegada inexistencia de una fijación cierta y exacta de la fecha límite para remitir los informes semanales sobre posición propia, las Circulares Externas números 001 de 1989 y 024 y 052 de 1992, expedidas por la Superintendencia Bancaria establecen:

CIRCULAR EXTERNA 001 DE 1989

"6. **INFORMACIÓN ESTADÍSTICA.** Los establecimientos bancarios remitirán a la Superintendencia Bancaria, con destino a la División de Estadística, la siguiente información, en los formatos que esta Entidad ha diseñado para tal efecto.

Los establecimientos bancarios remitirán a la Superintendencia Bancaria a más tardar el día miércoles de la semana siguiente a las 12:00 m., referenciados como 'Informe Semanal Estadístico' los reportes..." (Fls 88 vto y 89).

CIRCULAR EXTERNA 024 DE 1992

"4. **Periodicidad de determinación del nivel de posición propia.** El nivel de la posición propia continuará calculándose en forma mensual en los términos vigentes. No obstante, a partir del 1o. de junio, se remitirá a posición en forma semanal de conformidad con la proforma que para el efecto les será suministrada oportunamente." (Fls. 76).

CIRCULAR EXTERNA 052 DE 1992

"4.3. Los intermediarios del mercado cambiario deberán remitir a la División de Estadística, en papel, el informe semanal de Posición Propia en la proforma F.1000-06, diligenciando para el efecto, solo las columnas 1, 2 y 3 (del formato 78) con los datos que corresponden a la semana a reportar."

"..."

"5. **DEROGATORIA Y VIGENCIA.** La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación, modificada en lo pertinente la Circular Externa 024 de 1992 y

deroga las disposiciones que le sean contrarias. En consecuencia el primer reporte semanal se hará para la semana comprendida entre el 27 y el 31 de julio del presente año, a más tardar el próximo 5 de agosto." (Fls 78 vto y 79).

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el Banco actor admitió el hecho de no haber remitido "en la fecha fijada" el informe semanal de posición propia (fls. 69 y 70), se observa que la Superintendencia Bancaria, a diferencia de lo señalado por el apoderado del actor en la sustentación del recurso de apelación, sí fijó una fecha cierta para rendir los referidos informes, esto es, a más tardar el miércoles siguiente a la respectiva semana que se va a reportar.

Lo anterior además de que, como lo indicó la Señora Procuradora Delegada, el actor, sólo con la presentación extemporánea de los reportes semanales en cuestión (correspondientes a los meses de Agosto y Septiembre de 1992) controvirtió los términos y plazos establecidos en las circulares mencionadas, bajo las cuales cumplió supuestamente la obligación que se inició desde el 1o. de Junio de 1992 (numeral 4o. de la Circular Externa 024 de 1992).

3.- Dentro del *sub-lite,* la Sala encuentra que, en oposición a lo señalado por el apoderado del Banco actor, en las resoluciones sancionatorias se indicaron las circunstancias de hecho y de orden legal que "motivaron" la voluntad de la Administración para imponer la multa, habiéndosele otorgado al actor la oportunidad de rendir explicaciones y suministrar pruebas, en desarrollo de lo establecido en los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con la cuantía de la multa impuesta, se observa que la Superintendencia Bancaria, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.7.2.1.1. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, fijó la cuantía de la multa, teniendo en cuenta el reajuste anual y automático de acuerdo con el porcentaje de variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE (artículo 22 del Decreto 2920 de 1982). Al respecto se advierte que si el actor consideraba que tal cálculo no era correcto, debió probar que los índices aplicados no eran los correctos o que se había incurrido en error.

4.- No resultan aceptables los planteamientos expuestos por el Tribunal en el sentido de que como la norma señalada como violada por el actor, esto es, el artículo 41 de la ley 45 de 1923 "está incorporado en un nuevo instrumento legal cual es el decreto 1730 de 1991, concretamente en el artículo 1.5.1.3.5.; por lo cual la Sala no se pronunciará al respecto porque no se configura el presupuesto formal del numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A.,..." (fl. 150), toda vez que el hecho de que el artículo 41 de la ley 45 de 1923 se halle recopilado en el artículo 1.5.1.3.5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y que el actor en la demanda no haya indicado éste último precepto como violado, no determina la ausencia del requisito establecido en el artículo 137-4 del Código Contencioso Administrativo porque como ya se dijo, el mencionado artículo 1.5.1.3.5 reprodujo en términos generales el artículo 41 de la ley 45 de 1923.

Los citados preceptos legales disponen que:

LEY 45 DE 1923

"Artículo 41.

El Superintendente deberá exigir a todos los establecimientos bancarios a que sea aplicable la presente Ley, inclusive el Banco de la República, que le presenten informes respecto de su situación, de tiempo en tiempo, en las fechas que determine y en la forma y con el contenido que él mismo prescriba.

Dicho funcionario designará, al menos cinco veces en cada año, la fecha en que cada establecimiento bancario, incluyendo el Banco de la República, deba presentarle el informe. Este informe deberá versar sobre la situación del establecimiento que aparezca en una fecha anterior al aviso, la que será fijada por el Superintendente. Este informe deberá publicarse por el banco en un periódico del lugar donde tenga el centro principal de sus negocios, y si allí no se publicare ninguno de bastante circulación, en uno del lugar más cercano dentro de quince días después de haberse presentado al Superintendente.

Si algún establecimiento bancario, inclusive el Banco de la República, dejare de rendir algún informe exigido por el Superintendente, dentro de diez días, contados desde la fecha fijada, o dejaré de incluir en él algún asunto requerido por el Superintendente, éste podrá imponer a tal establecimiento una multa a favor del Tesoro Nacional, por la suma de cien pesos ($100), por cada día en que el informe haya sido demorado o en que se deje de informar sobre el asunto omitido, a menos que el término para ello haya sido prorrogado por el Superintendente como se prevé en el artículo 45 de esta Ley.

ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO

"Artículo 1.5.1.3.5.- INFORMES A LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Las entidades vigiladas deberán presentar informes respecto de su situación, de tiempo en tiempo, en las fechas que el Superintendente Bancario determine y en la forma y con el contenido que para el efecto prescriba."

Al respecto se observa que como el Superintendente Bancario, con fundamento en las facultades establecidas en el artículo 41 de la ley 45 de 1923 (recopiladas en el artículo 1.5.1.3.5. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), está autorizado para exigir a las entidades vigiladas "informes" relativos a su situación, en las "fechas" y "forma" que para el efecto dicho funcionario prescriba, y que tales facultades conferidas por la ley las desarrolla, de acuerdo con la establecido en el artículo 3o. literal g) del Decreto 1939 de 1986, mediante instrucciones contenidas en Circulares Externas, que como se dijo en el punto primero, constituyen actos administrativos amparados por la presunción de legalidad y de obligatorio cumplimiento para la Superintendencia Bancaria y para las entidades vigiladas, resulta claro que la actuación de la entidad de vigilancia mediante la

expedición de las resoluciones sancionatorias se ajustó a derecho, toda vez que frente a la conducta del Banco actor, que se concretó en no remitir oportunamente los informes semanales de posición propia correspondientes a las semanas comprendidas entre el 3 y 6, 10 y 14, 18 y 21 de Agosto y, el 14 y 18 de Septiembre de 1992, de acuerdo con lo previsto en el articulo 1.5.1.3.5. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en la Circular Externa 052 de 1992, la Superintendencia procedió a aplicar la respectiva sanción, en desarrollo de lo previsto en los artículos 3o. literal n) del Decreto 1939 de 1986 y 1.7.2.1.1 del Estatuto Orgánico del Sistema financiero.

Por las anteriores razones la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada denegatoria de las súplicas de la demanda, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce al doctor Fernando Antonio Grillo Rubiano como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, 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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

INGRESOS GRAVADOS-Omisión/**COMPROBANTE EXTERNO**-Inexistencia/ **CHEQUE**-Cambio

Admitido por la sociedad que los cheques girados por terceros y consignados por el gerente de la sociedad en su cuenta personal, correspondían a operaciones propias de la actividad de la empresa debieron registrarse como ingresos de la sociedad con movimiento bancos. Si bien podía ser cierto que existió canje entre la sociedad y su Gerente para proveerla de liquidez, tal operación también debió quedar registrada y soportada contablemente con la explicación pertinente en el comprobante externo de tal forma que permitiría deducir que efectivamente la señora Gerente por gozar de mayor liquidez cambiaba cheques girados con plazo a favor de la sociedad. No obstante la actora no presentó ante la Administración ni ante la jurisdicción, prueba alguna que permitiera demostrar el hecho alegado. Como tampoco, alguna otra, que comprobara que los ingresos presuntamente omitidos si fueron registrados en la contabilidad de la sociedad e incluidos como provenientes de operaciones gravadas en la respectiva declaración tributaria, y en tales circunstancias, de la actuación administrativa, no se deduce violación de las normas invocadas en la demanda. NOTA DE RELATORÍA: En igual sentido puede consultarse la sentencia del 24 de enero de 1995 Expediente 7054 Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

CONTABILIDAD-Ineficacia/**SANCIÓN POR LIBROS**-Procedencia/**SANCIÓN POR INEXACTITUD**-Procedencia

Si la sociedad no registró contablemente todas sus operaciones (operaciones de canje y cambios de cheques, descuentos por documentos, préstamos, etc.)

que alega se sucedieron, debe concluirse que su contabilidad no reflejó la realidad económica y financiera de la empresa, ni mostró fielmente el movimiento claro de ventas, es decir no cumplió con la exigencia establecida por el Título IV del Libro 1o. del Código de Comercio y 773 y siguientes del Estatuto Tributario y que, en estas condiciones se hizo acreedora a la sanción por libros impuesta en el acto administrativo acusado. De igual forma, no desvirtuada la legalidad del acto administrativo en cuanto adiciona los ingresos propios de la actora, que fueron omitidos en la declaración tributaria la sanción por inexactitud se mantiene.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente No. 7016. Actor: TECNICENTRO LOS COMUNEROS LTDA. NIT 890.206.526 Apelación de la sentencia de 19 de octubre de 1994. Tribunal Administrativo de Santander. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas V Bimestre de 1989. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 19 de octubre de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad TECNICENTRO LOS COMUNEROS LTDA. NIT 690.206.526, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, le determinó oficialmente, mediante liquidación de revisión, el impuesto sobre las ventas por el período gravable correspondiente al V Bimestre de 1969 y le impuso sanción por inexactitud y libros de contabilidad.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al V Bimestre de 1989 el día 27 de noviembre del mismo año, en la cual denunció ingresos brutos del período por $42.242.863, operaciones excluidas por $7.857.211, operaciones gravadas por $34.385,052, un impuesto generado por operaciones gravadas de $3.438.505, impuestos descontables de $2.397.972. Aplicó un saldo a favor del período anterior de $5.937.972 y saldo neto a favor, del bimestre de $4.897.145.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga mediante autos Nos. 000615 y 000617 de febrero 27 de 1991, ordenó visita de inspección tributaria a la contribuyente con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones del impuesto sobre las ventas por los períodos I a VI de 1989, y el margen de utilidad dentro del programa "corrección voluntaria".

Efectuada la inspección, la Administración encontró que la contribuyente recibía cheques por ventas, ingresos que no contabilizaba, ni consignaba en sus cuentas corrientes, sino que eran consignados en la cuenta particular de la representante legal y por consiguiente no fueron declarados.

También comprobó que en dicha cuenta corriente se consignaron valores correepondientes a ventas con tarjetas de crédito, Credencial Master CARD, Banco de Occidente TECNICENTRO LOS COMUNEROS.

Con base en los resultados obtenidos en la investigación realizada la Administración, expidió el requerimiento especial 000122 del 8 de octubre de 1991, en el cual propuso a la contribuyente la modificación de la liquidación privada del Impuesto a las ventas del V Bimestre de 1989, como consecuencia de la adición de ventas omitidas por $13.781.051 y la imposición de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Proposición que concretó en la liquidación oficial No. 00037 de marzo 4 de 1992, contra la cual, la interesada, recurrió en reconsideración el 4 de mayo de 1992, alegando que el acto administrativo carecía de explicación sumaria y que era improcedente la adición de ingresos a la sociedad mediante el análisis de una cuenta corriente ajena a la contribuyente, para presumir que el monto de tales consignaciones correspondía a ingresos omitidos por la sociedad. En síntesis, expresa su inconformidad porque hubo violación del debido proceso y falsa motivación (Fls. 1537 y 1540 cuaderno de antecedentes).

El recurso de reconsideración fue fallado mediante la Resolución 0093 del 2 de abril de 1993, con confirmación de la liquidación recurrida.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Santander acudió la contribuyente para demandar la nulidad del acto administrativo acusándolo de ser violatorio de los artículos 29 de la Constitución Política, 742, 743, 746, 772, 773, 774, 777, 421 y especialmente del artículo 730 del Estatuto Tributario, y de haber incurrido en indebida aplicación del artículo 78 del Decreto 2503 de 1987, inexistente para la época en que se expidió el acto administrativo por haber sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de mayo de 1988.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda al estimar, que la actora no presentó suficientes pruebas que permitieran desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo. A su juicio, la Administración de Impuestos Nacionales a través de la inspección contable sí estableció que la sociedad no contabilizó la totalidad de los ingresos del período en su declaración de ventas, y por ende, no hubo violación del artículo 742 del Estatuto Tributario, ni del artículo 78 del Decreto 2503 de 1987, por indebida aplicación, pues la base de adición de ingresos no se

fundamentó en el denominado "método bancario", sino en el nó registro contable de las operaciones respectivas; ingresos, que la sociedad admitió haber recibido, y que fueron consignados en la cuenta del socio y representante legal.

Lo que cuestionó y dijo, la Administración,acerca de tal cuenta de la socia, es que en ella se consignaron las sumas representativas de tales entradas, sin que previamente se hubieran registrado en la contabilidad de la sociedad actora.

No encontró en consecuencia que se hubiera vulnerado el debido proseso, ni ninguno de los artículos 772, 773 y 774 del Estatuto Tributario, pues la Adiministración no desconoció la contabilidad como medio probatorio, sino que a través de su inspección estableció una serie de inconsistencias que le restaron credibilidad como medio de prueba.

No dio prosperidad al cargo de falta de explicación sumaria, porque en el anexo de la declaración se expusieron las razones por las cuales procedía la modificación de la liquidación privada.

LA APELACIÓN

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia, dice que se equivoca el Tribunal cuando afirma que la contribuyente acepta que la suma adicionada por la Administración proviene de ingresos recibidos por ella; pues en ninguna de las etapas procesales ha habido por parte de la demandante manifestación expresa de aceptación de la presunción establecida por la Administración a efectos de adicionar los ingresos, supuestamente pertenecientes a la sociedad.

No admite porque si la contribuyente quedó imposibilitada para desvirtuar contablemente la presunción, puede el Tribunal asignar a la diligencia de inspección a la contabilidad, practicada por la Administración, el valor de plena prueba, para así confirmar la adición de ingresos, desconociendo que con tal actuación se violó el artículo 742 del Estatuto Tributario, en primer lugar, porque las pruebas contables aportadas por la sociedad en la vía gubernativa no fueron valoradas por la Administración, colocando a la sociedad en situación de indefensión, sin que por otra parte hubiera probado la Administración que la totalidad de las consignaciones efectuadas en la cuenta de Ernestina de Bernal, correspondían a ingresos por ventas de la actora.

En segundo lugar, se interpretó en forma errónea el artículo 781 del Estatuto Tributario, porque él no descalifica a perpetuidad la contabilidad, como lo hace la Administración, sino que permite que constituya plena prueba cuando se ajusta a las exigencias imprevistas en la ley.

Reitera que la Administración dio aplicación al método bancario, para adicionar los ingresos hecho que desconoce el Tribunal. No puede admitirse que la simple existencia de unas consignaciones en cuenta bancaria constituyan ingreso, porque tal consecuencia no la establece la ley.

Cita y transcribe como apoyo de su argumento, apartes de la sentencia del 21 de agosto de 1992, Expediente 3960, Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano, para concluir que al aplicar tal método la Administración, a pesar de haber sido declarada inexequible la norma que lo establecía, artículo 78 del Decreto Ley 2503 de 1987, por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 5 de 1988, violó el debido proceso consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política y el principio de legalidad.

Concluye que para el año de 1989 no existía norma que consagrara el sistema aplicado para considerar legal la actuación administrativa, pues la presunción por consignaciones sólo se consagró en el año de 1992, mediante el artículo 59 de la Ley 6a. de dicho año, que adicionó el Estatuto Tributario en el artículo 755.3.

Pide se revoque la sentencia apelada y se deje sin efectos la actuación administrativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La actora al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos en la demanda acerca de la violación de las normas del Estatuto Tributario allí invocadas, especialmente del artículo 742, pues la Administración adicionó los ingresos sin tener plena prueba de que las consignaciones hechas por, la señora Ernestina de Bernal en la cuenta corriente 655-01786-1 del Banco de Occidente correspondían a omisión real de ingresos de la sociedad y no a ingresos propios de la titular de la cuenta. Si realmente tales ingresos fueron omitidos efectivamente en la contabilidad de TECNICENTRO LOS COMUNEROS, y si realmente fueron omitidos en la declaración de ventas de la sociedad en el respectivo bimestre.

Expresa que del acta de inspección tributaria (Fls. 15 y 16) en la que se discriminan las respectivas consignaciones por el bimestre investigado, solo puede colegirse, sin lugar a dudas, como ingresos pertenecientes a la sociedad los correspondientes a consignaciones por ventas con tarjeta de crédito (que apenas suman $112.500), puesto que en la columna que discrimina los demás ingresos, la Administración engloba las consignaciones en cheque y en efectivo en un sólo rubro, concluyendo que todas las consignaciones en la cuenta corriente del titular correspondían a la sociedad investigada y no a la titular de la cuenta.

A su juicio, la Administración, para realizar la adición propuesta debió haber acudido a la prueba testimonial con terceros (en este caso con los giradores de los cheques consignados en la cuenta del Banco de Occidente), al cruce de información con los mismos, a la toma de testimonios a los socios y al representante legal, a la práctica de similares diligencias con los beneficiarios de los cheques girados y aún a un experticio contable más amplio.

Obsérvase que dentro del acervo probatorio que reposa en el expediente, más concretamente en los antecedentes administrativos, no encuentra que alguna de las citadas diligencias hubiera sido practicada por la Administración y que sin embargo ésta concluyó que se habían omitido $13.781.051 en operaciones gravadas y procedió a su adición.

Señala que no resulta suficiente, para adoptar una decisión como la cuestionada en el presente proceso, la formulación de afirmaciones sobre la demostración de la ocurrencia de unos hechos, cuando las pruebas que deberían soportar tales afirmaciones no fueron practicadas y por ende no obraron en el expediente.

Sólo hasta la expedición de la Ley 6a. de 1992 se estableció una presunción mediante la adición del artículo 755-3 al Estatuto Tributario, que le permite a la Administración de Impuestos actuar válidamente en la forma como lo hizo en el presente caso, es decir aplicando el método bancario, el que fue rechazado por el mismo Tribunal en la sentencia de marzo 30 de 1995, expediente 9691, mediante el cual resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el auto administrativo que determinó el impuesto de renta por el año de 1989.

Reclama la nulidad del acto administrativo como del fallo de primera instancia por haberse fundamentado en pruebas que son nulas de pleno derecho, por haberse practicado con violación del debido proceso, pues la adición de ingresos se efectuó con base en una inspección contradictoria y en cuya práctica no se dio cumplimiento al artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1354 de 1987 y se desconocieron las competencias señaladas en el artículo 86 literal c) del Decreto Extraordinario 1643 de 1991, pues la notificación de los autos comisorios se efectuó por funcionarios que, por pertenecer a la planta de la División de Fiscalización no tenían competencia y en consecuencia las diligencias que se adelantaron los días 17, 18, 19 y 20 de septiembre de 1991 están viciadas de nulidad y viciaron toda la actuación de la Administración que se fundamentó en la misma.

Cita y transcribe apartes de las sentencias del 6 de agosto de 1991, Expediente 3229 Consejero Ponente doctor Jaime Abella, y del fallo de junio 11 de 1993 de la Corte Constitucional, sobre el debido proceso que considera aplicables en el caso *sub-lite*.

Pide se revoque la sentencia, se anule el acto administrativo demandado y se confirme la liquidación privada presentada por la actora por el V Bimestre de 1969.

La entidad demandada, mediante apoderada especial se opone a los argumentos de la apelante, acerca de la aplicación del llamado método bancario, porque en el asunto discutido, la adición de ingresos por ventas no se basó exclusivamente en dicho sistema como lo pretende hacer ver el apelante; sino que, como se reseña en los antecedentes administrativos durante el debate gubernativo, el auto comisorio 615 de 1991 ordenó la práctica de una inspección tributaria a la contabilidad de la sociedad, la recepción de testimonios, el cruce de información con terceros que permitieron demostrar que las sumas consignadas en la cuenta de la representante legal correspondían a ventas de la sociedad, no registradas contablemente, como se expresa en el acta de visita, y, de acuerdo con el artículo 782 del Estatuto Tributario se considera que los datos consignados en ella están fielmente tomados de los libros , salvo que el contribuyente "demuestre" su inconformidad.

Alude a las pruebas practicadas en la etapa gubernativa para concluir que no es cierta la afirmación del recurrente en el sentido de que la adición de ingresos fue consecuencia de la aplicación del método bancario.

Afirma que la contabilidad de la actora en la medida que no cumplió con los requisitos exigidos por los artículos 57, 58 y 59 del Código de Comercio no tenía valor probatorio en su favor, ante el hecho de no haber registrado las operaciones de la empresa en su totalidad, hecho que sumado a la no oportuna exhibición, y a la adulteración de los soportes contables, ameritaba la sanción por libros de contabilidad.

Pide se confirme la sentencia apelada.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción, no actuó en esta ocasión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala restringe su análisis a los puntos sometidos a su consideración en el escrito de apelación que por haberse alegado en la demanda, debieron ser objeto de análisis y decisión en la primera instancia, se abstiene en consecuencia de considerar los cargos de incompetencia del funcionario que realizó la investigación por no pertenecer a la planta de la División de Fiscalización de la Administración de Bucaramanga, como de quien notificó los autos comisorios y la presunta violación del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1354 de 1987, porque tales hechos no fueron alegados en la demanda, ni en la etapa gubernativa y mal puede pretenderse que se abra, inoportunamente, debate sobre ellos al exponerlos en el alegato de conclusión, cuando ya la parte respecto de la cual se alegan carece de oportunidad para rebatirlos.

Adición de Ingresos-pruebas

La División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, luego de verificar el movimiento de las cuentas corrientes de algunos socios de TECNICENTRO LOS COMUNEROS LTDA., y de su representante legal, señora Ernestina Castillo de Bernal, con base en la inspección tributaria a la contabilidad de la sociedad, fotocopias de consignaciones, cheques, declaraciones de clientes, etc., estableció que ingresos por ventas $13.781.051 de la sociedad contribuyente no habían sido consignados en su cuenta corriente sino en la de un tercero, en este caso, Ernestina Castillo de Bernal, (Banco de Occidente Cuenta Corriente No. 655-01786-1), y que tales ingresos no se hallaban registrados en su contabilidad.

Procedió en consecuencia, a comunicar a la contribuyente mediante requerimiento oficial su voluntad de modificar la liquidación privada para incluir las ventas omitidas, modificar el saldo a favor de imponer sanciones, por libros e inexactitud.

La interesada, al dar respuesta al requerimiento no negó el hecho endilgado de corresponder el valor de las consignaciones hechas en la cuenta de la Gerente, a ventas de la sociedad. Por el contrario, expresó que es usual y frecuente que ocurran entre personas comerciantes o no, operaciones de canje de cheques, descuentos de documentos, préstamos, etc., y eso fue lo sucedido entre la señora Castillo de Bernal y TECNICENTRO LOS COMUNEROS así como también con otros terceros.

Que por razón de los negocios y funcionalidad comercial, la sociedad TECNICENTRO LOS COMUNEROS LTDA. solicitaba a la señora Castillo de Bernal cambiar cheques, creditarjetas u otros documentos (postfechados, de otras plazas, y en general no convertibles en efectivo en la misma fecha), por dinero efectivo para de esta forma poder atender las necesidades de disponibilidad inmediata de la empresa.

A su juicio, puede afirmarse que, cheques u otros documentos girados por clientes de la sociedad sean ingresos omitidos, por el sólo hecho de que aparezcan consignados en la cuenta 655-01766-1; es necesario investigar cuál fue el concepto que originó el pago del tercero y constatar si se trataba de una venta de mercancías o servicios y en tal caso, si fue o no facturado debidamente; no pueden lanzarse afirmarciones ligeras por simple capricho o suposición de un funcionario, no es correcto calificar de omisión o falsedad, negar o rechazar en forma general y sin fundamento, un hecho, trasladando alegremente la carga de la prueba a un contribuyente y luego esperar a ver si en medio de su afán y angustia por cumplirle a la Administración, comete algún error para aplicarle todo el rigor de la ley.

Alega, que las partidas que las funcionarias visitadoras calificaron como ingresos omitidos, correepondían a valor de mercancías y/o servicios facturados y contabilizados debidamente en TECNICENTRO LOS COMUNEROS LTDA., afectando de esta manera las cuentas de resultado del período; cuestión distinta e independiente es el registro hecho por los clientes, cuyo valor pudo quedar consignado en las cuentas de la empresa a través de los mismos cheques, las mismas creditarjetas, los mismos billetes u otros diferentes, que en nada incide para fines de resultados o de balance general, y que es clara entonces, la equivocación de las funcionarias visitadoras originada en el desconocimiento del orden técnico contable, al no entender que en la factura el documento que soporta el registro de los ingresos y no los recibos de caja, en los cuales fundamentan su presunción de omisión de ingresos; es natural que si se parte de una base falsa se llega a una conclusión falsa.

A juicio de la Sala, admitido por la sociedad que los cheques girados por terceros y consignados por el Gerente de la sociedad en su cuenta personal, correspondían a operaciones propias de la actividad de la empresa debieron registrarse como ingresos de la sociedad con movimiento bancos. Si bien podía ser cierto que existió canje entre la sociedad y su Gerente para proveerla de liquidez, tal operación también debió quedar registrada y soportada contablemente con la explicación pertinente en el comprobante externo de tal forma que permitiría deducir que efectivamente la señora Gerente por gozar de mayor liquidez cambiaba cheques girados con plazo a favor de la sociedad.

No obstante la actora no presentó ante la Administración ni ante la jurisdicción, prueba alguna que permitiera demostrar el hecho alegado. Como tampoco, alguna otra, que comprobara que los ingresos presuntamente omitidos sí fueron registrados en la contabilidad de la sociedad e incluidos como provenientes de operaciones gravadas en la respectiva declaración tributaria, y en tales circunstancias, de la actuación administrativa, tal como lo expresa el *a-quo,* no se deduce violación de los normas invocadas en la demanda.

De igual forma si la sociedad no registró contablemente todas sus operaciones (operaciones de canje y cambios de cheques, descuentos por documentos, préstamos, etc.), que alega se sucedieron, debe concluirse que su contabilidad no reflejó la realidad económica y financiera de la empresa, ni mostró fielmente el movimiento claro de ventas, es decir no cumplió con la exigencia establecida por el Título IV del Libro 1o. del Código de Comercio y 773 y s.s. del Estatuto Tributario y que, en estas condiciones se hizo acreedora a la sanción por libros impuesta en el acto administrativo acusado.

De igual forma, no desvirtuada la legalidad del acto administrativo en cuanto adiciona los ingresos propios de la actora, que fueron omitidos en la declaración tributaria la sanción por inexactitud se mantiene.

Como quiera que la contribuyente a través de su actuación ante la Administración y aún ante la jurisdicción, básicamente ha argumentado en su defensa que los ingresos adicionados se fundamentan en el sistema de presunción denominado "método bancario", afirmación que no resulta cierta como se ha precisado antes y que no ha logrado desvirtuar las ventas omitidas que señala el acta de inspección tributaria, cuya copia le fue remitida con oportunidad del requerimiento, la Sala se ve precisada a aprobar la decisión del *a-quo,* en cuanto confirma la actuación administrativa.

No encuentra la Sala mérito para dar prosperidad al recurso de apelación interpuesto, debiendo confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

1) CONFÍRMASE la sentencia del 19 de octubre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio 9373.

2) RECONÓCESE personería a los doctores Gustavo H. Cote y Guillermo Fino Serrano, a términos del memorial de sustitución que obra a folio 102 del cuaderno pirincipal.

3) RECONÓCESE personería a la doctora Ivonne Edith Gallardo Gómez a términos del poder que obra a folio 135 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

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

CONGRESO-Facultades/**ACTIVIDAD BURSÁTIL**-Regulación/**LEY MARCO DE LA ACTIVIDAD BURSÁTIL/ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO/EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD/SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Improcedencia

El literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política atribuye al Congreso la facultad de dictar leyes marco en materia financiera, bursátil, aseguradora y afines para regular de manera general "la captación de recursos del público", actividades sobre las cuales el Gobierno Nacional perdió la facultad que el numeral 14 del artículo 120 de la antigua Carta le otorgaba para dictar reglamentos constitucionales autónomos. Ahora bien, esta facultad propia del Congreso fue cumplida mediante la Ley 35 de 1993; ley general mediante la cual se desarrolló el artículo 150, numeral 19, literal d). Como quiera que la Ley Marco reguló la intervención del Gobierno en las citadas actividades, no es posible acceder a la pretensión de ignorar el contenido de la ley, en atención a que no debe olvidarse que las facultades de intervención consagradas en el artículo 189-25 de la Carta, deben ejercerse "de acuerdo con la ley". Luego es necesario examinar la ley para determinar las condiciones a las cuales debía sujetarse el Gobierno. Igualmente, tampoco es posible, sin examinar la ley, el Decreto 653 y otros cuerpos normativos citados en la demanda, establecer "el contenido normativo y por consiguiente regulador de la actividad bursátil de los actos acusados", análisis que no es objeto de esta oportunidad procesal, sino materia de la sentencia. De otra parte, la solicitud de cotejar las normas acusadas directamente con la Constitución, y no con la ley, que a juicio del recurrente es inconstitucional, conlleva la aplicación de la excepción de inconstitucio-

nalidad, que aún cuando no se solicita expresamente, se deriva de los argumentos esgrimidos por el recurrente, en virtud de que por no advertirse a primera vista, es necesario efectuar un análisis de fondo, para establecer la "incompatibilidad entre la Constitución y la ley", el cual tampoco es propio de esta oportunidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá,D.C.,ventiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 7088. Actor: Ignacio Castilla Castilla. SUPERINTENDENCIA DE VALORES - SUPERVALORES. RESOLUCIÓN. AUTO.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por el ciudadano IGNACIO CASTILLA CASTILLA, obrando en su propio nombre en su calidad de demandante, contra el numeral 2o. del auto de fecha abril 7 de 1995, mediante el cual se negó la suspensión provisional de las Resoluciones números 1394 de 1993 y 1032 de 1994 expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores.

EL RECURSO INTERPUESTO

El actor interpone recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, en cuanto negó la suspensión provisional. Considera que la Superintendencia de Valores al dictar los reglamentos contenidos en los actos acusados, violó directamente los artículos 150, numeral 19, literal d) y 189 numeral 25 de la Constitución Política.

Expresa también que la norma superior asigna en cabeza del Gobierno Nacional la facultad de regular la actividad bursátil. Considera el recurrente que las resoluciones acusadas regulan la actividad bursátil, pero fueron expedidas por la Superintendencia de Valores, esto es, por autoridad distinta al Gobierno Nacional.

Arguye que el aspecto de la competencia de la Superintendencia de Valores, hay que confrontarla directamente con las normas constitucionales antes citadas, y no con disposiciones legales como son la Ley 35 de 1993 (Ley Marco de la actividad financiera, bursátil y aseguradora) y el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que el recurrente considera también inconstitucionales, y afirma que contra ellas presentó demanda que cursa ante la Corte Constitucional.

A juicio del actor, esta Corporación la esta dando una "inusitada", primacía y preeminencia a las normas legales que cambiaron la competencia, radicándola en autoridad distinta al Gobierno Nacional, por encima de la Constitución. Para el recurrente, la facultad de regular la actividad bursátil compete, porque así lo dice la Constitución, al Gobierno Nacional. De modo que "no importan las leyes que digan cosa distinta".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala mediante auto del 7 de abril, admitió el recurso interpuesto y negó la suspensión provisional de los actos acusados, por cuanto consideró que el tema de la competencia de la Superintendencia de Valores para dictar los reglamentos contenidos en los actos acusados no está en manera alguna desvirtuada, máxime cuando el mismo menciona que correspondiéndole al Congreso la facultad de dictar leyes marco sobre la materia, expidió la Ley 35 de 1993 que lo es en relación con las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y que adicionalmente, le otorgó las facultades extraordinarias al Presidente de la República que le permitieron expedir el Decreto 663 de 1993 por medio del cual se actualizó el Estatuto Orgánico de Sistema Financiero y, que por otra parte el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores (Dcto.653 de 1993), le atribuye a la Sala General de la Superintendencia de Valores las atribuciones de las cuales hizo uso en la expedición de los actos acusados.

Se observa que el literal d), del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política atribuye al congreso la facultad de dictar leyes marco en materia financiera, bursátil, aseguradora y afines para regular de manera general "la captación de recursos del público", actividades, sobre las cuales el Gobierno Nacional perdió la facultad que el numeral 14 del artículo 120 de la antigua Carta le otorgaba para dictar reglamentos constitucionales autónomos. Ahora bien, esta facultad propia del Congreso fue cumplida mediante la ley 35 de 1993; ley general mediante la cual se desarrolló el artículo 150, numeral 19, literal d), y se fijaron los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financieras, bursátiles, aseguradoras, y todas las relacionadas con el aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

Como quiera que la Ley Marco reguló la intervención del Gobierno en las citadas actividades, no es posible acceder a la pretensión de ignorar el contenido de la ley, en atención a que no debe olvidarse que las facultades de intervención consagradas en el artículo 189-25 de la Carta, deben ejercerse "de acuerdo con la ley". Luego, es necesario examinar la ley para determinar las condiciones a las cuales debía sujetarse el Gobierno.

Igualmente, tampoco es posible, sin examinar la ley, el Decreto 653 de 1993 y otros cuerpos normativos citados en la demanda, establecer "el contenido normativo y por consiguiente regulador de la actividad bursátil de los actos acusados", análisis que no es objeto de esta oportunidad procesal, sino materia de la sentencia.

De otra parte, la solicitud de cotejar las normas acusadas directamente con la Constitución, y no con la ley, que a juicio del recurrente es inconstitucional, conlleva la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, que aún cuando no se solicita expresamente, se deriva de los argumentos esgrimidos por el recurrente, a lo cual no accederá la Sala, en virtud de que por no advertirse a primera vista, es necesario efectuar

un análisis de fondo, para establecer la "incompatibilidad entre la Constitución y la ley", el cual tampoco es propio de esta oportunidad.

El recurrente en el libelo del recurso, cuestiona la competencia de la Superintendencia de Valores para expedir los actos acusados y con fundamento en la distinción entre la facultad constitucional de regular las actividades financieras, bursátiles y afines relativas al aprovechamiento de los recursos del público, y la función administrativa de ejercer inspección y vigilancia de las mismas actividades, concluye que la actividad reguladora está radicada en cabeza del Gobierno Nacional.

La distinción elaborada por el recurrente, exige un minucioso estudio de las atribuciones y funciones del señor Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado, como jefe de Gobierno y como Suprema Autoridad Administrativa, y un análisis sobre cuáles de esas funciones serían delegables de conformidad con el artículo 211 de la Carta. Por ello, de la simple confrontación requerida por el artículo 152 del C.C.A., para que prospere la medida cautelar, no surge la violación manifiesta de las normas constitucionales que el recurrente considera transgredidas.

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

RESUELVE:

No acceder a reponer el auto del 7 de abril de 1995, en cuanto a la solicitud de suspensión provisional.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

IMPUESTO A LA TELEFONÍA CELULAR/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/CONCEJO MUNICIPAL DE BOGOTÁ-Facultades Impositivas/**SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Improcedencia

Aunque se tiene que el Decreto Ley, 1333 de 1986, no incluyó en los artículos 173-233 el impuesto a que se refiere el literal i), del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913 sobre el "Impuesto sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de lúz eléctrica, de gas y análogas". Encuentra la Sala que el Decreto 1333 de 1986, en su artículo 172, también dispone que además de "los existentes hoy legalmente", los municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los artículos siguientes. De donde se desprende, que de una confrontación directa de las normas invocadas por el Concejo de la ciudad de Medellín, como sustento legal del Acuerdo impugnado con normas superiores, no surge clara y nítidamente que no estén vigentes. Por consiguiente se hace necesario efectuar un cuidadoso estudio que de por sí implica un amplio y profundo análisis de las distintas disposiciones que se citan como transgedidas, tarea que obviamente, es materia de la sentencia, y no de este momento procesal en el que debido a la complejidad del problema, no es manifiesta la ilegalidad del acto acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 7147. Actor: Lucy Cruz de Quiñones. C/Mpio. Medellín. APEL.INTER. SUSPENSIÓN PROVISIONAL. AUTO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra el auto mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó la suspensión provisional del Acuerdo 019 de 1994, del Concejo Municipal de Medellín.

El acto cusado, en acción pública de nulidad es el acuerdo 019 de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Medellín, en uso de atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 313 de la Constitución Política, el artículo 1o. de la Ley 84 de 1915, artículo 19 de la Ley 72 de 1926 y la Ley 136 de 1994. Mediante el cual se establece un tributo a los terminales del usuario de la telefonía móvil celular, interconectados al sistema de conmutación instalados en el polo técnico de la ciudad de Medellín.

La actora considera violados el numeral 12 del artículo 150 y el numeral 4o. del artículo 313 de la Constitución Política, así mismo el artículo 385 del Decreto Ley 1333 de 1986 en concordancia con los artículos 172 a 233 de la misma norma.

EL AUTO APELADO

Para el Tribunal a la luz del artículo 152 del C.C.A., no fue de recibo la suspensión provisional pedida por la demandante, en síntesis por cuanto para definir si en realidad se presenta contradicción entre el acto inpugnado y una norma o normas superiores, como se afirma en la propia sustentación que presenta la parte demandante al pedir que se aplique la medida cautelar, se hace necesario efectuar un estudio que de por sí implica amplios y delicados análisis en torno al alcance jurídico de las diversas disposiciones que se citan transgredidas, tarea que obviamente, sólo puede cumplirse en la sentencia de fondo y no en este momento procesal en el que la complejidad del problema no se diluye por el mero hecho de que se afirme la ilegalidad del acto acusado. El Tribunal llega a la anterior conclusión, por cuanto el artículo 172 del Decreto 1333 de 1986, dejó a salvo los impuestos que existían al disponer: "Además de los existentes hoy legalmente, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los artículos siguientes". En el recurso de alzada, la recurrente considera que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de noviembre de 1986, expresó que el sentido de la facultad codificadora incluye la de innovar, modificar, adicionar, refundir y derogar normas vigentes para que toda la materia quede en un solo cuerpo legal, y por ello considera que se está violando el artículo 385 del Decreto 1333 de 1986 en cuanto dispone que están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la Administración Municipal no codificados en este estatuto.

Arguye también, que el artículo 172 del Decreto 1333 de 1986, conserva la redacción original de la Ley 97 de 1913, compilando los impuestos permitidos por ésta, y que tiene una referencia temporal en los demás impuestos que distintas leyes habían autorizado en 1913, razón por la cual cuando se refiere a los impuestos "existentes hoy legalmente", se refería a los existentes en 1913 dado que la transcripción fue textual del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913.

Concluye la apelante que el impuesto a los teléfonos urbanos consagrado en la Ley 97 de 1913 y extendido a los demás municipios en las Leyes 84 de 1915 y 72 de 1926 que son normas invocadas en el epígrafe del Acuerdo acusado; no están vigentes porque a pesar de haberse incorporado los demás impuestos a los que alude la Ley 97 de 1913 el que recae sobre teléfonos y telégrafos no fue compilado expresamente en el Decreto 1333 de 1986, razón por la cual está derogado y por tanto el Acuerdo acusado revive las extintas leyes citadas.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Según el artículo 152 del C.C.A., para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos se requiere que la medida se solicite de modo expreso en la demanda o por escrito separado presentada antes de que sea admitida; si la acción es de simple nulidad basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas, como fundamento en la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Aunque se tiene que el Decreto Ley 1333 de 1986, no incluyó en los artículos 173-233 el impuesto a que se refiere el literal i), del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913, que a la letra dice:

> "El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá, puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:
>
> .....
>
> i) Impuesto sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y análogas".

Encuentra la Sala que el Decreto 1333 de 1986 en su artículo 172, también dispone que además de "los existentes hoy legalmente", los municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los artículos siguientes. De donde se desprende, que de una confrontación directa de las normas invocadas por el Concejo de la ciudad de Medellín, como sustento legal del acuerdo impugnado con normas superiores, no surge clara y nítidamente que no estén vigentes.

Por consiguiente comparte la Sala el criterio del *a-quo*, según el cual se hace necesario efectuar un cuidadoso estudio que de por sí implica un amplio y profundo análisis de las distintas disposiciones que se citan como transgredidas, tarea que obviamente, es materia de la sentencia, y no de este momento procesal en el que debido a la complejidad del problema, no es manifiesta la ilegalidad del acto acusado.

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

RESUELVE:

CONFÍRMASE EL AUTO APELADO.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, 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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

PRECIO CORRIENTE EN PLAZA/ADICIÓN DE INGRESOS/PRESUNCIÓN DE OMISIÓN DE INGRESOS/BASE GRAVABLE EN IVA-Valor Mínimo.

Habida consideración de que el Estatuto Tributario (art. 756) autoriza a los funcionarios competentes para adicionar los ingresos relacionados con el impuesto a las ventas, la Administración Tributaria con fundamento en esta norma y en lo preceptuado por el artículo 453 en concordancia con el 463 ibídem dio aplicación a la presunción consagrada en esta norma tomando como valor de las operaciones atribuíbles a las ventas, el corriente en plaza. Sobre el particular se ha dicho: "..Así las cosas, habiendo establecido la Administración que las facturas o documentos equivalentes exhibidos en el curso de la inspección tributaria, mostraban, "como monto de la operación, valores inferiores al corriente en plaza", se hallaba plenamente autorizada por el artículo 453 antes citado, para "considerar", como importe de la operación, "el corriente en plaza", sin ninguna clase de "certificaciones" o de investigaciones especiales de mercado, no previstas por tal norma, precisamente, por preveerse en esta el medio de defensa de la "prueba en contrario" que jamás utilizó la demandante en debida forma..."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C. veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: DR. GUILLLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 7011. Actor: ASHE Y CIA. S.A. Apelación sentencia de 30 de septiembre de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. (Impuesto ventas 4o. bimestre 1989). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación.-Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cali, contra la sentencia del 30 de septiembre de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda formuladas por la sociedad ASHE Y CIA. S.A. NIT. 8-90.300.234 contra los actos de determinación del impuesto sobre las ventas del cuarto bimestre de 1989.

ANTECEDENTES

La División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali mediante inspección tributaria y cruces de información con otras firmas dedicadas a la misma actividad de la actora propuso adición de ingresos en cuantía de $10.445.203 por cuanto en dicho período estableció que efectuó ventas de sus productos a un valor inferior al corriente en plaza, cuyo detalle aparece en relaciones que se acompañan al acta de inspección, en donde se indica la clase de los artículos vendidos, contabilización, fecha y número de factura, precio de venta, precio corriente en plaza y diferencia entre el precio de venta y el precio corriente en plaza.

Para efectos de determinar el valor corriente en plaza, se practicó cruce de información a las sociedades Distribuidora de Papeles S.A.Nit.. 8-90.028.580 y Suministradora de Papel Ltda. Nit. 8-91901.147, que realizan igual actividad económica en esta ciudad, y en su principal proveedor Propal S.A. Nit. 90.301.960, estableciendo los precios de venta del papel en sus diferentes denominaciones, pesos y tamaños, durante el período gravable objeto de investigación, basados en listas de precios con las variaciones producidas durante el año, suministradas por los requeridos y verificados con la facturación respectiva.

Precisa el acta que al comparar los diferentes precios de venta al público así obtenidos, se observa que en el ramo y en esta plaza, los precios más bajos los tiene Ashe y Cía., S.A., razón por la cual se le da aplicación a los artículos 453 y 463 del Estatuto Tributario en concordancia con los artículos 756 y 762 *ibidem* (fls. 27/38).

Cumplido el requisito del requerimiento especial (No. 06 de septiembre 13 de 1991), el cual fue contestado por el contribuyente, la Administración Tributaria expidió la liquidación de revisión 052 de junio 9 de 1992 en cuyo memorando explicativo aparece la explicación sumaria de la adición de ingresos en cuestión, la cuantificación del impuesto a cargo y la respectiva sanción por inexactitud. (fls. 20/26 y 66/85).

En la reconsideración la sociedad recurrente básicamente objeta la adición de ingresos porque a su juicio la Administración Tributaria debió aportar al afectado certificación oficial que sustente su proceder, pues se ha limitado simplemente a tomar datos de dos entidades que junto con Ashe y Cía., S.A. desarrollan actividades en el mercado local.

Critica a la Administración porque busca defender, con un argumento tan elemental como inválido, que el "valor comercial" no necesariamente debe ser certificado por un

ente gubernamental sino que, en su concepto, está dado por la libre oferta y demanda y que como tal no requiere de la fijación oficial sino de simples informes de particulares. (fls. 86/95).

Por su parte, la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca en Resolución 10012 de julio 6 de 1993 confirma la liquidación de revisión 052 en razón de que se comprobaron precios de venta por valor inferior al corriente en plaza, reiterando que no es necesaria la certificación que solicita el contribuyente, pues en este caso simplemente es aplicable el artículo 453 del Estatuto Tributario. (fls. 96/108).

Agotada la vía gubernativa, Ashe y Cía., S.A. ocurrió en demanda ante el Tribunal invocado como normas transgredidas, entre otras, el artículo 170 del Decreto 01 de 1984, y los artículos 90, 453, 683 del Estatuto Tributario.

Surtido el trámite de rigor el a-quo acogió los planteamientos del demandante argumentando que el artículo 463 del Estatuto Tributario guarda armonía con el artículo 90 ibídem, pues interpretando esta última disposición "se establece que el valor comercial es el señalado por las partes, siempre y cuando que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para los bienes de la misma especie, en la fecha de la enajenación. Y que cuando el valor asignado por las partes difiera notablemente del comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, el funcionario competente puede rechazarlo para efectos de la determinación del impuesto y señalar un precio de enajenación que se ajuste a la naturaleza, condiciones y estado de los activos, con base en los datos estadísticos producidos por las entidades oficiales que señala la disposición".

En resumen, sostiene el fallo del Tribunal que la Administración adicionó la suma de $10.437.203 a los ingresos brutos percibidos durante el 4o. bimestre de 1989 sin fundamento legal, "pues no aplicó la normatividad que regula la facultad para presumir ingresos y más concretamente no determinó el valor comercial de los bienes, sino que por medio de cruces de información presumió los ingresos por el período mencionado sin consultar las entidades competentes que faculta el artículo 90 del Estatuto Tributario a fin de establecer el precio de enajenación de los bienes que son materia de controversia en este proceso". (fl.213).

Desvirtuada a juicio del *a-quo* la adición de ingresos dejó sin efecto la sanción por inexactitud impuesta practicando una nueva liquidación y declarando la nulidad de los actos acusados. (fls.205/217).

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la entidad demandada observa que, si bien el artículo 90 del Estatuto Tributario contempla el procedimiento a seguir cuando el valor acordado por las partes difiere, esta norma sólo se aplica al impuesto de renta concretamente para la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos.

Señala que tratándose del impuesto sobre las ventas los artículos 453 y 463 del Estatuto Tributario específicamente regulan lo relativo a las operaciones subfacturadas o no facturadas y a la base gravable mínima.

Precisa que la Administración con fundamento en los artículos 756 y 762 del Estatuto Tributario determinó la adición de ingresos, pues al practicar inspección tributaria consultó empresas del ramo con las mismas características (distribución) y con un mismo proveedor (empresas que dieron información a la Administración) como Propal S.A. cuya trayectoria en el país no se puede desconocer.

Agrega, que la entidad oficial estableció el valor comercial de los bienes por un medio legal como es el cruce de información, de lo cual se deduce que no existe violación de ninguna norma, ni está colocando un precio al arbitrio de la misma, pues hizo la adición de ingresos tomando como base la información suministrada por comerciantes con la misma actividad y con la misma categoría en la localidad.

Por lo tanto, solicita se revoque la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal de primera instancia. (fls. 228/231).

TRASLADOS PARA ALEGAR

En esta etapa del proceso el apoderado de la sociedad actora reitera que para la adición de ingresos por el 4o. bimestre de 1989 del impuesto sobre las ventas eran necesarios los "datos estadísticos oficiales" (inciso 5o., artículo 90 del Estatuto Tributario).

Precisa que la Administración se limitó a tomar informes de dos sociedades comerciales que junto con Ashe y Cía. S.A. desplegaron actividades en el mercado local en dicho período, puntualizando que no podía hacer uso de dos cotizaciones del mercado porque éste no está constituído solamente por tres compañías, ni pueden tener esos informes de sociedades del sector privado la virtualidad de sustituír los "datos estadísticos" ordenados por disposiciones legales.

Por lo tanto, considera que la actuación de la Administración es nula debido a que no se ajusta a lo preceptuado por el artículo 90 del Estatuto Tributario, pues no aparece soportada con los "datos estadísticos" producidos por entidades oficiales.

Por lo demás, observa que los informes obtenidos, dos datos informales (cruce de información), nunca son datos estadísticos, puesto que no es lo mismo esto que aquello ya que el cruce no tiene procesamiento matématico, en tanto que el estadístico si ha sido sometido a ese proceso.

En resumen, expresa que los cruces de información efectuados por la Administración de Impuestos con Distribuidora de Papeles .S.A. y con suministradora de Papel Ltda. nunca pueden ser tenidos como "datos estadísticos" y menos como bases para rechazar valores de facturación asignados por las partes para en su lugar considerar nuevos precios de enajenación. (fls. 242/251).

A su turno, el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales descorre el traslado para alegar de conclusión, afirmando que contrariamente a lo sostenido por el Tribunal en la sentencia apelada, la entidad demandada dentro del espíritu de justicia tributaria (artículo 683 del Estatuto Tributario) efectuó la adición de ingresos con fundamento en los artículos 453 ibídem (valor de las operaciones subfacturadas) y 463 ibídem (base gravable mínima) en concordancia con los artículos 756 y 762 *ibídem* relativos a las presunciones del valor de las transacciones en el impuesto sobre las ventas.

Observa que de aceptarse la aplicación indiscriminada de las normas del impuesto de renta (artículo 90 del Estatuto Tributario) en desarollo de una investigacíon determinada, relacionada con el impuesto sobre las ventas (artículos 453, 463, 756 y 762 *ibídem*) tal como lo pretende la sociedad actora y que fue aceptado por el *a-quo*, se contraría flagrantemente el principio de la especificidad contenido en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, tal como lo puntualizó el Consejo de Estado en sentencia de 10 de marzo de 1995 (expediente 5927), actor: Ashe y Cía. S.A. (impuesto ventas 6o. bimestre de 1989), de la cual fue ponente la doctora Consuelo Sarria Olcos cuyos apartes del fallo transcribe. Por lo tanto, la parte opositora solicita se revoque la sentencia del Tribunal y en su lugar se confirme la actuación administrativa (fls. 252/256).

En esta instancia no se registra actuación alguna por parte del señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación. (fl. 239).

CONSIDERACIONES

La Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cali en ejercicio de las facultades de fiscalización e investigación que le concede la Ley, estableció que la actora por el período impositivo que se discute (4o. bimestre de 1989) efectuó ventas por valores inferiores al corriente en plaza (Cali) a las sociedades Papeles Ltda. y Distribuidora de Papeles y Tintas Ltda. precisando al efecto unas diferencias en el precio de venta de los mencionados artículos de papelería del orden de $5.392.741 y $5.052.462 respectivamente.

Habida consideración de que el Estatuto Tributario (artículo 756) autoriza a los funcionarios competentes para adicionar los ingresos relacionados con el impuesto a las ventas, la Administración Tributaria con fundamento en esta norma y en lo preceptuado por el artículo 453 en concordancia con el 463 *ibídem* dio aplicación a la presunción consagrada en esta norma tomando como valor de las operaciones atribuibles a las ventas, el corriente en plaza. Tanto en la vía gubernativa como en la jurisdiccional la sociedad actora ha insistido en que para la adición de ingresos eran necesarios los datos estadísticos oficiales en virtud de lo dispuesto por el inciso 5o. del artículo 90 del Estatuto Tributario, puntualizando que la Administración no podía hacer uso de solo dos cotizaciones del mercado porque ésta no está constituida solamente por tres compañías, ni pueden tener esos informes de sociedades del sector privado la virtualidad de sustituir los "datos estadísticos" ordenados por disposiciones legales.

Pues bien, como recientemente la Sala se pronunció en caso similar al que discute (sentencia de marzo 10 de 1995, Exp. No. 5927, Actor: Ashe y Cía. S.A. 6o. bimestre de 1989, Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos), en esta oportunidad reitera los puntos de vista en que se fundamenta esta decisión transcribiendo los apartes pertinentes del mencionado fallo, así:

> "... la Administración realizó "cruces de información " y produjo pruebas referentes a la disparidad de precios de mercado para productos de la misma especie, necesariamente tales pruebas debían tenerse por "oficiales", además, enteramente ajustadas a las autorizaciones de los artículos 684, 688 y 779 del Estatuto Tributario, entre otras normas, y cuya desvirtuación solo era previsible mediante plena prueba contraria. No es cierto, por tanto, que la única prueba "oficial" admisible la constituyeran las "certificaciones" que, supuestamente, debían expedir los entes que se relacionan en el inciso 5o. del artículo 90 ib.....
>
> "Tampoco es cierto que la norma en cuestión, según se pretende en la demanda y la sentencia, fuera aplicable al caso, pues se oponía a ello el principio de especificidad, del artículo 5o. de la Ley 57 de 1887.
>
> El artículo 90 del Estatuto Tributario que reprodujo los artículos 18 y 19 del decreto 2053 de 1974 y 76 del Decreto 2247 de 1974, entre otros, era claramente, una norma de carácter general en materia del impuesto sobre la renta que, por ningún motivo, podía preferir a las normas especiales del impuesto sobre las ventas o "impuesto al (sic) valor agregado", que dice la demandante, contenidas en los artículos 453 y 463 del mismo Estatuto Tributario, las cuales reprodujeron respectivamente, los artículos 47 y 11 del Decreto 3541 de 1983, Estatuto específico del impuesto sobre las ventas.
>
> "Así las cosas, habiendo establecido la Administración que las facturas o documentos equivalentes exhibidos en el curso de la inspección tributaria, mostraban, "como monto de la operación, valores inferiores al corriente en plaza", se hallaba plenamente autorizada por el artículo 453 antes citado, para "considerar", como importe de dicha operación, "el corriente en plaza", sin ninguna clase de "certificaciones" o de investigaciones especiales de mercado, no previstas por tal norma, precisamente, por preverse en ésta el medio de defensa de la "prueba en contrario", que jamás utilizó la demandante en debida forma...".

Las anteriores consideraciones son suficientes para darle prosperidad al recurso incoado por la Administración.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. **REVÓCASE** la sentencia de 30 de septiembre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el Contencioso de restablecimiento fiscal promovido por ASHE Y CIA. S.A. Nit. 8-90.300.234 en relación con los actos de determinación del Impuesto sobre las ventas del cuarto bimestre de 1989.

2o. En su lugar, **DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda.

3o. **RECONÓCESE PERSONERÍA** al abogado Juan Roberto Mejía Mansilla de acuerdo con poder visible a folio 257 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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Requisitos

Para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo "basta que haya una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. También lo es que "todo en la vida humana exige un racionamiento previo a actuar por sencillo que sea". Empero de lo que se trata en esta oportunidad es de definir la profundidad y complejidad de ese racionamiento puesto que el instituto de la suspensión provisional exige que este sea tan superficial como el que es necesario para advertir la contradicción alegada con la sola comparación vis a vis de los textos legales comprometidos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. GUILLEMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 7028. Actor: IGNACIO CASTILLA CASTILLA. C/ Superintendencia de Valores. Recurso de Reposición. AUTO.

Conoce la Sala del recurso de reposición interpuesto por el demandante, contra el auto de marzo 31 de 1995.

ANTECEDENTES

Mediante el auto recurrido, la Sala decidió admitir la demanda y negar la solicitud de suspensión provisional, contra los artículos 91, 92, 127 y 129 de la Resolución 1242 de 1993, de la Superintendencia de Valores.

Manifiesta la Sala que no se observa *"primafacie"* la violación alegada al confrontar la Resolución Acusada con las disposiciones constitucionales manifiestamente violadas, pues, la Resolución fue expedida con base en las facultades conferidas por los artículos 1.1.0.4 y 1.1.0.5 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, Decreto 653 de 1993; requiriéndose por lo tanto de un análisis previo de esta disposición, especialmente en lo referente a la naturaleza de las funciones otorgadas por la ley a la Superintendencia Nacional de Valores, para así llegar a la conclusión de la existencia o nó de la violación referida.

RECURSO DE REPOSICIÓN

El accionante, interpone recuso de reposición contra el auto referido para que sea reformado en el sentido de acceder a decretar la suspensión provisional de los artículos 91, 92, 127 y 129 de la Resolución 1242 de 1993 de la Superintendencia Nacional de Valores por manifiesta violación de los artículos 150 numeral 19 literal d); 189 numerales 24 y 25; y 115 de la Constitución Política por las siguientes razones:

En primer lugar, el accionante, afirma reiteradamente que toda actividad humana requiere necesariamente de un juicio o análisis por sencillo que sea, por supuesto, en el proceso desarrollado para advertir la violación manifiesta o "prima facie", "no es que estén ausentes los juicios previos sino que ello obedece es a la magnitud y complejidad de los mismos." (fl. 106)

En segundo lugar, afirma que no ve por qué motivo el Consejo de Estado deba hacer un análisis previo de las disposiciones de orden legal antes de decidir la violación manifiesta de las disposiciones constitucionales mencionadas como violadas. Aclara que tales normas de orden legal fueron previamente demandadas por él ante la Corte Constitucional.

Reitera que los actos acusados son abiertamente inconstitucionales, puesto que es competencia del Gobierno Nacional y no de la Superintendencia de Valores la regulación de la actividad bursátil por mandato constitucional y para determinar la incompetencia de la Superintendencia "se requiere un juicio de valor o raciocinio tan sencillo como el que se hace para concluir que está de día o se está de noche o dónde queda el lugar de trabajo. Y esa sencillez del raciocinio, es la que lo hace evidente". (fl. 110).

CONSIDERACIONES

Reiteradamente ha sostenido la Corporación que la posibilidad que tienen los particulares de obtener la suspensión provisional de los actos Administrativos, constituye un hecho de excepción, y como tal, para que la jurisdicción pueda tomar esta medida se exige el cumplimiento riguroso de los requisitos expresamente señalados en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En el presente caso, está perfectamente definido el cumplimiento de los requisitos relativos a que exista solicitud expresa que sirva de fundamento a la medida. Corresponde

entonces a la Sala analizar, si se configuró la manifiesta infracción de normas superiores citadas en la demanda. Menciona el libelo que el acto acusado, artículo 91, 92, 127 y 129 de la resolución 1242 de 1993 expedida por la Superintendencia Nacional de Valores, viola los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numerales 24 y 25, y 115 de la Constitución Política.

Entiende la Sala que para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo "basta que halla una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. También lo es que como lo afirma el actor "todo en la vida humana exige un racionamiento previo a actuar por sencillo que sea". Empero de lo que se trata en esta oportunidad es de definir la profundidad y complejidad de ese racionamiento puesto que el instituto de la suspensión provisional exige que éste sea tan superficial como el que es necesario para advertir la contradicción alegada con la sola comparación vis a vis de los textos legales comprometidos.

Ahora bien, los argumentos aducidos por el accionante, no desvirtúan los que sirvieron de fundamento para negar la suspensión provisional del acto acusado al considerar, luego de realizar una nueva confrontación de las normas invocadas como manifiestamente violadas y la Resolución 1424 de 1993, en los apartes demandados que no se encuentra la violación manifiesta o evidente que exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para tal fin, puesto que, para poder deducir la posible vulneración de las disposiciones de la Constitución Política mencionadas como los artículos 150, 189 y 115 sólo es posible en el supuesto de que también se dedujera la vulneración con respecto a las normas de carácter legal que el ente administrativo menciona como fundamento del acto acusado, es decir, de los artículos 1.1.0.4 y 1.1.0.5 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, para la cual es necesario un estudio de fondo no propio de esta medida precautelativa.

Estima la Sala que llegar a una definición de tal sentido, implica realizar un raciocinio lógico, no tan sencillo como afirma el accionante; que supone entonces, la precisión de muchos conceptos entre otros, la naturaleza jurídica de la Superintendencia Nacional de Valores, de las normas comprometidas, y de las facultades del ente administrativo para regular la actividad bursátil; raciocinio que excede la posibilidad del juez en esta etapa procesal y cuya determinación es requisito y condición de una sentencia de mérito, con lo cual se destruye el presupuesto básico de la institución de la suspensión provisional que es, como se dijo anteriormente, que la violación debe surgir directamente de la confrontación de la disposición acusada y la supuestamente violada.

En consecuencia, no habiéndose demostrado por el recurrente la procedencia de la suspensión provisional solicitada, es pertinente confirmar el auto recurrido.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto recurrido.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sección

CONSUELO SARRIA OLCOS

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

PERENCIÓN DEL PROCESO-Inexistencia/**NOTIFICACIÓN DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA/PAGO DE EXPENSAS**

La perención, siendo una forma anormal de terminación del proceso, implica necesariamente la previa existencia de éste, el cual solo comienza una vez establecida la relación jurídica procesal, esto es con la notificación al demandado de la demanda. El tema de la notificación del auto admisorio de la demanda a pasado a ser claramente una actuación que compromete de manera directa la actividad de las autoridades judiciales, tanto Juez como secretaría, lo cual unido al caos que en materia de expensas para notificaciones reina en todo el país, que convierte a cada secretario y aún a cada funcionario notificador o citador en legislador sobre la materia, impide que se pueda aplicar el instituto de perención aduciéndose que la parte demandante dejó de realizar un acto procesal que legalmente le corresponde inpulsar o que dejó de sufragar unas expensas para efectos de la notificación que no fueron decretadas judicialmente, que no aparecen claramente definidas en la ley y que son objeto de diversa aplicación en cuanto a su existencia y cuantía se refiere por los diferentes despachos judiciales. Adicionalmene debe decirse que la omisión de pagar la suma acostumbrada para practicar la notificación carece de sanción alguna, determinada por la ley y mucho menos una de tal gravedad para la suerte del proceso como la adoptada en el auto que se apela.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C-, veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 7096. Actor: GONZALO GÓMEZ OSSA Y CIA. S. EN C. C/La Nación. Apelación auto de 20 de enero de 1995 de Antioquia. AUTO.

Conoce la Corporación del recurso de apelación incoado por el actor contra el auto del 20 de enero de 1995, el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, decretó la perención del proceso.

AUTO APELADO

El Tribunal de Antioquia mediante el auto referido decretó la perención del proceso, por las siguientes consideraciones:

> ..."Se dan pues las condiciones para que ocurra el fenómeno que por este auto se desata, esto es la perención: 1. El expediente ha permanecido en la Secretaría del Tribunal por más de seis (6) meses, sin que quien tiene la carga de impulsarlo en esta etapa lo haga. 2. La inactividad no es el resultado de un decreto de suspensión o de interrupción del proceso." (fl. 67).

Transcribe apartes de un auto de la Corporación del 28 de junio de 1994, Magistrado ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, para sustentar su tesis.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, en desacuerdo con la decisión del Tribunal *a-quo*, formuló recurso de apelación, contra el auto referido, solicitó se revoque por las siguientes razones:

> "...al decretar la Corporación Administrativa de Medellín (sic), la PERENCIÓN del proceso, está ordenando la privación de efectos de algo que todavía no existe, no se ha perfeccionado jurídicamente.
>
> "Es muy posible que haya transcurrido un término apreciable para notificar al demandado sin que se haya logrado hacer la notificación, por cualquier razón que sea, incluso por fuerza mayor como tendremos ocasión de demostrarlo más adelante, pero dicho término transcurrido a partir del mes de abril de 1994, no resulta tan protuberante, si nos atenemos, a que no existe un término señalado por la ley para lograr la notificación del demandado, y en ocasiones incluso éste, el demandado, elude ser notificado para proteger sus propios intereses. De modo que mal haría la justicia, de entender el término transcurrido para la notificación como causal de PERENCIÓN.
>
> "La perención opera a manera de sanción procesal a la parte inactiva; parte inactiva dentro de un proceso, que como ya se dijo no se ha constituído aún, antes del acto notificatorio, y pueden suceder miles de razones ajenas a la voluntad del demandante para que dicha notificación no ocurra".

"....."

"Entonces, el archivo del expediente y el consiguiente decreto de Perención (sic) son efectos totalmente inesperados, y de un grado desproporcionado de lesión para la parte actora, en tanto su derecho se extingue y se borra definitivamente cualquier posibilidad de ejercer el fundamental y constitucional derecho de defensa."

CONSIDERACIONES

En reiteradas jurisprudencias que hoy retoma la Sala al decidir este recurso, la Corporación ha sostenido que la perención, siendo una forma anormal de terminación del proceso, implica necesariamente la previa existencia de éste, el cual solo comienza una vez establecida la relación jurídico procesal, esto es con la notificación al demandado de la demanda.

A este respecto la Sala ha dicho:

"(...) en todo caso, es indispensable que para que ocurra la perención del proceso, éste exista, por haberse trabado en debida forma la relación jurídico procesal."

"(...) Como en el caso que debe decidirse, la relación jurídica procesal no se ha trabado, precisamente por la falta de notificación de la demanda, síguese que es improcedente por este motivo decretar la perención del proceso".(1)

En otra providencia se dijo:

"No considera relevante al efecto, la Sala, el que se haya notificado la providencia al Fiscal, pues de lo que se trata es de establecer el inicio de la relación jurídico-procesal, la cual lógicamente no tiene su origen en dicho acto sino es la notificación al demandado según se dijo.".(2)

Por lo demás, entiende la Sala que la vigencia del artículo 29 del Decreto 2304 de 1989, el tema de la notificación del auto admisorio de la demanda ha pasado a ser claramente una actuación que compromete de manera directa la actividad de las autoridades judiciales, tanto juez como secretaría, lo cual unido al caos que en materia de expensas para notificaciones reina en todo el país, que convierte a cada secretario y aún a cada funcionario notificador o citador en legislador sobre la materia, impide que se pueda aplicar el instituto de la perención aduciéndose que la parte demandante dejó de realizar un acto procesal que legalmente le corresponde impulsar o que dejó de sufragar unas expensas para efectos de la notificación que no fueron decretadas judicialmente, que

---

(1) CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta, auto del 28 de noviembre de 1986, expediente 1451, Consejero Ponente: Dr. Hernán Guillermo Aldana. Actor: Laboratorios Undra S.A.

(2) CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta, auto del 30 de noviembre de 1990.expediente 3141. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano. Actor: Bavaria S.A. pág. 5.

no aparecen claramente definidas en la ley y que son objeto de diversa aplicación en cuanto a su exigencia y cuantía se refiere por los diferentes despachos judiciales.

Adicionalmente, debe decirse que la omisión de pagar la suma acostumbrada para practicar la notificación carece de sanción alguna, determinada por la ley y mucho menos una de tal gravedad para la suerte del proceso como la adoptada en el auto que se apela.

En conclusión, al considerar la Sala que en el presente caso no se ha iniciado el proceso por no haberse trabado en debida forma la relación jurídico-procesal, debido a la falta de notificación de la demanda a la parte demandada, no es procedente decretar la perención; razón por la cual habrá de revocarse el auto impugnado.

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

RESUELVE:

REVÓCASE el auto del 20 de enero de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual se decretó la perención del presente proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sección

CONSUELO SARRIA OLCOS

JULIO CORREA RESTREPO
Salvó voto

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

PERENCIÓN DEL PROCESO-Requisitos/**PROCESO DE SEGUNDA INSTANCIA**

El Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, en su artículo 148 regula la figura de la perención, según dicha norma sus elementos estructurales son: 1o. Que el proceso permanezca inactivo durante seis meses contados desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia o desde la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público. 2o. Que no existe decreto de suspensión del proceso, pues en este evento existe una causa justificativa de la inactividad del proceso, la orden judicial. 3o. Que el proceso se encuentra en primer o única instancia, de donde surge que la perención no es legalmente posible en la segunda instancia, y durante la actuación posterior a la sentencia que puso fin a la instancia. 4o. Que la impulsión del proceso corresponde al demandante, como quiera que se trata de una sanción por no haber cumplido con una obligación procesal o satisfacción de una carga procesal. 5o. Que la perención no está prohibida por la ley, como en los procesos de simple nulidad, en los cuales está vedada esa forma de terminación del proceso. En relación con el elemento que se refiere a la impulsión del proceso como carga del demandante, debe precisarse que ella sólo ocurre cuando la norma legal se la impone expresamente, como en el caso de los gastos que se causan en la práctica de las diligencias y pruebas solicitadas (art. 389 C.P.C.).

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JULIO E. CORREA RESTREPO

Referencia: Expediente No. 7096. Actor: Gonzalo Gómez Ossa y Cía. S. en C. C.P. DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO. Auto del 26 de mayo de 1995.

El suscrito se aparta muy respetuosamente de la opinión mayoritaria de la Sala, por las siguientes consideraciones:

El Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, en su artículo 148 regula la figura de la perención, según dicha norma sus elementos estructurales son:

1o. Que el proceso permanezca inactivo durante seis meses contados desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia o desde la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público. Subraya la Sala. Debe entenderse obviamente, que la inactividad debe ser injustificada. Además, en la exposición de motivos del Decreto 01 de 1984, 17 de octubre de 1983, la Comisión Asesora, en relación con la nueva figura de la perención expresó:

"I. Se deja claramente establecido que la inactividad que da lugar a la perención es la del demandante y sólo cuando a él corresponde la impulsión del proceso mediante el cumplimiento de una obligación procesal o la satisfacción de una carga procesal. Cualquier parálisis del proceso, por cualquier otra causa, dada la impulsión oficiosa del mismo, como regla general, no da lugar a la perención.

II. Como en esta clase de procesos siempre es parte el Ministerio Público, siempre hay relación jurídica procesal desde la notificación del respectivo agente fiscal, antes de la notificación al demandado, por lo que se tiene en cuenta esta diferencia con el proceso civil para regular el fenómeno de la perención". (Antecedentes del C.C.A. I, Colección Bibliográfica, Banco de la República, pág. 546).

2o. Que no existe decreto de suspensión del proceso, pues en este evento existe una causa justificativa de la inactividad del proceso, la orden judicial.

3o. Que el proceso se encuentra en primera o única instancia, de donde surge que la perención no es legalmente posible en la segunda instancia, y durante la actuación posterior a la sentencia que puso fin a la instancia.

4o. Que la impulsión del proceso corresponde al demandante, como quiera que se trata de una sanción por no haber cumplido con una obligación procesal o satisfacción de una carga procesal.

5o. Que la perención no está prohibida por la ley, como en los procesos de simple nulidad, en los cuales está vedada esa forma de terminación del proceso.

En relación con el elemento que se refiere a la impulsión del proceso como carga del demandante, debe precisarse que ella sólo ocurre cuando al norma legal se la impone expresamente, como en el caso de los gastos que se causan en la práctica de las diligencias y pruebas solicitadas (art. 389 C.P.C.).

Como lo expresa la apoderada de la Nación al descorrer el traslado, la función pública de administrar justicia no puede ser totalmente gratuita.

Por ello, las normas procesales reconocen como expensas o gastos del proceso algunas sumas que los litigantes deben cancelar a fin de poder adelantar las diligencias judiciales que son necesarias para el impulso procesal del mismo. Estas cargas son de orden público, imponen obligaciones a las partes, y su incumplimiento acarrea sanciones. Y es aceptado por varios tratadistas que la perención, es una sanción al litigante negligente o moroso, y responde a un principio de economía procesal y certeza jurídica, para impulsar la terminación de los procesos.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, en mi opinión correspondía a la parte demandante, como parte interesada, que se notificara a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín, estar pendiente y procurar por los medios posibles que se cumpliera por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, la notificación del auto admisorio de la demanda. Sin embargo, no aparece en el expediente gestión alguna del apoderado de la actora para conseguir o impulsar la notificación aludida.

Ahora bien, en el caso *sub-lite*, el proceso es de aquellos en que se viable declarar la perención, y este ha estado inactivo por más de seis meses, cómo consecuencia de que el demandante no cubrió las expensas para la práctica de la diligencia de notificación del auto admisorio de la demanda; además, el término se cuenta desde la notificación del auto admisorio al Procurador Judicial, que según mandato expreso del artículo 148, es uno de los extremos desde el cual se comienza a contar el término de la perención, porque la Comisión Redactora del Código, consideró que para efectos de la perención en los procesos contencioso administrativos, la relación procesal se entiende trabada desde la notificación al Ministerio Público, por ser éste parte en esta clase de procesos.

Considero que en el caso sub judice, se dan los presupuestos de la figura de la perención y por ello, la Sala ha debido confirmar el auto apelado.

JULIO E. CORREA RESTREPO

ACTO DEMANDABLE/CONCEPTO ADMINISTRATIVO/CIRCULAR DE SERVICIOS/ACTO DE CERTIFICACIÓN/ACTO DE REGISTRO

El artículo 84 del C.C.A. permitía la posibilidad de instaurar acción de nulidad contra "los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general". Sin embargo, tal disposición fue subrogada por el artículo 14 del decreto 2304 de 1989, en virtud del cual se eliminó la posibilidad de instaurar la aludida acción frente a los conceptos que la Administración quiera aplicar de manera general. Así las cosas, es obvio que un concepto emitido por la Administración no puede ser objeto del control de la jurisdicción Contencioso Administrativo, conclusión que obviamente ha venido reiterándose por la jurisprudencia de la Corporación y que no ofrece ningún manto de duda. El problema se presenta cuando el acto que se demanda a pesar de denominarse formalmente "concepto" no es tal, reviste en cambio la calidad de circular de servicios, de un acto de certificación o registro, o en general de acto administrativo, actos todos que al tenor del ya citado artículo 84 del C.C.A. son susceptibles de ser demandables ante esta jurisdicción.

CONCEPTO ADMINISTRATIVO GENERAL/ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**CONCEPTO DE LA DIAN/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-**Inexistencia/**CONCEPTO ADMINISTRATIVO-**Interpretación Oficial/**CIRCULAR DE SERVICIOS-**Inexistencia/**SENTENCIA INHIBITORIA**

El acto acusado no tiene el carácter de acto administrativo, entendido éste como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración por medio de la cual se crea en forma obligatoria una situación jurídica de

carácter general o particular, pues solo constituye la expresión de una opinión, que aún cuando tiene alcance general de conformidad con el artículo 58 del Decreto 2117 de 1992, no está creando situación jurídica alguna ni produciendo efectos jurídicos concretos. Lo anterior significa que con independencia de la publicación de los conceptos, de la cual se deriva el carácter general, pues evidentemente la misma conlleva una sanción por el incumplimiento, que a términos del parágrafo del artículo 57 del decreto 2117 de 1992, puede darse o no. De otra parte, el fragmento del acto demandado tampoco reviste el carácter de una circular de servicios, es decir de un acto administrativo de conocimiento o de instrucción, pues a través de él no se están impartiendo instrucciones de obligatorio cumplimiento al personal subalterno, características que definen a las circulares de servicios, tal y como lo ha expresado en forma reiterada la Sala.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5761. Actor: Marino Salazar Hurtado. Impuestos – Aduana Nacional. FALLO.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el ciudadano MARINO SALAZAR HURTADO, demanda la declaratoria de nulidad del concepto con alcance general No. 019984 de fecha 4 de octubre de 1993, emitido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, SUBDIRECCIÓN JURÍDICA, DIVISIÓN DE DOCTRINA.

Surtido el trámite procedimental y sin que exista causal alguna de nulidad, procede la Sala a dictar sentencia.

EL ACTO ACUSADO:

La proposición acusada del Concepto No. 019984 del 4 de octubre de 1993, es la siguiente:

> "Así las cosas, el incumplimiento de la inscripción en la fecha establecida por el Decreto 621 de 1993, o l inscripción extemporanea (sic) (subraya el actor)... tal circunstancia incide directamente en la procedencia de la solicitud de devolución o compensación, de tal manera que presentada una solicitud sin acreditar su inscripción ante la Administración (subraya el actor) la misma será improcedente, por incumplimiento de los requisitos formales".

LA DEMANDA:

A juicio de la actora, el concepto demandado es un acto administrativo de carácter general y obligatorio por su contenido reglamentario, tal como se advierte expresamente

en dicho pronunciamiento, al manifestar que por mandato del literal b) del artículo 58 del decreto 2117 de 1992, las consultas formuladas sobre interpretación de normas de la DIAN deben ser resueltas de manera general.

Estima como violados los artículos 50 del Decreto 444/67, 69 de la Ley 6/92, 1 y 2 del Decreto 621/93 y la resolución 437 de 1993.

El fundamento de la violación radica en que mediante el concepto acusado se tomaron decisiones que no están contemplados en disposición alguna, vulnerando de tal manera derechos adquiridos, pues a raíz del mismo se ha venido desconociendo el derecho a la devolución de saldos por concepto de impuesto a las ventas, a los exportadores que se registraron ante el INCOMEX, antes el 2 de mayo de 1993, pero con posterioridad a dicha fecha se registraron ante la DIAN.

Es así como a pesar de que uno es el registro ante el INCOMEX y otro ante la DIAN, y que el plazo para la inscripción se predica únicamente respecto del primero de los registros mencionados, el concepto en mención estableció para la inscripción ante la DIAN (la cual es posterior a la del INCOMEX), requisitos adicionales no contemplados en la ley, tales como fijar límites de tiempo y exigir la constancia del registro ante el INCOMEX.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El apoderado de la demandada solicita se profiera fallo inhibitorio pues los conceptos como el demandado no son actos administrativos, y por ende no son susceptibles de demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a la luz del actual artículo 84 del C.C.A. Al efecto citó jurisprudencia de la Corporación.

Sostiene igualmente que el concepto demandado no tiene el carácter de circular de servicios, pues ni contiene instrucciones, ni es una orden impartida por un superior jerárquico, ya que de la estructura de la DIAN no se puede sostener que la División de Doctrina o la Subdirección Jurídica sea superior jerárquico de otra u otras dependencias.

De otra parte, considera que el acto acusado no tiene el carácter de obligatoriedad, pues no existe una sanción por el incumplimiento, y así, a pesar de ser un acto general no es obligatorio, y por ende no es demandable ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

En relación con la legalidad del acto acusado, sostiene el apoderado de la parte demandada que no es cierto que en virtud del concepto se tomaron decisiones que no están contempladas en la ley, pues el decreto 621 de 1993 es claro en exigir como requisito del registro ante la DIAN, la constancia del registro de exportadores ante el INCOMEX. Adicionalmente, y de acuerdo con la norma en mención, no es acertado sostener que el registro ante la DIAN es un requisito adicional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Para el Ministerio Público, el Consejo de Estado no debe proferir un pronunciamiento de fondo pues el concepto demandado no es acusable ante esta jurisdicción de acuerdo con lo previsto en los artículos 83 y 84 del C.C.A.

Así mismo, los artículos 128 al 132 atribuyen al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos el conocimiento de las acciones de nulidad contra los actos administrativos, y los conceptos que expide un funcionario administrativo no crean situaciones o efectos jurídicos o no contienen reglas de conductas a las que deban sujetarse los particulares o las dependencias públicas, y por ende no son actos administrativos.

El demandante sostiene que el acto demandado no es un concepto propiamente tal, sino un acto administrativo aún cuando se le haya denominado concepto.

En efecto, a su juicio el acto demandado es la manifestación de voluntad de la Administración, que tiene carácter general y obligatorio, además de que los funcionarios a quienes va dirigido tienen la obligación de acatarlo como en efecto lo hacen. Así mismo, tiene un contenido reglamentario que excede el marco legal y el de los propios decretos reglamentarios.

Insiste el actor en que el ente que rindió el concepto tiene como autoridad doctrinaria las funciones de mantener la unidad doctrinal en la interpretación de normas tributarias nacionales y territoriales y en materia aduanera y de comercio exterior, y como tal, las respuestas a las consultas es de obligatorio acatamiento.

Igualmente, sostiene que de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1993, los conceptos emitidos por la subdirección jurídica que sean publicados constituyen interpretación oficial para los funcionarios y su desconocimiento puede acarrear sanciones disciplinarias, y tal como lo prevé el artículo 76 los conceptos son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios de la DIAN.

Considera así mismo que la publicación a la que se refiere el artículo 57 del Decreto 2117/92, es la que se efectúa en la Relatoría de la Subdirección Jurídica, en donde se da a conocer toda la doctrina, y que tal publicación sólo es indispensable frente a los particulares, pues si la Administración produce el acto, es de lógica suponer que los funcionarios lo conocen y por ende deben acatarlo, para reforzar sus argumentos cita jurisprudencia de la Sección Primera de la Corporación.

De otra parte, no considera acertada la conclusión de la parte demandada en el sentido de que existen dos Registros Nacionales de Exportadores, uno ante el INCOMEX y otro ante la DIAN, pues además de que dicha conclusión contraría la ley, en la práctica el Registro Unico Tributario no es más que un mecanismo de control interno cuya finalidad es de actualizar la información inherente a los contribuyentes.

Por último, y en relación con el concepto de la violación, reitera los argumentos de la demanda.

El apoderado de la parte demandada reitera los argumentos expuestos con la ocasión de la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 84 del C.C.A., permitía la posibilidad de instaurar acción de nulidad contra "los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general". Sin embargo, tal disposición fue subrogada por el artículo 14 del decreto 23304/89, en virtud del cual se eliminó la posibilidad de instaurar la aludida acción frente a los conceptos que la Administración quiera aplicar de manera general.

Así las cosas, es obvio que un concepto emitido por la Administración no puede ser objeto de control de la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo, conclusión que obviamente ha venido reiterándose por la Jurisprudencia de la Corporación y que no ofrece ningún manto de duda.

El problema se presenta cuando el acto que se demanda a pesar de dominarse formalmente "concepto", no es tal, reviste en cambio la calidad de una circular de servicios, de un acto de certificación o registro, o en general de acto administrativo, actos todos que al tenor del ya citado artículo 84 del C.C.A., son susceptibles de ser demandables ante esta jurisdicción.

Por obvias razones, se descarta de entrada la posibilidad de que el acto demandado sea un acto de certificación o registro, y corresponde a la Sala determinar si se trata de un acto administrativo, de una circular de servicios o sencillamente de un concepto, tal y como formalmente se le denominó.

A juicio de la Sala el acto acusado no tiene el carácter de acto administrativo, entendido éste como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración por medio de la cual se crea en forma obligatoria una situación jurídica de carácter general o particular, pues solo constituye la expresión de una opinión, que aún cuando tiene alcance general de conformidad con el artículo 58 del Decreto 2117/92, no está creando situación jurídica alguna ni produciendo efectos jurídicos concretos.

El acto demandado fue proferido por la Subdirección Jurídica de la DIAN, en su ejercicio de facultad legal de absolver en forma general las consultas que se le formulen sobre interpretación y aplicación de normas tributarias, concepto que además, de no haber sido publicado de conformidad con el C.C.A., (según se aprecia en el expediente), y por ende, no tener el alcance de ser una interpretación oficial para los funcionarios de la DIAN, no tiene el carácter de obligatorio, tal y como lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sala.

En efecto, en providencia del 11 de noviembre de 1994, con ponencia del Doctor Jaime Abella Zárate, y cuyo contenido fue confirmado en la Sala de Decisión de esta Sección, a través de providencia de 5 de diciembre de 1994, con ocasión de la demanda de dos conceptos de similares características al hoy acusado, se expresó:

> "Como ya se anotó, uno de los conceptos acusados, el Nro. 178 fue dirigido a un funcionario de Aduanas, en tanto que el Nro. 209 a una sociedad comercial pero no fueron publicados, de tal suerte que ninguno de los dos cumple el requisito de publicidad que exige el artículo 57 del Decreto 2117 de 1992 para que se tenga como "interpretación oficial para los funcionarios". Además, se observa que éste último concepto no es equivalente al de la obligatoriedad, porque el mismo decreto menciona que su desconocimiento puede acarrear sanciones, pero no forzosamente que las cause al funcionario que no la acoja."

Lo anterior significa que con independencia de la publicación de los conceptos, de la cual se deriva el carácter de interpretación oficial para los funcionarios, la noción de obligatoriedad no se predica de los conceptos de carácter general, pues evidentemente la misma conlleva una sanción por el incumplimiento, que a términos del parágrafo del artículo 57 del decreto 2117 de 1992, puede darse o no.

De otra parte, el fragmento del acto demandado tampoco reviste el carácter de una circular de servicios, es decir de un acto administrativo de conocimiento o de instrucción, pues a través de él no se están impartiendo instrucciones de obligatorio cumplimiento al personal subalterno, características que definen a las circulares de servicios, tal y como lo ha expresado en forma reiterada la Sala.(Expedientes Nros. 3698 de marzo 20/92. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano; 5388 de octubre 31 de 1994, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos; 5902 del 11 de noviembre de 1994, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Así las cosas, y al tener el acto demandado la calidad de concepto, tal y como se ha precisado, y habida cuenta que los conceptos propiamente dichos no pueden ser objeto de demanda de nulidad ante esta jurisdicción, la Sala procederá a proferir decisión inhibitoria por carecer este juicio de objeto material, de conformidad con lo previsto en los artículos 83 y 84 de la C.C.A.

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

FALLA:

Declárase inhibido para pronunciarse de fondo en el presente negocio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE, 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 Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

CUOCIENTE DE RECAUDO DE CAJAS DE COMPENSACIÓN/APORTE AL SUBSIDIO FAMILIAR

El término "recaudo" tiene en si mismo una connotación especial que implica lo efectivamente "acopiado" o recogido por un determinado concepto, es una expresión de contenido material, y no formal. Es claro que la Superintendencia de Subsidio Familiar, a efectos de determinar el cuociente particular debía tomar el monto de los aportes del 4, efectivamente recibidos por la Caja de Compensación Familiar y no los causados, por la causación solo implica que nace el derecho a exigir un pago, aunque no se haya hecho efectivo su cobro. Si bien es cierto que generalmente, el cálculo de ingresos y gastos se determina contablemente por el sistema de causación, también es cierto que la ley, para determinados efectos se atiene al concepto material del pago efectivo para fines específicos, a pesar de que el administrado lleve, obligatoria o voluntariamente su contabilidad por el sistema de causación. Cuando la ley, independientemente, del sistema contable que lleven las personas establece los parámetros o bases para efectuar determinados cálculos y exige que una ecuación se efectúe sobre recaudos por aportes y subsidio familiar pagado a los beneficiarios, se está refiriendo a dos aspectos eminentemente reales y materiales cuales son la percepción efectiva de aportes o "recaudos" o el desembolso también real o "pago" del subsidio familiar reconocido previamente a los afiliados de la respectiva Caja de Compensación. No puede predicarse que cuando la Administración, en este caso la Superintendencia de Subsidio Familiar, toma los aportes y pagos efectivamente realizados para efectos de la ecuación, esté desconociendo el

sistema de causación o las cifras contenidas en los estados financieros de CONFENALCO, para restarles valor.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente No. 5992. Actor: Caja de Compensación Familiar FENALCO Seccional Antioquia "CONFENALCO". Apelación de la sentencia de 30 de septiembre de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal, contra las Resoluciones 077 de enero 30, 816 y 817 de agosto 31 y 1086 de diciembre 4, todas de 1992, expedidas por la Superintendencia de Subsidio Familiar. FALLO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia del 30 de septiembre de 1994 desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO, SECCIONAL ANTIOQUIA "CONFENALCO", contra el acto administrativo que le determinó el cuociente particular para el año de 1991 y la declaró obligada a transferir el 12% de sus recaudos mensuales al Fondo de Vivienda Social.

ANTECEDENTES:

Para efectos de lo previsto en los artículos 67 y 68 de la ley 49 de 1990 la actora envió a la Superintendencia de Subsidio Familiar el informe correspondiente al año de 1991, el 15 de enero de 1992, en el cual incluyó las notas Nos. 1 y 2 en las cuales, expresa que: "el subsidio pagado, correspondiente al mes de diciembre, incluido en este total, está pendiente de su respectivo cierre contable", y que "los aportes patronales del FER y los subsidios monetarios para el magisterio, correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 1991 están por recibirse y pagarse respectivamente".

El 30 de enero de 1992 la Superintendencia de Subsidio Familiar con fundamento en la información presentada expidió la Resolución 0077 mediante la cual declaró a CONFENALCO Antioquia, obligada a transferir al Fondo de Vivienda el 12% de sus recaudos, y fijó como couciente particular para la actora $59.664.

El 3 de febrero del mismo año, CONFENALCO Antioquia completó la información inicialmente suministrada aclarando que los aportes del FER (agosto a diciembre de 1991) ingresaron real y materialmente por causación y que fueron pagados los subsidios a sus beneficiarios dentro del año 1991, mediante causación y cheques girados sin cobrar.

El 12 de marzo de 1992, CONFENALCO Antioquia solicitó aclaración de la Resolución 0077 del 30 de enero de 1992, y que, se tuvieran en cuenta para efectos del cuociente nacional, como el particular de la Caja de Compensación, los aportes recibidos del FER, que había informado en forma definitiva en el oficio 12294 del 3 de febrero del mismo año de 1992.

El 31 de agosto de 1992 la Superintendencia expidió la Resolución 0816 para modificar los artículos 1o. y 2o. de la Resolución 077 de enero 20 de 1992, para establecer el cuociente nacional en $59.530, y la suma de $65.483 equivalente al 110% del cuociente nacional, para efecto de lo señalado en los literales a) y b) del artículo 68 de Ley 49 de 1990. Y reiteró en sus artículos 3o. y 4o., el cuociente particular para CONFENALCO Antioquia en $59.664, y la obligación de contribuir al Fondo de Vivienda con el 12% de sus recaudos. Esta resolución fue notificada personalmente el 1o. de noviembre de 1992 sin indicación de los recursos pertinentes.

El mismo día fue expedida la Resolución 817 para negar a la actora la petición hecha el 18 de marzo de 1992, relacionada con la modificación del cuociente particular que le correspondía, determinado en la Resolución 077 del 30 de enero de 1992, la cual fue notificada el 5 de noviembre de 1992.

El 11 de noviembre de 1992 CONFENALCO Antioquia, recurrió en reposición contra las resoluciones 816 y 817 de 1992, y el recurso fue fallado mediante la Resolución 1086 del 4 de diciembre de 1992, notificada el 9 de diciembre de 1992, que negó la reposición pedida.

LA DEMANDA:

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la Caja de Compensación Familiar alegando de la Superintendencia con la expedición del acto acusado infringió los artículos 67 de la Ley 49 de 1990, 10 a 13 de la Ley 43 de 1990, y el artículo 29 de la Constitución Política, y los artículos 44, 45, 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo:

1) Al no tener en cuenta para efectos de determinar el cuociente particular para la Caja de Compensación Familiar de CONFENALCO Seccional Antioquia, las cifras oficiales reportadas en los estados financieros certificados por el contador público, ni las suministradas en los informes estadísticos definitivos contenidos en los formularios oficiales.

2) Desconoció así mismo la Superintendencia la presunción de legalidad que a las cifras reportadas a la interesada otorga la Ley 49 de 1990 en su artículo 10, sin haberlos tachados de falsedad previamente, para modificar sin competencia, los estados financieros de la actora.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 30 de septiembre de 1994 denegó las súplicas de la demanda considerando que no prosperaban los cargos de violación propuestos porque:

1) El texto del artículo 67 de la Ley 49 de 1990 refiere a los aportes efectivamente recaudados en el año respectivo, y a las sumas efectivamente pagadas por concepto de

subsidio familiar; y eran entones los informes provisionales, que señalaban los recaudos efectivos, los que debían tomarse en cuenta para efectos de la determinación del cuociente particular de la actora.

2) Tampoco violó la Superintendencia los artículos 10 a 13 de Ley 43 de 1990 porque, en primer lugar, no desconoció los estados financieros oficiales de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco, sino que aplicó las normas especiales referentes a la determinación del cuociente que le correspondía a la actora; y en segundo lugar, el acto administrativo se expidió por un funcionario nombrado para un cargo oficial, y de ahí derivó su competencia para analizar la información presentada por la Caja.

3) No hubo violación del artículo 29 de la Constitución Política, porque la Superintendencia de Subsidio Familiar es la entidad gubernamental que, por mandato de la ley, debe hacer los cálculos y fijar anualmente los cuocientes particulares con base en las cifras de recaudo y pagos informados por la respectiva caja.

4) No hubo violación de los artículos 44, 45, 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo, porque la nó notificación de la Resolución 077 de 1992 fue subsanada por la propia Caja en el oficio en el que, dándose por enterada de hecho, solicita la modificación de la Resolución e interpuso los recursos pertinentes.

LA APELACIÓN

El apoderado de la actora, al sustentar el recurso de apelación, acusa a la sentencia de primer grado de violar la Constitución Política en su artículo 29, el artículo 67 de la Ley 49 de 1990 y los artículos 10 a 13 de la Ley 43 de 1990, al desconocer el procedimiento legalmente previsto para el cálculo de los cuocientes nacional y local y al aplicar los cuocientes ilegalmente calculados a su representada y determinarle la consecuente obligación de realizar unos aportes.

Reitera la interpretación del artículo 67 de la Ley 49 de 1990, que efectuó en la demanda al exponer el concepto de la violación, acerca del cálculo del cuociente particular con base en los ingresos por aportes anuales, dividido entre el número de personas a cargo de la misma Caja por las cuales se haya pagado el subsidio familiar dentro del respectivo ejercicio.

Los citados recaudos no son otros que los reportados en los estados financieros y estadísticos suministrados por las mismas Cajas.

En lo que respecta a la violación de los artículos 10 a 13 de la Ley 43 de 1990, observa que la Superintendencia no tuvo en cuenta las cifras oficiales suministradas por CONFENALCO, y sí otros elementos que no debieron motivarse para motivar la decisión.

Concluye que hubo error de hecho y de derecho, ya que las normas fueron interpretadas erradamente y los fundamentos de hecho de la decisión no corresponden a la realidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la actora al alegar de conclusión pide se revoque la sentencia apelada por:

Haber desconocido ésta la presunción legal y la fe pública que a los estados financieros y estadísticos da el artículo 1o. de la Ley 43 de 1990 y la presunción de veracidad de los estados financieros, artículo 10 de la Ley 43 de 1990, sin existir prueba en contrario.

Haber incurrido: en error de hecho, al desconocer los estados financieros definitivos y en error de derecho por errada interpretación del artículo 67 de la Ley 49 de 1990 y sobre todo, por haber desconocido el principio de causación de los aportes, al cual se refirió el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en el concepto del 28 de septiembre de 1992, que transcribe.

Concluye que las razones expuestas son suficientes para que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las peticiones de la demanda.

La entidad demandada al alegar de conclusión, controvierte los argumentos de la actora sobre el desconocimiento de las cifras oficiales de CONFENALCO (Antioquia) para el cálculo del cuociente, porque, como lo reconoce el propio demandante en la corrección de la demanda No. 5 Capítulo III (hechos de la demanda), solo hasta febrero de 1992 pudieron certificar que los aportes del FER correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 1991, le ingresaron real y materialmente y por ende pudieron pagar los subsidios respectivos.

En segundo lugar, al disponer el parágrafo del artículo 67 de la citada Ley 49 que, la forma de liquidación del cuociente anual para cada Caja se hace dividiendo el monto de los recaudos anuales por el promedio de personas a cargo, entendiendo como tales sólo aquellas personas que tiene derecho a recibir subsidio familiar en dinero, conforme al artículo 27 de la Ley 21 de 1992 y por las cuales se haya pagado dicho subsidio dentro del respectivo ejercicio, indica que el primer factor de la operación (el dividendo), habrá de calcularse sobre lo recaudado y no sobre lo causado, y que el segundo factor de la operación (el divisor), está constituido por lo pagado, por concepto de subsidio familiar, entendiendo como tal, el egreso efectivamente realizado. Está perfectamente demostrado que los aportes relacionados con el FER, fueron efectivamente recibidos en 1992 y que igualmente el subsidio se pagó en el año de 1992; lo cual lleva a concluir, como lo hizo el Tribunal, que, no hubo violación de ésta disposición toda vez que efectos de la determinación del cuociente particular de la actora por el año de 1991, según lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, la información oficial que la actora consideró provisional y que envió en enero a la entidad gubernamental, es la de que se ajustaba a lo ordenado por la norma.

En la documentación generada a solicitud de la Superintendencia, la Caja a través del Director Administrativo y su revisor fiscal informaron el total de los aportes del 4% y el total de personas a cargo, manifestando además que, sólo les quedaba pendiente del cierre contable, el subsidio monetario pagado, correspondiente al mes de diciembre, porque a esa fecha no se habían recibido los aportes patronales del FER ni se había pagado el subsidio, de lo cual se deduce, que no se habían contabilizado los aportes causados en Agosto, Septiembre, Octubre y Noviembre, hecho confirmado posteriormente, porque en la nota número 7 a los estados financieros se observa que, los contabilizaron por causación contradiciendo de esta forma la nota número 1 a los mismos estados financieros enviados por la Caja de Compensación el 31 de marzo de 1992.

Concluye que la Caja de Compensación rectificó posteriormente la información parcialmente suministrada, contabilizando por causación en Diciembre los aportes del FER y que para la época en que se liquidó el cuociente particular de la actora, la Superintendencia tomó la información que la había sido suministrada por la misma en enero de 1991, como lo ordena la Ley, mientras que para resolver los recursos interpuestos al encontrar dos informes suministrados, ambos por la Caja pero contradictorios, tomó el que a su juicio debía ser.

Expresa que no se violaron los artículos 10, 11, 12 y 13 de la Ley 43 de 1990, porque en las Resoluciones demandadas, la Superintendencia del Subsidio Familiar no desconoció la presunción de legalidad de las cifras oficiales reportadas por la Caja en sus estados financieros y estadísticos oficiales y definitivos de 1991; sólo que, ante dos informes contradictorios, firmados ambos por la revisora fiscal, al tomar uno de ellos, se desconoce necesariamente el otro.

En relación con el cargo de incompetencia del funcionario al que hace referencia el actor para alegar nulidad, expresa que, dicho funcionario es el Dr. Eduardo Beltrán Rodríguez quien para la fecha era el Jefe de la División de Inspección y Vigilancia 2040 grado 09, de quien en el manual de funciones se contempla no sólo funciones contables sino en su mayoría contables-financieras. Igualmente se establece como requisitos para el ejercicio del cargo título de formación universitaria en contaduría pública, administración de empresas, administración pública, derecho o economía. El doctor Beltrán es Administrador Público especializado en Finanzas de la Universidad de los Andes.

Por otra parte, la Ley 25 en su artículo 12 determina las funciones de la División de Inspección y Vigilancia que comprende dos secciones; la de Auditoría con funciones contables-financieras y la Sección de Visitaduría que realiza funciones legales.

Concluye que no se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional pues no es cierto que no se hubiera utilizado el procedimiento indicado por la ley para determinar el cuociente particular de la Caja de Compensación Familiar, ya que se dio estricto cumplimiento a la fórmula matemática, como lo reconoce la sentencia recurrida cuando dijo "la Superintendencia del Subsidio Familiar es la entidad gubernamental que por mandato de la Ley hace cálculos y fija anualmente los cuocientes particulares correspon-

dientes a cada Caja. La fijación se hace con base en las cifras relativas a recaudos y pagos informados por las respectivas Cajas. Ahora bien, en el caso de autos la Superintendencia de Subsidio Familiar aplicó, la ley, y tomó los datos reportados por la actora que se ajustaban al mandato del artículo 67 de la Ley 49 de 1990."

Solicita se confirme la sentencia impugnada y no se acceda a las peticiones de la actora, por no encontrar fundamento legal alguno para ello.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Jurisdicción, pide se confirme la sentencia apelada, porque con el objeto de financiar la vivienda de interés social, el legislador en la Ley 49 de 1990 estableció a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, los subsidios previstos en el Capítulo XI de dicha ley, Así como el modo de calcularlos.

El artículo 67 *ibidem*, le impone la obligación a la Superintendencia del Subsidio Familiar de efectuar todos los años en el mes de Enero el cálculo de los cuocientes nacional y particular tomando como base lo reportado por la Caja en sus estados financieros de la vigencia anterior, por concepto de recaudos para subsidios.

Encuentra evidente que la Superintendencia, en el caso presente, tomó los datos de los estados financieros reportados por la Caja en el mes de enero, pero verificando la realidad de su contenido, en desarrollo de su función de vigilancia y por la necesidad de efectuar sobre ellos el cálculo del cuociente en comento, y que, contrariamente a lo manifestado por el recurrente, no solo tuvo en cuenta los estados financieros que presentó la actora, sino que atendió las observaciones hechas en las notas a los mismos, las que tomó en cuenta para efectos del cálculo del cuociente de recaudo como se señala a folios 98 y siguientes del cuaderno No. 1.

Además, la Superintendencia no podía discrecionalmente elegir entre uno u otro balance, sino que debía atender la calidad dada por el apelante a los estados financieros (provisional y definitivo).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se limita el asunto a determinar si la Superintendencia de Subsidio Familiar al efectuar el cálculo del cuociente particular a la actora y derivarle la obligación de destinar el 12% de los recaudos mensuales al Fondo de Vivienda Social observó o no lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Ley 49 de 1990.

Disponen estos artículos:

"ARTÍCULO 67.- CUOCIENTE DE RECAUDOS DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. El cuociente de recaudos correspondiente a cada Caja de Compensación Familiar es el resultado de dividir el monto de recaudos

anuales para subsidio por el número promedio anual de personas a cargo. El cuociente nacional será el resultado de dividir el total de recaudos para subsidio en las Cajas por el número promedio de las personas a cargo durante el año inmediatamente anterior.

"PARÁGRAFO.- Para efectos de este artículo se entiende por personas a cargo solo aquellas que dan derecho a recibir subsidio familiar en dinero, conforme al artículo 27 de la Ley 21 de 1982 y por los cuales se haya pagado dicho subsidio dentro del respectivo ejercicio.

"La Superintendencia de Subsidio Familiar efectuará todos los años, en el mes de Enero, con base en los estados financieros y estadísticos de la vigencia anterior, reportados por las Cajas, las certificaciones correspondientes al cuociente nacional, a los cuocientes particulares y a las Cajas obligadas a la transferencia a que hace referencia el artículo siguiente de esta ley.

"ARTÍCULO 68.- SUBSIDIO A LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL POR PARTE DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Cada Caja de Compensación Familiar estará obligada a constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda, el cual a juicio del Gobierno Nacional, será asignado en dinero o en especie y en seguimiento a las políticas trazadas por el mismo.

"El subsidio para vivienda otorgado por las Cajas de Compensación Familiar será destinado conforme a las siguientes prioridades:

"1.- A los afiliados de la propia Caja de Compensación, cuyos ingresos familiares sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales.

"2.- A los afiliados de otras Cajas de Compensación, cuyos ingresos familiares sean inferior a cuatro salarios mínimos mensuales.

"3.- A los no afiliados a las Cajas de Compensación cuyos ingresos familiares sean inferior a cuatro salarios mínimos mensuales.

"El fondo para el subsidio familiar de vivienda, estará constituido por los aportes y sus rendimientos, que al mismo haga la correspondiente Caja de Compensación Familiar, en los porcentajes que se refieren a continuación:

"a) Cuando el cuociente de recaudos para subsidio familiar de una Caja resultare igual o superior al ciento diez por ciento (110%), la Caja transferirá mensualmente al Fondo, una suma equivalente al diez y ocho por ciento (18%) de los aportes patronales para subsidio el primer año de vigencia de esta ley y el veinte por ciento (20%) del segundo año en adelante.

"b) Cuando el cuociente de recaudos para subsidio familiar de una Caja resultare igual o superior al ciento por ciento (100%) e inferior al ciento diez por ciento

(1 10%) la Caja transferirá mensualmente al Fondo, una suma equivalente al doce por ciento (12%) de los aportes patronales para subsidio.

PARÁGRAFO 1o.- Las Cajas de Compensación Familiar, con los recursos restantes para subsidio, no estarán obligados a realizar destinaciones forzosas para planes de vivienda...." (Subraya la Sala)

Es precisa la Ley, cuando en el artículo 67 transcrito establece los conceptos que intervienen en la ecuación que permite determinar el cuociente, que no son otros que el total del recaudo del año por concepto de aportes para el subsidio familiar y lo pagado por concepto de subsidio durante el mismo período.

El término "recaudo" tiene en sí mismo una connotación especial que implica lo efectivamente "acopiado" o recogido por un determinado concepto, es una expresión de contenido material, y no formal.

En efecto define el diccionario de la Real Academia el recaudo como la acción de recaudar, que según el mismo significa "cobrar o percibir caudales o efectos – 2. Asegurar, poner en custodia o guardar..."

Es claro que la Superintendencia de Subsidio Familiar, a efectos de determinar el cuociente particular debía tomar el monto de los aportes del 4%, efectivamente recibidos por la Caja de Compensación Familiar y no los causados, porque la causación solo implica que nace el derecho a exigir un pago, aunque no se haya hecho efectivo su cobro.

Si bien es cierto que generalmente, el cálculo de ingresos y gastos se determina contablemente por el sistema de causación, también es cierto que la ley, para determinados efectos se atiene al concepto material del pago efectivo para fines específicos, a pesar de que el administrado lleve, obligatoria o voluntariamente su contabilidad por el sistema de causación.

Tal es el caso por ejemplo de la deducibilidad de los aportes parafiscales para determinar la renta líquida de las personas, que no solo exige el pago real y efectivo de los mismos sino que condiciona a tal hecho la aceptación de los gastos por salarios, o de los impuestos que solo son deducibles en la medida que realmente hayan sido pagados.

Cuando la ley, independientemente, del sistema contable que lleven las personas establece los parámetros o bases para efectuar determinados cálculos y exige que una ecuación se efectúe sobre recaudos por aportes y subsidio familiar pagado a los beneficiarios, se está refiriendo a dos aspectos eminentemente reales y materiales cuales son la percepción efectiva de aportes o "recaudo" y el desembolso también real o "pago", del subsidio familiar reconocido previamente a los afiliados de la respectiva Caja de Compensación.

No puede predicarse que cuando la Administración, en este caso la Superintendencia de Subsidio Familiar, toma los aportes y pagos efectivamente realizados para efectos de

la ecuación, esté desconociendo el sistema de causación o las cifras contenidas en los estados financieros de CONFENALCO Antioquia, para restarles valor; por el contrario, reconociendo la veracidad de las informaciones que a título provisional o definitivo, con sus notas respectivas informó la actora, extrajo el valor de los aportes realmente recaudados y los pagos efectivamente realizados, para determinar el cuociente particular, de acuerdo con la ley sin tomar en cuenta los aportes del Fondo Educativo Regional (FER), que, como lo expresó la Caja de Compensación CONFENALCO Seccional Antioquia, no habían sido recaudados al final del mes de diciembre de 1991, (Nota 1) porque si bien se registraron como causados en tal vigencia en los estados financieros suministrados el 31 de marzo de 1992, lo cierto es que a diciembre 30 de 1991 no habían sido pagados por el FER, y por ende no habían sido recaudados por CONFENALCO como claramente se infiere del Acta 07 del FER Antioquia (Fls. 81 a 83 cdno. ppal.), donde consta que a Diciembre 30 de 1991 se aprobó reservar los dineros existentes en Tesorería del FER correspondiente a subsidio familiar a favor de CONFENALCO, reserva que fue ratificada mediante la Resolución No. 058 de febrero 4 de 1992 por $ 598.454.249.

De igual forma el subsidio causado contablemente a favor de los afiliados a CONFENALCO, tampoco podía tomarse en cuenta para efectos de la ecuación, porque la ley exige el pago real.

Por otra parte, no encuentra la Sala que el acto administrativo y la sentencia de primer grado desconozcan el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, porque no se ha desconocido lo certificado por el contador público en relación con el ingreso por causación de aportes, ni se ha dicho que la contabilidad no se ajuste a los términos legales, ni que los registros por él certificados no hayan sido extraídos fielmente de la contabilidad de la actora.

Sencillamente se les dio el valor que la norma invocada les otorga, cuando señala que:

> "La atestación o firma de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance...."

En manera alguna puede pretenderse entonces que la certificación, que sobre los registros contables, expida o certifique un contador público tenga la virtualidad de enervar o modificar los efectos de la ley, o que sea oponible a la Administración, pues la contabilidad como documento privado que es solo hace plena prueba entre comerciantes en la medida que cumpla los requisitos de ley, y es deber de la Administración interpretar y aplicar la ley de manera tal que responda a los objetivos propuestos por el legislador al expedirla.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, la 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 el 30 de septiembre de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 9448.

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

ALFREDO LEWIN FIGUEROA
Conjuez - Ausente

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

DESVIACIÓN DE PODER-Inexistencia/**INTERÉS PÚBLICO**

Las causales de desviación de poder de los actos administrativos, se refieren fundamentalmente a un aspecto subjetivo del funcionario que los expide; el fin que busca con su decisión, el cual debe siempre estar de acuerdo con la finalidad que tuvo la ley al atribuir la competencia de que se trate y con el interés público que es el fin último del Estado y por ello, para que se configure dicha causal debe probarse que la decisión adoptada no correspondió al fin previsto por la norma que otorgó la competencia de que se trate o al interés general, sino a una finalidad diferente. Y en caso de autos, luego de analizar los argumentos expuestos por la entidad de vigilancia en las resoluciones demandadas, los cuales no fueron desvirtuados por la actora, se observa que la actuación acusada tuvo como finalidad la protección de los intereses de los particulares y el fomento del bienestar público, sin que se haya comprobado, a lo largo del proceso, una finalidad diferente que permita afirmar que la Superintendencia Bancaria expidió los actos con desviación de poder.

SOCIEDAD DE FACTORING-Autorización para funcionar/**CERTIFICADO DE AUTORIZACIÓN**/**FALSA MOTIVACIÓN**-Inexistencia

En relación con la actora la información de que trata la Circular Externa cuestionada y analizada por la entidad de vigilancia, ésta consideró que no se daban los supuestos normativos necesarios para conceder el certificado de autorización para habilitar a la actora para desarrollar la actividad de compra de cartera (factoring), fundamentalmente porque de acuerdo con los estados financieros y con las utilidades generadas por la sociedad, no se evidenciaba

su capacidad económica, ni se configuraban las condiciones para considerar que el bienestar público sería fomentado bajo tales circunstancias. El hecho de que Superintendencia Bancaria al exponer la razón de la insuficiencia de capital no hubiera indicado el monto para que una sociedad de factoring funcionara, no significa que hubo falsa motivación, porque para la definición del requisito de la suficiencia de capital y solidez patrimonial; por otra parte la actora no desvirtuó las fundamentaciones de la entidad de vigilancia en el sentido de que no se cumplía con el requisito de la capacidad económica de la sociedad, para poder cumplir con la propuesta de capitalización presentada.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente No. 6079. Apelación sentencia de noviembre 24 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Actor: DANCO FACTORING S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la sociedad DANCO FACTORING S.A., la actora, contra la sentencia de Noviembre 24 de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 2266 y 3635 de junio 26 y octubre 3 de 1990, respectivamente, expedidas por el Superintendente Bancario, mediante las cuales negó el certificado de autorización solicitado por la sociedad actora.

ANTECEDENTES

La sociedad DANCO FACTORING S.A., cuyo objeto social es la realización y ejecución de operaciones de compra de cartera (factoring), con el fin de obtener el correspondiente certificado de autorización para funcionar, presentó ante la Superintendencia Bancaria su petición.

Mediante la resolución No. 2266 de junio 26 de 1990, la Superintendencia Bancaria negó a la actora el certificado de autorización para desarrollar su objeto social, por considerar que la sociedad no tenía la capacidad económica suficiente para la prestación del servicio financiero, no había desarrollado de manera significativa su actividad principal, y no había allegado oportunamente la información indispensable, de acuerdo con lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley 45 de 1923 en concordancia con el artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989.

El 4 de junio de 1990, la sociedad actora interpuso recurso de reposición contra la Resolución y la Superintendencia, mediante la Resolución No. 3635 de octubre 3 de 1990 confirmó la resolución No. 2266, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos 21 de la Constitución Nacional de 1886; 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo y, 6o. de Decreto 3039 de 1989.

El concepto de la violación de sintetiza así:

1.- Violación del artículo 84 del C.C.A., por irregularidad en la expedición del acto, por ausencia de motivación.

En los actos impugnados, la Superintendencia Bancaria omitió cualquier tipo de análisis que justificara y precisara la insuficiencia de capital de la actora par negar el certificado de autorización, ya que tales decisiones tan solo enuncian el hecho, sin explicar, cuál es el monto de capital suficiente para que una sociedad de esa naturaleza para iniciar o continuar con el desarrollo de su objeto social.

De conformidad con lo establecido en los artículos 35 y 59 del C.C.A., en el régimen jurídico colombiano, la motivación de las decisiones administrativas es uno de los requisitos de los actos administrativos y su carencia conlleva a la expedición irregular y por consiguiente, la declaración de nulidad del respectivo acto.

2.- Violación del artículo 84 del C.C.A., por falsa motivación.

Uno de los motivos planteados por la Superintendencia Bancaria para negar el certificado de autorización fue la supuesta falta de participación en el mercado. Al respecto el apoderado de la actora señaló que el hecho de que su representada sea una sociedad pequeña, no significa que no tenga derecho o acceder al mercado de factoring, y que por lo tanto, la Superintendencia con su actuación vulneró el principio de la libertad de empresa, consagrado en el artículo 32 de la Constitución de 1886.

La Superintendencia Bancaria señaló que no se configuraban las condiciones para considerar que el bienestar público sería fomentado, porque no se evidenciaba la capacidad económica de los accionistas para cumplir la propuesta de capitalización y, en las resoluciones acusadas, no se expusieron los "motivos" que determinaron las apreciaciones de la entidad de vigilancia.

3.- Violación de los artículos 36 del C.C.A., y 6o. del Decreto 3039 de 1989, por abuso de poder discrecional.

El Superintendente Bancario entendió que su "poder discrecional" lo habilitaba para decidir si otorgaba o no los certificados de autorización, desconociendo que su atribución no tiene esa extensión (que se equipara con la arbitrariedad). En relación con este aspecto,

indicó que si la sociedad cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto 3039 de 1989, el Superintendente debía conceder el certificado.

4.- Violación del artículo 84 del C.C.A. por desviación de poder.

El Superintendente Bancario, bajo el pretexto de que ninguna de las sociedades de factoring cumplía con las condiciones fijadas en el Decreto 3039 de 1989, negó masiva e indiscriminadamente el certificado de autorización a las sociedad peticionarias, eliminando el servicio de factoring prestado por las sociedades que tenían ese objeto social, cuando ese no era el fin de la ley.

Bajo el acápite "El Daño Causado", precisó que por medio de los actos impugnados la Superintendencia causó "ingentes" perjuicios a la sociedad actora, ya que le negó el derecho de realizar nuevas operaciones de factoring, privándola de recibir las utilidades a que tenía derecho e impidiéndole hacer las reservas y capitalizaciones que se disponía a realizar, configurándose un daño emergente y un lucro cesante.

LA OPOSICIÓN

El apoderado de la Superintendencia Bancaria se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, indicando que se remitía a lo expresado en el considerando cuarto de la resolución 3635 de 1990.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada denegó las súplicas de la demanda.

Analizó los cargos así:

1. En cuanto a la alegado "ausencia de motivación", manifestó que tal cargo no podía prosperar, toda vez que las resoluciones impugnadas sí fueron motivadas. Del contenido de aquellas se desprende que la Superintendencia Bancaria sí expresó los motivos por los cuales decidió negar el certificado de autorización de funcionamiento a la actora.

La Superintendencia Bancaria adoptó tal decisión ante la insuficiencia de capital de la sociedad actora para prestación del servicio financiero, el no desarrollo de su actividad principal y la no participación significativa en el sector, aspectos éstos que en concepto de la entidad de vigilancia no permitían considerar que el bienestar público se fomentaría con la presencia de la actora en el sector.

La circunstancia de que la Superintendencia Bancaria no hubiera indicado a cuantía requerida para que una sociedad de factoring funcione, no significa falta de motivación, porque la entidad de vigilancia sí expuso la razón por la cual consideró que en este caso se presentaba insuficiencia económica para que la sociedad prestara el servicio financiero, ya que con un capital de cinco millones de pesos no podía realizar las actividades propias, y el esfuerzo de capitalización era exiguo.

2. Dentro del *sub-lite* no se presentó la alegada falsa motivación, ya que los criterios que se debían tener en cuenta para establecer si una determinada sociedad de factoring fomentaba el bienestar público, no eran taxativos sino simplemente enunciativos, y la Superintendencia está en la obligación de procurar que los organismos que actúan en el sector financiero dispongan de un capital mínimo que les permita asumir los riesgos propios de la actividad.

3. En relación con la no explicación de la entidad de vigilancia, sobre la falta de idoneidad de la actora, el *a-quo* observó que la demandada no negó el certificado de autorización por dicha razón, sino porque estimó que con la participación de ésta no se fomentaba el bienestar público.

En cuanto al alegado "abuso de poder discrecional", el Tribunal anotó que la actora cumplió con los requisitos formales señalados por la ley para que pudiera funcionar, y que en los actos acusados se señalaron las razones por las cuales la Superintendencia Bancaria consideró que la sociedad no fomentaba el bienestar público.

En relación con las facultades del Superintendente Bancario, afirmó que no es cierto que disponía de una competencia discrecional para conceder o no la autorización en cuestión, pues su actuación estaba condicionada a los requisitos previstos en el artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989, referentes al desarrollo de la actividad principal de las sociedades de factoring "de manera importante" así como, a la solvencia de capital y a la participación significativa en el sector, aspectos éstos que dentro del proceso la actora no demostró que existieran.

Al respecto citó la sentencia del Consejo de Estado de mayo 20 de 1993, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

4. En lo referente al cargo de desviación de poder, el Tribunal manifestó que luego de analizar detalladamente los argumentos expuestos por la Superintendencia, los cuales no fueron desvirtuados por la actora, con la actuación acusada, la entidad de vigilancia actuó en desarrollo de los fines perseguidos por el Decreto 3039 de 1989, buscando la protección de los intereses de los particulares y el fomento del bienestar público.

Respecto a la objeción por error grave, presentada por el apoderado de la entidad demandada al dictamen pericial practicado, el *a-quo* señaló que aunque tal experticio sería punto de apoyo solo en el evento de prosperidad de la pretensión principal (pues atañe a la consecuencial pago de perjuicios), los peritos que practicaron el nuevo dictamen realizaron un análisis de los soportes contables de cada uno de los clientes que conformaban la cartera de cuentas por cobrar, diferentes personas naturales y jurídicas que mantuvieron contratos para la prestación de servicios de factoring y la relación porcentual correspondiente a la participación de cada uno de los clientes en los años 1988, 1989, 1990, con lo que se dedujo que no se cumplió con el objeto de la prueba, ya que lo que se quería era hacer un reexamen de la proyección de utilidades desde la fecha de ejecutoria de la resolución que negó el certificado de autorización a

la actora, hasta la fecha de fallo, y por lo tanto se le otorgó la razón a la parte demandada que objetó el examen.

LA APELACIÓN

El apoderado de la sociedad actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó argumentando que:

A diferencia de lo señalado por el *a-quo,* la falsa motivación se presentó en cuanto la Superintendencia Bancaria manifestó que la actora no era idónea para fomentar el bienestar público, sin fundamentar tal afirmación.

Mediante la expedición de las resoluciones acusadas, la entidad de vigilancia abusó de su poder discrecional al utilizar la interpretación de una situación (sobre la idoneidad de la sociedad y el fomento del interés público) para negarle el permiso de funcionamiento a la actora, sin explicar adecuadamente sus juicios y afirmaciones.

La desviación de poder con que actuó la Superintendencia Bancaria, se concretó en el hecho de haber negado a las compañías de factoring los permisos de funcionamiento, en forma masiva e indiscriminada.

Finalmente solicitó la revocatoria de la objeción por error grave sobre el dictamen, argumentando que tal error no se presentó, porque cuando el mismo se solicitó por la Superintendencia, ésta no pidió que se tuvieran en cuenta las causas externas que invocó posteriormente para atacar la prueba.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la sociedad actora, dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, y agregó, en relación con la ausencia de motivación sobre la insuficiencia de capital de la actora, que la Superintendencia no fundamentó porqué el capital de Danco Factoring S.A. era insuficiente para la prestación del servicio financiero.

El señor Procurador Octavo Delegado ante esta Corporación solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, argumentando que la Superintendencia Bancaria explicó suficientemente las razones que tuvo para negar el certificado de autorización, realizó un análisis sobre la insuficiencia de capital y el volumen de operaciones de la actora, y concluyó que no era idónea para el ejercicio de su objeto social, y por lo tanto, no se presentaron las alegadas causales de falsa motivación, desviación de poder, ni abuso de poder discrecional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el artículo 11 de la Ley 74 de 1989 se trasladaron las funciones de inspección y vigilancia de las sociedades de Leasing y Factoring, de la Superintendencia de Sociedades a la Superintendencia Bancaria.

El mencionado artículo fue reglamentado por el Decreto 3039 de 1989, que en su artículo 6o. estableció:

> "ARTÍCULO 6o.- Certificado de autorización. Las sociedades actualmente existentes que tengan por actividad principal la realización de operaciones de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) y deseen continuar desarrollando las actividades indicadas en el presente decreto, deberán presentar a la Superintendencia Bancaria, a más tardar el 15 de febrero de 1990, una solicitud de autorización para funcionar acompañada de los documentos que señale esta entidad para tal efecto.
>
> "La Superintendencia Bancaria expedirá el certificado de autorización si la entidad ha cumplido con los requisitos de la ley y cuando establezca su idoneidad para desarrollar su objeto social y se cerciore que el bienestar público será fomentado con la autorización correspondiente, todo ello de acuerdo con lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley 45 de 1923 y 1o. del Decreto 1939 de 1986. La Superintendencia Bancaria deberá tener en cuenta, entre otros criterios, la responsabilidad o idoneidad de los administradores y accionistas, Así como el capital de la respectiva sociedad y su solidez patrimonial. (Subraya la Sala).
>
> PARÁGRAFO.- Son ilegales las operaciones de compra de cartera (factoring), y de arrendamiento financiero (leasing) de que trata el artículo 1o. del presente decreto, cuando se realicen por personas naturales o jurídicas sin contar con la previa autorización de la Superintendencia Bancaria. En tales casos, ésta tendrá las facultades que le otorga el literal o) del artículo 3° del Decreto 1939 de 1986.

En desarrollo de lo dispuesto en los artículos 4o. y 6o. del Decreto 3039 de 1989, la Superintendencia Bancaria expidió la Circular Externa No. 111 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se solicitó a las entidades interesadas en obtener el certificado que las habilitara para desarrollar la actividad de compra de cartera (factoring), una documentación "para establecer la responsabilidad, idoneidad y el carácter de sus accionistas y administradores, amén de cerciorarse que con dicha autorización se fomentará el bienestar público".

En relación con la actora, la información, de que trata la Circular Externa mencionada, y analizada por la entidad de vigilancia, ésta consideró que no se daban los supuestos normativos necesarios para conceder el certificado de autorización, fundamentalmente porque de acuerdo con los estados financieros y con las utilidades generadas por la sociedad, no se evidenciaba su capacidad económica, ni se configuraban las condiciones para considerar que el bienestar público sería fomentado bajo tales circunstancias.

La primera objeción se basó en razones de carácter financiero, resultantes de los análisis de las cifras consignadas en los balances y estados financieros de la sociedad. Así

como lo señaló el Tribunal, el hecho de que Superintendencia Bancaria al exponer la razón de la insuficiencia de capital no hubiera indicado el monto para que una sociedad de factoring funcionara, no significa que hubo falsa motivación, porque para la definición del requisito de la suficiencia de capital y solidez patrimonial, consagrado en el artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989, era necesario tener en cuenta las condiciones especiales y particulares de cada sociedad.

Por otra parte, la actora no desvirtuó las fundamentaciones de la entidad de vigilancia en el sentido de que no se cumplía con el requisito de la capacidad económica de la sociedad, para poder cumplir con la propuesta de capitalización presentada.

De acuerdo con lo anterior, los cargos de ausencia de motivación y falsa motivación, resultan improcedentes, toda vez que, como acertadamente lo afirmó el *a-quo,* la Superintendencia Bancaria, en las Resoluciones acusadas enunció y analizó detalladamente las razones por las cuales no podía expedir el certificado de autorización solicitado por la actora, sin que se hubiera desvirtuado por ésta dicha sustentación fáctica, ni hubiera demostrado de manera objetiva que tenía derecho a obtener la mencionada autorización para desarrollar su objeto social.

Las causales de desviación de poder de los actos administrativos, se refieren fundamentalmente a un aspecto subjetivo del funcionario que los expide; el fin que busca con su decisión, el cual debe siempre estar de acuerdo con la finalidad que tuvo la ley al atribuir la competencia de que se trate y con el interés público que es el fin último del Estado y por ello, para que se configure dicha causal debe probarse que la decisión adoptada no correspondió al fin previsto por la norma que otorgó la competencia de que se trate o al interés general, sino a una finalidad diferente. Y en caso de autos, luego de analizar los argumentos expuestos por la entidad de vigilancia en las resoluciones demandadas, los cuales no fueron desvirtuados por la actora, se observa que la actuación acusada tuvo como finalidad la protección de los intereses de los particulares y el fomento del bienestar público, sin que se haya comprobado, a lo largo del proceso, una finalidad diferente que permita afirmar que la Superintendencia Bancaria expidió los actos con desviación de poder.

Por lo demás la Sala considera acertados los planteamientos hechos por el *a-quo,* en relación con el grado de discrecionalidad propio de la competencia ejercida por la Superintendencia Bancaria a través de los actos impugnados, teniendo en cuenta que es la misma norma que se la atribuye, la que dispone, como lo hace el artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989 su capacidad para decidir si otorga o no la autorización, al establecer que "Cuando la Superintendencia lo estime conveniente podrá expedir un certificado de autorización provisional y vencido el término otorgará el certificado de autorización a aquellas sociedades que hayan cumplido los requisitos (...) y sean idóneas para desarrollar su objeto social y convenientes para fomentar el bienestar público." (Se subraya). Definir cuándo es idónea una sociedad para cumplir su objeto social o conveniente para fomentar el bienestar público son cuestiones que implican la discrecionalidad de la autoridad

competente, la cual, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley tendrá que valorar otros criterios, previstos también en ésta, tales como la responsabilidad e idoneidad de los accionistas, el capital de la sociedad, su solidez patrimonial, etc., para decidir si concede o no la autorización en cuestión; todo lo cual no implica que pueda actuar arbitrariamente, ya que su decisión siempre estará limitada por la realidad de los hechos que la motiven y los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico.

En este sentido se ha pronunciado la Sala en las sentencias de noviembre 19 de 1993, expediente 5026, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, y de junio 3 de 1994, expediente 5394, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Finalmente, y en cuanto a la solicitud de revocatoria de la decisión del Tribunal de darle prosperidad a la objeción al dictamen pericial por error grave, la Sala no se pronunciará al respecto toda vez que, así como lo señaló el *a-quo,* tal aspecto se tendría en cuenta únicamente en el evento de que se le hubiera dado prosperidad a la pretensión principal, y la consecuencial del pago de perjuicios.

Por todo lo anterior, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

No se reconoce personería a la doctora CLAUDIA ECHEVERRI DE RICAURTE como apoderada de la entidad demandada, porque quien otorga el poder no acredita la calidad en que actúa.

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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

AMNISTÍA POR SANEAMIENTO DE DIVISAS/SANEAMIENTO FISCAL DE DIVISAS/IMPUESTO POR SANEAMIENTO FISCAL/DECLARACIÓN DE RENTA CON AMNISTÍA DE DIVISAS-Oportunidad

La Ley 49 de 1990 al conceder la amnistía por saneamiento de divisas, se refiere de manera general a los contribuyentes que se acojan a dicho beneficio, señaló un límite temporal para presentar la declaraciones de renta por al año gravable de 1990 (hasta el 30 de junio de 1992), pero hizo un distinción en cuanto al gravamen complementario correspondiente al impuesto por saneamiento fiscal, distinción que debe tener sus efectos. Por ello el hecho de que los incisos impugnados del Decreto reglamentario permitan que los contribuyentes que presenten oportunamente sus declaraciones puedan efectuar los pagos dentro de los plazos legales, no excede de ninguna manera la ley reglamentada. Tampoco se observa violación alguna de la norma superior, en cuanto los incisos impugnados disponen que el contribuyente que presente la declaración en forma extemporánea, debe pagar en una sola cuota y en el momento de presentación de la declaración el monto del tributo. De la misma manera, el Ejecutivo no violó la ley al disponer que con ocasión de la presentación de la declaración de corrección, se debía pagar en una sola cuota el monto de tributo. Puesto que el legislador en la Ley reglamentada diferenció al contribuyente que se acogía a la amnistía del saneamiento de divisas, y presentaba la declaración oportunamente.

INTERESES MORATORIOS/PAGO DEL IMPUESTO POR SANEAMIENTO FISCAL/POTESTAD REGLAMENTARIA-Facultad Discrecional

La Ley 49 de 1990 al referirse al saneamiento de divisas señala límites o plazos para presentarla declaración de renta, pero no regula lo referente a fechas o plazos para pagar el tributo, ni lo relativo a intereses de mora. Por ello, estos temas podían ser materia de la norma reglamentaria, y con su regulación no se violó la norma superior. La Ley 49 no regula lo referente a la forma de pago del impuesto por saneamiento fiscal, por ser materia de recaudo, que según el numeral 20 del artículo 189 es parte de la facultad reglamentaria atribuida por la Carta al señor Presidente, por consiguiente es perfectamente legal que un decreto reglamentario se ocupe del tema. En relación con los intereses moratorios estos no fueron contemplados por el legislador como parte de la amnistía. De otro lado, la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 3o. del art. 120 de la Carta de 1886, en concordancia con el numeral 11 del art. 189 de la Constitución actual, se caracteriza porque en términos generales es facultativo del titular determinar cuáles son y con qué detalle, las normas de la ley que requieren reglamentación. De lo anterior se deduce que es discrecional del Presidente dentro de su facultad, determinar los aspectos de la ley que requieren reglamentación, para que los contribuyentes de manera clara puedan aplicar la norma reglamentada.

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

Consejero Ponente: DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 6014. Actor: JAVIER CANO GARCÍA. NULIDAD DCTO. GOBIERNO NACIONAL. FALLO.

El actor, JAVIER CANO GARCÍA, en su condición de ciudadano, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad parcial de los incisos 6o. y 7o. del artículo 3o. de Decreto Reglamentario 836 de 1991.

EL ACTO ACUSADO

Se trata, como se notó, de los apartes de los incisos 6o. y 7o. del artículo 3o. del Decreto 836 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional, que se transcriben a continuación:

"ARTÍCULO 3o.- BENEFICIOS Y PLAZOS PARA ACOGERSE AL SANEAMIENTO FISCAL. Los bienes objeto de saneamiento fiscal no están sometidos al impuesto complementario de patrimonio por los años gravables de 1990 y 1991; a partir de 1992 se aplicará lo dispuesto en el artículo 294 del Estatuto Tributario.

.....

6o.- Cuando la declaración se presente en forma 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 fiscal se deberá pagar en una sola cuota, en la fecha de la declaración o de la corrección.

7o. - 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".

LA DEMANDA

a) En resumen el planteamiento del demandante se concreta en que los apartes anteriormente transcritos del Decreto Reglamentario 836 de 1991, violan el artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, ya que establecen la obligación de pagar el impuesto d saneamiento fiscal en una sola cuota, en el momento de presentar declaración extemporánea o de corrección y en cuanto establecen la obligación de pagar intereses moratorios en las declaraciones presentadas, después de los plazos fijados por el Decreto 3101 de 1990 y antes del 30 de junio de 1992.

b) Considera también transgredido el artículo 84 de la actual Carta Política, que consagra que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Considera que la anterior norma superior resulta violada por el acto administrativo demandado, por falta de aplicación, puesto que el artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, reglamentó de manera general el saneamiento de patrimonios en el exterior, en una forma amplia, sin restricciones de ninguna naturaleza y sin sanciones, siempre y cuando las declaraciones se presentaran antes del 30 de junio de 1992.

Estima el actor que en esas condiciones no podía el Ejecutivo sin transgredir el principio constitucional, mediante un decreto reglamentario, establecer requisitos adicionales, como el de obligar a pagar el impuesto de saneamiento en una sola cuota en la fecha de presentación de la declaración extemporánea o de corrección. Tampoco podía imponer el pago de intereses moratorios, cuando el pago del impuesto se efectuara con posterioridad a la presentación de la declaración, pero antes del 30 de junio de 1992.

c) El actor concreta los cargos de violación al numeral 3o. del artículo 120 de la antigua Carta, en concordancia con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política de 1991, manifestando que los apartes impugnados del Decreto Reglamentario exceden la Ley 49 de 1990. Por ello considera que el Presidente de la República incurrió en exceso de la potestad reglamentaria, al limitar o recortar los términos que tiene los contribuyentes para presentar las declaraciones y pagar el impuesto de saneamiento, abligándolos a pagar en una sola cuota el impuesto correspondiente y al imponer el pago de intereses moratorios para declaraciones presentadas antes del 30 de junio de 1992. Con lo cual, se está cambiando o reformando sustancialmente el espíritu de la Ley reglamentada, Ley 49 de 1990.

OPOSICIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– mediante apodera especial, se opuso al escrito de demanda y expresa, que la legalidad de los incisos acusados del Decreto Reglamentario 836 de 1991, deben analizarse frente al artículo 1o. de la Ley 49 de 1990 y del Decreto 3101 del 28 de diciembre del mismo año.

Manifiesta que el artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, estableció que los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios podían acogerse al saneamiento fiscal de divisas en la declaración correspondiente al año gravable de 1990, la cual debía ser presentada a más tardar el 30 de junio de 1992. Previó también, que podía incluirse en la declaración de corrección presentada hasta la misma fecha. Es decir, la Ley limitó en el tiempo la posibilidad de acogerse al saneamiento fiscal de divisas; después del 30 de junio de 1991 no sería posible.

El Gobierno mediante el Decreto 3101 de 1990, fijó los lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributarias del año de 1990, igualmente, como es costumbre, señaló las fechas para el pago de las cuotas.

Advierte la apoderada de la Nación, que los incisos impugnados se refieren a las dos normas anteriormente citadas y precisa que cuando la declaración se presenta oportunamente, el pago del impuesto por el saneamiento fiscal se realizará con los plazos indicados para el pago de las cuotas en el Decreto 3101 de 1990.

Cuando la declaración se presente extemporáneamente o el contribuyente se acoja al saneamiento fiscal mediante una corrección a la declaración, presentada antes del 30 de junio de 1992, el pago del saneamiento fiscal deberá hacerse en una sola cuota y en la fecha de presentación de la declaración o corrección.

Considera la apoderada de la Nación que los apartes demandados no se oponen al artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, por los siguientes motivos:

1.- La Ley 49 en el artículo 1o. no se refiere para nada a la cancelación de las cuotas que debe pagar el contribuyente que se acoja al saneamiento fiscal de divisas, y tampoco trata de manera alguna la liquidación de intereses de mora, cuando se paguen extemporáneamente, por lo cual es perfectamente viable que el Decreto Reglamentario precise estos hechos, de conformidad con los artículos 579, 800, 801 y 811 del Estatuto Tributario.

2.- No puede pasar desapercibido el señalamiento del artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, que establece la posibilidad de que el contribuyente se acoja al saneamiento fiscal mediante declaración tributaria presentada oportunamente, o mediante declaración tributaria presentada extemporáneamente o por medio de una declaración de corrección.

3.- No se debe pues, confundir la permisividad del legislador en la presentación de las declaraciones extemporáneas sin sanción de extemporaneidad, o de corrección a la declaración inicial sin sanción de corrección, con el pago y sus intereses moratorios.

En cuanto a la violación del artículo 84 de la Carta Política, considera la apoderada de la Nación que la ley reglamentada no se refirió a la materia relativa a la oportunidad para el pago del impuesto complementario al de renta, correspondiente al saneamiento fiscal, por lo cual es válido que el Decreto Reglamentario se ocupe de este tema. Por consiguiente, que al existir aspectos no contemplados por la Ley 49 de 1990, podían ser materia del presente Decreto Reglamentario, y en consecuencia, no surge la violación del artículo 84 de la Carta.

Respecto a la violación de los artículos de la Constitución que consagran la facultad reglamentaria, considera la apoderada de la Nación que son válidas las argumentaciones expuestas anteriormente.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante el Consejo de Estado, en su concepto de fondo considera que deben negarse las súplicas de la demanda.

Expresa que no observa la extralimitación de la potestad reglamentaria.

En cuanto a los intereses de mora, considera que es claro que estos se causan con posterioridad al vencimiento del plazo para pagar el impuesto.

Considera que el precepto superior al aclarar que quien se acoja al discutido beneficio, debe liquidar en la declaración un impuesto complementario al de la renta del 3% si aquella se presenta oportunamente, o del 5%, si la presentación es extemporánea, tácitamente indica que la obligación de pagar el impuesto surge en la fecha de esa presentación y que ese pago debe hacerse en un solo contado a más tardar el 30 de junio de 1992.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Congreso de la República mediante la Ley 49 de 1990, reguló entre otros temas la repatriación de capitales, para cuyo efecto concedió una amnistía para quienes se acogieran al saneamiento fiscal de divisas, cuyos requisitos y efectos previó ampliamente en su Capítulo I, artículos 1o. y 3o.

El Gobierno Nacional mediante Decreto 836 de 1991, reglamentó la citada Ley 49 de 1990. El Presidente de la República invocó como fundamento del Decreto Reglamentario las facultades conferidas por los numerales 3 y 11 del artículo 120 de la Constitución Política de Colombia.

Plantea el demandante tres cargos los cuales serán analizados en forma separada:

1. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY 49 DE 1990

Si se observa el artículo 1o. de la Ley reglamentada, encuentra la Sala que el citado artículo al conceder el beneficio o la amnistía del saneamiento fiscal de divisas, dispone

de manera general que no habrá lugar a renta por diferencia patrimonial, ni se ocasionarán sanciones, ni objeto de requerimiento especial, ni liquidación de revisión o de aforo, según el caso, siempre y cuando el contribuyente, con el valor objeto del saneamiento fiscal cumpla ciertos requisitos, entre otros, los siguientes:

1. Fija un límite temporal máximo hasta el 30 de junio de 1992, para presentar la declaración de renta por el año gravable de 1990, acogiéndose al saneamiento fiscal de divisas.

2. Permite igualmente acogerse al saneamiento fiscal de divisas mediante una declaración de corrección presentada hasta la misma fecha, valer decir el 30 de junio de 1992, en cuyo caso no habrá lugar a sanción por corrección por ese motivo.

3. Liquidar un impuesto complementario al de la renta equivalente al tres por ciento (3%) sobre el valor del saneamiento fiscal, en la parte que no sea invertida de acuerdo con los anteriores literales si la declaración se presenta dentro de la oportunidad legal, o del 5%, sobre dicho valor, si se presenta en forma extemporánea o con motivo de la corrección a la declaración, siempre y cuando estas últimas se presenten antes del 30 de junio de 1992.

De la transcripción anterior se deduce que la Ley 49 de 1990, al conceder la amnistía por saneamiento de divisas, se refiere de manera general a los contribuyentes que se acojan a dicho beneficio, señaló un límite temporal para presentar las declaraciones de renta por al año gravable de 1990 (hasta el 30 de junio de 1992), pero hizo un distinción en cuanto al gravamen complementario correspondiente al impuesto por saneamiento fiscal, distinción que debe tener sus efectos. En consecuencia era lógico, que el Presidente de la República, en uso de su facultad reglamentaria, incorporara de alguna al Decreto Reglamentario, la norma que señaló los plazos para presentar las declaraciones de renta por el año gravable de 1990, así como las fechas en que debieron pagarse las cuotas correspondientes. Por ello, para la Sala el hecho de que los incisos impugnados del Decreto reglamentario permitan que los contribuyentes que presenten oportunamente sus declaraciones puedan efectuar los pagos dentro de los plazos legales, no excede de ninguna manera la ley reglamentada.

Tampoco observa la Sala violación alguna de la norma superior, en cuanto los incisos impugnados disponen que el contribuyente que presente la declaración en forma extemporánea, debe pagar en una sola cuota y en el momento de presentación de la declaración el monto del tributo.

De la misma manera, para la Sala, el Ejecutivo no violó la Ley al disponer que con ocasión de la presentación de la declaración de corrección, se debía pagar en una sola cuota el monto del tributo. Puesto que el legislador en la Ley reglamentada diferenció al contribuyente que se acogía a la amnistía del saneamiento de divisas, y presentaba la declaración oportunamente.

Por otro lado la Ley 49 de 1990, al referirse al saneamiento de divisas señala límites o plazos para presentar las declaraciones de renta, pero no regula lo referente a fechas o plazos para pagar el tributo, ni lo relativo a intereses de mora. Por ello, estos temas podían ser materia de la norma reglamentaria, y con su regulación no se violó la norma superior.

Por consiguiente para la Sala los apartes de los incisos 6 y 7 del Decreto 836 de 1991, no violan el artículo 1o. de la Ley 49 de 1990. No prospera el cargo.

2.- VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 84 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 84 de la Carta dispone que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Considera el demandante que el artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, reguló de manera general y amplia el saneamiento fiscal de patrimonios en el exterior, por lo cual no podía el Ejecutivo mediante decreto reglamentario establecer requisitos adicionales, so pena de violar la Constitución Política.

Para la Sala este cargo no está llamado a prosperar, por cuanto como se vio, la Ley 49 no regula lo referente a la forma de pago del impuesto por saneamiento fiscal, por ser materia de recaudo, que según el numeral 20 del artículo 189 es parte de la facultad reglamentaria atribuida por la Carta al señor Presidente, por consiguiente es perfectamente legal que un decreto reglamentario se ocupe del tema.

En relación con los intereses moratorios estos no fueron contemplados por el legislador como parte de la amnistía, y en consecuencia, deben seguir las normas generales relativas a intereses moratorios. Por consiguiente nada se opone a la remisión e inclusión dentro del Decreto Reglamentario sin violar disposiciones constitucionales o legales de mayor jerarquía.

3.- VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 120 NUMERAL 3o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1986 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 DE LA CARTA DE 1991

En este cargo el actor considera que con los apartes del Decreto Reglamentario que señala como acusados el Presidente de la República, excedió la facultad reglamentaria.

La potestad reglamentaria consagrada en el numeral 3o. del art. 120 de la Carta de 1886, en concordancia con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución actual, se caracteriza porque en términos generales es facultativo del titular determinar cuáles son y con qué detalle, las normas de la ley que requieren reglamentación. De lo anterior se deduce que es discrecional del Presidente dentro de su facultad, determinar los aspectos de la ley que requieren reglamentación, para que los contribuyentes de manera clara puedan aplicar la norma reglamentada. Así las cosas, estima la Sala, que en el *sub-lite,*

el Decreto Reglamentario no hace nada distinto que recoger la misma previsión de la Ley y por tanto no se configura violación que deba ser declarada. No prospera el cargo.

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:

DENIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE. CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente con permiso

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

SOCIEDAD FIDUCIARIA-Obligaciones/**BIEN FIDUCIARIO/NEGOCIO FIDUCIARIO/BIENES DE SOCIEDAD FIDUCIARIA**-Individualización Contable/**CONTRATO FIDUCIARIO**

Si bien el Capítulo VII de la Resolución 4980 de 1987 del Superintendente es un principio aplicable a los patrimonios autónomos, ello no obsta, para que tal como lo dispuso la misma resolución, sus disposiciones sean aplicables, por remisión, a los demás negocios fiduciarios. Así pues las disposiciones legales imponen a la fiduciaria la obligación de mantener separados los bienes objeto de la fiducia de sus propios bienes, y también en relación con los demás negocios fiduciarios, en forma tal que la obligación conlleva el deber de indicar en todo momento a qué negocio corresponde determinado bien o transacción. Asimismo se exige la correlativa individualización para el evento en que se efectúen depósitos bancarios con dineros de los negocios fiduciarios, los cuales no pueden aparecer como propios por haberse derivado del desarrollo de cualquier contrato fiduciario, de donde se colige que tal exigencia no es producto de una aplicación analógica, sino de un mandato del art. 64, que expresamente impone el deber, entratándose de contratos fiduciarios.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL-Naturaleza/**PATRIMONIO AUTÓNOMO/ENCARGO FIDUCIARIO**-Naturaleza

Son los contratos de fiducia mercantil, pero no los encargos fiduciarios, modalidades éstas de los negocios fiduciarios, los que generan patrimonios autónomos, como quiera que es de su naturaleza la transferencia de la propiedad de los bienes materia del fideicomiso por parte del constituyente

al fiduciario, lo cual en forma alguna caracteriza el encargo fiduciario, en virtud del cual no hay transferencia de dominio de los bienes dados para su inversión en los términos del mandato. De esta forma se observa que si bien es cierto que el encargo fiduciario, no conlleva la transferencia de los bienes, sino la mera entrega, por lo cual estos no constituyen un patrimonio autónomo, a diferencia del contrato de fiducia mercantil, regido por los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, cuya principal característica es la conformación del denominado "patrimonio autónomo", no es menos cierto que como lo dispuso la Resolución respectiva, las normas contables aplicables a los patrimonios autónomos, deberán ser observadas, "en lo pertinente", a los diferentes negocios fiduciarios, entre los que se cuenta el encargo fiduciario, sin que por ello sea dable afirmar que la aplicación sea analógica.

SANCIÓN POR SOBREGIRO EN FONDO COMÚN/FONDO COMÚN ORDINARIO-Sobregiro/**FUERZA MAYOR**-Inexistencia

El análisis de los hechos constitutivos de fuerza mayor, exige que estos reúnan frente al mandato inobservado, las características de no ser imputable a quien estaba obligado a ello, como debe ser irresistible, esto es, que no haya podido ser impedido y la de ser imprevisible, en el sentido de que no haya sido lo suficientemente probable. La infracción censurada (sobregiros bancarios) no es nada diferente al resultado de la asunción de un riesgo por parte de la fiduciaria que no es imputable a un tercero, como lo pretende la actora, sino a ella misma. En realidad en este caso el sobregiro es la consecuencia directa de que la entidad realiza las inversiones de los recursos, sin tener certeza de que los mismos tengan su efectividad, por lo cual no puede aceptarse que su situación obedezca al hecho de un tercero o a una fuerza mayor, que tenga las características de irresistible o imprevisible, sino que la misma tiene sus fuentes en las políticas de inversión adoptadas por la actora y señaladas en el respectivo reglamento del Fondo. La situación descrita permite inferir que es la misma actora quien se ha colocado en la situación de riesgo, que nada tiene de imprevisible; pues de un lado es probable que un cheque resulte impagado por diversos motivos y del otro, si los cheques pagados sobre canje resultan efectivos naturalmente no se ocasiona sobregiro alguno; pero si como ha ocurrido en el sub-lite, algunos de los instrumentos resultan impagados lógicamente se causa el sobregiro en la respectiva cuenta del Fondo, situaciones estas que tienen normal ocurrencia en las transacciones bancarias, lo que les quita la característica de la alegada imprevisibilidad.

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

Consejero Ponente: DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

Referencia: Expediente No. 6084. Actor: Fiduciaria Alianza S.A.. Superintendencia Bancaria - Sanción. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la FIDUCIARIA ALIANZA S.A., contra el proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de octubre de 1994, desestimatorio de las súplicas de nulidad de las Resoluciones números 4651 y 5358 de 1992 expedidas por la Superintendencia Bancaria, con su consecuente restablecimiento del derecho.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria como resultado de una visita de inspección y vigilancia y previa solicitud de explicaciones, expidió la Resolución No. 4651 el 10 de noviembre de 1992, a través de la cual impuso multa a la sociedad FIDUCIARIA ALIANZA S .A. en cuantía de $ 3.500.000, por no cumplir con su obligación de efectuar las conciliaciones en forma mensual, por incurrir en sobregiros temporales en la cuenta bancaria donde se manejan los recursos del Fondo Común Ordinario y por no cumplir con las normas relativas a la separación contable de las cuentas corrientes de los distintos fideicomisos que administra.

Interpuestos los recursos de reposición y en subsidio apelación, el Superintendente Delegado par Servicios Financieros, negó la procedencia del recurso de reposición mediante la resolución No. 5358 del 28 de diciembre de 1992, confirmó en todas sus partes la resolución recurrida.

DEMANDA

En primer lugar, el apoderado de la sociedad actora adujo que la actuación administrativa es nula porque fue expedida por un funcionario que carecía de capacidad para ello, habida cuenta que la facultad sancionatoria se halla n cabeza del Superintendente Bancario y no podía ser ejercida por un Superintendente Delegado.

En segundo lugar arguyó que, los artículos 2.1.3.1.11 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 64 de la resolución No. 4980 de 1987 fueron indebidamente aplicados, toda vez que el negocio jurídico celebrado fue en "Encargo Fiduciario", el cual no corresponde a "Fondos Comunes de Inversión", ni constituye un "Patrimonio Autónomo; para los cuales van dirigidos los preceptos del artículo 64 de la resolución No. 4980 de 1987; explicó que de acuerdo con el Decreto 1730 de 1991, las sociedades fiduciarias pueden administrar fideicomisos de inversión en fondos comunes o especiales de inversión o mediante fideicomisos de inversión específica.

Invocó como eximente de responsabilidad "el hecho de un tercero", toda vez que la compañía tuvo que sortear diversos acontecimientos, que unidos, la colocaron en una situación imprevisible e irresistible, tal como la avería del sistema de computadores.

Explicó también que los sobregiros a que se refiere la actuación acusada, se causaron porque los fideicomitentes entregaron cheque que resultaron impagados y por ello esa situación no le es imputable a la sociedad.

Criticó la sanción impuesta por esta causa, con el argumento de que tales sobregiros no implican riesgo, ni peligro, para nadie.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A su vez, el abogado especial de la entidad demandada –Superintendencia Bancaria–, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual básicamente argumentó que según lo dispuesto en el Decreto 1730 de 1991, el Presidente de la República delegó la función sancionadora en cabeza del Superintendente Bancario, la cual por virtud del mismo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es asumida por los Superintendentes Delegados.

En relación con la inaplicabilidad del artículo 2.1.3.1.11 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del artículo 64 de la resolución No. 4980 de 1987, estimó que por no tener regulación específica, el encargo fiduciario debe sujetarse a las normas que regulan la fiducia mercantil, máxime cuando la misma resolución No. 4980 de 1987 expresa que cobija los contratos de fiducia mercantil y otros negocios fiduciarios.

También refutó el planteamiento del acaecimiento de hechos constitutivos de fuerza mayor, por no haberse probado la imprevisibilidad y la irresistibilidad frente al daño que se produjo en el ensanche del sistema de computador; igualmente rechazó la explicación referente a los sobregiros y concluyó que a la compañía actora, le falta la diligencia y el cuidado a que está obligada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó la prosperidad de las súplicas de la demanda, así:

Estimó que de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la facultad sancionatoria no se halla en cabeza únicamente del Superintendente Bancario, sino también de sus Delegados.

De otra parte, estimó que la resolución No. 4980 de 1987, establece la obligación de llevar una contabilidad independiente de los demás negocios fiduciarios, a los fondos comunes de inversión, como protección del patrimonio del fiduciante, toda vez que según los artículos 1227 y 1238 del Código de Comercio, el activo que constituye el patrimonio de la fiducia responde únicamente por las deudas contraídas en desarrollo de la finalidad fijada y no por las acreencias del fiduciante, de donde concluyó que la misma norma es aplicable al encargo de inversión con destinación específica, que conlleva a la constitución de un patrimonio autónomo.

Subrayó su posición con el argumento de que la Circular Externa 40 de 1987, dio instrucciones sobre la forma de llevar la contabilidad en relación con todo negocio fiduciario.

Igualmente rechazó "el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad" ya que como la misma accionante lo manifestó, la implantación de nuevos equipos de sistemas trae un período de ajuste, lo que desfigura su carácter de imprevisible.

Frente a los sobregiros bancarios consideró que el pago de los cheques de los clientes, está sujeto a la condición resolutoria del pago de dichos títulos y no puede reconocer intereses, sin desde el momento en que se hacen efectivos.

Por último señaló la procedibilidad de las sanciones por cuanto la función del ente administrativo es reglada.

APELACIÓN

En primer término, fundamentó el recurso con el argumento de que el artículo 64 de la resolución No. 4980 de 1987 es únicamente aplicable a los patrimonios autónomos, específicamente al contrato de fiducia mercantil, pero en forma alguna al encargo fiduciario.

Resaltó que el encargo fiduciario no genera patrimonio autónomo.

De otra parte, enfatizó que la Circular Externa No. 40 de 1987 no fue norma fuente de la sanción.

Criticó la pretendida aplicación analógica del artículo 64 de la resolución No. 4980 de 1987 como fundamento de la sanción, pues a su juicio no es posible tal aplicación en la imposición de una sanción.

En segundo lugar, aclaró que cuando el fideicomitente entrega el aporte del fideicomiso, cumple con su prestación, de manera pura y simple, sin estar sujeto a condición o plazo suspensivo, y por ello, la fiducia no puede válidamente esperar a la confirmación del pago del título para cumplir con su obligación. Concluyó que el sobregiro en la cuenta del Fondo Común es causado por el no pago de los cheques de los aportes, lo cual le es irresistible, toda vez que está obligada a disponer de los recursos que representan los cheques, desde que los recibe.

Como último punto, insistió en que el retardo en la conciliación de las cuentas corrientes se derivó de un hecho constitutivo de fuerza mayor, como fue que el nuevo equipo de computación no funcionó, lo cual era imprevisible, habida cuenta que quien lo implantó fue la firma CARVAJAL COMPUTADORES, de reconocida prestancia e idoneidad; igualmente sostuvo que el hecho no le fue imputable a la fiduciaria, no ocurrió por su culpa y fue imprevisible e irresistible.

Hizo énfasis en que el retraso en la conciliación bancaria no produjo daños a la entidad, ni trajo consecuencias para sus clientes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad el apoderado de la parte actora se remitió a lo expresado en la sustentación del recurso y el apoderado de la entidad demandada solicitó que se confirme el fallo apelado, insistiendo en los argumentos por él ya esgrimidos.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por el señor Procurador Octavo ante la jurisdicción, no rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala analizará los cargos de la apelación en el orden propuesto, así: 1.- Falta de Separación Contable. 2.- Sobregiros Bancarios en la Cuenta Corriente del Fondo Común y 3.- Retardo en la Conciliación de las Cuentas Bancarias.

1. FALTA DE SEPARACIÓN CONTABLE

Observa la Sala que la apelante acepta la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción y aduce que como la Fiduciaria realizó un mandato o encargo fiduciario con instrucciones específicas, en el cual ésta debía comprar un nombre y representación del Departamento de Arauca, Certificados de Cambio y que como dicho encargo fiduciario no constituye un fondo común de inversión, ni mucho menos genera un patrimonio autónomo, no le eran aplicables las disposiciones en las cuales fundó la sanción la entidad demandada.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dcto. 1730/91), en el Capítulo I relativo a las Sociedades Fiduciarias, luego de señalar las operaciones para las cuales estas sociedad están autorizadas, en la Sección Primera regula en general el Fideicomiso de Inversión. Al efecto, dispone en al artículo 2.1.3.1.2. el campo de aplicación, así:

> "CAMPO DE APLICACIÓN. En las operaciones de fideicomiso de inversión que realicen las sociedades fiduciarias deberán observarse las disposiciones contenidas en el presente estatuto.
>
> PARÁGRAFO 1o.- Para efectos de este estatuto entiéndase por fideicomiso de inversión todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de estos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente estatuto". (Subraya la Sala).

Igualmente, en el artículo 2.1.3.1.3. el estatuto, previó las modalidades contractuales relacionadas con el negocio jurídico del fideicomiso de inversión, así:

> "CLASES DE CONTRATOS.- Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios..." (Subraya la Sala).

A su vez, el Superintendente Bancario, a través de la Resolución 4980 de 1987, dictó las normas de carácter contable aplicables a las sociedades fiduciarias. Así, en los cinco primeros Capítulos, que llegan hasta el artículo 54, hace referencia a la contabilidad y a los estados financieros de las sociedades fiduciarias, como tales, esto es, a sus bienes, obligaciones y operaciones propias, diferentes de los patrimonios autónomos y de las operaciones efectuadas en desarrollo de los mismos.

En el Capítulo VI, constituido por el artículo 55, la Resolución previó las reglas a las cuales debería sujetarse el registro de cuentas de orden para los diferentes negocios fiduciarios, así:

> **"ARTÍCULO 55.- Cuentas de Orden.** Las cuentas de orden deben utilizarse para registrar, cuantificar y revelar en forma separada las obligaciones y derechos contingentes que puedan afectar la estructura financiera de la sociedad.
>
> El estado de los fideicomisos deberá registrarse en forma separada de las cuentas de orden de la sociedad, sin perjuicio de las normas que más adelante se consignan.
>
> En tratándose de negocios fiduciarios no traslaticios, se registrarán y se presentarán en las cuentas de orden de la sociedad fiduciaria, con arreglo, en lo pertinente, a las normas del Capítulo siguiente".

De conformidad con la disposición transcrita, se observa que la misma remite "en tratándose de negocios fiduciarios, no traslaticios...", a "lo pertinente en las normas del capítulo siguiente", esto es, del Capítulo VII, artículos 56 a 70, que hacen referencia a las normas contables aplicables a los patrimonios autónomos. De esta forma, para la Sala es claro que si bien el Capítulo VII de la Resolución 4980 de 1987 del Superintendente es un principio aplicable a los patrimonios autónomos, ello no obsta, para que tal como lo dispuso la misma resolución, sus disposiciones sean aplicables, por remisión, a los demás negocios fiduciarios.

Dentro del Capítulo en comento, obra el artículo 64, que reza:

> **"ARTÍCULO 64.- Separación contable de los bienes fideicomitidos.** Bajo ninguna circunstancia los bienes fideiocometidos, ni siquiera el efectivo, se deben involucrar con los propios de la fiduciaria y esta no puede registrar como propios los bienes que haya recibido en virtud de un contrato fiduciario".

Observa la Sala que las disposiciones legales imponen a la fiduciaria la obligación de mantener separados los bienes objeto de la fiducia de sus propios bienes, y también en relación con los demás negocios fiduciarios, en forma tal que la obligación conlleva el deber de indicar en todo momento a qué negocio corresponde determinado bien o transacción. Asimismo se exige la correlativa individualización para el evento en que se efectúen depósitos bancarios con dineros de los negocios fiduciarios, los cuales no pueden aparecer como propios por haberse derivado del desarrollo de cualquier contrato fiduciario, de donde se colige que tal exigencia no es producto de una aplicación analógica, sino de un mandato del citado artículo 64, que expresamente impone el deber, entratándose de contratos fiduciarios.

En el caso que se debate, en el Acta de Visita se da cuenta que:

> "En contraposición a lo normado la sociedad fiduciaria presentó para el balance de marzo del presente año, en el rubro de activo disponible cheques código 7110510, un depósito por $ 3.621 millones, correspondientes a la fiducia de inversión del Departamento de Arauca, suscrito en marzo 31 de 1992. Los recursos referenciados fueron consignados en la cuenta corriente No. 270-03358-2 de la sociedad fiduciaria y girados para la compra de certificados de cambio entre el 3 y el 14 d abril del año en curso, período para el cual no presentaron ningún rendimiento" (fl. 147).

En la Resolución 4651 de 1992, acto a través del cual se impuso la sanción a la sociedad actora, se dejó constancia de que desde el 26 de febrero de 1991, en el informe de visita No. 019, ya se había censurado la situación ahora discutida y se citaron como normas a las que debían sujetarse las instituciones vigiladas, la resolución No. 4980 y la Circular Externa 040, ambas de 1987, no obstante haberse citado en el Acta de Visita también el artículo 2.1.3.1.11 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Considera la Sala que si la sociedad depositó el dinero del fideicomiso en su cuenta corriente y no en cuenta separada e independiente, y que si incluyó en al balance del mes de marzo de 1992, en el rubro de "Activos de Timbre-Cheques Código 7110510", el discutido depósito, como lo determinó la Superintendencia Bancaria en la visita y la actora además de no desvirtuarlo, ni siquiera trató de negarlo, entiende la Sala que presentó el depósito como un activo de la actora, sin que los referidos dineros constituyeran recursos propios, con lo cual, se repite, registró y confundió como propios, bienes recibidos como consecuencia del encargo fiduciario celebrado con el Departamento de Arauca, infringiendo de esta manera la obligación consagrada en el citado artículo 64 de la resolución No. 4980 de 1987, en concordancia con la Circular 040 de 1987, con lo cual adicionalmente desfiguró su real situación económica y financiera.

De otra parte no puede dejarse de lado el hecho de que son los contratos de fiducia mercantil, pero no los encargos fiduciarios, modalidades éstas de los negocios fiduciarios, los que generan patrimonios autónomos, como quiera que es de su naturaleza la

transferencia de la propiedad de los bienes materia del fideicomiso por parte del constituyente al fiduciario, lo cual en forma alguna caracteriza el encargo fiduciario, en virtud del cual no hay transferencia de dominio de los bienes dados para su inversión en los términos del mandato.

De esta forma se observa la Sala, que si bien es cierto que el encargo fiduciario, no conlleva la transferencia de los bienes, sino la mera entrega, por lo cual estos no constituyen un patrimonio autónomo, a diferencia del contrato de fiducia mercantil, regido por los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, cuya principal característica es la conformación del denominado "patrimonio autónomo", no es menos cierto que como lo dispuso la resolución No. 4980 de 1987, entre otras disposiciones en el artículo 55 transcrito, las normas contables aplicables a los patrimonios autónomos, deberán ser observadas, "en lo pertinente", a los diferentes negocios fiduciarios, entre los que se cuenta el encargo fiduciario, sin que por ello sea dable afirmar que la aplicación sea "analógica."

Ahora bien, no puede desconocerse que la finalidad de las disposiciones mencionadas, en razón de la confianza ínsita en el negocio fiduciario en general, no fue otra que la de exigir la diferenciación y afectación de los bienes propios de las sociedades fiduciarias, de los bienes recibidos por causa y origen en los diversos negocios fiduciarios, máxime cuando las normas generales de la contabilidad contenidas en el ordenamiento, exigen que la contabilidad sea el fiel reflejo de la realidad económica de las transacciones; de tal suerte que los estados financieros posean la información necesaria para la formación de un concepto justo, comprensible y confiable del estado de la empresa, de sus operaciones y de su situación financiera, en general.

En consecuencia, no prospera el cargo de la apelación.

2. SOBREGIROS BANCARIOS

En relación con este punto, frente al cual aduce la apelante que los sobregiros temporales en la cuenta corriente en la cual se manejan los recursos del Fondo Común Ordinario, fueron causados por haber resultado impagados los cheques de algunos inversionistas, hecho a su juicio constitutivo de fuerza mayor, irresistible, imprevisible y ajeno a la sociedad, observa la Sala que el cargo de la apelación no está llamado a prosperar.

Una vez más precisa la Sala, que el análisis de los hechos constitutivos de fuerza mayor, exige que estos reúnan frente al mandato inobservado, las características de no ser imputable a quien estaba obligado a ello, como debe ser irresistible, esto es, que no haya podido ser impedido y la de ser imprevisible, en el sentido de que no haya sido lo suficientemente probable.

Advierte la Sala que la infracción censurada no es nada diferente al resultado de la asunción de un riesgo por parte de la fiduciaria que no es imputable a un tercero, como

lo pretende la actora, sino a ella misma. Manifiesta la apelante que: "Un sobregiro en la cuenta corriente del fondo común ordinario, causado porque los cheques que entregan los partícipes para realizar sus inversiones son impagados, no es un hecho que sea imputable a la fiduciaria. El sobregiro no proviene de que le reciban cheques para los aportes, sino de que ellos no son pagados".

Sobre el particular advierte la Sala que en realidad el sobregiro es la consecuencia directa de que la entidad realiza las inversiones de los recursos, sin tener la certeza de que los mismos tengan su efectividad, por lo cual no puede aceptarse que su situación obedezca al hecho de un tercero o a fuerza mayor, que tenga las características de irresistible o imprevisible, sino que la misma tiene sus fuentes en las políticas de inversión adoptadas por la actora y señaladas en el respectivo reglamento del Fondo.

En efecto, la recurrente afirma que ha establecido un convenio de pagos en canje con su banco, de manera que desde el momento en que se efectúa el depósito del cheque en la cuenta corriente del Fondo Común Ordinario, dispone inmediatamente de los recursos, "en el supuesto de que todos los cheques se van a hacer efectivos" (destaca la Sala). La situación descrita permite inferir que es la misma actora quien se ha colocado en la situación de riesgo, que nada tiene de imprevisible; pues de un lado es probable que un cheque resulte impagado por diversos motivos y del otro, si los cheques pagados sobre canje resultan efectivos naturalmente no se ocasiona sobregiro alguno; pero si como ha ocurrido en el sub-lite, algunos de los instrumentos resultan impagados lógicamente se causa el sobregiro en la respectiva cuenta del Fondo, situaciones estas que tienen normal ocurrencia en las transacciones bancarias, lo que les quita la característica de la alegada imprevisibilidad.

Adicionalmente, se observa que, si la sociedad optaba por invertir antes de que se produjera el canje normal de los cheques, la circunstancia de que los mismos resultaran impagados, hubiera podido ser prevenida por la sociedad fiduciaria, de haber exigido para la satisfacción de los aportes, las modalidades de cheque certificado o cheque de gerencia, que garantizaban su convertibilidad.

Bajo estos parámetros, para la Sala resulta claro establecer que la actuación de la sociedad fiduciaria no se encuentra cobijada por circunstancias constitutivas de fuerza mayor, como quiera que tuvo la posibilidad de adoptar medidas para evitar incurrir en sobregiros bancarios, que constituyen una modalidad de crédito no permitido para financiar inversiones del Fondo.

De manera que la sociedad estaba obligada a observar el mandato contenido en el artículo 2.1.12. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que dispone:

> "OPERACIONES NO AUTORIZADAS. En la realización de las operaciones a que se refiere esta sección. Las instituciones financieras que administren fondos comunes de inversión se abstendrán de:

.....

h) En el caso de los fondos comunes ordinarios de inversión, obtener créditos a cualquier título para la realización de los negocios del fondo, salvo que tratándose de títulos adquiridos en el mercado primario, ello corresponda a las condiciones de la respectiva emisión. En los demás casos, se requerirá que el fiduciario se halle expresamente autorizado para ello en el contrato o en el reglamento de administración". (Subraya la Sala).

Igualmente, el desconocimiento del mandato contenido en dicha disposición, que regía la gestión de la fiducia, fue observado por la Superintendencia Bancaria, desde antes de la expedición de la resolución sancionatoria, en la cual se precisó que la situación irregular no es un hecho nuevo, sino reiterado, en relación con el cual la entidad mediante la resolución No. 951 de 1992, requirió a la fiduciaria para que diera estricto cumplimiento a las disposiciones legales sobre el particular.

3. CONCILIACIONES BANCARIAS

La inconformidad de la apelación en este punto se contrae a que el Tribunal no aceptó la causal de exoneración de responsabilidad de la fiduciaria por fuerza mayor, al considerar que el hecho que causó la infracción era previsible por la actora, no obstante estar demostrado, a juicio de la recurrente, que el retardo de 38 días en efectuar las conciliaciones bancarias, se debió a un hecho que resultó más allá de las previsiones de la sociedad y del experto contratado para la implementación e instalación de la ampliación de su sistema de computación.

Sostiene la apelación que con las declaraciones de la señora CECILIA CORREA ROJAS, de la firma CARVAJAL COMPUTADORES y del señor ABEL BLANCO, quedó establecido que se presentó una "degradación en el rendimiento" del equipo nuevo que se estaba instalando para mejorar y ampliar sus sistemas y que a ello se agrega el hecho de que durante el mes de diciembre de 1991 y el primer trimestre de 1992, la tarea contable sufrió algún retardo derivado del manejo de cuantiosos volúmenes de información, quedando "prácticamente sin sistemas de computación en cuanto el equipo y el sistema "viejo" había sido desmontado y el nuevo no funcionó, como era previsible". (fl. 294).

Aduce, que consciente de la magnitud del trabajo especializado, que desborda el conocimiento y la experiencia de la sociedad, contrató a una firma de reconocida prestancia e idoneidad para su realización y que tomó medidas de previsión tales como producir triplicados de los archivos, programar el cambio del sistema por etapas y crear sistemas manuales paralelos; pero no obstante, contra toda previsión la máquina degradó su rendimiento hasta hacerse inútil y la investigación de la causa duró varios meses, y la compañía con la cual contrató, tardó varias semanas en disponer de un nuevo equipo, para reemplazar la máquina que no funcionó.

Frente a lo alegado, estima la Sala que los argumentos de la apelación no son suficientes para demostrar la imprevisibilidad, que como se anotó en el punto anterior, es uno de los requisitos para determinar la eximente de responsabilidad argüido, como quiera que por ser el cambio del sistema de computadores un factor de alto riesgo, como lo ha reconocido la actora, no ha debido efectuar el desmonte de los equipos a ser reemplazados, hasta tanto estuviese debidamente probado y en funcionamiento el nuevo sistema a implantar, ya que no era suficiente asesorarse de una firma de reconocida idoneidad en el campo, sino se insiste, era elemental medida de precaución y diligencia que una vez instalados los nuevos equipos, los antiguos siguiesen funcionando en forma paralela, por un lapso prudente, para asegurar su debida operancia, a fin de evitar la parálisis de los sistemas de la entidad fiduciaria.

Por las anteriores consideraciones, la Sala procederá a confirmar el fallo apelado.

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

FALLA:

CONFÍRMASE LA SENTENCIA APELADA.

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

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente con permiso

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

DIRECCIÓN PARA NOTIFICACIONES/CONTRIBUYENTE-Obligaciones Formales/**INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO/SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Procedencia

Se considera que es procedente acceder a la suspensión provisional, dado que la reglamentación establecida en el parágrafo 3 del artículo 1 del Decreto 2511 de 1993, al exigir que la dirección informada por el contribuyente (en la declaración o en el formato oficial) se registre previamente en el "Registro Único Tributario", está introduciendo requisitos adicionales a los previstos en los artículos 563 y 612 del Estatuto Tributario, los cuales en parte alguna prevén un registro previo en el RUT. Lo anterior constituye una manifiesta infracción de los artículos 563 y 612 del Estatuto Tributario, motivo suficiente para decretar la suspensión provisional solicitada.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 7138. Actor: ISIDORO ARÉVALO BUITRAGO. AUTO.

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano ISIDORO ARÉVALO BUITRAGO, en su propio nombre, demanda la nulidad del parágrafo 3 del artículo 1 del Decreto 2511 de diciembre 14 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, y por el cual se fijan los lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributárias y para el pago de los impuestos, anticipos, retenciones en la fuente y se dictan otras disposiciones.

El parágrafo cuya declaratoria de nulidad se demanda, es del siguiente tenor:

"Artículo 1. Presentación y pago de las declaraciones tributarias en bancos y demás entidades autorizadas...

"Parágrafo 3. En todo caso la dirección informada por el Contribuyente deberá haber sido previamente suministrada y registrada en el Registro Único Tributario (RUT)".

El actor aduce como vulnerados por el acto cuya nulidad se demanda, los artículos 150 inciso primero, y 189 numeral 1 de la Constitución Naciopnal; 563, 580, 612 y 650-1 del Estatuto Tributario y 50 y 51 de la ley 49 de 1990.

Considera que la norma acusada introduce un procedimiento diferente al establecido en los artículos 563, 612 y 650-1 del Estatuto Tributario, para informar la dirección en materia tributaria, toda vez que las aludidas disposiciones prescriben que la dirección debe informarse únicamente en los formularios de la declaración tributaria, y los cambios de la misma deben informarse en los formatos especialmente diseñados para el efecto por la DIAN. Sin embargo, la norma demandada exige no solamente que el contribuyente suministre la dirección en la declaración tributaria o en el formulario oficial, sino que previamente a tal información, registre el mencionado dato en un sistema denominado "Registro Único Tributario "RUT", no contempaldo en las normas que reglamenta.

Agrega que el sistema de registro de dirección y sus cambios compete a la Administración Tributaria, quien deberá hacerlo dentro de los términos y procedimientos establecidos por sus reglamentos internos. Si el contribuyente informa su dirección o los cambios de la misma y la Administración no los anota oportunamente en el registro que lleva para tal fin, es su responsabilidad, y el contribuyente no puede responder por las deficiencias o negligencias de la Administración.

La norma acusada condiciona sin embargo la validez jurídica de la dirección a que en todos los casos, ésta se haya registrado en el RUT, previamente a la presentación de la declaración tributaria y al cambio de dirección.

La disposición demandada al imponer requisitos no previstos en las normas que reglamenta, viola también el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución por extralimitación de la potestad reglamentaria, y el inciso primero del artículo 150 de la Carta, porque la función de modificar las leyes compete exclusivamente al Congreso de la República.

En el mismo escrito de demanda el actor solicita la suspensión provisional del acto acusado, al considerar que existe manifiesta violación de los artículos 563, 612, 650-1 del Estatuto Tributario y los artículos 50 y 51 de la ley 49 de 1990, la cual puede establecerse a simple vista, comparando la norma de jerarquía superior con la reglamentaria; además viola el numeral 11 del artículo 189, por exceso en el ejercicio de la potestad

reglamentaria, y el inciso primero del artículo 150 de la Constitución Nacional, porque el ejercicio de la función legislativa compete solamente al Congreso de la República.

Adujo que a simple vista se establece que la norma acusada exige que la dirección se suministre y registre en el Registro Único Tributario, previamente a la presentación de las declaraciones tributarias y al cambio de dirección, mientras que las normas reglamentadas señalan que la dirección se debe informar en los formularios de las declaraciones tributarias, no en el "RUT" porque éste no es declaración tributaria, y los cambios se deben informar dentro de los tres meses siguientes a la ocurrencia de los mismos, en el formato especialmente diseñado para tal fin, no antes, como los dispone la norma acusada. Adicionalmente, el sistema denominado "RUT", por conveniente que sea, no ha sido legalmente establecido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por reunir los requisitos previstos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, la demanda será admitida.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, la Sala considera que es procedente acceder a la misma, dado que la reglamentación establecida en el parágrafo 3 del artículo 1 del Decreto 2511 de diciembre de 1993, al exigir que la dirección informada por el contribuyente (en la declaración o en el formato oficial) se registre previamente en el "Registro Único Tributario", está introduciendo requisitos adicionales a los previstos en los artículos 563 y 612 del Estatuto tributario, los cuales en parte alguna prevén un registro previo en el RUT.

Lo anterior a juicio de la Sala constituye una manifiesta infracción de los artículos 563 y 612 del Estatuto Tributario, motivo suficiente para decretar la suspensión provisional 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 Gobierno, y al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4o. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5o. Solicítense al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del Decreto No. 2511 de diciembre 14 de 1993. Término de cinco (5) días.

6o. DECRÉTASE la suspensión provisional del parágrafo 3 del artículo 1 del Decreto No. 2511 de diciembre 14 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

7o. Téngase al Doctor Isidoro Arévalo Buitrago, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.060.162 de Bogotá, como actor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

ERROR ARITMÉTICO-Requisitos/**ERROR DE TRANSCRIPCIÓN/ERROR ARITMÉTICO**-Elemento Objetivo

Si determinado valor resultante es erróneo, pero no por defectos de cálculo, sino porque alguna o algunas de las cifras que se pusieran en relación matemática para efectuar la respectiva operación, son incorrectas, no tiene ocurrencia el error aritmético; habría cuando más, yerros de transcripción de dichos elementos de cálculo; del mismo modo, si no obstante ser estos correctos y errado el cálculo, la operación no genera un menor impuesto ni un mayor saldo a favor tener interés en su corrección; por eso, bien dice el concepto DIN citado, que la disminución debe ser "real". En principio, la tesis de que, por la "objetividad" del error aritmético, la Administración deba atenerse a los datos y factores de la declaración tributaria, es inobjetable; sin embargo, si el declarante alega y prueba que uno o más de los factores del respectivo cálculo aritmético, son incorrectos, por transcripción, incorporación o transposición errónea, necesariamente la "objetividad" debe extenderse a los guarismos "correctos" que presente el contribuyente, prescindiendo naturalmente, de cualquier consideración relativa a la sustancia de tales guarismos, como su naturaleza y origen o procedencia, pues, lo que se haría con ellos, no sería mas que una verificación o comprobación rigurosamente aritmética.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 7044. Apelación sentencia de 21 de noviembre de 1994 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Impuesto sobre la renta del período impositivo de 1988. Actor: Alfonso Javier Mejía Olarte. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por la parte demandada, mediante apoderado, interpone el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales en relación con la sentencia de primer grado, de 21 de noviembre de 1994, estimatorio de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1988, promovido por ALFONSO JAVIER MEJÍA OLARTE contra la liquidación de corrección aritmética No. 274 de 28 de junio de 1991 y la resolución No. 221 de 23 de junio de 1992, expedidas por la unidad de liquidación y la División Jurídica de la Administración local de Impuestos Nacionales de Antioquia.

ANTECEDENTES

La liquidación impugnada, expresó corregir "error aritmético en la conformación del código RK, total ingresos, donde transcribió $ 9.058.350, y de acuerdo a los datos anotados en los Códigos anteriores, el valor correcto es $12.658.350", modificó el anticipo por 1989 y aplicó sanción por corrección; la actuación fue confirmada en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Admite haberse incurrido, por el declarante, en "equivocaciones" que, con todo, no eran constitutivas del error aducido por la Administración, pues se trataba, conforme a la prueba documental y contable anexa al escrito de reconsideración de que no se hubiera sumado, en el renglón 15 de la declaración del período ("total ingresos recibidos"), los valores anotados en los renglones 12 ("dividendos y participaciones") y 14 ("otros ingresos"), ni se restara, de dicho total, el valor de los "ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional", que lo serían las "participaciones" del renglón 12, y que se debían registrar en el renglón 16, que se hizo figurar en ceros; no obstante, el valor de la "renta líquida" puesto en el renglón 18 sería correcto y no se habrían alterado los demás *ítems*.

Afirma, en consecuencia, infringidos los artículos 48, 683, 697, 698, 701, 746 y 777 del Estatuto Tributario, por haberse gravado utilidades percibidas de sociedades de las que el contribuyente era socio, con desconocimiento de la presunción de veracidad en que se ampararía la declaración tributaria del ejercicio discutido, de espíritu de justicia que se imponía en la aplicación de la ley y de la prueba aducida en el proceso gubernativo; se habría ignorado, del mismo modo, que la liquidación privada se conformaba a los datos declarados, sin lugar a error aritmético, ni a que la Administración ejerciera la facultad de corrección.

LA SENTENCIA

Encuentra que, si bien el declarante erró la suma de los renglones 12 ("dividendos y participaciones", $9.058.350) y 14 ("otros ingresos, $3.600.000), también se equivocó al indicar cero, en el renglón 16 ("menos: ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional"), cuando debió poner aquí el señalado valor del renglón 12, "lo que, en definitiva, determinaría una renta líquida gravable de $3.600.000, igual a la establecida en la declaración (sic) privada, que luego, al compararla con la renta presuntiva, $4.234.900, concretaba la base gravable del impuesto...", debiendo, la Administración, haber corregido, "tanto los errores operacionales como los establecidos en las bases declaradas, mediante el proceso de liquidación en revisión y no asumir, en forma olímpica, que las bases estaban bien dadas y que el problema era solo de resultados..."; y que de conformidad en el artículo 697 del Estatuto Tributario y lo sentado por la jurisprudencia contencioso administrativa, sería presupuesto del error aritmético, el de que las bases gravables se hubieran declarado correctamente, lo que, en el caso, no habría ocurrido así, según lo demostrarían la declaración de renta por 1987 ("allí también declaró dividendos y participaciones en la línea 12 y luego el mismo concepto lo depuró del total de ingresos recibidos en el renglón 16") y dos "anexos" de las sociedades Texnal Ltda. e Inversiones Futura Ltda., en los que se precisan las participaciones asignadas al contribuyente por 1987, formarían "criterio positivo con respecto a las afirmaciones del demandante".

Además, dado que por el ejercicio en controversia la legislación tributaria habría suprimido anexos y comprobantes de la declaración, la Administración tendría que haber investigado, en un proceso de revisión con requerimiento especial, "el desface que se presentaba entre la renta líquida gravable detectada y la declarada"; sobre el particular, transcribe apartes de la sentencia de la Sala, de 13 de marzo de 1992, Consejera Ponente, Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Concluye, que el error en que incurrió el demandante, fue de transcripción, y que el impuesto que él mismo se liquidó, era el debido.

EL RECURSO

Sostiene que, en el caso, tuvo ocurrencia un "típico error aritmético", y no de transcripción, pues fue "el resultado de un ejercicio matemático en el cual los factores de cálculo, o no fueron puestos en la debida relación, no fueron puestos por su valor exacto", como lo habría puntualizado esta Corporación en las sentencias de 9 de agosto de 1991 y 6 de noviembre de 1992, respectivamente proferidas en los procesos No. 3278 y No. 4116, con ponencias de la señora Consejera Dra. Consuelo Sarria Olcos; reproduce, igualmente, como doctrina oficial, apartes del concepto DIN No. 00572 de 28 de febrero de 1992, según el cual, sería presupuesto básico del error aritmético, a términos del artículo 697 del Estatuto Tributario, "el que se haya originado una disminución real del valor que le corresponde pagar al contribuyente, o a un aumento de

su saldo a favor....", a lo que habría de agregar, que el correspondiente análisis tendría que hacerse, "atendiendo a la objetividad de los datos y cifras consignados en el formulario de declaración que se corrige...".

En el caso en consideración, la liquidación impugnada habría tomado dichos datos y cifras tal como se informaron por el contribuyente, "en virtud de la presunción de veracidad de que goza su (liquidación) privada, procediendo a corregir el error aritmético en que incurrió al realizar las operaciones", sin que fuera necesaria, de otro lado, la investigación en el proceso de revisión a que alude el Tribunal, ni se inhibiera la facultad de revisión oficiosa de la Administración, según se habría definido también en la sentencia de la Sala, de 15 de noviembre de 1991, proceso No. 3461, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.

LA SALA CONSIDERA

Examinados los presupuestos fácticos y jurídicos en que el *a-quo* basa su decisión, no se advierte que tales presupuestos difieran significativamente de los que, en su momento, motivaron las declaraciones hechas en los fallos de esta Corporación y el concepto de la Dirección de Impuestos Nacionales, invocados por el señor abogado de la parte demandada en su recurso.

La Sala ha dicho, repetidamente, en efecto, que el artículo 697 del Estatuto Tributario, que es el mismo artículo 40 del decreto 2503 de 1987 y que recoge los elementos esenciales del extinguido artículo 24 del decreto 3803 de 1982, se apoya en las hipótesis de "resultados" equivocados, de operaciones exclusivamente aritméticas realizadas a partir de factores o elementos componentes "correctos" y que se reflejan en un menor impuesto o un mayor valor saldo a favor del declarante. Esto significa, que si determinado valor resultante es erróneo, pero no por defectos de cálculo, sino porque alguna o algunas de las cifras que se pusieron en relación matemática para efectuar la respectiva operación, son incorrectas, no tiene ocurrencia el error aritmético; habría, cuando más, yerros de transcripción de dichos elementos de cálculo; del mismo modo, si no obstante ser estos correctos y errado el cálculo, la operación no genera un menor impuesto ni un mayor saldo a favor, hay error aritmético, pero es evidente que nadie podría tener interés en su corrección; por eso, bien dice el concepto DIN citado, que la disminución debe ser "real".

En principio, la tesis de que, por la "objetividad" del error aritmético, la Administración deba atenerse a los datos y factores de la declaración tributaria, es inobjetable; sin embargo, si el declarante alega y prueba que uno o mas de los factores del respectivo cálculo aritmético, son incorrectos, por transcripción, incorporación o transposición errónea, necesariamente la "objetividad" debe extenderse a los guarismos "correctos" que presente el contribuyente, prescindiendo, naturalmente, de cualquier consideración relativa a la sustancia de tales guarismos, como su naturaleza y origen o procedencia, pues, lo que se haría con ellos, no sería mas que una verificación o comprobación rigurosamente

aritmética. Tampoco es acertado el supuesto de que, por presunción de veracidad de la declaración, sus datos y factores resulten "inmodificables" por fuera de las correcciones autorizadas por la ley tributaria; si esto fuera cierto, en guarda del principio de imparcialidad, se tendría que admitir, asimismo, que los "resultados" que el declarante dice correctos en su declaración original o inicial, son inatacables.

En el caso, el actor demuestra, con prueba suficiente, que el dato referente a los ingresos no constitutivos de renta o ganancia ocasional, no era cero, como por error lo consignó en el renglón 16 de su declaración, sino una cifra representativa, igual a la registrada en el renglón 12, como "dividendos y participaciones", luego, no se dio el error aritmético, ni había margen para una sanción u otras modificaciones de la liquidación privada, debiendo confirmarse el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Confírmase la providencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, envíese 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

JULIO E. CORREA RESTREPO
Ausente con permiso

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

IMPUESTO AL TRANSPORTE DE PETRÓLEO POR OLEODUCTO/TARIFA AL TRANSPORTE POR OLEODUCTO

El sentido y campo de aplicación de la rebaja de tarifa al 2% consagrada en el Decreto 2140 de 1955, aunque allí haya hecho mención del producto de las concesiones, no se restringe solamente a ellas, por cuanto la naturaleza del impuesto, no tiene en cuenta para nada el origen contractual de la explotación, sino la utilización de los oleoductos en el transporte de productos y las únicas distinciones que ha hecho son las relativas a los crudos de terceros y al origen geográfico, recogiendo respecto a este último la distinción consagrada en nuestra legislación desde el año de 1931 que otorga preferencia y estímulo a la Región Oriental o de los Llanos, como indistintamente se le ha conocido", de manera pues, que habiéndose establecido que el petróleo transportado por el oleoducto es de propiedad de Lasmo Oil (Colombia) Limited y que proviene del Sector de Pía en donde se encuentra la explotación petrolera, luego se está de acuerdo con la decisión de acceder de liquidar el mencionado impuesto a la tasa del 2 porque se ciñe tanto a lo preceptuado por el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 como a los fallos que sobre el tema ha pronunciado la Corporación.

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

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 7087. Actor: LASMO OIL (COLOMBIA) LIMITED. Consulta sentencia de 11 de noviembre de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca. (Impuesto transporte crudo por oleoducto, período enero a marzo de 1990). FALLO.

Decide la Sala en grado de consulta la sentencia de noviembre 11 de 1994 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por la sociedad LASMO OIL (COLOMBIA) LIMITED en relación con la liquidación del impuesto de transporte de crudo por oleoducto (período: enero a marzo de 1990) y la devolución de lo pagado en exceso por este concepto.

ANTECEDENTES

Mediante oficio 007582 de mayo 7 de 1990 la División de Fiscalización de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía liquidó el impuesto de transporte de crudo por el Oleoducto Central de los Llanos (tramo Araguaney-Vasconia) del primer trimestre de 1990 a la tarifa del 4% del volumen transportado del crudo de propiedad de Lasmo Oil Ltda., es decir que sobre un total de 91.955 barriles netos a US$ 2.7125/Bl se estableció el valor del transporte en dólares de US$ 249.536.64, el cual liquidado al 4% resultó el monto del impuesto en dólares de US$ 9.981.46 a cargo de la mencionada compañía. (fl. 32).

Interpuesto el recurso de apelación contra el mencionado oficio el Ministerio de Minas y Energía por medio de la Resolución 04886 de diciembre 5 de 1990, después de referirse a los aspectos planteados por la recurrente (violación del artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 por derogatoria del artículo 52 del Código de Petróleos y del Decreto 444 de 1967 en lo referente a la liquidación del impuesto en dólares), consideró que el oficio 07582 al tenor del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo era un "acto de ejecución" y por ello rechazó por improcedente el recurso interpuesto, quedando Así agotada la vía gubernativa, pues la providencia señaló que contra ésta no procedía recurso alguno. (fls. 44/48).

En la demanda ante el Tribunal la sociedad extranjera con sucursal establecida en Colombia básicamente solicita se declare la nulidad del oficio y de la Resolución del Ministerio de Minas y Energía antes mencionados y como consecuencia de esta decisión se exprese que la sociedad demandante no tiene la obligación de pagar el impuesto de transporte por oleoductos; subsidiariamente, que la autoridad demandada no tiene facultades para liquidar el referido impuesto en dólares y que si lo hace, en todo caso la liquidación del impuesto de transporte por oleoductos debe hacerse en pesos colombianos al tipo de cambio vigente al cierre del trimestre al cual corresponda el impuesto.

Así mismo, en forma subsidiaria pide se declare que el impuesto de transporte por oleoductos aplicable a Lasmo Oil (Colombia) Limited debe liquidarse a la tarifa del 2% y además se ordene la devolución de las sumas liquidadas en exceso.

Surtido el trámite de rigor el Tribunal mediante sentencia de mérito accedió a las pretensiones de la demandante liquidando el impuesto de transporte por oleoducto a la

tarifa del 2% de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955, pero omitió ordenar la devolución de lo pagado en exceso más intereses, lo cual efectuó posteriormente por medio de sentencia complementaria (fls. 257/259 y 284/285).

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que procede el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal en este proceso al tenor del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, una vez dilucidados los aspectos procedimentales relacionados con la naturaleza jurídica del oficio 07582 de mayo 7 de 1990, la expedición de los actos demandados por parte de funcionario competente y la presunta falta de motivación de los mismos, etc. El a-quo con base en la sentencia de 18 de abril de 1994 (expediente No. 8384, actor: Compañía Shell de Colombia Inc.) la cual se apoya en la de 23 de abril de 1993 (expediente 3023, actor: Occidental de Colombia Inc. Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate) accedió a la súplica subsidiaria formulada por la sociedad actora en el sentido de que el impuesto por transporte de crudo por el Oleoducto Central de los Llanos (tramo Araguaney-Vasconia) se liquide a la tarifa del 2%.

Precisa la sentencia de 23 de abril de 1993 en sus páginas 15 y 16 lo siguiente:

> "Para la Sala el sentido y campo de aplicación de la rebaja de la tarifa al 2% consagrada en el Decreto 2140 de 1955, aunque allí haya hecho mención del producto de las concesiones, no se restringe solamente a ellas, por cuanto la naturaleza del impuesto, como ya se analizó no tiene en cuenta para nada el origen contractual de la explotación, sino la utilización de los oleoductos en el transporte de productos y las únicas distinciones que ha hecho son las relativas a los crudos de terceros y al origen geográfico, recogiendo respecto a este último la distinción consagrada en nuestra legislación desde el año de 1931 que otorga preferencia y estímulo a la Región Oriental o de los Llanos, como indistintamente se le ha conocido."
>
> "En el campo específico de este gravamen, y teniendo en cuenta sus elementos constitutivos, no encuentra la Sala razón para diferenciar el transporte de los productos provenientes de asociaciones o de concesiones, o cualquier otra forma jurídica adoptada para la explotación, diferencia que sí se encuentra en otros campos (como el de las regalías y participaciones). Como tampoco la encontró el Legislador en el año de 1961 cuando adoptó como norma de carácter permanente la citada rebaja establecida inicialmente por el Decreto Legislativo 2140 de 1955, bajo la sola consideración de que era una norma "conveniente" a la nueva política petrolera del país, dentro de la cual se conservaba la de dar estímulo a las explotaciones de la Región de los Llanos Orientales, o sea teniendo en cuenta el origen territorial del petróleo y no la forma jurídica de su obtención."

De manera pues, que habiéndose establecido que el petróleo transportado por el oleoducto es de propiedad de Lasmo Oil (Colombia) Limited y que proviene del Sector

de Upia en donde se encuentra la explotación petrolera (departamentos de Casanare y del Meta) según lo indica la escritura pública No. 854 otorgada en la Notaría 40 de Bogotá, la Sala está de acuerdo con la decisión del Tribunal de acceder a la súplica de liquidar el mencionado impuesto a la tasa del 2% porque se ciñe tanto a lo presupuestado por el artículo 17 del Decreto 2140 de 1955 como a los fallos que sobre el tema ha pronunciado esta Corporación.

Por lo demás, revisada la liquidación efectuada por el Tribunal en cuanto a los factores cuantitativos matemáticamente los encuentra correctos.

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:

APRUÉBASE la sentencia de 11 de noviembre de 1994 proferida en el juicio No. 8461 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por la sociedad LASMO OIL (COLOMBIA) LIMITED en relación con la liquidación del impuesto de transporte de crudo por oleoducto (meses de enero a marzo de 1990).

Asi mismo, **APRUÉBASE** la sentencia complementaria de fecha 27 de enero de 1995 mediante la cual el Tribunal ordenó devolver lo pagado en exceso, más los intereses a que haya lugar de acuerdo con la ley.

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

DELIO GÓMEZ LEYVA

BERNARDO ORTÍZ AMAYA
Conjuez

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

PROCESO DE COBRO COACTIVO/JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Actuación/**EXCEPCIONES CONTRA MANDAMIENTO DE PAGO**

La intervención del Contencioso Administrativo, respecto de los actos administrativos proferidos por la Administración Tributaria, dentro del Proceso Administrativo Coactivo, se contrae a "las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución" de esta manera, su competencia se circunscribe a determinar la legalidad de la decisión administrativa concerniente a las excepciones propuestas dentro del Proceso Administrativo Coactivo, constituyen el marco de la demanda contenciosa, por lo que si en tal oportunidad no se propuso la excepción, mal puede determinar la legalidad de una actuación respecto de la cual no hubo pronunciamiento alguno por parte de la autoridad administrativa.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS/PAGO DEL IMPUESTO/OBLIGACIONES-Indivisibilidad

La sociedad es, en principio, la única deudora de los impuestos liquidados a su cargo, respondiendo con la totalidad de su patrimonio, pero a la regla de la indivisibilidad de las obligaciones se contrapone le excepción de la responsabilidad solidaria de los socios, plasmada en nuestra Legislación en el literal b) artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 y art. 26 de la Ley 75 de 1986 disposiciones vigentes y codificadas en los arts. 793 y 798 del Estatuto Tributario. Sobre el particular se ha dicho: "...En materia de impuestos sobre la renta el art. 104 del Decreto 1651 de 1961 plasmó algunos casos de "responsabilidad solidaria" entre ellos la de los socios respecto de las obligaciones fiscales de las sociedades de hecho. Más adelante la Ley 52 de

1977 estableció la diferencia entre responsables directos e indirectos y consagró en el literal b) del art. 3o. la de "los socios de sociedades disueltas hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación oficial. Quedó Así consagrada la excepción a la regla de la responsabilidad individual, solo para las sociedades disueltas, limitadas hasta el valor recibido por cada socio, en la liquidación del haber social, buscando evitar que por medio de la extinción de la sociedad se burlen las obligaciones a favor del Estado.

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD/CUENTA FINAL DE LIQUIDACIÓN-Ineficacia

La disolución y liquidación de sociedades no es fundamento para considerar que los socios quedan exonerados de responsabilidad por el pago de los impuestos a cargo de la sociedad; sin embargo tal responsabilidad tratándose de los años gravables anteriores de 1986, como es el del *sub-lite* (1979), está limitada hasta el valor recibido por cada socio en la correspondiente liquidación de la sociedad, comoquiera que el legislador tributario no hizo distinción alguna. No obstante lo anterior no es procedente acceder a la excepción propuesta (falta de título ejecutivo), toda vez que no aparece demostrado que el demandante no hubiese recibido ningún valor en la liquidación de la sociedad, puesto que si bien se allegó fotocopia autenticada por la Cámara de Comercio, en cuanto los bienes recibidos por los asociados, al igual que la protocolización de la misma, junto con el inventario de los bienes sociales, que sirvieron de base para la liquidación pues, se entiende que si estas exigencias legales no se cumplen, el liquidador puede, de manera simple, expresar en la cuenta final de liquidación, como activos a repartir cero, sin dar razón alguna sobre la ausencia de bienes como remanente a repartir entre los asociados.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5864. Actor: Cristian Alberto Mejía Trujillo. Impuestos – Renta (Jurisdicción Coactiva). FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante: CRISTIAN ALBERTO MEJÍA TRUJILLO, contra la sentencia de julio 19 de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas se declaró inhibido para conocer una de las súplicas de la demanda y desestimó las restantes, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el citado contribuyente para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales declaró no probada la excepción impetrada contra el mandamiento de pago dictado en su contra con relación al impuesto de renta oficialmente

liquidado a cargo de la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C., por el año gravable de 1979.

ANTECEDENTES

Mediante mandamiento de pago de fecha febrero 4 de 1991, la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos de Manizales, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor de la Nación y en contra de la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. En C. Nit: 890.801.144-1 y/o Hernán Mejía Trujillo y/o CRISTIAN ALBERTO MEJÍA TRUJILLO y/o Soffy Trujillo de Mejía, por la suma de $3.536.287, más los intereses de mora causados desde que se hizo exigible la obligación, correspondiente al impuesto de renta oficialmente liquidado a la precitada sociedad, según liquidación de revisión No. 00496 de julio 29 de 1982, resoluciones Nos. 0180 de diciembre 23 de 1983 y 00733 de agosto 33 de 1984, y sentencia definitiva del Consejo de Estado de julio 28 de 1989.

Dentro de la oportunidad legal y fundamentado en los artículos 830 y 831 del Estatuto Tributario, el socio Cristian Alberto Mejía Trujillo, presentó memorial de excepciones ante la mencionada División de Cobranzas de la Administración de Impuestos de Manizales, argumentando que la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. En C. se había liquidado definitivamente desde el 11 de diciembre de 1987 y que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 247 y siguientes del Código de Comercio, tal sociedad había desaparecido jurídicamente ante terceros para todos los efectos. Así mismo, que los artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario que en materia de impuestos regulan la responsabilidad solidaria, no catalogaba a los socios gestores como responsables solidarios en el pago de los impuestos la endilgaba de oficio la Administración.

Mediante la resolución No. 001 de mayo 16 de 1991, la precitada oficina, declaró no probadas las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago y en consecuencia ordenó seguir adelante la ejecución de acuerdo al trámite del proceso administrativo coactivo. Fundamentada en el hecho de que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios gestores existía desde hace mucho tiempo, por establecerla el Código de Comercio para garantizar a los terceros que sus derechos no se harán nugatorios, ya que "el patrimonio individual del socio gestor constituye una garantía o prenda general para los terceros" y "si la sociedad incumple a un tercero éste podrá cobrar su acreencia al socio gestor".

De igual modo, se puso de manifiesto que las excepciones contra el mandamiento de pago, eran taxativas, no encontrándose entre ellas, la propuesta por el excepcionante.

Contra la anterior resolución el ejecutado interpuso recurso de apelación, el cual a través de la Resolución No. 0005 de agosto 15 de 1991, originaria del Administrador de Impuestos de Manizales, confirmó la resolución recurrida, al considerar que la liquidación de una sociedad no implicaba per se, la irresponsabilidad total frente a los acreedores, y menos tratándose de deudas con el Estado. Resaltó que le socio en referencia, además,

ostentaba el cargo de liquidador principal de la sociedad quien de conformidad con las normas del Código de Comercio era responsable ante los asociados y ante terceros.

LA DEMANDA:

Pretende la nulidad del mandamiento de pago y de las resoluciones que declararon no probadas las excepciones propuestas, y como consecuencia de ello, declarar probadas las excepciones de falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria del título que vincule a Cristian Alberto Mejía Trujillo como deudor solidario por la obligación tributaria que por el año gravable de 1979, tiene la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C.

Invocó el demandante la violación de las siguientes disposiciones: Artículos 793, 794, 828, 829 y 831 del Estatuto Tributario.

Como punto central de la controversia reafirmó el libelista, la falta de responsabilidad de su poderdante, respecto a la deuda de la sociedad, ya que para el momento del cobro se hallaba disuelta y liquidada definitivamente, esto es, desde el 11 de diciembre de 1987, puesto que conforme a la norma inicialmente citada, los socios de las sociedades disueltas solo responden hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación oficial, máxime de que para el año gravable de 1979, su poderdante no era dentro de la sociedad socio gestor sino ni comanditario, pues la calidad de gestor solo la adquirió en diciembre de 1981.

Por otra parte y con fundamento en sentencia de junio 21 de 1991, expediente 3132 y 3142, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, puso de manifiesto la falta de ejecutoria del título ejecutivo originada en la ausencia de acto administrativo que declare la responsabilidad solidaria en el pago de los impuestos con relación al socio gestor.

LA PARTE OPOSITORA:

La entidad demandada a través de su representante judicial contestó la demanda para oponerse a las pretensiones del demandante y solicitar la confirmación de los actos administrativos acusados.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 323 del Código de Comercio observó la apoderada judicial de la Nación, que los socios gestores de las sociedades comanditarias asumen por las operaciones sociales una responsabilidad ilimitada y solidaria, no de carácter subsidiaria sino directa, lo cual no cesa por el hecho de la liquidación.

Así mismo observó que la afirmación del demandante en el sentido de que la calidad del socio gestor de Cristian Alberto Mejía Trujillo la adquirió solo en diciembre de 1981, era equivocada, porque mediante Escritura Pública No. 475 de abril 10 de 1979, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales, el Sr. Hernán Mejía Arango en su carácter de socio gestor y representante legal de la sociedad Hernán Mejía Arango y Cía. S. en C. (después Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C.) protocolizó la reforma tributaria en la cual, entre otros aspectos, precisó que "... tendrán el carácter de socios gestores los señores

HERNÁN MEJÍA TRUJILLO, CRISTIAN ALBERTO MEJÍA TRUJILLO Y SOFFY TRUJILLO DE MEJÍA".

Por otra parte, y para rebatir el argumento expuesto acerca de la falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria del mismo, advirtió, que el procedimiento administrativo coactivo difiere del procedimiento de jurisdicción coactiva que existía anteriormente, de tal manera que el acto considerado por el demandante como "un simple informe secretarial" en realidad era el auto que extendió responsabilidad para el pago de los impuestos a los socios gestores, cuantifica la obligación y ordena librar el correspondiente mandamiento de pago, el cual se produjo en la misma fecha y en su parte resolutiva ordena: a) librar orden de pago, b) citar al deudor en la forma ordenada en el artículo 826 del Estatuto Tributario, c) notificar personalmente el mandamiento, y e) conceder un término de 15 días para proponer excepciones contra el mandamiento de pago.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia de fecha julio 19 de 1994, por una parte, se declaró inhibido para proferir pronunciamiento de mérito con respecto a la falta de ejecutoria del mandamiento de pago, por falta de agotamiento de la vía gubernativa, y en lo referente a las restantes súplica de la demanda, emitió pronunciamiento desestimatorio de las mismas, previas las siguientes consideraciones:

En lo que concierne a la calidad de socio gestor del demandante de la sociedad Hernán Mejía Arango y Cía. S. en C., la que posteriormente se transformó y denominó Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. En C., el *a-quo,* luego de un recuento de las variaciones que tuvo la sociedad Hernán Mejía Arango y Cía. S. en C., concluyó que para el año gravable de 1979, el Sr. Cristian Alberto Mejía Trujillo ostentaba la calidad de "socio gestor" de la sociedad, y que en consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 341 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 323 *ibídem,* le era aplicable las normas de la sociedad colectiva, como la "responsabilidad solidaria e ilimitada".

Puso de manifiesto que en esta materia, no le eran aplicables las disposiciones del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), concretamente los artículos 793 y 794, aunque el mandamiento de pago se hubiese expedido en vigencia de este, por cuanto la responsabilidad a que se refieren dichas disposiciones es con respecto a impuestos correspondientes a los años gravables de 1987 y siguientes, mientras que los impuestos adeudados correspondían al año gravable de 1979.

No obstante, estimó que por el origen del tributo y la calidad de socio gestor que tenía el demandante para el año gravable de 1989, comprometía no sólo a la sociedad sino a su persona, frente a la Administración de Impuestos Nacionales, sin que la liquidación de la sociedad "INVERSIONES MEJÍA TRUJILLO Y CÍA. S. EN C.." en nada variaría su obligación frente a tal entidad, puesto que, como lo advertía la parte demandada, bastaría con liquidar sociedades para burlar las obligaciones fiscales.

LA APELACIÓN:

El apoderado judicial del demandante al apelar reafirma el argumento expuesto en el libelo demandatorio en el sentido de que el título ejecutivo no reúne los requisitos para su exigibilidad por la vía coactiva, por cuanto el impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1979, objeto de la acción de cobro, no es exigible por la falta absoluta del título ejecutivo, toda vez que el informe secretarial no constituye ninguna clase de título ejecutivo, al tenor del artículo 828 del Estatuto Tributario.

Señaló que el fallo inhibitorio del Tribunal sobre este punto, contraría los cambios del Código Contencioso Administrativo, por cuanto se está negando de plano "la acción de restablecimiento del derecho" al permitir la extensión de la responsabilidad solidaria con respecto a la deuda que por concepto de impuestos recae en cabeza de la sociedad Hernán Mejía Arango S. wn C. hoy Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C. mas no en cabeza de su socio gestor.

En su concepto si bien el socio gestor en razón a su vínculo adquiere una responsabilidad solidaria e ilimitada en las operaciones sociales, también lo es que la Administración Tributaria con base en un "simple informe secretarial" le extendió la responsabilidad solidaria sin tener en cuenta que tal informe, no tiene carácter de "título ejecutivo", de ahí que cuando la Administración de Impuestos de Manizales le notificó a su representado el oficio No. 3-2-012 de marzo de 1991, contentivo del mal llamado "mandamiento de pago" se excepcionó por ser improcedente y abiertamente ilegal, por ausencia total de su ejecutoria.

Concluyó que conforme a la Ley 75 de 1986, que extendió la responsabilidad solidaria en materia de impuestos a los socios, copartícipes, asociados, cooperados, accionistas y comuneros, tal situación debe estar respaldada en documento que preste mérito ejecutivo, esto es, en mandamiento de pago que reúna las características necesarias para considerarlo como tal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La apoderada judicial de la parte demandada, al descorrer el traslado para alegar de conclusión, solicitó confirmar la sentencia apelada; por una parte, anotó que la falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria, no fueron propuestas en la vía gubernativa, tal como se comprueba del escrito de excepciones y del recurso de apelación contra la resolución que declaró no probada la excepción impetrada, que se circunscribió exclusivamente a enervar la responsabilidad solidaria que le cabía al socio gestor como quiera que la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C. ya había sido liquidada y por tanto había desaparecido jurídicamente ante terceros para todos los efectos. Por tanto, frente a tales excepciones solicitó confirmar el fallo inhibitorio del Tribunal.

De todas maneras, manifestó que se opone al argumento sobre la inexistencia del título ejecutivo y la supuesta falta de exigibilidad, porque el procedimiento administrativo de cobro coactivo tuvo su origen en una liquidación oficial de revisión que fue objeto de los recursos legales, así como de la acción de revisión de impuestos por parte del Tribunal

Contencioso y del Consejo de Estado, cuyas sentencias ejecutoriadas de conformidad con el numeral 5o. del artículo 828 del Estatuto Tributario, prestan mérito ejecutivo, actuaciones que se relacionan en el mandamiento de pago.

Expresó, por último, que su representada coparte plenamente la conclusión adoptada por el Tribunal sobre la responsabilidad solidaria del socio gestor de una sociedad en comandita, calidad derivada de las reformas estatutarias efectuadas mediante las Escrituras Públicas 475 y 1586 de 1979, que disponían, la incorporación de Cristian Alberto Mejía Trujillo como socio gestor suplente y la venta de acciones del entonces gerente representante legal Hernán Mejía Arango, circunstancia que motivaron que ante la ausencia absoluta del entonces socio gestor, entrara a ejercer sus funciones como socio gestor el para entonces suplente, Cristian Alberto Mejía Trujillo.

El apoderado judicial del demandante y el Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso ante la Corporación, no presentaron alegatos de conclusión en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aclara la Sala al apelante-apoderado judicial del demandante que la intervención del Contencioso Administrativo, respecto de los actos administrativos proferidos por la Administración Tributaria, dentro del Proceso Administrativo Coactivo, se contrae a "las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución" de esta manera, su competencia se circunscribe a determinar la legalidad de la decisión administrativa concerniente a las excepciones propuestas por el ejecutado dentro del Proceso Administrativo Coactivo, constituyen el marco de la demanda contenciosa, por lo que si en tal oportunidad no se propuso la excepción, mal puede la jurisdicción determinar la legalidad de una actuación respecto de la cual no hubo pronunciamiento alguno por parte de la autoridad administrativa.

Con este punto de vista la Sala observa, que respecto a la excepción de la falta de ejecutoriedad del título ejecutivo formulada en la demanda contenciosa no en conveniente emitir pronunciamiento de fondo, tal y como lo decidió el Tribunal, pues efectivamente tal excepción no fue alegada dentro de la oportunidad legal, esto es, dentro del proceso administrativo coactivo, y concretamente en el memorial de excepciones. Con relación a la falta de título ejecutivo, aunque el excepcionante tampoco hizo referencia expresa a la misma, en sentir de la Sala, la alegada falta de responsabilidad de los socios con relación a los impuestos de la sociedad, podía tipificarse en un momento dado, dentro de ésta, de ahí que sobre esa base se determinará la procedencia de la misma.

Aclarado lo anterior, la Sala procede a examinar si la excepción propuesta consistente en la falta de título ejecutivo, derivada de la alegada inexistencia de responsabilidad de los socios (gestores) en los impuestos adeudados por la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C., (en comandita) por el año gravable de 1979, enerva el mandamiento de pago dictado por la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos de Manizales con fecha febrero 4 de 1991, a favor de la Nación y a cargo de

INVERSIONES MEJÍA TRUJILLO Y CÍA. S. EN C. y/o HERNÁN MEJÍA TRUJILLO, y/o CRISTIAN ALBERTO MEJÍA TRUJILLO, y/o SOFFY TRUJILLO DE MEJÍA.

El tema de la responsabilidad solidaria que en materia fiscal tienen los socios, respecto a las deudas originadas en impuestos a cargo de la sociedad ya había sido objeto de pronunciamiento anterior por parte de ésta Sección, en donde se ha precisado, que la sociedad es, en principio, la única deudora de los impuestos liquidados a su cargo, respondiendo con la totalidad de su patrimonio, pero a la regla de la indivisibilidad de las obligaciones se contrapone la excepción de la responsabilidad solidaria de los socios, plasmada en nuestra legislación en el literal b) artículo 3o. de la Ley 52 de 1977 y artículo 26 de la Ley 75 de 1986, disposiciones vigentes y codificadas en los artículos 793 y 798 del Estatuto Tributario. En efecto, en sentencia de julio 15 de 1991, expediente 3135, Magistrada Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, en uno de sus apartes pertinentes, se expresó lo siguiente:

> "La sociedad es, en principio la única deudora de los impuestos liquidados a su cargo, respondiendo por sus obligaciones fiscales, con la totalidad de su patrimonio.
>
> "Pero a la regla general de la indivisibilidad de las obligaciones, se contrapone la excepción de la responsabilidad solidaria, la cual debe estar expresamente consagrada en la ley. Y en materia de impuestos sobre la renta el artículo 104 del Decreto 1651 de 1961 plasmó algunos casos de "responsabilidad solidaria" entre ellos la de los socios respecto de las obligaciones fiscales de las sociedades de hecho. Más adelante la Ley 52 de 1977 estableció la diferencia entre responsables directos e indirectos y consagró en el literal b) del artículo 3o. la de "los socios de sociedades disueltas hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación oficial.
>
> "Quedó así consagrada la excepción a la regla de la responsabilidad individual, solo para las sociedades disueltas, limitadas hasta el valor recibido por cada socio, en la liquidación de haber social, buscando evitar que por medio de la extinción de la sociedad se burlen las obligaciones a favor del estado. A partir de la Ley 76 (sic) de 1986, se estableció para los socios la solidaridad con las obligaciones de la sociedad correspondientes a los años gravables de 1987 y siguientes, como una contraprestación al desmonte de la doble tributación y a prorrata de los aportes y acciones en la misma.
>
> "Este es el sistema que rige actualmente en nuestra legislación".

De acuerdo con estos parámetros, es claro que la disolución y liquidación de sociedades no es fundamento para considerar que los socios quedan exonerados de responsabilidad por el pago de los impuestos a cargo de la sociedad; sin embargo, tal responsabilidad tratándose de los años gravables anteriores de 1986, como es el del *sub-lite* (1979), está limitada hasta el valor recibido por cada socio en la correspondiente liquidación de la sociedad, independientemente de la clase de sociedad, comoquiera que el legislador tributario no hizo distinción alguna, en el literal b) del artículo 3o. de la Ley 52 de 1977.

No obstante lo anterior, en el *sub-lite* no es procedente acceder a la excepción propuesta (falta de título ejecutivo), toda vez que no aparece demostrado que el demandante no hubiese recibido ningún valor en la liquidación de la sociedad Inversiones Mejía Trujillo y Cía. S. en C., puesto que si bien se allegó fotocopia autenticada por la Cámara de Comercio de Manizales, sobre el Acta de junta de Socios Nro. 11 de diciembre 18 de 1987 (fl. 49 c.p.) contentiva de la cuenta final de liquidación, ésta no cumple con los requisitos señalados en el artículo 247 del Código de Comercio, en cuanto los bienes recibidos por los asociados, al igual que la protocolización de la misma, junto con el inventario de los bienes sociales, que sirvieron de base para la liquidación, pues, entiende la Sala que si estas exigencias legales no se cumplen, el liquidador puede, de manera simple, expresar en la cuenta final de liquidación, como activos a repartir cero, sin dar razón alguna sobre la ausencia de bienes como remanente a repartir entre los asociados.

Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, la Sala considera que no es procedente acceder a lo pretendido por el apelante, como quiera que la liquidación de la sociedad per se no constituye una forma de extinción de las obligaciones fiscales, y si bien la solidaridad de los socios en el pago de los impuestos para la época de los hechos tenía la restricción que señala la Ley 52 de 1977 (artículo 3° literal b), tal supuesto fáctico no aparece demostrado en debida forma en el proceso.

Por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia del Tribunal.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO
Ausente

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL/ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD/DECRETO CON FUERZA DE LEY/RÉGIMEN DEL DISTRITO CAPITAL

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 256 numeral 6o. de la Constitución Política, en providencia del 13 de octubre de 1994, Radicación 2902-A, con ponencia del doctor Rómulo González Trujillo dirimió el conflicto sobre quién era competente para conocer sobre la constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, por el cual se dictó el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, precisando que la competencia para avocar el conocimiento de tales procesos radica en esta Corporación. En efecto en uno de sus apartes dijo: "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.

DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ-Régimen aplicable/**FACULTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO**-Restricción/**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO**

Prevé el artículo 322 de la Constitución Política 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 el

artículo 322 de la C.P. 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 Nacional por una sola vez. Dichas facultades legislativas condicionales otorgadas directamente por la Asamblea Constituyente al Gobierno Nacional son diferentes de las facultades extraordinarias que en materia legislativa puede otorgar el Congreso al Gobierno de conformidad con lo previsto por el art. 150 numeral 10 de la Carta, las cuales se encuentran restringidas en razón de la materia del tiempo, de la iniciativa, etc. El Congreso al dictar las leyes respectivas estaba en la obligación de observar las normas constitucionales generales que señalan límites, condiciones y requisitos para actividad legislativa, todo lo cual también debía ser observado por el Gobierno, al presentarse la situación prevista en art. 41 transitorio de la Constitución de 1991. Podía en consecuencia el legislador dictar normas de carácter legislativo en materia, fiscal, atendiendo al mandato Constitucional sobre su vigencia (Art. 338 inciso 3o.) como los principios de equidad, eficiencia y progresividad que para el sistema tributario prevee el art. 363 *ibídem.*

ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL-Naturaleza/DECRETO CON FUERZA DE LEY/FACULTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO/RÉGIMEN FISCAL DEL DISTRITO CAPITAL

El decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno en ejercicio de la atribución conferida por la misma Constitución Nacional, es una norma legislativa, esto es, con fuerza de ley, que por lo mismo, podía contener disposiciones especiales, distintas a las vigentes para otros municipios, entre ellas las normas fiscales y entre éstas, las tributarias sobre el gravamen de industria y comercio, ya creado por normas anteriores. Podía entonces el Gobierno en su carácter de legislador regular los elementos de la obligación tributaria: hecho generador, base gravable, sujeto pasivo, período y tarifas, de los gravámenes creados a favor de Bogotá, comprendidos dentro del régimen fiscal especial, propio de un estatuto de carácter particular, respecto de un impuesto ya creado, razón por la cual la afirmación hecha por la actora, en el sentido de que la reserva de ley para decretar impuesto y la prohibición de conferir facultades extraordinarias para este tema, sin existir excepción al respecto, hacen que el acto impugnado resulte violatorio de la Constitución Nacional, no resulta válido toda vez que en virtud de la habilitación de competencia hecha por la Constitución Nacional, sí estaba facultado el Gobierno para dictar las normas con fuerza de ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Carta Política, sobre Régimen Especial para el Distrito Capital.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY/IGUALDAD MATERIAL/IGUALDAD FORMAL/PERSONA- Deberes

Respecto al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional ha dicho la Corte Constitucional en sentencia del 25 de junio de 1992: "... 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. 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 en este caso, la subordinación, para regular en forma diferente un tributo, no viola el principio de igualdad sino lo reafirma. 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. Los criterios anteriores llevan a la conclusión de que no se desconoció el principio de igualdad invocado por la actora, sino que por el contrario, el Gobierno nacional, haciendo uso de unas facultades especialísimas y dentro de los límites previstos en la Constitución Nacional dio aplicación a lo dispuesto en la misma Carta Fundamental, en su artículo 95 ordinal 9o., según el cual es deber de las personas contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

ACTIVIDAD DE SERVICIO/ENTIDAD PÚBLICA/ÁNIMO DE LUCRO EN INDUSTRIA Y COMERCIO/SERVICIO PÚBLICO NOTARIAL/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN SANTA FE DE BOGOTÁ

El impuesto de industria y comercio según lo dispuesto por los artículos 32 y 39 de la Ley 14 de 1983, está previsto para la actividad de servicios y aunque estos sean prestados por entidades públicas como las empresas estatales, o por sociedades de economía mixta, ni se prevé exoneración alguna aunque todas ellas deben asumir costos y gastos y generalmente no pueden imponer tarifas o precios distintos a los regulados por disposiciones legales. La Sala ya ha tenido oportunidad de referirse al gravamen a los servicios públicos y a las actividades sin ánimo de lucro y dijo: "... es evidente que la Ley 14

de 1983, que reguló integralmente el gravamen, no contempla en su artículo 39 la prohibición de gravar con el citado impuesto a las sociedades que presten servicios públicos, por el hecho de ser predominantemente público su capital y también porque la ausencia de ánimo de lucro resulta irrelevante para efectos del impuesto...". Adicionalmente se precisa que el numeral 4o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993 no previó medidas que por ser específicas, resultan discriminatorias contra determinados grupos de personas como los notarios o quienes prestan servicios en el campo educativo, frente a otras que también desarrollan actividades de servicio en la capital, sino que de una manera teórica define qué se entiende por actividad de servicios y para mantener la equidad consagró tarifas diferenciales que van del 2 por mil, precisamente para no igualar frente a la cargas públicas actividades desiguales.

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

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 5667. Acción de nulidad contra el numeral 4o. del artículo 4o. del Decreto 1421 de julio 21 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: Lucy Cruz de Quiñones. FALLO.

Decide la Sala sobre la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad presentó en su propio nombre la doctora LUCY CRUZ DE QUIÑONES contra el numeral 4o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO DEMANDADO

Es el numeral 4o. del artículo 154 del Decreto 1421 de julio 21 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, el cual 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 actora citó como vulnerados los artículos, 41 transitorio de la Constitución Nacional, 13, 150, 338 y 363 en concordancia con el 95-9 de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación lo precisa, en síntesis, así:

1. El Gobierno excedió la competencia material atribuida por el artículo 41 transitorio, el cual resulta vulnerado, así como los artículos 338 y 150, por arrogarse facultades propias del legislador.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 150-10 y 338 de la Constitución, la materia tributaria está excluida del ámbito material del decreto ley, esto significa que, a través de decretos con fuerza de ley no puede regularse el hecho imponible, el sujeto pasivo, ni la base gravable, pudiéndose si, determinar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones tributarias, ya que en relación con tal aspecto no existe la reserva formal de ley que tiene el establecimiento de los tributos.

Dentro de las atribuciones dadas por el artículo 41 transitorio de la Constitución, no se autorizó al ejecutivo para suplantar al Congreso, porque no se le revistió expresamente de la función legislativa de "decretar impuestos". El principio de reserva de ley para decretar impuestos y la prohibición de conferir facultades extraordinarias para ese tema, no tuvo una excepción expresa en el artículo 41 transitorio, que delegó las mismas facultades de que tratan los artículos 322, 323 y 324 de la Constitución, ninguno de los cuales se refiere a decretar impuestos especiales para la Capital.

Con el pretexto de organizar la Capital de la República, el Gobierno decretó impuestos sin estar autorizado, gravando las actividades de servicio que en el pasado no estaban sujetas al antiguo impuesto de patentes (ley 97 de 1913), ni actualmente al de industria y comercio (ley 14 de 1983).

2. Violación del principio constitucional de igualdad frente a la ley y de equidad tributaria. Naturaleza de la función pública notarial.

Con fundamento en la sentencia C-478 expedida por la Corte Constitucional el 6 de agosto de 1992, en relación con el derecho a la igualdad, no resulta admisible que una norma con fuerza de ley establezca un impuesto a todos los servicios, incluidos los notariales, y por lo tanto sea más gravosa la función notarial ejercida en la Capital de la República, en comparación con la misma función o servicio prestado en otros lugares del territorio nacional.

Explicó que el principio de equidad fue vulnerado por el artículo 154-4, que establece, de manera indiscriminada, el impuesto para todos los que realizan actividades de servicio en Bogotá, porque el principio de igualdad prohíbe dar un trato diverso a lo que es igual y que dos supuestos diversos reciban un mismo tratamiento jurídico. En la norma acusada no se hizo diferenciación dentro del ámbito territorial de la Capital, respecto de las actividades que por su naturaleza son diferentes, como en el caso de la función notarial, que quedó gravada con el impuesto de industria y comercio de acuerdo con la nueva definición de servicio como materia imponible, al igual que los servicios hoteleros, profesionales, de consultoría, establecimientos de juego y diversión, etc.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 131 de la Constitución, la función pública notarial está calificada como un "servicio público", inherente a la finalidad social del Estado y sometido a un régimen jurídico especial fijado por la ley, así se trate de servicios prestados directamente por el Estado o por particulares, según lo prevé el artículo 365 de la Constitución.

En este caso resulta cuestionable el hecho de que se haya establecido un "impuesto directo sobre una función pública que se financia con tasas, o lo que es lo mismo, con derechos fijados legalmente" (fl. 11).

La ley 6a. de 1992 creó la contribución especial del 10% de los ingresos recaudados por los notarios, y no resulta equitativo gravar adicionalmente con otro impuesto sobre los ingresos el ejercicio de la actividad, sin considerar el ámbito territorial de la medida y la naturaleza eapecial de la función notarial.

LA OPOSICIÓN

El Delegado del Personero de Santa Fe de Bogotá se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que mediante la norma contenida en el artículo 154-4 del Decreto 1421 de 1993 no se decretaron nuevos impuestos, puesto que "en dicho decreto se puede analizar que dichas 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 concretan en la obligación de hacer (...), tareas, labores o trabajos que bien son considerados como servicios, estaría encajando dentro de la solidaridad social, es decir, porque los trabajadores que ejercen su profesión u oficio hacen parte de una sociedad organizada, de la comunidad que conforma el Distrito Capital con leyes, gobierno y necesidades comunes a todos".

Luego de transcribir el artículo 32 de la ley 14 de 1983, afirmó que no se presentó violación de tal norma debido a que el sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio es la persona natural o jurídica, o la sociedad de hecho, que realice, directa o indirectamente, cualquier actividad industrial, comercial o de servicios, dentro de la jurisdicción del Distrito Capital, respecto de tareas económicamente productivas que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin él.

Concluyó señalando que, de acuerdo con lo anterior, 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 (industrial, comercial o de servicios) dentro de la jurisdicción del Distrito Capital, y que, en desarrollo de tal facultad, el Concejo de Santa Fe de Bogotá expidió los Acuerdos 11 de 1988 y 9 de 1992, dentro de los cuales se encuentra el ejercicio de profesiones liberales, entendiéndose que quienes las realicen son sujetos pasivos del impuesto como consecuencia de la realización del hecho generador, que en este caso se concreta en la actividad de servicio prestada, económicamente rentable, por abogados, médicos, odontólogos, ingenieros, etc.

Solicitó la acumulación del proceso en cuestión al que se adelantaba bajo el número de radicación 5194, solicitud que fue negada porque en dicho proceso ya se había dictado sentencia el 27 de enero de 1995 y, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 inciso 2o. del Código de Procedimiento Civil, no era procedente la acumulación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Delegado del Personero de Santa Fe de Bogotá, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de enero 27 de 1995, expediente 5194, Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, alegó que el Gobierno al expedir la norma demandada no excedió la competencia material atribuida por el artículo 41 transitorio de la Constitución.

Manifestó que no se presentó violación de los artículos 150 y 338 de la Constitución, porque las facultades legislativas condicionales otorgadas directamente por la Asamblea Nacional Constituyente al Gobierno, difieren de las extraordinarias que en materia legislativa puede otorgarle el Congreso al Gobierno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150-10 de la Constitución, y en consecuencia, el legislador podía dictar normas de carácter legislativo en materia fiscal, teniendo en cuenta el mandato constitucional sobre su vigencia y los principios de equidad, eficiencia y progresividad previstos en el artículo 363 de la Constitución Política.

Finalmente alegó que dentro del *sub-lite* no se presentó la alegada vulneración del principio de la igualdad, toda vez 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, el principio de la igualdad es reafirmado.

El doctor Carlos Fernando Zarama Vásquez, formuló la excepción de "caso juzgado", argumentando que en relación con la norma acusada se profirió fallo dentro del expediente 5194, y solicitó la denegación de las pretensiones de la demanda..

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que con la expedición de la norma acusada, el Gobierno no excedió la competencia otorgada por el artículo 41 transitorio de la Constitución, y que el Decreto 1421 de 1993 tuvo su origen en las facultades excepcionales otorgadas por la Constitución, que no pueden confundirse con las facultades pro-témpore que el Congreso puede otorgar al Presidente de la República, las cuales no se pueden conceder para decretar impuestos.

En cuanto a la violación por desigualdad tributaria territorial respecto de los notarios, indicó que los municipios dentro del marco legal y de conformidad con su autonomía, pueden gravar o no determinadas actividades y adoptar el régimen tributario que consideren más adecuado, y que el Distrito Capital tiene un régimen especial en materia fiscal, y por lo tanto, la autonomía y los derechos sobre las rentas y tributos que él imponga de conformidad con la ley, están protegidos y garantizados constitucionalmente.

Explicó que desde el punto de vista económico, el Distrito Capital ofrece a los ciudadanos y contribuyentes una mayor posibilidad de recursos y opciones y que,

aplicando lo anterior al caso de los "servicios notariales", aunque las tasas notariales sean iguales, existen situaciones diferentes por el mercado en las distintas ciudades y así, mientras en Bogotá el notario tiene seis millones de potenciales usuarios de sus servicios, millones de operaciones comerciales y más de un millón de predios, en un municipio pequeño ello no sucede.

La norma acusada no atentó contra los principios de equidad e igualdad, sino que por el contrario los desarrolló, ampliando la base de contribuyentes del impuesto de industria y comercio para enfrentar la crisis fiscal del Distrito Capital.

La actora, dentro de esta oportunidad procesal reiteró que el Gobierno excedió la competencia material atribuida por el artículo 41 transitorio, vulnerando así el artículo 338 de la Constitución, y manifestó que aceptando que el ejecutivo pudiera actuar en materia impositiva, en lugar y con las mismas prerrogativas del legislador, tal facultad tendría que ser expresa. Al respecto precisó que el artículo 41 transitorio no tiene el alcance tributario que se le ha otorgado, porque, de una parte, su texto no se refiere expresamente al tema tributario, siendo necesaria la autorización expresa para enervar transitoriamente el artículo 338 de la Carta, y de otra, en los artículos 322, 323, 324 y 325, a los que se remite la autorización del artículo 41 transitorio, no se menciona un régimen tributario especial o excepcional.

En cuanto a la violación de los principios constitucionales de igualdad y equidad tributaria, con fundamento en lo establecido en los artículos 95-9 y 363 de la Constitución, reiteró los planteamientos expuestos en la demanda, y concluyó que la norma acusada desconoció dichos principios al gravar los servicios en su totalidad, indiscriminadamente, sin atender a través de normas exceptivas o estímulos fiscales, las diferencias intrínsecas entre la función pública prestada en interés del Estado y otros ingresos de los demás contribuyentes.

Advirtió que los Acuerdos 21 de 1983 y 11 de 1988, invocados como apoyo normativo por el apoderado de la Personería de Bogotá, no se citaron como vulnerados en la demanda, porque se trata de un juicio de constitucionalidad de una norma que sólo debe sometimiento a la Constitución y a la disposición transitoria que le otorgó la facultad especial.

La doctora María Constanza González Paz, en su calidad de parte coadyuvante, solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada.

Reiteró los planteamientos expuestos por la actora en la demanda y agregó, luego de citar y transcribir los artículos 67, 68, 70 y 71 de la Constitución, y 2o., 3o., 4o., 84, 174 y 202 de la ley 115 de 1994, que la norma acusada al gravar con el impuesto de industria y comercio la actividad de servicio público de educación prestada por cualquier institución, impuso una carga adicional, en especial a las instituciones privadas, por falta de "equidad", cuando se debía imponer un estímulo fiscal para promover la actividad o un subsidio estatal para favorecer la actividad de los particulares en este sector de servicios.

Finalmente afirmó que se vulneró el principio de la "igualdad de oportunidades" para acceder al disfrute del derecho, porque a los actuales costos de la educación se sumó el incremento provocado por la tributación del impuesto de industria y comercio, disminuyendo las posibilidades de acceso a la educación.

La señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación, solicitó que se denegaran las súplicas de la demanda, argumentando que no le asistió razón a la demandante, en el sentido de que mediante la norma acusada se creó un nuevo impuesto, porque ya existía, sino que se amplió la base de imposición, vulnerándose el inciso 2o. del artículo 322 de la Constitución.

En cuanto a la alegada violación de los principios constitucionales de igualdad frente a la ley y de equidad tributaria, por haberse establecido frente a la función pública notarial diferentes categorías, de acuerdo con la ubicación geográfica de las mismas, afirmó que la inclusión de las notarías como sujeto pasivo del gravamen de industria y comercio no tiene relación con la regulación de dicho servicio público, y al respecto sólo cabe considerar que no se está en presencia de un nuevo impuesto, sino de la ampliación de su base, aspecto que no fue planteado por la demandante en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer de la nulidad impetrada

Aunque es un tema que no se discute en el proceso, la Sala precisa en relación con la competencia del Consejo de Estado para resolver la controversia planteada, lo siguiente:

Dispone el artículo 237 de la Constitución Política:

"Son atribuciones del Consejo de Estado:

"...

"2. Conocer de las acciones 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 fue 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, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 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 radica en esta Corporación.

En efecto, analizando los artículos 241 y 237 numeral 2o. de la Constitución Política, que otorgan competencia a la Corte Conatitucional y al Consejo de Estado para el control constitucional precisó dicho Consejo Superior de la Judicatura:

> "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 la 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."

2. Competencia del Gobierno para dictar normas de carácter legislativo sobre el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, incluyendo la materia fiscal. Violación de los artículos 338 y 150 de la Constitución Nacional.

En la sentencia de enero 27 de 1995, proferida dentro del proceso 5194, esta Sala precisó que fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente al tratar el tema de la organización territorial, regular como Distrito Capital a Bogotá y dotarlo de un 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 politico, 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." (Se subraya).

Prevé el artículo 322 de la C. P. 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 institucional a través del desarrollo legal de diferentes aspectos de competencia del Congreso, para lo cual previó que, si transcurrrido 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 1o. de la Carta, las cuales se encuentran restringidas en razón de la materia, del tiempo, de la iniciativa, etc.

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 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 *ibídem*.

Por tener una competencia de carácter legislativo, el Gobierno al expedir el Decreto 1421 de 1993 bien podía crear para el Distrito Capital normas de la misma jerarquía normativa, diferentes en su contenido a las que regulan a los demás municipios, pues se trataba de establecer el régimen especial para Santa Fe de Bogotá, previsto en el artículo 322 de la Carta Política, al cual remite el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional.

En conclusión, el legislador en esta materia (fuera el Congreso o el Gobierno), según lo dispuesto en el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, al dictar el régimen

especial para Santa Fe de Bogotá, si podía expedir normas especiales diferentes a las aplicables a todos los municipios en general, hasta entonces vigentes, sin más límites que los impuestos por la propia Constitución para expedir la ley, y la observancia de los principios en ella contenidos, que en materia de tributos están regulados por los artículos 95, 338 y 363 *ibídem.*

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno en ejercicio de la atribución conferida por la misma Constitución Nacional, es una norma legislativa, esto es, con fuerza y rango de ley, que por lo mismo, podía contener disposiciones especiales, distintas a las vigentes para otros municipios, entre ellas las normas fiscales y entre éstas, las tributarias sobre el gravamen de industria y comercio, ya creado por normas anteriores.

La actora afirma que la norma demandada viola los artículos 338 y 150 de la Constitución Nacional.

Como antes se precisó, la facultad de expedir el Estatuto Especial para Santa Fe de Bogotá es de carácter legislativo, naturaleza que no varía por la circunstancia de no haber sido ejercida por el Congreso sino por el Gobierno conforme lo autorizó el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, norma que sólo previo como condición para el traslado de la competencia del Congreso al Gobierno, que el primero no dictara la ley en el término de los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución, sin colocar ningún límite a tal facultad al ser ejercida por el Presidente de la República.

Cumplida la condición señalada en la Constitución Nacional, esto es, vencido el término fijado en ella, para que el Congreso dictara el Estatuto Especial de Santa Fe de Bogotá, sin que éste lo hubiera hecho, el Gobierno tenía competencia para expedir el estatuto del Distrito Capital, por una sola vez y dentro de las mismas condiciones y límites que debía observar el legislador.

Si bien es cierto que el artículo 338 de la Constitución Nacional, atribuyó exclusivamente a los órganos representativos la facultad de decretar los impuestos en tiempo de paz, no lo es menos que fue voluntad de la propia constituyente, ante la necesidad apremiante de dotar al Distrito Capital de un régimen especial, atribuir por una sola vez al Gobierno, la competencia que correspondía al Congreso en esta materia. Podía entonces el Gobierno en su carácter de legislador regular los elementos de la obligación tributaria: hecho generador, base gravable, sujeto pasivo, período y tarifa, de los gravámenes creados a favor de Bogotá, comprendidos dentro del régimen fiscal especial, propio de un estatuto de carácter particular, respecto de un impuesto ya creado, razón por la cual, la afirmación hecha por la actora, en el sentido de que la reserva de ley para decretar impuestos y la prohibición de conferir facultades extraordinarias para éste tema, sin existir excepción al respecto, hacen que el acto impugnado resulte violatorio de la Constitución Nacional, no resulta válido toda vez que en virtud de la habilitación de competencia hecha por la Constitución Nacional, si estaba facultado el Gobierno para

dictar las normas con fuerza de ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Carta Política, sobre Régimen Especial para el Distrito Capital.

3. Violación del principio de igualdad frente a la ley y de equidad tributaria. Naturaleza de la función pública notarial.

Dos son los argumentos fundamentales que en relación con la violación del principio de igualdad propone la actora:

El primero se refiere a que el Estatuto de Bogotá no es la norma materialmente apta para establecer impuestos porque éstos tendrán aplicación sólo en la capital con "profunda desvertebración del sistema tributario que es de competencia nacional, en lo esencial" ya que, una de las manifestaciones del principio de igualdad, la equidad en el campo tributario, puede verse vulnerada cuando se autoriza un tratamiento desigual al mismo tipo de contribuyentes, mediante normas que por su ámbito de aplicación territorial están dirigidas sólo a un sector ubicado dentro de ese espacio territorial.

Por eso no resulta admisible que la norma demandada establezca un impuesto a todos los servicios, incluidos los notariales, ya que dicha disposición hace más gravosa la función notarial ejercida en Bogotá, en comparación con la misma función realizada en los demás municipios del territorio nacional, en los cuales no existe dicho gravamen. Si el servicio notarial es de carácter nacional, la ley que lo regula debe tener alcance nacional y no puede aceptarse que una norma distinta a la ley, no general para el territorio nacional, en el cual se ejerce el notariado pueda establecer específicas obligaciones de carácter tributario para cuando el servicio se presta en Bogotá.

El segundo argumento se refiere al carácter de servicio público que el artículo 131 de la Constitución Nacional le da a la función pública notarial, por lo tanto sometido a un régimen jurídico especial fijado por la ley.

Quien presta el servicio notarial tiene como contraprestación una tasa, cuyo valor no es objeto de libre negociación entre las partes. Lo anterior, además de que en algunos casos el servicio es gratuito como en lo relativo a los registros civiles de nacimiento y defunción. Por lo anterior, no es equitativo que se dé el mismo tratamiento impositivo que se da a actividades lucrativas, ya que los notarios prestan un servicio que exige la ley y ejercen una función pública.

Agrega que si bien es cierto que el servicio notarial no genera ingresos a la Nación, existe ya a favor de ésta una contribución especial del 10% de los ingresos recaudados por los notarios.

En relación con el primer argumento, la Sala ya ha precisado en otras providencias y en los párrafos anteriores de estas consideraciones que el decreto 1421 de 1994, no estableció un impuesto nuevo, ya que el impuesto de industria y comercio se encontraba regulado por la ley 14 de 1983, siendo aplicable a las actividades comerciales, industriales y de servicios realizadas en todo el territorio nacional.

Por lo demás, como también lo ha precisado la Sala, el Gobierno, al ejercer la función de carácter legislativo, por una sola vez de expedir el Estatuto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en los términos previstos por el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, bien podía, como lo hizo reglamentar el impuesto de industria y comercio, en relación con el hecho generador del impuesto, la base gravable, el sujeto pasivo, el período y la tarifa; y al hacerlo, a juicio de la Sala, no se violó el principio de igualdad.

Respecto del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, dijo la Corte Constitucional en sentencia del 25 de junio de 1992, proceso T-860:

> **"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."

Por su parte, esta Sala, con base en la anterior interpretación, en sentencia del 27 de enero de 1995, expediente 5194, precisó:

> "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'".

Y en la misma sentencia agregó:

> "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 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 posibilidad de existencia de regímenes impositivos diferentes a nivel municipal, al tratar el tema de la capacidad tributaria de las entidades territoriales, así:

"LOS INGRESOS PÚBLICOS

"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 se 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 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.

"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–." (Se resalta).

Los criterios anteriores llevan a la conclusión de que no se desconoció el principio de igualdad invocado por la actora, sino que por el contrario, el Gobierno Nacional, haciendo uso de unas facultades especialísimas y dentro de los límites previstos en la Constitución Nacional dio aplicación a lo dispuesto en la misma Carta Fundamental, en su artículo 95 ordinal 9o., según el cual es deber de las personas contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

En cuanto al segundo argumento expuesto por la actora, fundamentado en la naturaleza de la actividad notarial de servicio público, función del Estado ejercida por los particulares, ajena al ánimo de lucro y con limitación en cuanto al monto de la contraprestación que por ella se percibe, la Sala observa lo siguiente:

El impuesto de industria y comercio según lo dispuesto por los artículos 32 y 39 de la ley 14 de 1983, está previsto para la actividad de servicios y aunque éstos sean prestados por entidades públicas como las empresas estatales, o por sociedades de economía mixta, no se prevé exoneración alguna aunque todas ellas deben asumir costos y gastos y generalmente no pueden imponer tarifas o precios distintos a los regulados por disposiciones legales.

Ya la Sala tuvo oportunidad de referirse al gravamen a los servicios públicos y a las actividades sin ánimo de lucro y fue así, como con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, precicó en la sentencia del 14 de diciembre de 1994, Expediente 5846:

"... Adicionalmente, y en relación con la sujeción al impuesto de Industria y Comercio por parte de la sociedad actora, quien sostiene que la Ley 14 de 1983, grava las actividades que tengan finalidad de lucro o enriquecimiento y que por esta razón queda excluido el servicio público de energía eléctrica, comparte la Sala las consideraciones expuestas por el Tribunal, así como las efectuadas por la señora Fiscal ante esta Corporación, puesto que es evidente que la Ley 14 de 1983, que reguló íntegramente el gravamen, no contempla en su artículo 39 la prohibición

de gravar con el citado impuesto a las sociedades que presten servicios públicos, por el hecho de ser predominantemente público su capital y también porque la ausencia de ánimo de lucro resulta irrelevante para efectos del impuesto, como reiteradamente lo ha precisado la Corporación ..."

Adicionalmente precisa la Sala que, el numeral 4o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993 no previó medidas que, por ser específicas, resulten discriminatorias contra determinados grupos de personas como los notarios o quienes prestan servicios en el campo educativo (a que se refiere la coadyuvante), frente a otras que también desarrollan actividades de servicio en la capital, sino que de una manera teórica define qué se entiende por actividad de servicios y para mantener la equidad consagró tarifas diferenciales que van del 2 por mil al 30 por mil, precisamente para no igualar frente a las cargas públicas actividades desiguales.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala concluir que el Gobierno al expedir el artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1421 de 1993, para regular lo concerniente al gravamen de Industria y Comercio a la actividad de servicios prestada en Santa Fe de Bogotá, definiendo qué se entiende por "servicios" para efectos del impuesto de industria y comercio previsto en la Ley 14 de 1983, (artículo 199 del Código de Régimen Municipal), no desconoció los principios de equidad e igualdad de los contribuyentes (artículo 95 9o. de la Constitución Política), ni los artículos 336 y 363 de la Constitución Nacional, que invoca la actora, 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 la ley.

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE. CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sala

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO
Ausente con Permiso

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

CARTA DE CRÉDITO-Concepto/**CRÉDITO DOCUMENTARIO/CARTA DE CRÉDITO**-Plazo/**ACEPTACIÓN BANCARIA**

De acuerdo con lo previsto en los artículos 85-6 y 86-9 de la Ley 45 de 1923 del Código de Comercio, se observa que en el *sub-exámine* se está en presencia de dos figuras jurídicas diferentes e independientes: la carta de crédito y la aceptación bancaria, que constituyen operaciones bancarias reguladas cada una de ellas, por una normatividad propia y exclusiva que no pueden confundirse. El artículo 1408 del código de Comercio define el concepto de crédito documentario, y señala las formas en que el banco emisor, de acuerdo con las instrucciones del cliente, debe cumplir con su compromiso, esto es, pagando al beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o pagando, aceptando o negociando letras de cambio giradas por el beneficiario; sin referirse a término o plazo alguno para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito documentario y de las aceptaciones bancarias, que como se ha dicho, constituyen dos figuras jurídicas diferentes e independientes, reguladas por normatividades distintas. De conformidad con el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923, el término de las cartas de crédito no puede exceder de un (1) año, plazo que hace referencia al tiempo con que cuenta el beneficiario para presentar la respectiva documentación y hacer efectivo su derecho.

ACEPTACIÓN BANCARIA-Plazo/**CARTA DE CRÉDITO**

El artículo 86-9 del Código de Comercio, reglamentado por la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, regula las aceptaciones bancarias, que constituyen una de las formas de pago del crédito documentario, al

establecer que los bancos pueden "aceptar" letras de cambio cuyo vencimiento no pase de seis (6) meses, por lo que, el crédito documentario y las aceptaciones bancarias constituyen dos figuras jurídicas diferentes e independientes, reguladas por normatividades distintas y especiales que no pueden confundirse ni mezclarse.

ACEPTACIÓN BANCARIA DE CONTRATO DE CRÉDITO-Naturaleza/**LETRA DE CAMBIO**-Aceptación/**SANCIÓN SOBRE ACEPTACIÓN BANCARIA**-Procedencia

No se encuentran aceptables los planteamientos expuestos, en el sentido de que "las aceptaciones de letras de cambio que instrumentan cartas de crédito difieren de las demás y, por consiguiente, el plazo para unas y otras, es distinto, comoquiera que respecto de las primeras resulta aplicable el artículo 85, numeral 6, de la Ley 45 de 1923 que señala como máximo el de un año y de las segundas el artículo 86, numeral 9 ibídem que señala como máximo el de seis meses.." y que por lo tanto se había presentado la vulneración del artículo 2o. de la resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria por no ser tal norma aplicable a las operaciones que la Superintendencia consideró irregulares, toda vez que, por una parte, el crédito documentario y las aceptaciones bancarias (que constituyen una de las formas de pago del crédito documentario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1408 del Código de Comercio), son dos figuras jurídicas diferentes e independientes, reguladas por normatividades distintas y especiales, y por otra, las aceptaciones bancarias derivadas de un contrato de crédito documentario, no difieren de las demás, ya que una vez que el banco manifiesta su aceptación, se extingue la obligación derivada del crédito documentario y nace otra obligación que tiene su fundamento en el título valor aceptado, esto es, la aceptación de letras de cambio, como una de las formas de pago, sujetas a las previsiones del art. 2o. de la Res. 29 de 1986 de la Junta Monetaria. De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que el actor al haber otorgado aceptaciones bancarias "a un plazo superior a seis meses" transgredió el art. 2o. de la Res. 29 de 1986 de la Junta Monetaria, se encuentra que la actuación de la Superintendencia al haber multado al Banco actor en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 1.7.2.1.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se ajustó a derecho.

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

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 7018. Apelación sentencia de noviembre 17 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento de derecho

contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Tequendama. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la Superintendencia Bancaria, la demandada, contra la sentencia de noviembre 17 de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números, 4187 de noviembre 14 de 1991 y 0194 de enero 23 de 1992, expedidas por el Director General de Bancos e Instituciones Oficiales Especiales, y 5154 de diciembre 21 de 1992, expedida por el Superintendente Delegado para Establecimientos de Comercio.

El Banco Tequendama confirmó el 30 de noviembre de 1990 y el 14 de enero de 1991, respectivamente, su aceptación en calidad de corresponsal de las cartas de crédito de exportación números, CC2141/990-MIR emitida por el Banco Regional del Norte del Perú, en calidad de banco ordenante, a favor de Prodeco S.A., y CD/IMP36108 emitida por el Banco Continental de Lima – Perú, en calidad de banco ordenante, a favor de Induminsa Ltda.

Previa visita y solicitud de explicaciones, la Superintendencia Bancaria expidió la resolución No. 4187 de noviembre 14 de 1991, mediante la cual multó al Banco actor con la suma de $3.300.000.00 por haber concedido aceptaciones bancarias a un plazo superior a seis (6) meses, en contravención con lo establecido en el artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria.

El apoderado del Banco actor interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra la anterior resolución, los cuales fueron decididos por la Superintendencia Bancaria a través de las Resoluciones números 0194 de enero 23 de 1992 y 5154 de diciembre 21 del mismo año, confirmando la Resolución No. 4187, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado del Banco actor consideró vulnerados los artículos 85-6 de la Ley 45 de 1923 y 1408 del Código de Comercio, y la Resolución 29 de 1986 expedida por la Junta Monetaria.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. Violación directa por interpretación errónea a la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria.

Sustentó el cargo con el argumento de que la Superintendencia Bancaria aplicó por interpretación errónea la citada resolución a letras de cambio giradas por los beneficiarios de cartas de crédito, aceptadas por el Banco Tequendama en calidad de banco

corresponsal, como consecuencia de las obligaciones derivadas de contratos de crédito documentario, regidos por normas de carácter internacional privado.

Adujo que el ámbito de aplicación de la Resolución 29 de 1986 se circunscribe a la facultad de los bancos para otorgar aceptaciones bancarias aceptando para su pago en fecha futura letras de cambio giradas sobre ellos mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923, y que por lo tanto, no incluye la aceptación de letras que instrumentan el contrato de crédito documentario por parte de bancos corresponsales, en desarrollo de la confirmación de una carta de crédito.

2. Violación directa por falta de aplicación de los artículos 85-6 de la Ley 45 de 1923 y 1408 del código de Comercio.

La Superintendencia Bancaria desatendió los hechos que indicaban que las letras de cambio contabilizadas a 360 días hacían parte de cartas de crédito de exportación y por tanto, sujetas al plazo establecido en el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923.

Con fundamento en las previsiones del artículo 1408 del Código de Comercio, afirmó que la demandada debió advertir que los hechos sancionados correspondían a un negocio causal vinculado a unas cartas de crédito expedidas de conformidad con los plazos y demás condiciones de financiación crediticia, y que las cartas de crédito se instrumentan pagando, aceptando o negociando letras de cambio giradas por el beneficiario de la carta de crédito, debiendo sujetarse a las condiciones originales de dichas cartas.

Concluyó expresando que las letras de cambio aceptadas por los bancos colombianos en desarrollo de un contrato de "crédito documentario", son instrumentos de tal contrato, vinculados a éste en sus condiciones, obligaciones, prerrogativas y beneficios, y consecuencialmente, no le son aplicables las normas relativas a las aceptaciones bancarias.

LA OPOSICIÓN

El apoderado de la Superintendencia Bancaria se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda. Al respecto se remitió a lo expresado en la vía gubernativa, hizo un recuento sobre la normatividad que regula lo relativo a las aceptaciones bancarias, y las facultades y atribuciones de la Junta Monetaria.

Mediante la Resolución 29 de 1986, la Junta Monetaria determinó que las aceptaciones bancarias solo podrían originarse en transacciones de importación y exportación de bienes o compraventa de bienes muebles en el interior, aclarando que dichas aceptaciones deberían otorgarse previa presentación de documentos que reflejaran una operación cierta de compraventa de mercancías, con identificación plena del beneficiario de la misma, y teniendo en cuenta que el plazo de la aceptación no sería superior a seis (6) meses, sin que pudiera ser objeto de renovación.

Finalmente indicó que la Resolución 29 de 1986 no modificó el Código de Comercio, pero sí reguló el artículo 86 de la Ley 45 de 1923, debiendo por tanto aplicarse a las entidades destinatarias de la misma, de acuerdo con las instrucciones contenidas en la Circular 051 de 1986.

EL FALLO DEMANDADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia apelada accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Las aceptaciones bancarias reguladas en la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria y para las cuales dispuso que las letras de cambio que se aceptaran no podían tener un plazo superior a seis (6) meses, difieren de las originadas en el crédito documentario a que alude el artículo 1408 del Código de Comercio. Al respecto indicó que las operaciones realizadas por el Banco actor se ubican dentro de las previstas en el citado artículo 1408 del Código de Comercio, ya que obedecieron al compromiso adquirido por el Banco Demandante con unas sociedades peruanas ordenadoras de cartas de crédito –Centro Min Perú S.A. y LAR carbón S.A.–, por intermedio de bancos emisores peruanos –Banco Regional del Norte y Continental–, en el sentido de aceptar letras de cambio que girarían los beneficiarios de las correspondientes cartas de crédito –las Sociedades Colombianas Prodeco S.A. e Induminsa Ltda.–

Advirtió que la aceptación de las letras de cambio estaba vinculada a las cartas de crédito tomadas por los compradores de mercancías, que para el pago de las mismas solicitaron y obtuvieron, por intermedio de los bancos emisores, que el Banco Tequendama les otorgara créditos que se podían utilizar mediante dichos títulos valores girados por los beneficiarios de las cartas de crédito, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923 los bancos, tratándose de cartas de crédito, pueden aceptar letras de cambio con plazos no superiores a un (1) año.

Con fundamento en lo anterior, concluyó el *a-quo* que como las aceptaciones de letras de cambio que instrumentan cartas de crédito y a las cuales se refiere la controversia, difieren de las reguladas en la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, que aunque implican para el banco la aceptación de letras de cambio, no obedece al compromiso adquirido por el banco para con el tomador de una carta de crédito, y por consiguiente, el plazo para unas y otras es distinto, toda vez que respecto de las primeras resulta aplicable el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923, que señala como plazo máximo un año, y en relación con las segundas el artículo 86-9 ib, que prevé como plazo máximo seis (6) meses. En este caso se presentó la vulneración del artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, por su indebida aplicación.

2. Afirmó el Tribunal, con fundamento en lo planteado en el análisis del primer cargo, que dentro del *sub-lite* se presentó la violación del artículo 1408 del Código de Comercio por falta de aplicación, debido a que las operaciones realizadas por el Banco actor se regulaban por dicha norma y no por las de la Resolución 29 de 1986 y por lo tanto, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923, sí podía aceptar letras de cambio con vencimientos de 360 días, sin que por tal motivo hubiera vulnerado la citada resolución expedida por la Junta Monetaria.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Superintendencia Bancaria interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que en el caso controvertido existe una carta de crédito y una aceptación bancaria, cuyo manejo y negociación son totalmente independientes, y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1408 del Código de Comercio, la carta de crédito puede ser pagada al beneficiario, en efectivo, o mediante la "aceptación", pago o negociación de letras de cambio giradas por el beneficiario. Al respecto indicó que la forma como se habría de pagar la carta de crédito, esto es, por medio de la aceptación bancaria, no permitía que se mezclaran las normas que regulan las "aceptaciones bancarias" y las "cartas de crédito", ya que el aceptante de la letra de cambio no puede oponerle al beneficiario de la aceptación bancaria ninguna excepción derivada de la carta de crédito.

Afirmó que para hacer efectiva la carta de crédito, el beneficiario de la misma tiene un término máximo de un (1) año, plazo dentro del cual puede ser pagada mediante la aceptación de títulos valores (aceptación bancaria), que a su turno, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 29 de 1986, sólo contaban con un plazo máximo de seis (6) meses para hacerse exigibles frente al banco aceptante, resultante así que uno es el término de expedición de la carta de crédito (1 año), y otro el término máximo de las aceptaciones bancarias (6 meses) a través de las cuales puede pagarse la carta de crédito, y en consecuencia, la entidad de vigilancia no podía permitir que unas cartas de crédito fueran canceladas por medio de aceptaciones bancarias cuyo plazo fuera superior a seis (6) meses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del Banco actor solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, y alegó que las aceptaciones bancarias reguladas por la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria son aquellas letras de cambio giradas sobre los bancos comerciales, en respaldo por las operaciones desarrolladas por sus clientes en transacciones de importación o exportación de mercancías o compraventa de bienes muebles en el interior y cuyo plazo de vencimiento no podía ser superior a seis (6) meses, y en la operación ejecutada por el Banco Tequendama, objeto del litigio, éste no financió ni otorgó crédito a proveedor alguno, sino que en desarrollo de la confirmación de las cartas de crédito, aceptó el pago de las letras de cambio, siendo por tal motivo aplicable la normatividad contenida en los artículos 1408 del Código de Comercio y 85-6 de la Ley 45 de 1923.

El apoderado de la Superintendencia Bancaria dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, y agregó que el contrato de crédito documentario no puede confundirse con las aceptaciones de

él surgidas, pues independientemente de su origen, las últimas configuran aceptaciones bancarias propiamente dichas, que se rigen por la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria y la Circular Externa OJ-DAB-051 del mismo año. Al respecto señaló, para enfatizar que a las aceptaciones bancarias le son aplicables las mismas normas independientes de la causal de su nacimiento; que la entidad bancaria contabilizó las aceptaciones bancarias en cuestión, en la cuenta del PUC correspondiente "a las aceptaciones bancarias creadas por la entidad o por sus corresponsales, que se encuentran dentro del plazo de vencimiento no superior a 6 meses fijados por la Resolución número 29 de la Junta Monetaria", con lo que demostró que el Banco actor considera que a las aceptaciones bancarias le son aplicables las regulaciones contenidas en la citada Resolución 29 de 1986 y no las previstas en la Ley 45 de 1923.

No hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dentro del *sub-lite,* la controversia que debe resolver la Sala se concreta en determinar la aplicabilidad o no al caso de la norma contenida en el artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 expedida por la Junta Monetaria, y en consecuencia, la procedencia o no de la multa impuesta por la Superintendencia Bancaria al Banco actor con fundamento en dicha norma.

Los artículos 85-6 y 86-9 de la Ley 45 de 1923; 1408 del Código de Comercio y 1o. y 2o. de la Resolución 29 de 1986 expedido por la Junta Monetaria, normas citadas a lo largo del proceso, disponen textualmente:

LEY 45 DE 1923

"Artículo 85. Sust. 10 L. 57 de 1931:

"Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con esta ley, tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:

"...

"6. Aceptar para su pago, en fecha futura, giros librados sobre el mismo establecimiento con sujeción a las restricciones contenidas en el artículo 86 de la Ley 45 de 1923 y las de expedir cartas de crédito, que autoricen a los tenedores a librar giros sobre el establecimiento bancario o sus corresponsales, a la vista o a plazos no mayores de un año. (Se subraya).

"..."

"Artículo 86. Todos los establecimientos bancarios, excepto el Banco de la República, estarán sometidos a las siguientes disposiciones.

"...

"9. Todo banco que sea accionista del de la República, puede aceptar giros o letras de cambio girados sobre aquel, cuyo vencimiento no pase de 6 meses y que provengan de transacciones sobre importación o exportación o embarques en el interior, de objetos, a condición de que los documentos de embarque que traspasen o aseguren el título a tales objetos sean adheridos al tiempo de la aceptación, o que, tales giros o letras estén asegurados al tiempo de la aceptación por un recibo de almacenes generales de depósito u otros documentos análogos, que confieran o aseguren el título sobre objetos necesarios de fácil mercado. Ningún banco accionista del Banco de la República podrá, sin embargo, hacer aceptaciones por un monto igual en cualquier tiempo, en conjunto, a más del veinticinco por ciento (25 por 100) de su capital pagado y de sus reservas, a favor de ninguna persona, compañía, firma o corporación. Ningún banco podrá aceptar tales letras o giros por un monto igual, en cualquier tiempo, en conjunto o más de su Capital pagado y sus reservas. (se subraya).

"..."

CÓDIGO DE COMERCIO

"Artículo 1408. Se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos." (se subraya).

RESOLUCIÓN 29 DE 1986

"Artículo 1o.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 45 de 1923, los establecimientos bancarios podrán otorgar aceptaciones bancarias, esto es, aceptar para su pago en fecha futura letra giradas sobre ellos, con sujeción a las disposiciones de la presente resolución."

"Artículo 2o.- Las aceptaciones bancarias tendrán un plazo de vencimiento no superior a 6 meses y solo podrán originarse en transacciones de importación y exportación de bienes o compraventa de bienes muebles en el interior." (se subraya).

La Superintendencia Bancaria, con base en la visita practicada al Banco actor, estableció que las aceptaciones bancarias en moneda extranjera, originadas en cartas de crédito de exportación y que ascendían a la suma de US$ 3.8 millones, habían sido "suscritas a un plazo de 360 días", efectuándose el registro contable en el código 1505 del Plan Único de Cuentas correspondientes a las aceptaciones bancarias creadas por la entidad o por sus corresponsales, que se encuentran dentro del plazo de vencimiento no

superior a seis (6) meses fijado en la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, hechos éstos que durante el proceso no fueron desconocidos, ni desvirtuados por la parte actora.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 85-6 y 86-9 de la Ley 45 de 1923 y 1408 del Código de Comercio, anteriormente transcritos, se observa que en el *sub-exámine* se está en presencia de dos figuras jurídicas diferentes e independientes: la carta de crédito y la aceptación bancaria, que constituyen operaciones bancarias reguladas cada una de ellas, por una normatividad propia y exclusiva que no pueden confundirse.

El artículo 1408 del Código de Comercio define el concepto de crédito documentario, y señala las formas en que el banco emisor, de acuerdo con las instrucciones del cliente, debe cumplir con su compromiso, esto es, pagando al beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o pagando, aceptando o negociando letras de cambio giradas por el beneficiario; sin referirse a término o plazo alguno para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito documentario y de las aceptaciones bancarias, que como se ha dicho, constituyen dos figuras jurídicas diferentes e independientes, reguladas por normatividades distintas.

De conformidad con el artículo 85-6 de la Ley 45 de 1923, el término de las cartas de crédito no puede exceder de un (1) año, plazo que hace referencia al tiempo con que cuenta el beneficiario para presentar la respectiva documentación y hacer efectivo su derecho, mientras que el artículo 86-9 ib., reglamentado por la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, regula las aceptaciones bancarias, que constituyen una de las formas de pago del crédito documentario, al establecer que los bancos pueden "aceptar" letras de cambio cuyo vencimiento no pase de seis (6) meses, por lo que, como lo señaló el apoderado de la Superintendencia Bancaria en la sustentación del recurso de apelación y en los alegatos de conclusión, el crédito documentario y las aceptaciones bancarias constituyen dos figuras jurídicas diferentes e independientes, reguladas por normatividades distintas y especiales que no pueden confundirse ni mezclarse.

En relación con el artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, se observa que dicha norma se refiere a las aceptaciones bancarias " en general", sin distinguir el origen de las mismas, como lo pretende la parte actora.

La Sala no se encuentra aceptables los planteamientos expuestos por el *a-quo*, fundamento de la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas, en el sentido de que "las aceptaciones de letras de cambios que instrumentan cartas de crédito difieren de las demás y, por consiguiente, el plazo para unas y otras como ya se ha anotado, es distinto, comoquiera (sic) que respecto de las primeras resulta aplicable el artículo 85, numeral 6, de la Ley 45 de 123 (sic) que señala como máximo el de un año y de las segundas el artículo 86, numeral 9 ibídem que señala como máximo el de seis meses.." (fl. 192), y que por lo tanto se había presentado la vulneración del artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria por no ser tal norma aplicable a las operaciones que la Superintendencia consideró irregulares, toda vez que, como ya se precisó, y lo señaló el apoderado de la entidad de vigilancia en la sustentación del recurso de apelación y en los alegatos de conclusión, por una parte, el crédito documentario y las aceptaciones

bancarias (que constituyen una de las formas de pago del crédito documentario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1408 del Código de Comercio), son dos figuras jurídicas diferentes e independientes, reguladas por normatividades distintas y especiales, y por otra, las aceptaciones bancarias derivadas de un contrato de crédito documentario, no difieren de las demás, ya que una vez que el banco manifiesta su aceptación, se extingue la obligación derivada del crédito documentario y nace otra obligación que tiene su fundamento en el título valor aceptado, esto es, la aceptación de letras de cambio, como una de las formas de pago, sujetas a las previsiones del artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, que reglamentó el artículo 86-9 de la Ley 45 de 1923, y que por lo tanto constituye la normatividad aplicable a las aceptaciones bancarias, independientemente de su origen.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que el Banco Tequendama, al haber otorgado aceptaciones bancarias "a un plazo superior a seis meses" transgredió el artículo 2o. de la Resolución 29 de 1986 de la Junta Monetaria, la Sala encuentra que la actuación de la Superintendencia Bancaria, al haber multado al Banco actor en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 1.7.2.1.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se ajustó a derecho, y por lo tanto procederá a revocar la sentencia de primera instancia, dándole prosperidad al recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

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, deniéganse las súplicas de la demanda.

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

JULIO E. CORREA RESTREPO
Ausente con permiso

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES-Fusión/**DIRECCIÓN DE ADUANAS NACIONALES-**Fusión/**D.I.A.N./DIRECTOR DE ADUANAS-**Facultades/**FUSIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

Como el artículo 106 de la Ley 6o. de 1992 transformó la Dirección General en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, "con las mismas funciones, estructura y demás competencias administrativas y operativas que la ley le asignaba a la anterior dependencia, así como las del Fondo Rotatorio de Aduanas", resulta claro que el Director de Aduanas Nacionales, podía invocar y sustentar la resolución acusada, en las disposiciones del mencionado decreto 1644 de 1991, en particular, el literal c) de su artículo 4o., que le facultaba para "expedir los actos administrativos de su competencia, dictar las instrucciones y reglamentaciones necesarias para facilitar y permitir el debido cumplimiento de las disposiciones legales y establecer los procedimientos que se requieran para tal efecto". El actor parte del falso supuesto de que la fusión se operó en la fecha de expedición del Decreto 2117 de 1992, el 29 de diciembre de este año, cuando, realmente, aquella solo se hizo efectiva, por mandato expreso del artículo 114 del mismo decreto, a partir del 1o. de junio de 1993. Así las cosas, la Resolución No. 0371 de diciembre de 1992 demandada en este proceso, no solo fue expedida por funcionario competente quien tenía entre otras, las funciones señaladas por el artículo 4o. letra c), del Decreto 1644 de 1991, sino que se publicó con suficiente antelación a la puesta en vigor y eficacia de la fusión. Precisamente el hecho de que la estructura y funciones de la Nueva Unidad Administrativa Especial, se adoptaran como mecanismo opertivo trancitorio de la Dirección de Aduanas Nacionales, reconfirmada, que la evidente intención del legis-

lador transitorio, al decretar la función había sido la de que la misma solo tuviera eficacia desde el 1o. de junio de 1993.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS .

Referencia: Radicación 5863. Nulidad de la Resolución No. 0371 de 30 de diciembre de 1992 del Director de Aduanas Nacionales. Actor: Oscar Mauricio Buitrago Rico. FALLO.

OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO, en acción pública, con fundamento en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demanda la nulidad de "la Resolución No. 0371 de 30 de diciembre de 1992, expedida por el Director de Aduanas Nacionales", parcialmente reglamentaria del Decreto 1909 de 27 de noviembre del mismo año, por cual se modificó parcialmente la lesgilación aduanera.

LA DEMANDA

Afirma que el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias conferidas por el artículo 35 de la ley 49 de 1990, expidió el Decreto 1644 de 27 de junio de 1991, por el cual se estableció la estructura y se determinaron las funciones de la Dirección General de Aduanas, cuyo artículo 4o., letra c), señaló, entre las funciones especiales del Director General, la de "expedir los actos administrativos de su competencia, dictar las instrucciones y reglamentaciones necesarias para facilitar y permitir el debido cumplimiento de las disposiciones legales, y establecer los procedimientos que se requieran para tal efecto".

Anota que el Presidente de la República, en virtud de atribuciones otorgadas por el artículo 20, transitorio, de la Constitución expidió el Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992 (D.O. No. 40703, Diciembre 31/92), que fusionó las Direcciones Generales de Impuesto y Aduanas, en la Unidad Administrativa Especial denominada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Indica violados los artículos 115, 189, 209 y concordantes de la Constitución; y 1, 2 y 3 del Decreto 2117 de 1992, antes citado.

Explica, que habiéndose fusionado las aludidas Direcciones Generales de Impuestos y de Aduanas Nacionales, "el resultaría inexistente", como proferida por una "supuesta autoridad administrativa", pues, por entonces, la Dirección General de Aduanas había desaparecido del escenario jurídico, en los términos del artículo 1o. del invocado decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, dándose nacimiento a una autoridad administrativa diferente y sin que se pudiera cumplir el presupuesto esencial de que el acto en cuestión fuera expresión de la voluntad de la Administración.

Prosigue, que no se estaría ante el fénomeno de la eficacia de dicho acto, que dependería de su publicación, según el artículo 43 del Código Contencioso Administra-

tivo, sino de la validez del mismo, que se presumiría desde que es proferido; así que nada importarían las publicaciones del Decreto 2117 de 1992, ni la de la Resolución atacada, dado que el primero, desde que se expidió, se reputaría acto administrativo válido, porque, "si bien no podia tener efectos frente a los administrados, por la sencilla razón de no haberse publicado, hacia el interior de la Administración sí debió tenerse como tal, ya que ésta es una y debe actuar de manera ordenada en la producción normativa". La resolución impugnada, constituiría un caso típico de rebeldía a la unidad y jerarquía normativas, por desconocimiento del Decreto 2117 de 1992, desatendiéndose la desaparición y fusión de entes ordenadas por éste y, de paso, la política ahí contenida, que propendía por una y mejor y eficaz administración de impuestos y aduanas.

Añade, que la dirección General de Aduanas debía atender el Decreto 2117 de 1982,"no a partir del 31 de diciembre de 1992 día en que fue publicado (...), por cuanto, la Dirección de Aduanas Nacionales, Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, adcrista al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, hace parte de la estructura administrativa de la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional (Decreto 1050 de 1968), en cuya cabeza está el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa (artículo 189 de la Constitución Política), quien ejerce el poder de dirección suprema que orienta y encauza toda la acción administrativa y más en un régimen presidencial como el nuestro...".

Según el accionante, la Dirección General de Aduanas habría obrado "por fuera de este engranaje administrativo, como una rueda suelta, apartándose de la unidad de pensamiento, acción y decisión política del Presidente de la República, profiriendo un acto administrativo contrario a lo dictaminado (sic) por su superior, un día antes ..."; así mismo, la resolución impugnada se habría basado en una forma derogada, que lo sería el artículo 4o. del Decreto 1644 de 1991, según el cual, eran funciones del Director General de Aduanas, las requeridas "para el cumplimiento de lo señalado en el artículo 1o. de este decreto..." pero como el decreto 2117 de 1992, "hizo desaparecer la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales", habría derogado también el artículo 4o. en referencia, de modo que la resolución en cuestión, a partir de su publicación, no le sería imputable a autoridad alguna, menos si en su artículo 49 se había impuesto que empezara a regir a partir del 1o. de enero de 1992, previa su publicación. Al respecto, aun aceptando que la resolución se hubiera expedido por autoridad competente, la jurisprudencia habría dicho configurada una "ilegalidad sobreviniente", supuesto que, "por una norma jurídica de superior jerarquía, simultánea en cuanto a su publicación, desapareció del ámbito jurídico la misma"; aunque un sector de la doctrina sostendría que, en el fondo se hablaría, de un fenómeno de derogación tácita, "ya que, en últimas, se trata de la prevalencia de una norma superior jerarquía sobre una de inferior jerarquía que, en todo caso, amerita decisión de fondo, teniendo en cuenta la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos..."; y que dado que el Decreto como la resolución, fueron publicados el mismo día, podría afirmarse que, más que "ilegalidad sobreviniente", lo que, en el caso habría. operado, sería una "ilegalidad automática", que ameritaría decisión de fondo.

PARTE OPOSITORA

La entidad demandada, mediante apoderada, se opuso a las peticiones de la demanda.

Transcribe el primer inciso del artículo 114, transitorio, del Decreto 2117 de 1992, el cual dice textualmente:

> "Artículo 114.- Estrucutura de la Dirección de Aduanas Nacionales. A partir de la publicación del presente decreto y hasta el 1o. de junio de 1993, la Dirección de Aduanas Nacionales, tendrá la estructura y funciones establecidas en el presente Decreto, en lo que respecta a la administración de los impuestos, derechos y demás gravámenes que actualmente son de su competencia y a la dirección y administración de la gestión aduanera, con las salvedades que se enumeran a continuación..."

Y deduce, primero, que no obstante haber creado, el decreto citado, una nueva entidad, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la anterior Dirección de Aduanas Nacionales continuó operando, por expresa disposición legal, hasta el 1o. de junio de 1993, cuando se hizo efectiva la fusión ordenada por el citado decreto; segundo, que las normas de éste, lo eran aplicables a dicha Dirección de Aduanas Nacionales, solo a partir de su publicación, Diario Oficial No. 40703 de 31 de diciembre de 1992, y únicamente desde tal fecha se imponía al Director de Aduanas Nacionales el cumplimiento del mismo, no desde antes, como lo pretende el actor; y tercero que a la fecha de expedición de la resolución acusada, el 30 de diciembre de 1992, el Director de Aduanas Nacionales se hallaba sujeto al Decreto 1644 de 1991 y, consecuencialmente, "la única facultad que podía citar, como fundamento de dicho acto, era la consagrada en el literal c) del artículo 4o. del Decreto 1641" (sic).

Admite que, como lo asevera el demandante, el Decreto 2117 de 1992, tuvo plena validez desde su sanción, pero no fuerza vinculante frente al Director de Aduanas Nacionales, la que sólo se dio una vez cumplido el requisito de su publicación, el 31 de diciembre de 1992; esto, con fundamento en los artículos 43 a 48 del Decreto 01 de 1984, que reconocen existencia y fuerza ejecutoria a los actos administrativos proferidos aunque no publicados, con la única consecuencia, por tal omisión, de no ser estos oponibles a terceros, o no poderse exigir su cumplimiento, mientras no se sanee la omisión; y que existiendo el acto desde su expedición, no se podría decir afectado el mismo de "ilegalidad sobreviniente", por el hecho de que "otra disposición que es publicada en la misma fecha (modificara) las competencias con fundamento en (las cuales) fue expedido dicho acto (...), (pues) si un acto administrativo es proferido bajo la vigencia de una norma que establece competencias específicas, lo único que puede ser objetado frente a ese acto es que dichas competencias no se hayan observado, y no que se hayan desconocido normas que se variaron posteriormente..."

Repite, que la norma del artículo 4o., literal c), del decreto 1644 de 1991, regía para cuando se expidió la Resolución 0371 de 1992 impignada, de donde, si la misma había

sido proferida por él, con fundamento en dicha norma, el acto se había producido por funcionario competente, con sujeción a la ley y con plena fuerza ejecutoria desde que fué proferido, no pudiendo entenderse cómo, si había nacido legalmente válido, se afectara por norma posterior que modificara las disposiciones que sirvieron de fundamento para expedirlo.

Afirma que la publicación, el mismo día (31 de diciembre de 1992), de la Resolución 0371 y del Decreto 2117, había dado fuerza vinculante surgidas a la vida jurídica, sin que éstas se contradijeran entre sí, pues trataban de materias diferentes que regían hacia el futuro. No se había dado, la "ilegalidad sobreviniente" aducida por el actor, ya que tal ilegalidad suponía la existencia de un conflicto de normas de distinta jerarquía.

Agrega que la resolución en cuestión, se profirió, no por la Dirección General de Aduanas, sino por la Dirección de Aduanas Nacionales, creada, por el artículo 106 de la ley 6a. de 1992 y que estaba regulada por las disposiciones del decreto 1644 de 1991 que también regía la entidad anterior; en tanto que la puesta en vigencia del Decreto 2117 citado, no solamente no habría hecho desaparecer la mancionada Dirección de Aduanas Nacionales, sino que prorrogó su funcionamiento hasta el 1o. de junio de 1993, limitándose, las modificaciones introducidas por el mismo en lo referente a la facultades del Director de Aduanas Nacionales que contempla el literal c) del artículo 4o. del Decreto 1644 de 1991, a cuestiones meramente formales, para su adecuación, "a la nueva estructura de que iba a estar dotada la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales"; y que no presentándose contradicción entre las disposiciones del Decreto 1644 de 1991 y las del Decreto 2117 de 1992, "no se entiende de donde surge la ilegalidad sobreviniente a que hace referencia el demandante, pues al expedirse el acto (acusado) con fundamento (en las sumas o en las otras), ello no afectaba el contenido de dicho acto..."

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Ministerio Público, por intermedio de su delegada ante esta Corporación, doctora Ana Margarita Olaya de Obando, se pronuncia por la denegación de las súplicas de la demanda.

Al efecto, halla contraída la *litis* a sí, por la sola expedición del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, que fusionó las Direcciones de Impuestos y Aduanas Nacionales, se impedía al Director de Aduanas Nacionales proferir actos administrativos de su competencia; y así, publicado este decreto el mismo día de la publicación de la Resolución 0371 demandada, se configuraba la ilegalidad sobreviniente alegado en la demanda. Sobre lo primero, estima que no era suficiente la expedición para que, inmediatamente, operara la derogación de normas contrarias, sino que debía esperarse la publicación, más cuando ésta se preveía expresamente por el artículo 122 del citado decreto 2117, pudiendo, así, el Director de Aduanas, invocar como fundamento de la Resolución demandada, el Decreto 1644 de 1991, que le señalaba sus funciones, no siendo exacto, que para la Administración, la vigencia en el tiempo de los actos administrativos fuera diferente de la prevista para los administrados, por mo exigir norma que así los dispusiera.

La resolución impugnada, a su juicio, se profirió por quien tenía la calidad de Director de Aduanas y, como tal, era competente para expedir actos similares, sin que la circunstancia de que la misma se produjera un día después de expedido el Decreto 2117 aludido, constituyera irregularidad alguna, aparte de que éste, en su artículo 114, tenía previsto que la Dirección de Aduanas Nacionales, cuya fusión se disponí, siguiera funcionando hasta el 1o. de junio de 1993, y de que, no existiendo contrariedad de sus disposiciones con las de resolución atacada, no se daba el supuesto de la derogatoria tácita ni, por tanto, el de la ilegalidad sobreviniente aducida; la fusión de dos organismos administrativos, para la ejecución de las mismas funciones como unidad especial, no implicaría derogación de "las medidas administrativas tomadas antes de su vigencia, pues ello ocasionaría un vacío legal que no compadece con el normal funcionamiento del Estado.."

El demandante, a su vez, afirma que el artículo 114 del Decreto 2117 de 1992, sobre continuidad de la estructura y funciones de la Dirección de Aduanas Nacionales, es "impreciso e infortunado", pues, por una parte, atribuye la estructura y funciones de la DIAN a la Dirección de Aduanas Nacionales, "lo cual no es posible jurídicamente, si la intención era que la fusión operare a partir del 1o. de junio de 1993, no se entiende cómo se terminó dándole eficacia a partir de su expedición, con la expresión, estructura y funciones establecidas en el presente...".

De lo anterior, surge que la fusión tuvo eficacia desde la expedición del Decreto 2117 y que lo que se quiso decir fue que la Dirección de Aduanas Nacionales, en su estructura y funciones, continuaría con el régimen anterior, "pero en ningún momento se puede llegar a entender que seguiría existiendo como un ente jurídico diferente de la DIAN. La fusión operó jurídicamente a partir de la expedición del Decreto ley 2117 de 1992, diferente es que, para implementarla en la parte pertinentea aduanas, se sirviera de la infraestructura de la Dirección de Aduanas Nacionales...".

Añade, que "De haberse querido que la fusión comenzare a regir a partir del día primero de junio de 1993, hubiese bastado con señalar en el artículo transitorio que la fusión tendría vigencia a partir de dicha fecha. Confirma (sic) la vigencia inmediata del Decreto 2117 de 1992, los fundamentos legales tenidos en cuenta al momento de la expedición del (sic) la Resolución 0480 de 31 de diciembre de 1992, donde se lee. En uso de las facultades conferidas en el literal f) de. artículo 13 del Decreto 2117 de diciembre 29 de 1992. Obsérvese que el literal f) del artículo 13 del Decreto 2117 de 1992, le da funciones al Director de la DIAN...".

Alega que si se aceptara que el citado Decreto 2117, "Entró a regir el día 1o. de junio de 1992 (sic), ese mismo día, frente a la Resolución número 0371 de 30 de Diciembre de 1991, expedida por la Dirección de Aduanas Nacionales, operó el fenómeno jurídico de la ilegalidad sobreviniente, por cuanto esas funciones que venía ejerciendo la Dirección de Aduanas Nacionales, pasaron a la DIAN"; y que cuando ésta asumió todas las funciones de las Direcciones de Impuestos y Aduanas Nacionales, "la Resolución 0371

de 1991 pasó a se ilegal, por entrar en contraposición con aquélla, lo cual no puede ser salvado con el argumento de que la DIAN asumió las funciones de la Dirección de Aduanas Nacionales, ya que la primera es jurídicamente diferente a ésta..."

Por último, la parte opositora insiste en que el Director de Aduanas Nacionales era competente para proferir la Resolución acusada, 0371 de 1992, conforme al literal c) del artículo 4o. del Decreto 1644 de 1991, contentivo éste del régimen de estructura y funciones de la antigua Dirección General de Aduanas, convertida, por la ley 6a. de 1992, en Unidad Administrativa Especial, Dirección de Aduanas Nacionales; y que pese a que, cuando se expidió la resolución impugnada, no existía ya la Dirección General de Aduanas, las normas del citado Decreto 1644 de 1991, excepto las relativas a "contratación, personal, gastos reservados y otros" del artículo 106 de la ley 6a. de 1992, continuaron aplicándose hasta el 31 de diciembre de 1992, fecha de publicación del Decreto 2117 de este año, cuyo artículo 114 había dispuesto que, desde la publicación del decreto, hasta el 1o. de junio de 1993, la Dirección de Aduanas Nacionales tendría la estructura y funciones determinadas por el mismo decreto.

Repite, igualmente, que aun siendo aplicable el Decreto 2117 desde su expedición, el 29 de diciembre de 1992, no se desvirtuaría el discutido factor de competencia, pues su artículo 13 contemplaba, como facultad del Director de Aduanas Nacionales, la de expedir actos de carácter general, entre otros, las "instrucciones y disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias".

Y, por otro aspecto, que mientras la validez del acto administrativo hace relación a que la expresión de voluntad de la Administración se realice con observancia de los requisitos legales, la eficacia tiene que ver con los efectos jurídicos que el mismo produzca, lo que ocurriría, según generalmente se ha aceptado, de conformidad con los artículos 43 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, a partir de su notificación o publicación, pudiendo sujetarse la vigencia del acto, a lo que él mismo disponga. En el caso, la Dirección de Aduanas Nacionales, no solo no habría dejado de existir por lo expedición del Decreto 2117 de 1992, sino que, por expresa disposición de éste, continuó operando hasta el 1o. de junio de 1993, fecha prevista para su fusión con la Dirección de Impuestos Nacionales; asímismo que, para la fecha de expedición del acto impugnado, el 30 de diciembre de 1992, aun no era aplicable dicho Decreto 2117, en materia de competencias del Director de Aduanas Nacionales, pues su publicación tuvo lugar el 31 de diciembre de 1992.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la Resolución No. 0371 de 1992, el acto demandado, el Director de Aduanas Nacionales expresó obrar, "en uso de las facultades conferidas por el literal c) del artículo 4o. del Decreto 1644 de 1991", en reglamentación parcial del Decreto 1909 de 27 de noviembre de 1992.

El Decreto 1644 de 1991 citado, proferido, a su turno, por el Presidente de la República, en virtud de facultades extraordinarias concedidas por el artículo 35 de la ley

49 de 1990, estableció la estructura y determinó, "las funciones de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público"; pero como el artículo 106 de la ley 6 de 1992 (D.O. No. 40490, junio 30/92), transformó dicha Dirección General en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, "con las mismas funciones, estructura y demás competencias administrativas y operativas que la ley le asignaba a la anterior dependencia, así como las del Fondo Rotatorio de Aduanas", resulta claro que el Director de Aduanas Nacionales, podía invocar y sustentar la resolución acusada, en las disposiciones del mencionado decreto 1644 de 1991, en particular, el literal c) de su artículo 4o., que le facultaba para "expedir los actos administrativos de su competencia, dictar las instrucciones y reglamentaciones necesarias para facilitar y permitir el debido cumplimiento de las disposiciones legales y establecer los procedimientos que se requieran para tal efecto" (subrayas fuera del texto).

Por otra parte, si bien el Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992 (D.O. No. 40703, diciembre 31/92), ordenó, en su artículo 1o., la "fusión de la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales (...), en la Unidad Administrativa Especial denominada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", es un hecho, como también acertadamente lo advierten lo apoderada de la parte demandada y la Procuraduría, que por virtud de lo dispuesto en su artículo 114, tal fusión no era efectiva sino a partir del 1o. de junio de 1993, pues en éste se leía claramente, que "a partir de la publicación del presente Decreto y hasta el 1o. de junio de 1993, la Dirección de Aduanas Nacionales, tendrá la estructura y funciones establecidas en el presente Decreto, en lo que respecta a la administración de los impuestos, derechos y demás gravámenes que actualmente son de su competencia, y a la dirección y administración de la gestión aduanera, con las salvedades que se enumeran a continuación...", (se subraya) no encontrándose que, en el punto, el precepto en cita fuera "impreciso" o "infortunado", según lo sostiene el actor.

En efecto, el régimen orgánico y funcional que, en el Decreto ley 1643 de 1991 y la ley 6o. de 1992, se preveía, respectivamente, para las Unidades Administrativas Especiales, Dirección de Impuestos Nacionales y Dirección de Aduanas Nacionales, era similar al adoptado por los artículos 5o. y siguientes del Decreto 2117 de 1992, para la nueva Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por lo que no es muy claro para la Sala, en qué se basa el "imposible jurídico" a que alude el accionante, para que la Dirección de Aduanas Nacionales operara, transitoriamente, "hasta el 1o. de junio de 1993", con la estructura y funciones señaladas para la DIAN por el decreto de fusión; precisamente el hecho de que las citadas estructura y funciones de la nueva Unidad Administrativa Especial, se adoptaran como mecanismo operativo transitorio de la Dirección de Aduanas Nacionales, reconfirmaba, contrario a lo que supone el actor, que la evidente intención del legislador transitorio, al decretar la fusión había sido la de que la misma sólo tuviera eficacia desde el 1o. de junio de 1993.

Adicionalmente, el artículo 117 del Decreto 2117 de 1992 en cita, dispuso que, sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 114 y 115 ib, "los funcionarios de la planta actual de la Unidad Administradora Especial Dirección de Impuestos Nacionales y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas Nacionales, continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas, hasta tanto sea expedida la nueva planta de personal, acorde con la estructura que se establezca en el presente Decreto..."

El actor, parte del falso supuesto de que la fusión se operó en la fecha de expedición del Decreto 2117 de 1992, el 29 de Diciembre de este año, cuando, realmente, aquella solo se hizo efectiva, por mandato expreso del artículo 114 del mismo decreto, a partir del 1o. de junio de 1993.

Así las cosas, la Resolución No. 0371 de 30 de diciembre de 1992 ("Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cap. general, vol No. 3 No. 51, de 31 de diciembre de 1992"), demandada en este proceso, no solo fue expedida por funcionario competente quien tenía entre otras, las funciones señaladas por el artículo 4o., letra c), del Decreto 1644 de 1991, sino que se publicó con suficiente antelación a la puesta en vigor y eficacia de la fusión.

La circunstancia de que el decreto de fusión, el 2117 de 1992, y la resolución en cuestión, se hubieran publicado el mismo día, 31 de diciembre de 1992, resulta completamente indiferente como argumento de "nulidad sobrviniente", toda vez que, por entonces, aun no se había materializado la fusión, como erróneamente lo afirma el accionante, así se reconociera validez al aludido Decreto 2117 desde su expedición y, eficacia, desde su publicación.

Tampoco es cierto que, por la expedición y publicación del mencionado decreto se produjera la derogatoria del artículo 4o., letra c) del Decreto 1644 de 1991, pues, como quedo dicho, la supervivencia jurídica del ente denominado Dirección de Aduanas Nacionales, se había prorrogado al 1o. de junio de 1993, por mandato legal.

Lo anterior indica que el acto demandado fue proferido por autoridad competente y de acuerdo con la legislación transitoria vigente al momento de su expedición, razón por la cual, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en consonancia con las apreciaciones del Ministerio Público.

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente de la Sección

JULIO E. CORREA RESTREPO
Ausente con permiso

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

COSTOS DE PROFESIONAL INDEPENDIENTE/REEMBOLSO DE GASTOS- Inexistencia/**ADICIÓN DE INGRESOS-**Procedencia/**DEDUCCIÓN POR INTERESES PARA VIVIENDA-**Procedencia

En el caso del contrato de instalación de transmisores de Antena-Dos Bogotá no se evidencia el pretendido reembolso a que alude el apelante, antes bien la Cláusula tercera del contrato confirma que el mencionado valor hace parte del total de ingresos relacionados en el renglón 13 de la declaración de renta recibidos por el contribuyente en su condición de profesional independiente, sujetos por lo tanto a la limitación de los costos y deducciones en un 50 de que trata el artículo 87 del Estatuto Tributario. Y en cuanto a la primera de las dos cuentas de cobro se observa que no corresponde a la obra Antena-Dos sino a la totalidad de Bosa cuyo contrato no aparece dentro de los antecedentes administrativos; y en relación con la otra cuenta de cobro aunque se indica que el totalizador es con destino a la obra Antena-Dos R.C.N. de Bogotá, en el detalle de materiales y elementos del respectivo contrato no lo menciona específicamente, lo cual significa que podría haber sido objeto de un contrato adicional; por lo tanto se considera que no existiendo en el expediente pruebas que demuestren la existencia de los pretendidos reembolsos de que trata el renglón 13 de la declaración de renta, se concluye que esta partida corresponde a ingresos obtenidos por el contribuyente en su condición de profesional independiente sujetos a limitación del 50 los costos y deducciones (art. 87 del Estatuto Tributario).

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 6059. Actor: Fabio Arango Osorio. Apelación sentencia 20 de octubre de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto de renta y patrimonio año gravable 1990). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del señor FABIO ARANGO OSORIO con cédula de ciudadanía No. 10.235.980 de Manizales, contra la sentencia de 20 de octubre de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las peticiones de la demanda formulada por el mencionado contribuyente contra los actos de determinación del impuesto de renta y patrimonio del año gravable 1990.

ANTECEDENTES

El contribuyente presentó la declaración de renta, patrimonio y ganancias ocasionales el año gravable 1990 en el Banco del Comercio de Unicentro indicando como actividad económica código 909 SERVICIOS PROFESIONALES DE ASESORÍA.

La declaración tributaria en cuestión registra un total de ingresos por $22.579.000 de los cuales $7.066.000 corresponden a honorarios (renglón 10) y $10.559.000 a ventas (renglón 13).

Librado el respectivo requerimiento especial 000011 de enero 13 de 1992 el cual fue contestado por el contribuyente, la División de Liquidación de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cundinamarca después de precisar otras glosas, limitó los costos y deducciones propuestos en el renglón 17 de la declaración tributaria ($18.456.000) a la cantidad de $8.813.000 que corresponden al 50% de los costos y deducciones imputables a la actividad propia de los profesionales independientes (artículo 87 del Estatuto Tributario).

Interpuesto recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión 501290 de octubre 8 de 1992 la Administración Tributaria al resolver ésta impugnación (Resolución 603-10316 de noviembre 5 de 1993) precisó que el valor declarado en el renglón 10 ($7.066.000) si está sujeto a la limitación del 50% de costos y deducciones prevista en el artículo 87 del Estatuto Tributario porque corresponde a ingresos recibidos por el contribuyente por concepto de trabajos relacionados con una obra eléctrica como es el montaje de un transformador trifásico según aparece en contrato suscrito con la firma Radio Cadena Nacional S.A. "R.C.N.".

No obstante lo anterior, señala que no es posible acceder al reconocimiento de ese 50% por costos y deducciones en razón de que las pruebas allegadas para su reconocimiento indica que se trata de la cancelación de honorarios por sub-contratos de obra por la suma de $7.150.658 que no pueden aceptarse debido a que el contribuyente no lleva libros de contabilidad que permitan establecer la veracidad de tales erogaciones,

siendo necesario para su reconocimiento un documento de fecha cierta o auténtica (artículo 767 del Estatuto Tributario).

Respecto al total de ingresos recibidos por concepto de compras ($10.559.000) certificado por la misma sociedad R.C.N. observa que por tratarse de una erogación en la cual tuvo que incurrir para dar cumplimiento a una parte del contrato, no es procedente la aplicación de la mencionada limitación del 50% de costos y deducciones por cuanto no reviste el carácter de un ingreso proveniente de su actividad de prestación de servicios.

Así mismo, la Administración en esta oportunidad precisa que de acuerdo con las pruebas que aparecen en el expediente procede el reconocimiento de costos y deducciones por la suma de $8.321.403 según la siguiente discriminación:

Intereses por préstamos de vivienda	$ 652.000
Servicios	-0-
Compras	7.669.403
Total	$ 8.321.403

Sin embargo, señala que como en la liquidación de revisión se reconocieron costos y deducciones por $8.813.000 y ahora resulta una suma inferior por estos conceptos ($8.321.403) en virtud del principio de la *Reformatio in Pejus* confirma la partida de $8.813.000.

Agotada la vía gubernativa el actor ocurrió en demanda ante el Tribunal en la cual relieva que si bien declaró unos costos que corresponden a la compra de materiales para las obras que él dirige, que realmente son costos para la empresa que lo contrató, la Administración no los puede limitar sin una explicación legal, a más de que el total de facturas allegadas en la vía gubernativa no fueron objetadas en el fallo de la División Jurídica.

Así mismo, anota que la Administración en el recurso de reconsideración echa de menos las copias de sub-contratos de fecha cierta, pues ninguna norma lo exige.

Precisa que ni en la liquidación de revisión, ni en la resolución que decidió el recurso de reconsideración se controvirtieron las pruebas (facturas) que el contribuyente presentó, situación que impidió saber a ciencia cierta qué hechos o circunstancias restaron valor probatorio a las mencionadas facturas.

De otro lado, observa que el contribuyente remitió oportunamente facturas de compra por la suma de $10.696.901 pero en la Resolución 10316 de noviembre 5 de 1993 se sostiene que el señor Fabio Arango Osorio solo comprobó la suma de $7.664.983, ignorándose el motivo del rechazo del valor correspondiente a la diferencia de dichas facturas.

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal negó las súplicas de la demanda, pues básicamente sostiene que según los certificados de retención (folios 73 y 74 de los antecedentes) los valores que allí aparecen (total $10.558.600) constituyen un ingreso, sin embargo observa que las facturas en cuestión "han sido expedidas a nombre del contribuyente sin que de ellas pueda inferirse que los materiales hayan sido adquiridos para un tercero y que por ello haya lugar a un reembolso". (fl. 139).

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del actor impugna la sentencia del Tribunal porque a su juicio se incurrió en errónea valoración de las pruebas, las normas jurídicas y los principios de derecho pertinentes.

Señala que durante el proceso se ha demostrado que las compras de materiales para las obras realizadas a Radio Cadena Nacional S.A. se originaron en un contrato celebrado con la mencionada empresa que no fue de administración delegada. Afirma que las obras las hizo el actor a su nombre pero solo para dar cumplimiento a lo pactado, lo cual se evidencia de las pruebas aportadas, pues al presentar éste las facturas, R.C.N. le reintegró la suma correspondiente efectuando la retención en la fuente por compras.

Relieva que en las distintas etapas del proceso acompañó las pruebas sobre el total de compras ($10.696.901) y los respectivos contratos celebrados con R.C.N. con el ítem de que la Administración con motivo del recurso de reconsideración admitió que los ingresos que registra el renglón 13 no eran ingresos provenientes de su actividad productora de renta por servicios, por lo tanto, no sujetos a la limitación del 50% del artículo 87 del Estatuto Tributario.

En cuanto a las pruebas allegadas (facturas) observa que nunca se expusieron los motivos de su rechazo ni se analizaron, pues la Administración se limitó a desconocer parte de ellas sin explicación alguna.

En resumen, sostiene que hasta el momento el actor no sabe a qué se debe el rechazo de los costos, pues en justicia y en derecho la Administración ha debido reconocerlos así:

Compras demostradas con facturas.....	$ 10.696.901
Intereses por préstamo de vivienda.....	652.000
50% como profesional independiente.....	3.533.000

Por último, anota que "no ha habido correlación entre lo aceptado en la etapa del recurso por la Administración y lo afirmado por el Honorable Tribunal en la sentencia impugnada en esta instancia." (fls. 147-A-/149).

TRASLADOS PARA ALEGAR

La apoderada de la parte demandada destaca que el actor en el recurso de apelación y en las diferentes etapas del proceso sostiene que la suma de $10.559.000 declarada como

ingreso en el renglón correspondiente a ventas, no fue ingreso sino un reembolso o reintegro que le hiciera R.C.N. por el suministro de elementos para la realización de la obra; de tal forma que él hizo las compras para cumplir lo pactado y al presentar las facturas R.C.N. le reintegró la suma correspondiente.

Sin embargo, observa que como bien lo afirma el Tribunal, el hecho de que se hayan practicado las retenciones sobre los pagos efectuados por R.C.N. al señor FABIO ARANGO OSORIO, ello demuestra que éstos constituyen un ingreso, máxime cuando sobre los reembolsos que se practiquen la ley no prevé retención en la fuente.

De acuerdo con lo anterior, precisa que los ingresos declarados por el contribuyente como provenientes de ventas (renglón 13) no puede considerarse que tengan realmente tal origen, porque en este caso el actor no es responsable del impuesto de ventas; por el contrario dichos ingresos hacen parte de su propia actividad como él mismo lo ha afirmado, pues se obtuvieron en cumplimiento de un contrato, lo cual confirma una vez más que ha dicho ingreso si le es aplicable la limitación del inciso 1o. del artículo 87 del Estatuto Tributario.

Por lo tanto, solicita se confirme la sentencia apelada lo cual implica la legalidad de los actos administrativos demandados. (fls. 154/156).

En este proceso no se registra actuación alguna por parte de la Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación.

CONSIDERACIONES

Se discute en esta instancia si la partida de $10.559.000 declarada por el ingeniero Arango Osorio en el renglón 13 de su declaración de renta corresponde a reintegros de compras que le hizo Radio Cadena Nacional S.A. en virtud de contratos suscritos con esta firma, o si por el contrario se trata de ingresos obtenidos como profesional independiente. En el primer caso, de ser ello cierto los costos y deducciones serían aceptables fiscalmente en su totalidad, según la idoneidad de las pruebas que hubiese allegado; y en el segundo, estarían limitados tales costos y deducciones al 50% de los ingresos dada su actividad profesional (artículo 87 del Estatuto Tributario).

En relación con los pretendidos reintegros de compras la Sala observa que el contribuyente solicitó costos y deducciones por $11.211.000, partida que incluye los intereses hipotecarios por $652.000 pagados a la Corporación Colmena por préstamo de vivienda y la diferencia de $10.559.000 por concepto de materiales para construcción comprados y vendidos.

Pues bien, como el apelante sostiene que la modalidad de esta operación se origina en los contratos celebrados con la Radio Cadena Nacional S.A., examinado el folder de los antecedentes a folios 100/101 se registra fotocopia del contrato de fecha 6 de octubre de 1989 por la suma de $9.087.799 suscrito entre la mencionada firma y el contratista Fabio Arango Osorio cuyo objeto es la realización de trabajos relacionados con la

adecuación e instalación de la sub-estación de energía de los trasmisores de ANTENA DOS-BOGOTÁ.

En cláusula TERCERA: SUMINISTRO DE ELEMENTOS se estipula que el transformador trifásico y todos los elementos necesarios para la acometida eléctrica, etc., serán suministrados por el CONTRATISTA (subraya la Sala) y serán de primera calidad.

De acuerdo con lo anterior, se deduce que en el caso del contrato de instalación de trasmisores de Antena-Dos Bogotá por la suma de $9.087.799 no se evidencia el pretendido reembolso a que hace alusión el apelante, antes bien la cláusula tercera del contrato confirma que el mencionado valor hace parte del total de ingresos relacionados en el renglón 13 de la declaración de renta recibidos por el contribuyente en su condición de profesional independiente, sujetos por lo tanto a la limitación de los costos y deducciones en un 50% de que trata el artículo 87 del Estatuto Tributario.

Respecto a la diferencia de $1.470.800 de los mencionados reembolsos efectuados por R.C.N. ($10.558.600 menos $9.087.800) a folio 97 de los antecedentes aparece fotocopia de cuenta de cobro por la cantidad de $1.240.785 por concepto del suministro de un trasformador trifásico de 45 KVA/11.400-V 220V, para ser instalado en transmisores de Antena-Dos de Bosa (Cundinamarca); y también fotocopia de cuenta de cobro por $230.000 por suministro de un Totalizador de 250 amperios para ser instalado en transmisores de Antena-Dos-R.C.N. de Bogotá. (fl. 96).

En cuanto a la primera cuenta de cobro se observa que no corresponde a la obra Antena-Dos de Bogotá sino a la localidad de Bosa cuyo contrato no aparece dentro de los antecedentes administrativos; y en relación con la segunda cuenta de cobro ($230.000) aunque se indica que el totalizador de 250 amperios es con destino a la obra Antena-Dos R.C.N. de Bogotá, en el detalle de materiales y elementos del respectivo contrato no lo menciona específicamente, lo cual significa que podría haber sido objeto de un contrato adicional, pero en el expediente no aparece prueba alguna de ello.

Por lo tanto, la Sala considera que no existiendo en el expediente pruebas que demuestren la existencia de los pretendidos reembolsos por la suma de $10.559.000 de que la cuenta el renglón 13 de la declaración de renta, habrá de confirmar la actuación de la Administración en cuanto a este punto, porque esta partida corresponde a ingresos obtenidos por el contribuyente en su condición de profesional independiente sujetos a limitación del 50% los costos y deducciones (artículo 87 del Estatuto Tributario).

Por último, la Sala estima que fuera del reconocimiento de costos y deducciones, limitados por la Administración al 50% de los ingresos obtenidos por el contribuyente, como profesional independiente ($8.813.000) también procede la aceptación de la suma de $652.000 por concepto de préstamo de vivienda, porque esta deducción no tiene relación de causalidad con los ingresos percibidos como profesional independiente sino

que tiene su causa u origen en los ingresos laborales declarados (Fadaltec S.A.- Sueldos) en el año gravable 1990 por la suma de $4.954.000. (fls. 72 y 78 antecedentes administrativos).

Por lo tanto, habrá de revocar la sentencia del Tribunal para practicar una nueva liquidación en la cual se refleje la aceptación de esta deducción, así:

FABIO ARANGO OSORIO

C.C. NO. 10.235.980 DE MANIZALES

RENTA	**BASE**	**IMPUESTO**
La gravable según liquidación de revisión	$ 15.899.000	
Menos: Deducción por intereses préstamo		
de vivienda que ahora se acepta	652.000	
Renta líquida gravable	$ 15.247.000	3.402.000
Impuesto de patrimonio s/ $ 8.559.000		56.000
Sanción por inexactitud (mínima)		34.000
Sanción por extemporaneidad		
s/ $ 3.402.000 10%		340.000
Total a cargo del contribuyente		**$ 3.832.000**

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

FALLA:

1o.- **REVÓCASE** la sentencia de 20 de octubre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio No. 10.245

2o.- **ANÚLANSE** la liquidación de revisión 501290 de octubre 8 de 1992 y la Resolución 603-10316 de noviembre 5 de 1993 expedidas por la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cundinamarca y Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Santa Fe de Bogotá, División Jurídica respectivamente.

3o.- En su lugar, **FÍJASE** en la suma de tres millones ochocientos treinta y dos mil pesos moneda corriente ($ 3.832.000 M/cte.) el valor del impuesto de renta y patrimonio que debe pagar el señor FABIO ARANGO OSORIO con cédula de ciudadanía No. 10.235.980 por el año gravable de 1990.

4o.- **RECONÓCESE PERSONERÍA** a la abogada Myriam Roncancio Téllez de acuerdo con poder visible a folio 157 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y 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

DELIO GÓMEZ LEYVA

GILBERTO ARANGO LONDOÑO
Conjuez

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

ANTICIPO A LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL-Cálculo/**ANTICIPO DEL IMPORRENTA**-Cálculo/**CONTRIBUCIÓN ESPECIAL**-Cálculo

El parágrafo primero transitorio del artículo 807 del E.T. en lo que tiene que ver con los años gravables 1993 a 1997, claramente adicionó a la obligación de anticipar parte del impuesto, la obligación de anticipar parte de la contribución especial, entre otras razones, por ser la llamada "contribución especial", un mayor valor del impuesto neto de renta. Lo anterior significa que el parágrafo primero transitorio del art. 807 del E.T. no modificó el procedimiento para determinar el anticipo previsto en el inciso segundo de esa misma disposición. En este orden de ideas lo que hizo el par. transitorio del art. 807 del E.T. fue adicionar a la obligación de anticipar parte del impuesto, la obligación de anticipar parte de la contribución especial, y tal adición en los términos en que quedó previsto en el citado parágrafo, implica que a la base del anticipo de que da cuenta el inciso segundo del art. 807 del E.T. se le debe sumar el valor de la contribución especial prevista en el art. 248-1 ibídem y al resultado de dicha sumatoria deba aplicarse la tarifa del 75. No de otra manera puede entenderse el texto del mencionado parágrafo, cuando prescribe que el anticipo "deberá liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1" pues de una parte, si la norma sólo se limita a adicionar la obligación de pagar el anticipo por concepto de la contribución especial, mal podría modificar la base gravable prevista en el inciso segundo del art. 807 del E.T.

ANTICIPO DEL IMPORRENTA-Cálculo/**ANTICIPO DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL**-Cálculo/**CONTRIBUCIÓN ESPECIAL**-Cálculo

De la lectura del art. 1o. del Decreto 2076 de 1992, se observa que del anticipio del impuesto sobre la renta y la contribución especial por los años gravables 1993 a 1997, es el resultado del siguiente cálculo: 1. Se determina el valor equivalente al 25% del impuesto neto de renta correspondiente a la respectiva declaración, es decir el valor de la "contribución especial" del respectivo ejercicio de que trata el artículo 248-1 el E.T. 2. El valor del impuesto de renta de la respectiva declaración o el valor promedio del impuesto de renta de los 2 últimos años, se incrementa con el valor establecido en el numeral anterior y a la suma resultante se le aplica el 75%. A este otro resultado se le descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al ejercicio fiscal, con lo que se obtiene el anticipo a pagar. Se observa así que la norma acusada refleja fielmente el texto de la disposición que reglamentó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5728. Actor: Camilo E. Ramírez Baquero y Álvaro H. Gama Beltrán. Nulidad de apartes del artículo 1 del decreto No. 2076 de 1992. Fallo.

Los ciudadanos CAMILO E. RAMÍREZ BAQUERO y ÁLVARO H. GAMA BELTRÁN, obrando en sus propios nombres y en ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandan la nulidad de los apartes señalados del artículo 1 del Decreto 2076 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Surtido el trámite procedimental y no existiendo causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia.

EL ACTO ACUSADO

Los apartes acusados del artículo 1 del Decreto 2076 de 1992, cuyo texto se transcribe, son los que a continuación se resaltan:

DECRETO No. 2076 DE 1992
(Diciembre 23)

Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, y en especial de las conferidas por los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA

.....

ARTÍCULO 1. Determinación del anticipo del impuesto sobre la renta y de la contribución especial por los años gravables 1993 a 1997. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo primero transitorio del artículo 807 del Estatuto Tributario, para efectos del anticipo del impuesto sobre la renta correspondiente a los años gravables de 1993 a 1997 y del anticipo de la contribución especial de que trata el artículo 248-1 del mismo Estatuto, los contribuyentes deberán incluir en la declaración de renta y complementarios del año inmediatamente anterior a cada uno de dichos años, el resultado del siguiente cálculo:

1. Se determina un valor equivalente al veinticinco por ciento (25%) del impuesto neto de renta correspondiente a la respectiva declaración.

2. El valor del impuesto de renta de la respectiva declaración, o el valor promedio del impuesto de renta de los dos últimos años, se incrementa con el valor establecido en el numeral anterior y al valor así obtenido se le aplica un setenta y cinco por ciento (75%). Al resultado se le descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al ejercicio fiscal, con lo cual se obtiene el valor del anticipo a pagar.

PARÁGRAFO. En el caso de contribuyentes que declaran por primera vez, los porcentajes de anticipo serán los señalados en el inciso tercero del artículo 807 del Estatuto Tributario.

LA DEMANDA

Los actores solicitan la nulidad de las disposiciones transcritas por violación de los artículos 807 inciso primero del Estatuto Tributario, y 11 de la ley 6 de 1992.

Manifiestan que el artículo 11 de la ley 6 de 1992, adicionó el artículo 807 del Estatuto Tributario, imponiendo la obligación de pagar anticipo sobre la contribución especial; sin embargo no modificó el procedimiento vigente para determinar el anticipo, contenido en el inciso segundo del mismo artículo 807.

En consecuencia, como la contribución especial en realidad corresponde a un recargo del impuesto sobre la renta, y su recaudo se debe realizar de la misma manera y en el mismo lugar y plazo que dicho impuesto, no puede considerarse que el artículo 11 de la ley 6 de 1992, correspondiente al Parágrafo Primero Transitorio del artículo 807 del Estatuto Tributario, autorizó un mecanismo de cálculo del anticipo diferente al del inciso segundo del artículo 807 ibídem, sino que únicamente pretendió "uniformar" el recaudo de la contribución especial con el del impuesto de renta.

Sostienen los actores que de conformidad con el texto del artículo 807 del E.T. y la adición del parágrafo primero de dicha norma, se concluye que el anticipo es el resultado de aplicar el porcentaje del 75% a uno de los siguientes factores a opción del contribuyente:

– Al resultado de la suma del impuesto neto de renta más la contribución especial del año.

– O al promedio que resulte entre los impuestos netos de los dos últimos años, adicionado cada uno con la contribución especial respectiva de cada ejercicio; es decir, que debe también promediarse el valor de la contribución especial, puesto que el parágrafo transitorio se refiere al anticipo del impuesto de renta más la contribución especial, y lo que se predique del impuesto de renta es predicable igualmente de la contribución.

En consecuencia, siendo el procedimiento de determinación de la obligación tributaria conforme al reglamento diferente del indicado en la norma legal, resulta la ilegalidad del mismo, pues mediante el acto administrativo se da a la ley un alcance diferente aumentándose la obligación por anticipo a cargo del contribuyente de la Contribución Especial.

En estas condiciones, el aparte acusado contradice el artículo 11 de la ley 6 de 1992, que adicionó el parágrafo primero transitorio al artículo 807 del Estatuto Tributario, porque lo reglamentó considerando que aquel había modificado el inciso primero del artículo 807 del Estatuto Tributario. De la misma manera, el acto acusado contrarió el inciso primero del artículo 807 del Estatuto por pretender establecer un procedimiento para calcular el anticipo diferente al prescrito en la norma legal.

Mediante auto del 9 de septiembre de 1994, se admitió la demanda sin acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

OPOSICIÓN

La apoderada judicial de la demandada al contestar la demanda, solicita se reconozca la legalidad de todo el artículo 1 del Decreto 2076 de 1992, por cuanto en sentencia de esta Corporación de julio 23 de 1993, Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate, Exp. 4641, se trató expresamente el punto ahora debatido o por lo menos se estudió, y se concluyó que era claro que el legislador había adicionado a la obligación de anticipar parte del impuesto, la obligación de anticipar parte de la contribución especial, señalando la forma del cálculo y de la aplicación del anticipo.

Sostuvo que si la disposición legal claramente ordena que para los años 1993 a 1997, el anticipo será del total conformado por el 75% del impuesto sobre la renta más la contribución especial del respectivo ejercicio fiscal, puede colegirse que el anticipo deberá calcularse sobre la contribución especial y a este valor sumarse el anticipo liquidado para el impuesto de renta de acuerdo con alguna de las dos opciones que señala el artículo 807 del Estatuto Tributario, tal como efectivamente lo reglamentó el artículo 1 del Decreto 2076 de 1992.

Por último, adujo que no ve como el decreto demandado puede violar el artículo 11 de la ley 6 de 1992, y el inciso 1 del artículo 807 del Estatuto Tributario, cuando el Decreto 2076 de 1992 fue expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades conferidas por los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Política, correspondiendo este último numeral a la función exclusiva del Gobierno de velar por la estricta recaudación

de las rentas y caudales nacionales, y el mecanismo del anticipo es de naturaleza recaudatoria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los actores reiteran los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y la solicitud de declarar nulo los apartes del artículo indicado en la demanda. Por su parte, la apoderada judicial de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se pronunció.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita no acceder a las súplicas de la demanda, al considerar que en el asunto debatido no existe un desbordamiento de la potestad reglamentaria que el artículo 189 numeral 11 de la Carta atribuye al Presidente de la República, porque la norma acusada refleja fielmente el texto del precepto que reglamenta, o sea el artículo 807 del Estatuto Tributario.

En efecto, señala que basta realizar una elemental confrontación entre estas normas para observar que el artículo 1 del Decreto 2076 de 1992 no amplía, limita, ni restringe las disposiciones del precepto superior y que más bien acata el espíritu y la finalidad de las mismas.

Manifiesta, igualmente, que el artículo 248-1 dispuso crear una contribución especial para los años gravables 1993 a 1997, inclusive, equivalente "al veinticinco por ciento (25%) del impuesto neto sobre la renta determinado por cada uno de dichos años gravables, y que como el parágrafo primero transitorio del artículo 807 del Estatuto Tributario dice que el anticipo será del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el impuesto de renta más la contribución especial, la norma reglamentaria expresó exactamente lo mismo, al disponer que para calcular el anticipo se toma el 25% del impuesto de renta, porcentaje éste que constituye la contribución especial, el cual se le adiciona al impuesto de renta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A juicio de los actores, los apartes demandados del artículo 1 del decreto 2076 de 1992, contravienen el inciso primero del artículo 807 del Estatuto Tributario y el artículo 11 de la ley 6 de 1992, que adicionó dicha norma, en la medida en que el acto administrativo acusado prevé un procedimiento para calcular el anticipo distinto al fijado por el legislador. Prescribe en lo pertinente el artículo 807 del Estatuto Tributario, lo siguiente:

> "ARTÍCULO 807.- CÁLCULO Y APLICACIÓN DEL ANTICIPO. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta están obligados a pagar un setenta y cinco por ciento (75%) del impuesto de renta y del complementario de patrimonio, determinado en su liquidación privada, a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable.
>
> Para determinar la base del anticipo, al impuesto neto de renta y al complementario de patrimonio del año gravable, o al promedio de los dos (2) últimos años a opción

del cotribuyente, se aplica el porcentaje previsto en el inciso anterior. Del resultado así obtenido se descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al respectivo ejercicio fiscal, con lo cual se obtiene el anticipo a pagar.

...PARÁGRAFO PRIMERO TRANSITORIO: (Adicionado por Ley 6/92 art. 11, así:) Para los años gravables 1993 a 1997, el anticipo contemplado en este artículo será del setenta y cinco por ciento (75%) y deberá liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1.

Ahora bien, tal como lo había expresado la Sala en el juicio de nulidad No. 4641, sentencia del 23 de julio de 1993, Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate, el parágrafo primero transitorio del artículo 807 del E.T. en lo que tiene que ver con los años gravables 1993 al 1997, claramente adicionó a la obligación de anticipar parte del impuesto, la obligación de anticipar parte de la contribución especial, entre otras razones, por ser la llamada "contribución especial", un mayor valor del impuesto neto de renta. Lo anterior significa, como bien lo afirma la parte demandante, que el parágrafo primero transitorio del artículo 807 del E.T. no modificó el procedimiento para determinar el anticipo previsto en el inciso segundo de esa misma disposición.

En este orden de ideas, lo que hizo el parágrafo primero transitorio del artículo 807 del E.T., fue adicionar a la obligación de anticipar parte del impuesto, la obligación de anticipar parte de la contribución especial, y tal adición en los términos en que quedó previsto en el citado parágrafo, implica que a la base del anticipo de que da cuenta el inciso segundo del artículo 807 del E.T. se le debe sumar el valor de la contribución especial, prevista en el artículo 248-1 *ibídem*, y al resultado de dicha sumatoria debe aplicarse la tarifa del 75%.

No de otra manera puede entenderse el texto del mencionado parágrafo, cuando prescribe que el anticipo "deberá liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1", pues de una parte, si la norma sólo se limita a adicionar la obligación de pagar el anticipo por concepto la contribución especial, mal podría modificar la base gravable prevista en el inciso segundo del artículo 807 del E.T., es decir el impuesto neto de renta del respectivo año, o el promedio del impuesto neto de renta de los dos últimos años a elección del contribuyente, y de otra, "la contribución especial del respectivo ejercicio", corresponde al 25% del impuesto neto sobre la renta determinado por cada uno de los años gravables que el artículo 248-1 del E.T. prevé.

Así las cosas, y para armonizar los artículos 807 del E.T. incluido su parágrafo primero transitorio, y 248-1 *ibídem*, el anticipo para los años gravables de 1993 a 1997, se debe liquidar sobre el impuesto de renta, es decir la base gravable prevista en el inciso segundo del artículo 807 del E.T. más la contribución especial del respectivo ejercicio, o sea, el 25% del impuesto neto de renta.

Lo anterior significa que a la base del anticipo determinada según la ley (la cual admite la posibilidad de promediarse), se le adiciona el valor de la contribución determinado según

el artículo 248-1 del E.T. (en cuya liquidación no se admite el promedio), y a la cifra resultante se le aplica la tarifa del 75%. Del resultado así obtenido se debe descontar el valor de la retención en la fuente correspondiente al respectivo ejercicio fiscal, con lo cual se obtiene el anticipo a pagar.

Ahora bien, habiendo la Sala efectuado las anteriores precisiones, le corresponde analizar si efectivamente el acto acusado prevé un procedimiento diferente al previsto en el artículo 807 del E.T. para calcular el anticipo.

De la lectura del artículo 1 del decreto 2076 de 1992, se observa que el anticipo del impuesto sobre la renta y la contribución especial por los años gravables 1993 a 1997, es el resultado del siguiente cálculo:

1. Se determina el valor equivalente al 25% del impuesto neto de renta correspondiente a la respectiva declaración, es decir el valor de la "contribución especial" del respectivo ejercicio, de que trata el artículo 248-1 el E.T.

2. El valor del impuesto de renta de la respectiva declaración o el valor promedio del impuesto de renta de los 2 últimos años, se incrementa con el valor establecido en el numeral anterior y a la suma resultante se le aplica el 75%.- A este otro resultado se le descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al ejercicio fiscal, con lo que se obtiene el valor del anticipo a pagar.

Se observa así que la norma acusada refleja fielmente el texto de la disposición que reglamentó, pues el artículo 807 del E.T. en su parágrafo primero transitorio, prevé que para los años gravables 1993 a 1997, el anticipo contemplado en los incisos 1 y 2 de la misma disposición, será del 75% y "deberá liquidarse sobre el impuesto de renta más la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1, es decir, que el porcentaje en mención se aplica al total resultante de la sumatoria de la base del anticipo (inciso 2 art. 807 del E.T.), y la contribución especial prevista en la ley, o sea el 25% del impuesto neto de renta del respectivo año gravable.

Así mismo, el acto acusado prevé que la tarifa del 75% se aplica a la cifra resultante de la adición del impuesto de renta de la respectiva declaración o el valor promedio del impuesto de los dos últimos años, y el 25% del impuesto neto de renta de la respectiva declaración, es decir, el valor de la contribución especial.

De otro lado, no comparte la Sala la interpretación que del parágrafo primero transitorio del artículo 807 del E.T., hace la parte actora, en el sentido de que el porcentaje del 75% debe aplicarse "al promedio que resulte entre los impuestos netos los últimos años, adicionado cada uno con la contribución especial respectiva de cada ejercicio", o lo que es lo mismo, que en el evento en que el contribuyente opte por utilizar el promedio de los dos últimos años, la contribución especial también debe promediarse, pues en el citado parágrafo se ordena la aplicación del 75% a la sumatoria del impuesto de renta y la contribución especial del respectivo ejercicio, que trata el artículo 248-1", es decir sin promediar, porque la norma hace referencia a la contribución del ejercicio fiscal correspondiente. Adicionalmente, el artículo 248-1 del E.T., al cual se remite el parágrafo

primero transitorio, en forma clara y precisa señala cómo se liquida el valor de "ese mayor impuesto", sin que en parte alguna permita promediar el mismo, a diferencia de lo que sucede en el inciso segundo del artículo 807 del E.T. con la base del anticipo del impuesto renta.

Al respecto, la Sala comparte las afirmaciones de la apoderada de la parte demandada, con ocasión de la contestación de la demanda, en el sentido de que "no puede pretenderse que la ley haya señalado las modalidades que los demandantes le atribuyen, de tomar para el caso del anticipo de la contribución especial, las mismas opciones consagradas para el impuesto sobre la renta, cuando la ley no lo dice y por consiguiente, tampoco lo puede adicionar el reglamento demandado."

Así mismo, cuando sostiene que "el reglamento no puede pretender aplicarle a la figura transitoria creada en el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992, los efectos consagrados para una figura jurídica permanente como es la establecida en el artículo 807 del Estatuto Tributario, creada por la Ley 8 de 1969, y menos aún aplicar este procedimiento por vía de interpretación como lo solicitan los demandantes en esta oportunidad."

Las razones expuestas son suficientes para concluir que el Presidente de la República no se excedió en su potestad reglamentaria, pues el acto demandado se ajusta perfectamente a la norma que se reglamenta, ya que acató el procedimiento previsto en el artículo 807 del E.T. incisos 1, 2 y el parágrafo transitorio, por lo cual habrán de denegarse 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

Deniéganse las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Presidente

JULIO ENRIQUE CORREA R.
Ausente

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

REPRESENTACIÓN DE SOCIEDAD LIMITADA-Titulares/**INSCRIPCIÓN DE REPRESENTANTE EN REGISTRO MERCANTIL/AGENTE OFICIOSO**-Ratificación/**JUNTA DE SOCIOS**-Actuación ineficaz

Si bien de conformidad con lo preceptuado en el art. 358 del Código de Comercio, la representación legal de las sociedades limitadas, corresponde a todos y cada uno de los socios, también lo es que la misma puede ser delegada en un gerente, y que tal designación debe estar inscrita en el registro mercantil, y que las personas inscritas en la Cámara de Comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección (art. 164 del C. de Cio.). Asimismo la representación de una sociedad se prueba con la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas y de las limitaciones acordadas a dichas facultades (art. 117 *ibídem*), es evidente que la representación legal de la sociedad ante la ausencia del representante legal recae en cabeza de la persona designada para cubrir su ausencia y que por lo tanto la ratificación de la actuación del agente oficioso, concerniente a la presentación del recurso de reconsideración, debió efectuarse por éste y no por la Junta de Socios como lo pretendió efectuar la Sociedad, toda vez que encontrándose delegada la representación de la sociedad no podía la Junta de Socios, sin violar las disposiciones del Código de Comercio ratificar una actuación que sólo podía convalidar la persona en la cual recaían las funciones asignadas, las cuales no se vieron afectadas por el hecho aducido por el apoderado de la actora, consistente en la muerte

del representante legal, hecho de que por lo demás, no aparece demostrado en el proceso.

VÍA GUBERNATIVA-Agotamiento/**AGENTE OFICIOSO**-Ratificación/**RECURSO DE RECONSIDERACIÓN**-Rechazo/**SENTENCIA INHIBITORIA**

En este caso se concluye que la actuación administrativa que negó el recurso de reconsideración, por no haberse ratificado la actuación del agente oficioso, por quien tenía la representación legal de la sociedad, se ajustó a la ley, concretamente a lo consagrado en el literal c) del art. 722 del Estatuto Tributario. Luego es forzoso señalar que en el sub lite no se agotó la vía gubernativa en debida forma, por cuanto la Resolución mediante la cual la Administración de Impuestos negó el recurso de reconsideración instaurado por la actora, lo fue por ausencia del presupuesto procesal previsto en el literal c) del art. 722 para efectos de la presentación del recurso de reconsideración, evento en el cual, se configura el indebido agotamiento de la vía gubernativa y por tanto la imposibilidad de acudir al debate contencioso. En consecuencia en este proceso es viable acceder a proferir un fallo inhibitorio por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente. DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5843. Actor: Actividades Agrícolas Industriales y Comerciales Ltda. Impuestos-renta. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada: La Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas, contra la sentencia de marzo 18 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 iniciado por la sociedad ACTIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES LTDA., NIT: 891.301.357, para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca, le determinó el impuesto de renta y complementarios por el período gravable de 1989.

ANTECEDENTES

Con base en acta de inspección contable, requerimiento especial y su respuesta, la Administración de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca a través de su División de Liquidación, modificó la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios presentada por la sociedad actora en su declaración tributaria del año gravable de 1988, mediante la liquidación de revisión No. 00010 de junio 26 de 1992. Modificación que

ocurrió como consecuencia del desconocimiento de costos, deducciones, descuentos, adición de ingresos a la renta declarada, y de mayor valor de aportes al patrimonio, así como a la imposición de sanción por inexactitud.

En memorial de fecha agosto 25 de 1992, la sociedad actora a través de agente oficioso interpuso el recurso de reconsideración ante la División Jurídica de la mencionada Administración de Impuestos, en donde impugnó todos y cada uno de los puntos que originaron los mayores impuestos, así como la sanción por inexactitud.

Por auto No. 023 de septiembre 16 de 1992, la Administración de Impuestos admitió el precitado recurso de reconsideración, interpuesto por el Dr. Carlos A. Arciniegas en calidad de agente oficioso. Acto notificado por edicto, desfijado el 15 de octubre de 1992.

En memorial de fecha 14 de diciembre de 1992, y para efectos de la ratificación exigida en el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario, se presentó el Acta No. 12 del 9 de diciembre de 1992, de la Junta de Socios de la sociedad "Actividades Agropecuarias y Comerciales Ltda.", contentiva de la ratificación de la actuación del agente oficioso.

A través de la Resolución No. 0001 de enero 20 de 1993, la División Jurídica de la misma Administración, revocó el auto No. 023 de septiembre 16 de 1992, y en su lugar decidió negar el recurso de reconsideración, por cuanto la ratificación de la actuación del agente oficioso, tratándose de una persona jurídica, debía provenir de quienes figuraran inscritos en la Cámara de Comercio como representantes legales de la sociedad.

Con la decisión anterior la Administración de Impuestos dio por agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Pretende la nulidad de la liquidación de revisión No. 000010 de junio 26 de 1992, y la resolución No. 00001 de enero 20 de 1993, y como restablecimiento del derecho, confirmar la liquidación privada contenida en la declaración de renta presentada por la sociedad actora por el año gravable de 1988.

El demandante fundamentó las anteriores pretensiones en las siguientes disposiciones y conceptos de violación: Los artículos 358, 368, 557, 711 y 730 del Estatuto Tributario y 20 de la Ley 9a. de 1983.

En primer término, consideró el libelista que la Administración Tributaria violó los artículos 358 y 368 del Código de Comercio, al revocar el auto que admitió el recurso de reconsideración interpuesto para impugnar la liquidación de revisión que se le practicó a su representada por el año gravable de 1988, por cuanto la "ratificación" del agente

oficioso, si bien no proviene del representante legal inscrito en el Registro Mercantil, se efectuó por el máximo organismo social (junta de socios), quien tiene, en principio, la representación legal, por lo que ante la negativa de la Cámara de Comercio de Palmira de inscribir los representantes nombrados, tal ratificación efectuada por la Junta de Socios es válida, y por ende, debió ser aceptada por los funcionarios de impuestos.

Así mismo objetó el proceder administrativo relacionado con la adición de ingresos por la liquidación de intereses presuntivos, el rechazo de costos por variación de inventarios, rechazo de vacaciones, rechazo de cesantías e intereses sobre cesantías, intereses, rechazo por falta de soportes documentales, rechazo de gastos correspondientes a otras vigencias, rechazo de gastos no deducibles; también las modificaciones al patrimonio (adición de mayor valor de aportes) desconocimiento de descuentos tributarios, sanción por inexactitud, y el reajuste del anticipo para el año gravable de 1989.

Puso de manifiesto que la mayor parte de las glosas se originaron en la falta de apreciación o apreciación errónea de la contabilidad de la sociedad, de la falta de valoración como prueba de las certificaciones expedidas por contador público, y de la desestimación de la presunción de veracidad de la declaración tributaria.

Con el objeto de oponerse a la falta de ejercicio pleno de las amplias facultades probatorias por parte de la Administración tributaria, transcribió apartes de jurisprudencias de la Corporación, relacionadas con temas como: contabilidad como prueba, valor probatorio de una certificación expedida por contador público y presunción de veracidad de la declaración de renta.

LA PARTE OPOSITORA:

La entidad demandada a través de su apoderada judicial contestó la demanda, oportunidad en la cual solicitó no acceder a las súplicas de la demanda.

Manifestó que si bien conforme al artículo 358 del Código de Comercio en la sociedad de responsabilidad limitada, la representación legal puede ser ejercida por todos o cada uno de los socios, o por un gerente nombrado por éstos, en uno y otro caso, tal delegación, además de estar estipulada en los estatutos, debe registrarse en la Cámara de Comercio.

Al no haberse aportado en la vía gubernativa la prueba de la representación legal de la sociedad, que según el artículo 117 del Código de Comercio es la certificación de la Cámara de Comercio donde conste la inscripción en el registro mercantil del representante legal de la misma, y la posterior ratificación por parte de los mismos sobre la agencia oficiosa ejercida por el Dr. Carlos A. Arciniegas al interponer el recurso de reconsideración, para la apoderada de la Administración de Impuestos, implica que el requisito de la ratificación exigida por el artículo 722 literal c) del Estatuto Tributario, no se cumplió, y por ende, el recurso de reconsideración "no se entiende presentado en debida forma".

Respecto a la liquidación de revisión, observó que ésta se practicó con base en inspección contable en donde se establecieron diferencias entre lo declarado y lo

registrado en los asientos contables, circunstancia por la cual el contribuyente está obligado a pagar la cantidad determinada en la actuación administrativa acusada.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad parcial de los actos administrativos acusados y como consecuencia fijó el monto definitivo de los impuestos de renta, ganancias ocasionales y remesas, por el año gravable de 1988, en la suma de $39.193.000 y un anticipo para el año gravable de 1989, en la suma de $1.681.000.

Previamente determinó que la representación legal de la sociedad actora en el presente proceso se encontraba debidamente acreditada según el certificado de la Cámara de Comercio de Palmira, expedido el 6 de mayo de 1993, donde aparece inscrita el acta No. 3 mediante la cual se confirió poder al Dr. Luis Enrique Barrero Garcés. Seguidamente analizó los efectos del hecho de no haberse renovado la matrícula mercantil a la luz de la jurisprudencia, para concluir en que dado el estado de liquidación y disolución de la sociedad por expiración del término de duración, el 20 de noviembre de 1989, la personalidad jurídica de ésta continúa y por tanto, en la demanda aquí presentada sí se acreditó debidamente la personería para actuar.

En cuanto al aspecto de fondo, el *a-quo,* aceptó parcialmente la objeción concerniente al rechazo de los intereses presuntivos: así mismo aceptó lo relacionado con el reajuste al anticipo para el año gravable de 1989, dado el estado de disolución y liquidación de la sociedad; la adición al patrimonio por cuanto en el requerimiento especial no se explicó si se le practicó liquidación de revisión a la sociedad Hacienda Uña de Gato; el rechazo de los descuentos tributarios, igualmente lo consideró nulo por carecer de las bases gravables y exoneró a la sociedad de la sanción por inexactitud por ausencia de prueba sobre maniobras fraudulentas en la declaración.

Respecto a los demás puntos, especialmente los relacionados con: variación de inventarios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, y otros gastos, consideró que el proceder administrativo se ajustaba a derecho.

LA APELACIÓN:

Al apelar, la apoderada judicial de la entidad demandada manifestó su discrepancia con la sentencia del Tribunal, en cuanto que éste no analizó el hecho aducido respecto a la circunstancia de que no se agotó la vía gubernativa, por lo que ha debido proferirse fallo inhibitorio.

Reafirmó lo expresado en la contestación a la demanda en el sentido de que el recurso de reconsideración fue interpuesto mediante agente oficioso, Dr. Carlos A. Arciniega Cuellas, en nombre y representación de la sociedad actora, y que para efectos de la ratificación exigida en el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario, presentó el Acta No. 12 del 9 de diciembre de 1992, de la Junta de Socios, documento que no es válido

para tal efecto, por cuanto si bien conforme al artículo 358 del Código de Comercio, la representación legal en el caso de las sociedades limitadas, puede ser ejercida por todos o cada uno de los socios, o por un gerente nombrado por éstos, en uno y otro caso, tal delegación además de estar prevista en los estatutos debe registrarse en la Cámara de Comercio.

Al no haberse aportado en la vía gubernativa la prueba de la representación legal de la sociedad, que según el artículo 117 del Código de Comercio es la certificación de la Cámara de Comercio donde conste la inscripción en el registro mercantil del representante legal de la misma, y la posterior ratificación, por parte de los mismos sobre la agencia oficiosa ejercida por el Dr. Carlos A. Arciniega al interponer el recurso de reconsideración, para la apelante tal circunstancia implica que el requisito de la ratificación exigida por el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario, no se cumplió y por ende el recurso de reconsideración "no se entiende presentado en debida forma".

En cuanto a lo de fondo, su inconformidad la concretó en la sanción por inexactitud, la cual en su concepto no podía ser levantada, como lo hizo el Tribunal, ya que la sociedad actora incurrió en la conducta que la norma califica de inexactitud, como la omisión de ingresos para el cálculo de la renta presuntiva, y la falta de correspondencia entre los gastos contabilizados y los declarados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

En esta oportunidad procesal, la representante judicial de la Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y de Aduanas Nacionales, puso de manifiesto que el Tribunal se equivocó con respecto a la *litis* planteada por la Administración respecto a la falta de agotamiento de la vía gubernativa, al referirse a una indebida representación de la sociedad para efectos de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Aclaró, que en ningún momento se ha cuestionado la representación legal de la sociedad en cabeza del Dr. Luis Enrique Barrera Garcés al presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sino la representación del Dr. Carlos A. Arciniega Cuéllar, quien actuó como agente oficioso al interponer el recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión, aspecto sobre el cual omitió el análisis y consecuente decisión.

Al respecto, observó que ni el acta No. 11 de junio 16 de 1992, en la cual se tomó la decisión de modificar la representación legal de la sociedad, ni el acta No. 12 de diciembre 9 de 1992, en la cual se decidió la ratificación del agente oficioso (que además no es precisa respecto de la actuación del recurso) fueron registradas ante la Cámara de Comercio de Palmira, por lo que para ella, aunque se acepte que la representación legal de la sociedad conforme al artículo 358 del Código de Comercio corresponde a todos los socios, ésta calidad debe estar reconocida mediante el registro de la Cámara de Comercio de cada una de las modificaciones efectuadas a la representación legal.

Agregó, que como lo reconoce la sociedad en el escrito demandatorio, la representación legal de la sociedad a la fecha en que debía efectuarse la ratificación del agente oficioso no estaba debidamente acreditada por falta de registro en la Cámara de Comercio de las citadas actas de la junta de socios, circunstancia por la cual la pretendida ratificación del agente oficioso no podía tener la efectividad requerida por la ley, y por ende tiene plena aplicación lo dispuesto en el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario, en el sentido de entenderse que el recurso de reconsideración no fue presentado en debida forma.

En lo referente a la sanción por inexactitud manifestó que se encuentra plenamente configurado el hecho irregular sancionable al confirmar el Tribunal el rechazo de los costos y deducciones, así como al confirmar la adición parcial de ingresos, para lo cual transcribió apartes de sentencia de abril 3 de 1992, expediente 3280, actor: Aeronaves de México S.A., así mismo que, las maniobras fraudulentas pueden llegar a generar investigación penal, sin que enerven la facultad sancionatoria que consagra el artículo 647 del Estatuto Tributario, conforme a lo dispuesto en el artículo 648 *ibídem.*

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso ante la Corporación en su alegato de conclusión consideró que la sentencia del Tribunal merece ser confirmada, pues en su opinión se cumplió válidamente con el requisito señalado en el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario, porque si bien no se acreditó la representación de la sociedad en la forma establecida en el artículo 117 del Código de Comercio, quien puede lo más puede lo menos, es decir, que si la Junta de Socios puede designar un representante legal para efectos de la representación legal de la sociedad, también puede entrar a convalidar determinada actuación que le es beneficiosa.

Por otra parte estimó que no debía olvidarse que el artículo 358 del Código de Comercio señala que la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios, y que "la junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente..." de donde coligió que es viable que los socios actúen directamente, como ocurrió en el presente caso en la ratificación de la actuación del agente oficioso, respecto a la presentación del recurso de reconsideración en la vía gubernativa.

El apoderado judicial de la sociedad actora no presentó alegato de conclusión en la segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe examinar la Sala, primero, lo concerniente a la alegada "falta de agotamiento de la vía gubernativa", aspecto sobre el cual, evidentemente, como lo reclama la entidad demandada, el *a-quo* confundió la litis planteada, ya que no se cuestionó la representación legal de la sociedad para efectos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino la representación del Dr. Carlos A. Arciniega Cuéllar, respecto del recurso de

reconsideración interpuesto contra la liquidación de revisión que por el año gravable de 1988, le practicó la Administración de Impuestos de Palmira, a la sociedad actora, objeto de la demanda contenciosa de que trata el presente proceso.

En efecto, en la contestación a la demanda la entidad demandada puso de manifiesto el hecho de que la Administración de Impuestos de Palmira, mediante auto admisorio No. 023 de septiembre de 1992, notificado por edicto, el día 15 de octubre de 1992, dispuso admitir el recurso de reconsideración interpuesto por el Dr. Carlos A. Arciniega Cuéllar como agente oficioso de la sociedad Actividades Agrícolas Industriales y Comerciales Ltda., y que para efectos de la ratificación exigida en el literal c) del artículo 722, el Dr. Carlos A. Arciniega Cuéllar, presentó el Acta No. 12 del 9 de diciembre de 1992, de la Junta de Socios, contentiva de la ratificación de su actuación por parte de la Junta de Socios.

Que, como la ratificación debe provenir de quien conforme a las cláusulas estatutarias de la sociedad y previo el cumplimiento de los requisitos y solemnidades prescritas en los artículos 372, 440, 441 y 441 del Código de Comercio, figure inscrito en el registro mercantil como representante legal de la sociedad para todos los efectos legales, al no haberse aportado la certificación de la Cámara de Comercio sobre la representación legal de la sociedad y posterior ratificación de dicho representante legal, sobre la agencia oficiosa ejercida por el Dr. Carlos A. Arciniega Cuéllar, el requisito de la ratificación que exige el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario no se cumplio, y por ende, el recurso de reconsideración no se entiende presentado en debida forma.

A juicio del demandante, la actuación de la Administración al respecto, es violatoria de los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil, 358 y 368 del Código de Comercio, por cuanto en la diligencia de ratificación de la actuación del agente oficioso se aclaró a las autoridades fiscales que teniendo en cuenta que el representante legal de la sociedad murió y que a la fecha no ha sido posible lograr que la Cámara de Comercio de Palmira registre el nombramiento efectuado por medio del Acta No. 10 del 23 de julio de 1991, contenida en la escritura pública No. 1803 del 31 de julio del mismo año, de la Notaría Segunda de Palmira, correspondiente al liquidador y revisor fiscal de la sociedad, fue necesario que la ratificación de la actuación la efectuara la Junta de Socios, según Acta No. 12 del día 9 de diciembre de 1992.

Para la Sala, si bien de conformidad con lo preceptuado en el artículo 358 del Código de Comercio, la representación legal de las sociedades limitadas, corresponde a todos y cada uno de los socios, también lo es que la misma puede ser delegada en un gerente, y que tal designación debe estar inscrita en el registro mercantil, y que las personas inscritas en la Cámara de Comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección (Artículo 164 del Código de Comercio). Así mismo, la representación de una

sociedad se prueba con la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas y de las limitaciones acordadas a dichas facultades. (artículo 117 *ibídem*).

Pues bien, en el *sub-lite*, observa la Sala que según certificado de la Cámara de Comercio de Palmira del 6 de mayo de 1993, acompañado al proceso como anexo de la demanda contenciosa, bajo el No. 6701 del libro IX/13 se inscribió el Acta No. 3 de la Junta de Socios de fecha septiembre 28 de 1984, mediante la cual acordaron que cuando el representante legal de la sociedad, Ricardo Cobo Naranjo, se encontrara "ausente por cualquier circunstancia "asumirá sus funciones el Dr. LUIS ENRIQUE BARRERO GARCÉS, pero únicamente para representar a la sociedad ante todas las autoridades administrativas, judiciales y policías, para todo lo relacionado con cualquier negocio o proceso en que la sociedad esté interesada bien como demandante o demandada y ya se trate de cuestiones de orden civil, laboral, administrativo o de cualquier otra clase para que la sociedad se encuentre siempre representada ante todas las autoridades, bien sea de orden Nacional, Departamental o Municipal".

Es evidente entonces, que la representación legal de la sociedad ante la ausencia del representante legal Sr. Ricardo Cobo Naranjo, recae en cabeza del Dr. Luis Enrique Barrero Garcés, para los efectos señalados y que por lo tanto, la ratificación de la actuación del agente oficioso, concerniente a la presentación del recurso de reconsideración, debió efectuarse por éste, yno por la Junta de Socios, como lo pretendió efectuar la sociedad, con fundamento en el Acta No. 12 del 9 de diciembre de 1992, que desestimó acertadamente la Administración de Impuestos, toda vez que encontrándose delegada la representación de la sociedad, no podía la Junta de Socios, sin violar las disposiciones del Código de Comercio precitadas, ratificar una actuación que sólo podía convalidar la persona en la cual recaían las funciones asignadas, las cuales no se vieron afectadas por el hecho aducido por el apoderado de la actora, consistente en la muerte del representante legal, hecho que por lo demás, no aparece demostrado en el proceso.

De otra parte, considera la Sala, que si bien en el certificado de la Cámara de Comercio de Palmira, aparece la sociedad como disuelta por vencimiento de su término de duración, la representación legal continúa en cabeza de quienes estén inscritos como tales de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código de Comercio que señala: "Mientras no se haga y se registre el nombramiento de liquidadores, actuaran como tales las personas que figuran inscritas en el registro mercantil del domicilio social como representantes de la sociedad" (Subraya fuera del texto).

Tan cierto es que la sociedad no carecía de representante legal para actuar ante las autoridades administrativas, judiciales y de policía, que para efectos de la demanda contenciosa se allegó el precitado certificado de la Cámara de Comercio, en donde como se observó, se previó quien debía asumir las funciones en la ausencia del representante legal "por cualquier circunstancia", por lo que resulta a todas luces inadmisible aceptar

la ratificación del agente oficioso en la presentación del recurso gubernativo, con base en el Acta de Socios No. 12 de diciembre 9 de 1992, cuando es claro que la persona que debía convalidar tal actuación era el Dr. Luis Enrique Barrero Garcés, quien representaba legalmente a la sociedad ante las autoridades administrativas.

Así las cosas, se concluye que la actuación administrativa que negó el recurso de reconsideración, por no haberse ratificado la actuación del agente oficioso, por quien tenía la representación legal de la sociedad, se ajustó a la ley, concretamente a lo consagrado en el literal c) del artículo 722 del Estatuto Tributario, que al efecto dice:

> "Cuando se trate de agente oficioso, la persona por quien obra, ratificará la actuación del agente dentro del término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación del auto de admisión del recurso; si no hubiere ratificación se entenderá que el recurso no se presentó en debida forma y se revocará el auto admisorio".

Precisado lo anterior, es forzoso señalar que en el sublite, como lo ha venido reclamando la entidad demandada desde la contestación a la demanda, no se agotó la vía gubernativa en debida forma, por cuanto la resolución No. 00001 de febrero 1o. de 1993, mediante la cual la Administración de Impuestos del Valle del Cauca, negó el recurso de reconsideración instaurado por la sociedad actora, lo fue por ausencia del presupuesto procesal previsto en el literal c) del artículo 722, para efectos de la presentación del recurso de reconsideración, evento en el cual, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, se configura el indebido agotamiento de la vía gubernativa, y por tanto la imposibilidad de acudir al debate contencioso.

En consecuencia en el presente proceso es viable acceder a lo solicitado por la apoderada judicial de la entidad demandada, en el sentido de proferir fallo inhibitorio, por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

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. DECLÁRASE INHIBIDO para conocer las súplicas de la demanda.

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

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO
Ausente

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

PRODUCCIÓN PRIMARIA/ACTIVIDAD NO SUJETA/ACTIVIDAD COMERCIAL/ACTIVIDAD INDUSTRIAL/TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La "producción primaria agrícola", como en efecto lo resalta la demandante, pertenece al grupo de las actividades "no sujetas", taxativamente señaladas por el artículo 4 del Acuerdo 21 de 1983, que reprodujo las "prohibiciones" del artículo 39, numeral 2 de la Ley 14 de 1983, el cual, a su vez, recogió éstas, entre otros estatutos legales, de la ley 26 de 1904. El mero hecho de la producción, sin comercialización, carece de contenido económico y, por ende no constituye hecho imponible o en otros términos que primaria agrícola, sino cuando el agricultor enajena los productos naturales de su propio fundo o heredad. No tienen, pues, ningún fundamento los planteamientos del recurso de la parte demandada, según los cuales, el hecho de tal hecho, "una actividad meramente comercial"; esto resultaría indiscutible, sólo en el caso de que dicho productor no enajanara "su" producción, sino a la de terceros, circunstancia no alegada en el proceso. Conexo con lo anterior, el tema de la "territorialidad" del tributo, fue dilucidado en la sentencia con fundamento en la inspección judicial mencionada antes, habiéndose verificado el ciclo de producción y comercialización, como realizado en el municipio de Madrid (Cundinamarca), y que en su sede del Distrito Capital, la demandante se limitaba a actividades estrictamente administrativas; dado que la prueba no fue objetada ni la Administración Distrital acreditó la percepción de ingresos, por la demandante, en su jurisdicción, la sentencia debe igualmente mantenerse en este aspecto.

EXPORTACIÓN/INGRESOS POR EXPORTACIÓN/PRODUCCIÓN PRIMARIA/CONTRATO DE CONSIGNACIÓN/MERCANCÍAS EN CONSIGNACIÓN

Las exportaciones hechas por consignatario, deben entenderse efectuadas por el consignante, toda vez que, por lo que se desprende de los artículos 1377 y siguientes del Código de Comercio, el primero no adquiere la propiedad de los artículos o productos que se le entreguen en consignación, sino que los tiene, a un "título precario", que le impone responsabilidad, hasta por culpa leve, en la custodia de tales bienes, e impide que los mismos puedan ser embargados por sus propios acreedores, o que formen parte de la masa de la quiebra que deba afrontar; si, las exportaciones "directas" fueron excluidas de la liquidación de aforo, no son suficientes sus razones para que no se excluyeran también las "indirectas" de la base imponible como lo hizo la sentencia; y puesto que las exportaciones igualmente constituyen actividad no sujeta, al lado de la producción primaria agrícola estudiada antes, resulta indiferente que los ingresos recibidos tanto por el consignante, como por el consignatario, sean "comerciales", pues, en cualquier caso, tratándose de producción primaria agrícola, además, exportada, dichos ingresos tendrían que excluirse de la base gravable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., junio dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 5957. Apelación sentencia de 26 de agosto de 1994 de Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuestos de Industria y Comercio del período impositivo de 1986, 1987, 1988, 1989 y 1990. Actor: Rosas Colombianas, S.A. FALLO.

Las partes, ROSAS COLOMBIANAS, S.A., la actora, y el alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., por la parte demandada, mediante apoderados apelan de la sentencia de primera instancia, de 26 de agosto de 1994, parcialmente estimatoria en las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al Impuesto de Industria y Comercio de los períodos impositivos de 1986, 1987, 1988, 1989 y 1990, promovido contra la resolución de aforo No. 0228 de 20 de marzo de 1992 y la Dirección Distrital de Impuestos y, la última, por la Junta Distrital de Hacienda al decidir la apelación subsidiaria.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previa investigativa Tributaria, la primera de las señaladas resoluciones ordenó el registro oficioso de la sociedad contribuyente y determinó, por aforo, el impuesto por los

ejercicios gravables antes mencionados, considerando que la actividad adelantada por aquella en dichos períodos, la comercialización de flores, "se adecua a lo establecido en el artículo 22 del acuerdo 21/1983 y que, por tal motivo, los ingresos percibidos en desarrollo de la misma, son gravables, según el Artículo 15 acuerdo 21/1983...".

La actuación fue confirmada íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Dice que la actividad de la sociedad se contrae al cultivo y venta de flores, conforme a su objeto social, sin inclusión de proceso alguno de transformación, "actividad considerada como producción primaria agrícola", desarrollada en el municipio de Madrid (Cundinamarca) al que, de existir obligación tributaria, incumbiría la fiscalización de ésta, pues en el Distrito Capital sólo operarían "oficinas de carácter netamente administrativo (...), donde funciona también la Gerencia de la sociedad y se lleva la contabilidad", circunstancia no prevista como hecho generador del impuesto; adicionalmente, la mayor parte de la producción se destinaría a la exportación, por contrato de consignación con Flores Tropicales, S.A.; igualmente, la Administración Distrital habría utilizado el código correspondiente a "otras actividades comerciales no clasificadas", siendo que la aducida comercialización de flores se ubicaba en otro código de actividad, incluso con tarifas inferiores.

Indica violados los artículos 32, 33 y 39, numeral 2, literal a) y b), de la ley 14 de 1983; 195, 196, y 259, numeral 2, literales a) y b) del decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal; 1,4, numerales 1 y 2, 15, 28, 29, 30, 55 y 62 del acuerdo 21 de 1983; y 21 del acuerdo 11 de 1983; asimismo, en cuanto a tarifas, los artículos 22 del acuerdo 21 de 1983; 37 del acuerdo 18 de 1987 y 15 del acuerdo 11 de 1988; y, respecto del impuesto de avisos, los artículos 1, literal k), de la ley 97 de 1913 y 37 de la ley 14 de 1983.

Explica, sobre la "territorialidad" del impuesto, regularse éste por las normas propias de cada municipio y respecto de actividades realizadas dentro de su territorio, únicamente; así que para que una actividad fuera gravable en el Distrito Capital, se requeriría que "todos los elementos de la obligación tributaria se configuren dentro de su jurisdicción", careciendo, pues, el Distrito, de facultad impositiva para regular hechos generadores y bases gravables configurados por fuera de sus límites territoriales, como en el caso, "donde la producción, que además es primaria agrícola, y la comercialización, se efectúan en el municipio de Madrid y las ventas realizadas desde ese municipio, para cualquier lugar del país, no se consideran actividad comercial o de distribución (pues) continúa siendo actividad productora", como se habría dicho en la sentencia del Consejo de Estado de 11 de mayo de 1990, dictada en el proceso No. 2091, con ponencia del señor Consejero Guillermo Chahín Lizcano, algunos de cuyos apartes se reproducen; del mismo modo, el artículo 20 del acuerdo 21 de 1983, habría reafirmado el carácter local del tributo, al permitir el descuento de todos los documentos obtenidos fuera de Bogotá para depurar la base gravable; la Administración Distrital carecería, de competencia para gravar a la

demandante, aun siendo su actividad gravable, por realizarse ésta por fuera de la jurisdicción distrital desconociéndose el motivo de la aplicación de gravamen, y que no podría serlo el hecho de que una de las cuentas de cobro remitida a un comprador de esquejes ("una, en 1984 y otra, en 1988") se fechara en Bogotá, "así como los comprobantes de liquidación de flores entregadas en consignación", ni la circunstancia de que en Bogotá estuviera centralizada la actividad administrativa, ya que lo relevante sería el lugar donde se realiza la actividad y no "donde se entiende realizada la venta", según el criterio de la misma Corporación aludida, expuesto en las sentencias de 11 de mayo y 22 de junio de 1990 y 4 de octubre de 1991, respectivamente recaídas en los procesos Nos. 2091, 2180 y 3320, Consejeros ponentes, doctores Guillermo Chahín Lizcano, en la primera, y Jaime Abella Zárate, en las dos restantes.

Respecto de las "prohibiciones de gravar la actividad agrícola primaria y las exportaciones, artículo 39 ley 14 de 1983", afirma que son tratamientos preferenciales consagrados, "desde la ley 26 de 1904, reiterada (sic) luego en la ley 20 de 1946, ratificada (sic) en la ley 29 de 1963 y acogida (sic) en el numeral 2 del artículo 39 de la ley 14 de 1983", y también regulados por los artículos 4, numerales 1 y 2, del acuerdo 21 de 1983, y 259, numeral 2, literales a) y b), del Decreto 1333 de 1986, que, para el caso, estarían referidos a las ventas de flores y esquejes, dentro del criterio básico de la no sujeción; las prohibiciones en cuestión, cobijarían "al productor cuyos ingresos se derivan de la comercialización, pues en esta etapa no existen ingresos y no están gravados con el impuesto..."; sobre el particular, se transcriben apartes de las sentencias de esta Corporación, de 5 de junio de 1992, Consejero ponente, Dr. Jaime Abella Zárate, y 12 de marzo de 1993, expediente No. 4425, Consejera ponente, Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Añade, en cuanto a las exportaciones, que era igualmente antigua la prohibición de su gravamen, reconociéndoseles un régimen especial en el artículo 4 de la ley 29 de 1963 y contemplándose tal prohibición en los artículos 39, numeral 2, letra b), de la ley 14 de 1983, 4, numeral 2, del acuerdo 21 de 1983 y 259, numeral 2, del decreto 1333 de 1986; la Administración habría admitido parcialmente la prohibición, pues reconoció las exportaciones realizadas directamente por la sociedad, pero no las efectuadas por consignataria, no obstante acompañarse copia del correspondiente contrato, celebrado en agosto de 1986 y actualmente vigente, según el cual, dicha consignataria ejecutaba una labor de intermediación, obrando por cuenta o a nombre de la consignante, como productora o floricultora, en forma que cuando aquella exportaba las flores recibidas en consignación, realmente lo hacía ésta, indirectamente, encontrándose la figura del consignatario prevista por el artículo 32 de la ley 14 de 1983, en donde habla de las actividades gravables que "se ejerzan o realicen (...), directamente o indirectamente, por personas naturales (o) jurídicas, o por sociedades de hecho"; sobre el mencionado ejercicio indirecto de actividades susceptibles del gravamen, se habría pronunciado también el Consejo de Estado, en las sentencias del 11 de mayo de 1990, proceso No. 2091, Consejero Ponente, Dr. Guillermo Chahín Lizcano, y 30 de agosto de 1991, proceso No. 3370, Consejera Ponente, Dra. Consuelo Sarria Olcos; y que cabría

destacar, igualmente, que el ingreso se producía por la consignante, no al hacerse entrega de las flores a la consignataria, sino cuando ésta realizaba la exportación, sin que fuera relevante que la misma se hiciera cargo de los respectivos trámites, pues, en virtud del contrato, se entenderían adelantados por la consignante; la Administración Distrital habría aceptado el hecho de la intermediación, pero sin reconocerle el efecto aducido, pues, contrariamente, habría pretendido que la simple existencia del contrato y la entrega de productos a la sociedad consignataria constituían hecho imponible, circunstancias ajenas a los presupuestos de éste, contemplados por el artículo 32 de la ley 14 de 1983 y 1 del acuerdo 21 de 1983, puesto que no se trataba del ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios.

En el caso, los ingresos constitutivos de la base gravable se habrían obtenido, por una vez, en el momento de realizarse la exportación por la consignataria, y no cuando se hizo la entrega a ésta de los bienes exportados, de modo que la sola existencia del contrato no generaría base gravable; de otro lado, dicha entrega se habría efectuado, no en el Distrito Capital, sino en la sede social de la consignante, en Madrid (Cundinamarca); sobre la relevancia del contrato, en general, se transcribe un aparte de la sentencia de esta corporación, de 13 de junio de 1986, proceso No. 027, Consejero Ponente, Dr. Jaime Abella Zárate.

Prosigue, que en virtud de la "prohibición de gravar mercancías en tránsito", no era legítimo para la Administración Distrital, "gravar las flores por el hecho de que transiten por su territorio para ser entregadas al comprador, o porque éste sea su destino final, cuando es una venta local o nacional", tal prohibición aparecería consagrada en el artículo 39, numeral 2 de la ley 14 de 1983, concordante con el artículo 1 de la ley 26 de 1904, y adicionalmente, en el artículo 4, numeral 7, del acuerdo 21 de 1983; el producto, saldría "comercializado" del lugar de su siembra, cultivo o recolección a su destino final, sin que el mero tránsito por territorio distrital fuera hecho imponible.

Asimismo, en materia de la "obligación de registro y declaración", que aunque los artículos 28 y 32 parágrafo, del acuerdo 21 de 1983, imponía a los "no sujetos", tal obligación, los mismos fueron anulados por sentencia del Consejo de Estado de 27 de octubre de 1987, habiéndose dispuesto posteriormente, por el artículo 21 del acuerdo 11 de 1988, que las "actividades no sujetas", no tenían la obligación en cuestión, por lo que a la accionante, no siendo sujeto del impuesto en Santa Fe de Bogotá, D.C., no cabía hacerle cumplir la misma, de modo que el "registro oficioso" ordenado por la administración, resultaría violatorio, a más de la citada disposición, de los artículos 28, 29 y 32 del acuerdo 21 de 1983. Como consecuencia tampoco podría haber mérito para sancionar por aforo, como se hizo.

En cuanto a "tarifas", dice que en los actos acusados se aplicó la correspondiente a "demás actividades comerciales", "cuando la de venta de producción agrícolas en bruto, como las flores, tiene su código específico y le corresponde una tarifa menor que aquella con la que la Administración practicó la liquidación", con violación de las pertinentes normas locales.

Destaca, igualmente, la circunstancia de que los planteamientos y hechos esgrimidos en la vía gubernativa se encontraran debidamente acreditados, sin que se precisaran las razones de la desestimación de las pruebas, habiéndose elegido éstas libremente, ya que la administración no había indicado cuáles, en su concepto, eran idóneas.

Por último, niega que, como lo sostuvo la Junta Distrital de Hacienda, la sustentación del recurso de apelación fuera extemporánea, toda vez que la resolución por la que se había decidido el recurso de reposición, aparecía notificada el 8 de octubre de 1992, disponiéndose de diez días hábiles para la sustentación, de conformidad con el artículo 62 del acuerdo 21 de 1983, que vencían el 23 de octubre subsiguiente, ya que el 12 había sido inhábil infiriéndose error de la administración, con infracción de la norma citada, bien porque no hubiere tenido en cuenta el aludido día inhábil, o porque hubiera incluido en el cómputo del término el día de la notificación de la resolución del primer recurso.

Del mismo modo, rechaza la liquidación del impuesto complementario de avisos, por no haberse demostrado la colocación de éstos, quebrantándose los artículos 1, literal k) de la ley 97 de 1913 y 37 de la ley 14 de 1983.

LA SENTENCIA

Encuentra llamados a prosperar los cuestionamientos referentes a la "territorialidad del tributo" y al "gravamen a la producción primaria agrícola", considerando, en consonancia con las apreciaciones del Ministerio Público, que el "cultivo de flores", actividad a que se dedicaba la demandante en los períodos impositivos discutidos, cumplía los caracteres de dicha producción primaria, siéndole aplicable a la misma las previsiones del artículo 39, numeral 2, literal a), de la ley 14 de 1983; y, asimismo, que la "siembra, cultivo, recolección, comercialización, empaque y despacho del producto al lugar del destino final, es decir, el exterior", se realizaban totalmente en el municipio de Madrid (Cundinamarca), hechos verificados en el curso de la inspección judicial adelantada en la instancia del juicio y corroborados por la descripción del objeto social acreditado; del mismo modo, se habría comprobado, mediante la inspección, que en la sede social de aquella, en Bogotá, "meramente se cumplen actividades de índole administrativo", no percibiendo la misma, aquí, ingreso por actividad comercial, como lo pretendió la Administración.

De "otros ingresos" que, según la actora, corresponderían a intereses y rendimientos financieros excluidos, estima que debe mantenerse la glosa formulada por la Administración, pues no demostró aquélla que dichos ingresos no estuvieran sometidos a gravamen; contrariamente, el propio Tribunal, en caso similar, habría definido que, de conformidad con el artículo 1 del acuerdo 21 de 1983, el hecho generador era una actividad gravable, en el caso, la comercial, "por remisión que el artículo 6 ib. hace a las normas del Código de Comercio" que, en su artículo 13, presumiría el ejercicio del comercio por la sola inscripción en el registro mercantil, siendo además, mercantiles, los

actos y contratos previstos por el artículo 20 ib; faltaría, pues la prueba de la no habitualidad de los actos de inversión generadores de los rendimientos, en términos de los artículos 15 y 24 del acuerdo 21 de 1983.

En cuanto a las "exportaciones" por concesionario, manifiesta compartir "el pronunciamiento de la señora Fiscal (sic) sexta", según la cual, estando regido el contrato de consignación por el artículo 1377 del Código de Comercio, que prevé la existencia de los contratantes independientes entre sí, pero en el que el consignatario recibe la mercancía, no en venta, sino a título precario de consignación con cargo de venderla, siendo el producto de la venta totalmente a favor del consignante, resultaría errado suponer que tal consignación constituyera, en el caso, comercialización en el Distrito Capital por parte de la actora, como consignante, ya que la venta de bienes en estado natural no constituiría actividad comercial. Así las cosas, se le tendrían que haber reconocido las exportaciones en cuestión a la actora, además, por ser claro el contrato en virtud del cual éstas se habían realizado por la consignataria.

Aclara voto el señor Magistrado Julio E. Correa Restrepo, por entender que, si bien los ingresos por comercialización de productos primarios, no deben hacer parte de la base gravable, son de carácter comercial, pues, provienen de un contrato de consignación o estimatorio, en el que se desarrolla una actividad mercantil gravada a las partes: al consignante, por los ingresos de enajenación, menos la comisión; y al consignatario, por el valor de dicha comisión.

LA APELACIÓN

La parte demandada sustenta su recurso en que, no obstante ser la producción primaria agrícola exenta del impuesto, "cuando ésta deja su estado primario o natural, para convertirse en una actividad netamente comercial, como la que desarrolla la actora, se inserta (sic) en lo preceptuado por el artículo 1 del acuerdo 21 de 1983 y pasa a ser, por tanto, una actividad comercial objeto del gravamen discutido", como así se habría sentado por esta Corporación, "en sentencia del 25 de septiembre de 1989, confirmada en Sala Plena el 22 de noviembre de 1990".

Igualmente, en relación con el contrato de consignación, en que "aparece clara la distribución de bienes en jurisdicción distrital, ya que su objeto es la exportación y distribución de flores con ánimo rentístico (o) de lucro y no, como dice el *a-quo*, que esta figura no puede ser comercial puesto que el producto se recibe no a título de venta, sino a título precario de consignación, con el encargo preciso de venderlas (sic), siendo el ingreso de la venta totalmente a favor del consignante previa deducción de la consignación (sic) pactada..."; el móvil de la negociación comercial habría sido el ánimo de lucro, "ya no de un producto primario en su condición natural sino, por el contrario, en manos de un tercero quien es el distribuidor, en cumplimiento de la voluntad del productor original"; en el caso, adicionalmente, las exportaciones acreditadas por la actora, se habrían excluido de la liquidación de aforo.

A su turno, la parte demandante advierte omitido, en la sentencia, el examen, entre otros, de los cargos referentes "a la obligación de registro y declaración para las actividades

no sujetas, las tarifas aplicables para los años a que se refieren los actos acusados, la procedencia del impuesto de avisos y la sanción del foro", no obstante haberse demostrado, "violaciones a normas sustanciales vigentes (...), que ameritaban la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados y el consiguiente restablecimiento del derecho", de conformidad con la petición tercera de la demanda, esto es, declarándose que la demandante, "no es sujeto del Impuesto de Industria y Comercio y Avisos ante la Dirección Distrital de Impuestos y, por ende, no tiene obligación de registrar como contribuyente, ni presentar declaración, ni cancelar (sic) suma alguna por tal concepto"; esto, por haberse probado que su actividad eran la producción primaria agrícola y la exportación, amparada por la prohibición legal del artículo 39, numeral 2; literales a) y b) de la ley 14 de 1983 y clasificadas como "no sujetas", por el artículo 4, numerales 1 y 2 del acuerdo 21 de 1983, según lo reconocido por la propia sentencia impugnada.

Respecto de los "otros ingresos", cuya glosa reconfirmó el Tribunal, afirma que, de acuerdo con lo argumentado en los escritos de los recursos y en la demanda, se trataría de "ingresos no operacionales", por haberse obtenido en actividades ajenas a la agrícola y de exportación y, en relación con los cuales, la accionante no sería sujeto pasivo, conforme el artículo 3 del acuerdo 21 de 1983, en concordancia con los artículos 7, 8 y 9, ib., en cuyas definiciones no encajarían los ingresos en cuestión ("intereses y rendimientos financieros"); de otro lado, la Administración Distrital no habría probado que éstos se obtuvieran en su jurisdicción, careciendo de competencia para gravarlos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la actora como la demandada, insisten en los planteamientos de sus escritos de apelación.

El Ministerio Público, por intermedio del señor Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso, considera incuestionable el hecho de que la actividad de la actora se concretara, "a la producción agrícola primaria de las rosas y cuyo centro de explotación se encuentra ubicado en el municipio de Madrid", no configurándose los presupuestos del artículo 1 del acuerdo 21 de 1983, para que tal actividad fuera gravada en jurisdicción distrital, o se la hiciera objeto del impuesto discutido, contrariándose el precepto del artículo 4, numeral 1, ib; la actora, según lo dicho por el *a-quo*, cumpliría la actividad prevista por el artículo 3, numeral 2, literal a) de la ley 14 de 1983, que fue objeto de inspección judicial realizada en el municipio de Madrid (Cundinamarca), habiéndose verificado "hasta la saciedad que la plantación agrícola y su explotación se hace(n) directamente y sin mecanismo extraño procesador o transformador...".

En cuanto a los "otros ingresos", estima acertada la decisión del Tribunal, fundada, a su vez, en otro de sus fallos, proferido en caso similar.

Asimismo, en lo atinente a las exportaciones por consignatario, remite a lo expresado por el Tribunal, que hizo propios los motivos y planteamientos de la Procuraduría en lo judicial.

Por último, dice desacertados los argumentos de la parte demandada, "cuando hace radicar la procedencia del impuesto de avisos y tableros con la de impuesto y comercio (sic)", tratándose de gravámenes "independientes, que se rigen por normas diferentes y tienen estructuras distintas, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La "producción primaria agrícola", como en efecto lo resalta la demandante, pertenece al grupo de las actividades "no sujetas", taxativamente señaladas por el artículo 4 del acuerdo 21 de 1983, que reprodujo las "prohibiciones" del artículo 39, numeral 2 de la ley 14 de 1983, el cual, a su vez, recogió estas, entre otros estatutos legales, de la ley 26 de 1904.

En el caso, la hipótesis de la no sujeción de la actividad agrícola de la actora, resulta incuestionable, según acertadamente lo advierte el señor Procurador Delegado, pues no solamente la Administración no disvirtuó el aducido carácter de producción primaria de dicha actividad por los períodos impositivos discutidos, sino que el mismo se constató mediante inspección judicial.

Por otra parte, la Sala ha dicho, en reiteradas decisiones, que el mero hecho de la producción, sin comercialización, carece de contenido económico y, por ende, no constituye hecho impunible o en otros términos que no cabe tener por realizado éste, tratándose de la producción primaria agrícola, sino cuando el agricultor enajena los productos naturales de su propio fundo o heredad. No tienen, pues, ningún fudamento los planteamientos del recurso de la parte demandada, según los cuales, el hecho de que el productor comercialice su producción, haga de tal hecho, "una actividad meramente comercial"; esto resultaría indiscutible, sólo en caso de que dicho productor no enajenara "su" producción, sino la de terceros, circunstancia no alegada en el proceso.

2. Conexo con el anterior, el tema de la "territorialidad" del tributo, fue dilucidado en la sentencia con fundamento en la inspección judicial mencionada antes, habiéndose verificado el ciclo de producción y comercialización, como realizado en el municipio de Madrid (Cundinamarca), y que en su sede del Distrito Capital, la demandante se limitaba a actividades estrictamente administrativas; dado que la prueba no fue objetada ni la Administración Distrital acreditó la percepción de ingresos, por la demandante, en su jurisdicción, la sentencia debe igualmente mantenerse en este aspecto.

3. Las exportaciones hechas por consignatario, deben entenderse efectuadas por el consignante, toda vez que, por lo que se desprende de los artículos 1377 y siguientes del Código de Comercio, el primero no adquiere la propiedad de los artículos o productos que se le entreguen en consignación, sino que los tiene, como bien se dice en la sentencia, a un "título precario", que le impone responsabilidad, hasta por culpa leve, en la custodia de tales bienes, e impide que los mismos puedan ser embargados por sus propios acreedores, o que formen parte de la masa de la quiebra que deba afrontar; si, como lo afirma la parte demandada, las exportaciones "directas" fueron excluidas de la liquidación

de aforo, no son suficientes sus razones para que no se excluyeran también las "indirectas" de la base imponible como lo hizo la sentencia; y puesto que las exportaciones igualmente constituyen actividad no sujeta, al lado de la producción primaria agrícola estudiada antes, resulta indiferente que los ingresos recibidos tanto por el consignante, como por el consignatario, sean "comerciales", pues,e n cualquier caso, tratándose de producción primaria agrícola, además, exportada, dichos ingresos tendrían que excluirse de la base gravable.

4. Sobre los "otros ingresos", cuyo carácter gravable se mantuvo en la sentencia, la Sala comparte los motivos de ésta, pues la demandante no desvirtuó la índole de ingresos provenientes de una actividad comercial ordinaria, que sostuvo la Administración. En su libelo, la demandante se limita a decir que los ingresos en cuestión no son gravables, "por ser accesorios o consecuencia de la actividad comercial" (no gravadas) sin que fuera más explícita acerca de lo que esto pudiera significar, ni probara tal aseveración

5. Habiéndose demostrado la existencia de remanentes de ingresos gravables en los períodos discutidos, conforme a lo que se acaba de exponer y a la liquidación practicada por el Tribunal, la demandante no podía hacer valer la pretensión de una declaración de no sujeción, o de no sometimiento a las obligaciones de registro y declaración, que resultaron denegadas por la sentencia, como tampoco a que se levantara la sanción por aforo que, porcentualmente, se confirmó en la misma, puntos en los que su recurso tampoco puede prosperar.

6. Por lo mismo, resulta completamente inaceptable la pretensión de que, en el caso, no se aplique tarifa alguna impositiva.

7. Finalmente, no se encontró en la demanda un cuestionamiento serio en relación con la liquidación del impuesto complementario de avisos, ni prueba alguna en el proceso que destruyera la presunción de legalidad de los actos administrativos que habían determinado el gravamen, como en la sentencia éste se liquidó con base en los saldos de ingresos gravables, cuya existencia no se desvirtuó, necesariamente el mismo debe sostenerse.

En conclusión, no están llamados a prosperar los recursos de que se ocupa la Sala.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, publíquese, 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

GILBERTO ARANGO LONDOÑO
Conjuez

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**IMPUESTO AL CONSUMO/ REVOCATORIA DIRECTA/DECAIMIENTO DEL ACTO**

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una medida de carácter excepcional, y como tal, para su viabilidad se requiere el cumplimiento estricto y riguroso de todos los requisitos en la ley. En efecto, no es exacta la afirmación contenida en la solicitud de suspensión provisional en el sentido que al confrontar los textos de las resoluciones acusadas, es ostensible la violación manifiesta de las normas que señala la actora, pues las normas invocadas como infringidas en la demanda, por el no recibo del impuesto de consumo a la tarifa del 5%, fueron la Ley 14 de 1983, artículos 61, 62, 66 y 70 las normas que gobiernan la revocatoria directa artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, el art. 336 de la Constitución Nacional, el principio irretroactividad de los actos administrativos y el artículo 30 de la Constitución Nacional que protege los derechos adquiridos, artículo 18 de la ley 153 de 1887 y el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. La petición de suspensión provisional se fundamento en el desconocimiento del acto administrativo de carácter personal y subjetivo que concedió el registro sanitario por el término de diez (10) años para el aperitivo EL MARQUEZ. Analizadas las resoluciones acusadas no se encuentra *prima facie* que estas infrinjan de manera ostensible los arts. 70 a 74 del C.C.A., pues ni siquiera se refieren al tema de la revocatoria directa del acto administrativo, y si bien aluden al decaimiento de los actos administrativos, esta es cuestión que debe analizarse frente al Decreto 365 de 1994 y el Decreto 3192 de 1982, así como frente a la ley 14 del año de 1983, artículo 14.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejo ponente: DR. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO.

Referencia: Expediente No. 7167. Actor: SOCIEDAD DESTILERÍAS Y BODEGAS DE LOS ANDES LTDA. Tribunal Administrativo del Tolima. Apelación Interlocutorios. AUTO.

Decide la Sala el recurso de la apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad actora contra el acto del 13 de marzo del año en curso, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima, negó la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 240 del 9 de Junio y 487 del 7 de septiembre de 1994, expedidas por el Gobernador del Departamento del Tolima al decidir un derecho de petición presentado por la sociedad DESTILERÍAS Y BODEGAS DE LOS ANDES.

ANTECEDENTES

Mediante escritos de abril 23 y mayo 12 de 1984, la sociedad actora, y otros interesados solicitaron a la Secretaría de Hacienda y al Gobernador del Departamento del Tolima, ordenaran les fuera recibido el impuesto al consumo del 5% de conformidad con lo dispuesto en la Ley 14 de 1983, la expedición de tornaguías y estampillas para los aperitivos allí señalados y la no aplicación del Decreto 365 de 1994, expedido por el Gobernador Nacional ni tarifa del 35% aplicable a los licores (monopolio del Departamento).

Fundamentó su petición en la circunstancia de haber obtenido con anterioridad las licencias y registros sanitarios para fabricar y expender los aperitivos mencionados junto con el cobro del gravamen de consumo a la tarifa del 5%, el que debía seguir recaudándose por seis (6) meses más, mientras se negociaba con el departamento la indemnización a la que tenía derecho, conforme con lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución Nacional.

Petición que fue negada mediante la Resolución 240 del 9 de junio de 1994, expedida por el Gobernador del Departamento del Tolima, contra la cual la interesada recurrió en reposición y que fue confirmada por la Resolución 487 del 7 de septiembre de 1994.

Actos administrativos que fueron objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con solicitud de suspensión provisional, ante el Tribunal Administrativo del Tolima.

EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el auto del 13 de marzo de 1995, admisorio de la demanda, negó la suspensión provisional de las resoluciones acusadas, al estimar que no se cumplía el requisito que manifiesta contradicción del acto administrativo con la norma invocada como violada, exigido por la ley para la viabilidad de tal medida.

LA APELACIÓN

Mediante escrito presentado el 21 de marzo de 1995, el apoderado de la actora apeló el auto del 13 de marzo del año en curso en cuanto dispuso negar la suspensión provisional pedida en el libelo demandatorio.

Alega que el Tribunal estimó improcedente, que la medida cautelar pedida tenía que ver directamente con la expedición del Decreto No. 365 de 1994 y el efecto recaído en las resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud sobre los registros sanitarios, y que por ello no podía ser objeto de medida cautelar. Si bien es obvio que sobre tal materia debe haber pronunciamiento de fondo, en donde si se debe analizar detenidamente lo esgrimido por el a quo, en el caso que se discute la suspensión provisional debe mirar, que existió falsa motivación expresa, diáfana, flagrante en la expedición de los actos administrativos impugnados, que no requiere de mayores lucubraciones o estudios y que ameritan decretar la medida cautelar, como el objeto de evitar los ingentes y cuantiosos perjuicios que se le vienen causando al actor, que saltan a la simple vista de la parte considerativa de los actos demandados.

Cita en apoyo las providencias del 12 de septiembre de 1987, Expediente 330 de la Sección Primera; de marzo 3 de 1980, Expediente 3498, y la de febrero 23 de 1990, Expediente 5346, de la Sección Tercera. Referidas al decaimiento del acto administrativo. Deduce que los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Salud que la autorizan para producir y expender aperitivos hasta de 28° alcoholimétricos, pagando el 5% del impuesto al consumo, están vigentes, hasta el vencimiento estipulado en cada uno de ellos y, que sobre los mismos ninguna autoridad puede decretar su decaimiento o pérdida de ejecutoriedad, ni sobre ellos procede la revocatoria sin el lleno de los requisitos legales. Sólo podía la administración demandar ante la Jurisdicción Contenciosa su propio acto.

Acusa que existe falsa motivación de los actos acusados en cuanto expresan que sobre ellos operó el decaimiento del acto administrativo, y reclama de esta corporación se decrete con prontitud la suspensión provisional para evitar:

1) Los gravísimos y cuantiosos perjuicios que se causa y

2) El aumento geométrico de la indemnización que en este caso debe pagarle la Administración Departamental, en el evento de prosperar la acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como reiteradamente lo ha sostenido esta corporación, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una medida de carácter excepcional, y como tal, para su vialidad se requiere el cumplimiento estricto y riguroso de todos los requisitos expresamente previstos en la ley.

Se cumple en la presente oportunidad con el requisito del numeral 1o. del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la medida se solicitó y sustentó de modo expreso antes de la admisión de la demanda.

Sin embargo, no se puede predicar el cumplimiento respecto de los requisitos restantes, es decir, de la manifiesta violación de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud, y de la prueba del perjuicio causado con la expedición del acto.

En efecto, no es exacta la afirmación contenida en la solicitud de suspensión provisional en el sentido de que al confrontar los textos de las resoluciones acusadas, es ostensible la violación manifiesta de las normas que señala la actora, pues las normas invocadas como infringidas en la demanda, por el no recibo del impuesto de consumo a la tarifa del 5%, fueron la Ley 14 de 1983, artículo 61, 62, 66 y 70, las normas que gobiernan la revocatoria directa artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 336 de la Constitución Nacional, el principio de irretroactividad de los actos administrativos y el artículo 30 de la Constitución Nacional que procede los derechos adquiridos, el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

La petición de suspensión provisional (Fls. 204 y 205) se fundamentó en el desconocimiento del acto administrativo de carácter personal y subjetivo (Resolución 0371 de noviembre 21 de 1991) que concedió el registro sanitario por el término de diez (10) años para el aperitivo EL MARQUEZ, (con un contenido de 26 grados alcoholímetros).

Analizadas las resoluciones acusadas no encuentra la Sala prima facie, que estas infrinjan de manera ostensible los artículos 70 a 74 del Código Contencioso Administrativo, pues ni siquiera se refieren al tema de la revocatoria directa del acto administrativo, y si bien aluden al decaimiento de los actos administrativos, esta es cuestión que debe analizarse frente al Decreto 365 del 11 de febrero de 1994 y el Decreto 3192 de 1982, así como frente a la Ley 14 del año de 1983, artículo 14.

Adicionalmente encuentra la Sala que el perjuicio causado se fundamenta en la supuesta creación de un monopolio a favor del Departamento sin la previa indemnización que exige el artículo 336 de la Constitución Política y en el daño, que se hace consistir en el lucro cesante por las ventas que se dejarían de realizar por el mayor tributo.

El asunto relacionado con la creación del monopolio es materia que corresponde al fallo de fondo, y el perjuicio con la proyección de ventas, no aparece probado.

Es claro entonces que no se encuentran satisfechos los requisitos exigidos por los incisos 2o. y 3o. del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para dar viabilidad a la suspensión provisional y en consecuencia la denegación de la medida hecha por el Tribunal se ajustó a la ley.

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

RESUELVE:

CONFÍRMASE el auto del 13 de marzo de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el juicio 12096 en virtud del cual denegó la suspensión provisional.

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 - Ausente con permiso

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS/SOCIEDAD CORREDORA DE REASEGUROS/PÓLIZA PARA SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/**ACTIVIDAD ASEGURADORA**-Solidez

La facultad que le otorga a la Superintendencia el artículo 1348 del Código de Comercio, no le permite al organismo de control exigir la contratación de las pólizas previstas en el artículo 4o. del acto demandado, "pues ellas solamente la facultan para regular lo atinente a capital mínimo y organización técnica y contable de los intermediarios de seguros. En primer término se observa que las sociedades comerciales dedicadas al corretaje de seguros, cuya tarea es la de poner en relación en calidad de intermediario, al asegurado –tomador– y al asegurador, por su especial conocimiento del mercado por lo que es un sujeto de la actividad comercial, especialmente calificado - es tarea que conlleva para el mencionado empresario el poseer una organización, pues dada su naturaleza, el legislador la ubicó en el artículo 20 del Código de Comercio, no como un acto relativo o absoluto sino bajo la noción de empresa, al señalar en su numeral 10 "Las empresas de seguros y la actividad aseguradora. La organización técnica, no solo abarca lo referente a tarifas, reservas y distribución de riesgos, sino a todo instrumento o medio que permita preservar y tutelar la solidez de la empresa, tanto en el orden interno como en el externo. En el primero, al preservar y fortalecer su estructura financiera y económica frente a obligaciones que deba asumir. En el segundo, vale decir, en el externo, a preservar la imagen tanto de la empresa en particular como del sector asegurador, lo que permite obtener y conservar la confianza de quienes son los destinatarios de los servicios de seguros. No

se comparte el argumento de que se pueda ampliar la organización técnica, como se amplía con las pólizas de responsabilidad civil y de infidelidad y riesgos financieros previstos en la norma cuya nulidad se solicita, extralimitar el organismo de control en el ejercicio de sus atribuciones, pues la exigencia de estas pólizas fortalece la estructura técnica de la organización, con lo cual se preserva la estabilidad de las sociedades corredoras de seguros como instrumentos al servicio de la comunidad aseguradora y del orden económico en general, y se satisface el interés general que gravita sobre la actividad aseguradora, tal como la califica el artículo 335 de la Constitución Política.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5651. Actor: Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez. Nulidad del Artículo 4 de la Resolución No. 2732. Expedida por la Superintendencia Bancaria. FALLO.

El ciudadano FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ, 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 declaratoria de nulidad del artículo 4 de la Resolución No. 2732 del 24 de julio de 1990, expedida por la Superintendencia Bancaria, y por la cual se regula el capital mínimo para el funcionamiento de las sociedades corredoras de seguros y de reaseguros, la organización técnica y contable de dichas sociedades y se dictan otras disposiciones.

EL ACTO ACUSADO

El artículo acusado de la Resolución No. 2732 del 24 de julio de 1990, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO CUARTO. Las sociedades corredoras de seguros y de reaseguros deberán allegar a la Superintendencia Bancaria, en la misma oportunidad señalada en el artículo 1o., las siguientes pólizas de seguro:

1. De responsabilidad civil mediante la cual se amparen los perjuicios patrimoniales que sufra el corredor de seguros o de reaseguros con motivo de la responsabilidad civil en que incurra, de acuerdo con la ley colombiana, por las pérdidas económicas causadas a terceros como consecuencia de errores u omisiones cometidos por la sociedad o sus dependientes en el ejercicio de la actividad propia de su objeto social.

2. De infidelidad o riesgos financieros mediante la cual se otorgue al corredor de seguros o de reaseguros cobertura para las perdidas, daños y gastos que éste sufra como consecuencia de actos fraudulentos en sus empleados o dependientes, pérdidas de dinero y valores, causados por su destrucción o desaparición o hurto mientras se encuentren en los predios del asegurado o por fuera de ellos o cuando

estén siendo transportados por mensajeros o compañías especializadas en el transporte de valores.

Los valores asegurados mediante la póliza de responsabilidad civil deberán ser equivalentes, por lo menos, al 5% del monto de las primas recaudadas por la sociedad en el año inmediatamente anterior".

LA DEMANDA

El actor solicita la nulidad de la disposición transcrita por violación de los artículos 12 y 120 numeral 3 de la anterior Constitución Nacional; 1348 del Código de Comercio; 2 y 5 del decreto 361 de 1972.

Señala la Superintendencia Bancaria al expedir el artículo 4 de la Resolución 2732 del 24 de julio de 1990, extralimitó de manera ostensible el ámbito de sus funciones propias en punto a la reglamentación que se encuentra posibilitada para expedir en relación con las sociedades corredoras de seguros.

Agregó, que las normas invocadas por la Superintendencia Bancaria para exigir la constitución de las pólizas de responsabilidad civil y de infidelidad y riesgos financieros, no le permitían a la entidad llegar hasta éste punto, pues ellas solamente la facultan para regular lo atinente a "capital mínimo y organización técnica y contable de los intermediarios de seguros", temas que evidentemente no incluyen la exigencia de la constitución de pólizas de seguros.

De otra parte, sostuvo que en la misma normatividad no existe una definición clara de la que debe entenderse por capital mínimo y organización técnica y contable, se debe acudir al principio del artículo 28 del código civil, según el cual, las palabras de la ley entenderán en su sentido natural y obvio. Como puede verse, entonces, la posibilidad de la Superintendencia en materia de la reglamentación de la actividad de los corredores de seguros no se extiende a la exigencia de la constitución de pólizas de seguro, lo que indica que el artículo 4 de la Resolución 2732 de 1990, es nulo, por tener una reglamentación que excede los límites de actuación de la entidad en este punto.

Al efecto cita jurisprudencia de la corporación, sentencias del 1 de marzo de 1989, expediente No. 1123; y el 11 de mayo de 1989, expediente No. 914, Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.

OPOSICIÓN

El aspecto judicial de la Superintendencia Bancaria al contestar la demanda se opone a las pretensiones de la misma, y solicita desestimar los cargos planteados y confirmar la legalidad de la Resolución demandada, con base en los siguientes razonamientos:

Expresó que no acierta el libelista al afirmar que la Superintendencia Bancaria se extralimitó en el ámbito de sus funciones, toda vez que según lo dispone el artículo 1348

del Código de Comercio; 5 del decreto reglamentario 361 de 1972; y 5 numeral 7 de la Resolución 1324 de 1972, expedida por la Superintendencia Bancaria, las sociedades dedicadas al corretaje de seguros y reaseguros están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y, por tanto, deben estar sujetas a las normas que para el efecto dicte el Superintendente Bancario no sólo en relación con el capital mínimo sino también respecto de su organización técnica y contable.

Así pues, en ejercicio del deber de inspección y vigilancia que por ministerio de la ley le compete ejercer a la Superintendencia Bancaria sobre las sociedades corredoras de seguros y reaseguros, la Superintendencia Bancaria está en la obligación de señalar los requisitos mínimos de organización técnica y contable de las mismas, y para ello cuenta con expresa facultad legal, esto es, el numeral 2 del artículo 5 del decreto 361 de 1972; en consecuencia no cabe duda alguna que para el logro de una efectiva organización técnica, una medida sana y de prudencia es la constitución de las pólizas de seguros, como uno de los presupuestos válidos y necesarios para que dentro del concepto a que se ha venido haciendo referencia, se garantice la seguridad y la continuidad de la actividad de tales negocios y la confianza del público en el sector, que constitucionalmente es considerado de interés público.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia procesal el apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria reitera los argumentos planteados en la contestación de la demanda, y concluye que mal puede el accionante aseverar que con la solicitud de las pólizas en cuestión de la Superintendencia Bancaria ha desbordado el marco de su competencia, puesto que con dicha medida lo único que se busca, de un lado, es proteger el propio patrimonio del corredor de seguros o reaseguros y, por otra parte, otorgar a las mismas personas cobertura para las pérdidas daños y gastos que se produzcan por actos fraudulentos de sus empleados o dependientes, aspectos que, desde el punto de vista de la realidad económica de la empresa involucran un concepto eminentemente técnico.

Agregó que el acto administrativo acusado, en consecuencia fue expedido de acuerdo con la normatividad vigente sobre la materia, en uso de las facultades legales otorgadas a la Superintendencia Bancaria.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Octavo delegado ante el Consejo de Estado, advierte, en primer lugar, que la estructura política del poder reglamentario en el artículo 120 numeral 3 de la Constitución de 1986, no difiere del mismo consagrado en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución de 1991, así, la facultad del ejecutivo para reglamentar las leyes continúa con idénticos alcances de aceptación unánime, en el sentido de que el reglamento tiene un ámbito limitativo a desarrollar la norma que reglamenta y sin que sea posible introducir elementos extraños que extralimiten su claro espectro de dar vida práctica y dinámica a la norma legal.

Expresa, que no hay duda alguna que las sociedades dedicadas al corretaje de seguros están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, entidad que tiene la facultad legal de expedir las disposiciones generales que crea conveniente en orden a lograr que dichas compañías estructuren una organización técnica y contable adecuada al mercado que movilizan y a la importancia de las transacciones que desarrollan.

Adicionalmente, consideró que una medida de elemental prudencia, de obvia organización técnica, es la constitución de pólizas de seguros que garantizan la seguridad de la sociedad comercial y despiertan la confianza del público, en este orden de ideas, la póliza viene a promover la estabilización de esta clase de sociedades y a imprimirles una dinámica de eficiencia que robustece la actividad sometida a la vigilancia estatal.

Por último, señaló que sería inconcebible predicar desbordamiento reglamentario de una disposición que exige seguridad, prudencia, seriedad, estabilidad, orden y que se dicta dentro del marco de autorización legal, y respalda la legalidad del acto censurado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El sustento legal, para la expedición por parte de la Superintendencia Bancaria de las normas cuya nulidad se solicita, está dado por la facultad otorgada por el artículo 1348 del código de Comercio, que a su letra expresa:

> "Las sociedades que se dedican al corretaje de seguros estarán sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y deberán tener un capital mínimo y una organización técnica y contable, con sujeción a las normas que dicte al efecto la misma Superintendencia" -(Subraya de la sala).

Facultad que le otorga a la Superintendencia el artículo 1348 del Código de Comercio, a juicio del actor, no le permite al organismo de control exigir la contratación de las pólizas previstas en el artículo 4o. del acto demandado, "pues ellas solamente la facultan para regular lo atinente a capital mínimo y organización técnica y contable de los intermediarios de seguros, tema que evidentemente no incluye la exigencia de la contratación de pólizas de seguros".

En primer término, observa la Sala, que las sociedades comerciales dedicadas al corretaje de seguros, cuya tarea es la de poner en relación, en calidad de intermediario, al asegurado –tomador– y al asegurador. Por su especial conocimiento del mercado por lo que es un sujeto de la actividad comercial, especialmente calificado es tarea que conlleva para el empresario el poseer una organización, pues dada su naturaleza, el legislador la ubicó en el artículo 20 en el Código de Comercio. No como un acto relativo o absoluto, sino como la noción de empresa, al señalar en su numeral 10: "Las empresas de seguros y la actividad aseguradora" –subraya la Sala–.

Esta ubicación implica, desde luego, que para el normal y eficaz desenvolvimiento de la actividad propia de sociedad comercial cuyo objeto social es el corretaje de seguros, que exista, como en toda empresa, una organización, a términos del artículo 25 *ibídem,*

la cual, además, en atención a la naturaleza misma de la actividad aseguradora, ha sido ampliada y calificada por el legislador al exigir "una organización técnica contable".

No se trata, pues, de la normal organización de la actividad económica o del conjunto de bienes predispuestos por el empresario para el desarrollo de la actividad, en la cual se ponen en funcionamiento armónico los factores productivos fundamentales, capital y trabajo. No, va más allá. Se requiere del funcionamiento de los aspectos contables de manera precisa y exacta, ceñido al cumplimiento de las normas de contabilidad y al ordenamiento legal que lo regula, para que la información contable traducida en los registros, soportes y estados financieros faciliten "el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios".

Y la organización técnica, a juicio de la Sala, no sólo abarca lo referente a las tarifas, reservas y distribución de riesgos, sino a todo instrumento o medio que permita preservar y tutelar la solidez de la empresa, tanto en el orden interno como en el externo. En el primero, al preservar y fortalecer su estructura financiera y económica frente a obligaciones que deba asumir, pues como con acierto lo ha señalado la doctrina: "El más importante de todos sus deberes –del corredor de seguros– consiste en proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, abstenerse de hacer a las partes supuestos falsos como el de atribuir una calidad distinta o dar información errónea sobre el precio. Si el corredor induce a una persona a contratar sobre supuestos falsos, ha de responder del daño causado, pues su línea directriz es la más absoluta lealtad a quienes celebren la negociación que ideó, proyectó o en alguna forma auspició" –subraya de la Sala–.(1)

En el segundo, vale decir, en el externo, a preservar la imagen tanto de la empresa en particular como del sector asegurador, lo que permite obtener y conservar la confianza de quienes son destinatarios de los servicios de seguros.

No comparte la Sala, en consecuencia, la apreciación restringida del actor al considerar que como "En lo atinente a la organización técnica, ha impuesto a través de la Superintendencia Bancaria ciertas obligaciones a los corredores de seguros, como son las de mantener un establecimiento abierto al público, disponer de copias anuladas de las pólizas que ofrecen, contar dentro de su organización como mínimo con una sección técnica. etc.", se pueda al ampliar la organización técnica, como se amplía con las pólizas de responsabilidad civil y de infidelidad y riesgos financieros previstos en la norma cuya nulidad se solicita, extralimitar el organismo de control en el ejercicio de sus atribuciones, pues se repite, la exigencia de estas pólizas fortalece la estructura técnica de la organización, con lo cual se preserva la estabilidad de las sociedades corredoras de seguros como instrumentos al servicio de la comunidad aseguradora y del orden económico en general, y se satisface el interés general que gravita sobre la actividad aseguradora, tal como la califica el artículo 335 de la Constitución Política.

---

(1) Narváez García José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General, V. Primero, Ed. Inversiones Bannet & Cía S.C. 1971. P. 239.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE y archívese el expediente. 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 Sala - Ausente

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

SOCIEDAD DE ECONOMA MIXTA-Régimen jurídico/**EXENCIÓN PARA INDUSTRIA Y COMERCIO/SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA**

La actora como sociedad de economía mixta que es, y como sujeta que se encuentran al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales de Estado en razón a que más del 90% de su capital social pertenece al Estado, tiene como régimen jurídico aplicable el derecho privado, como lo prevé art. 6 del decreto 1050 de 1968. En consecuencia como reiteradamente se ha sostenido, no procede la aplicación de las exenciones y privilegios otorgados por las leyes a los establecimientos públicos, cuyo régimen si es derecho público, y solo hay lugar al reconocimiento de las prerrogativas y beneficios específicos otorgados por las leyes, y los generales aplicables a este tipo de entidades descentralizadas, como lo prevé el art. 43 del decreto 3130 de 1968. Ahora bien la Ley 14 de 1983 que reguló el gravamen de industria y comercio en lo que tiene que ver con el hecho generador, los sujetos pasivos, las exenciones y las prohibiciones de gravar determinadas actividades impuestas a los municipios, no prevé ningún tipo de exención para entidades como la actora, motivo por el cual no es acertado el razonamiento del recurrente en el sentido de que la Electrificadora del Huila S.A. tiene un tratamiento especial debido a su particular objeto social, pues esa prerrogativa no ha sido creada por el legislador, y donde este no distingue no puede distinguir el intérprete.

SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA/ACTIVIDAD GRAVADA/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En relación con el argumento de que el servicio público prestado por la actora no está sujeto al impuesto de industria y comercio, la Sala reitera que dado

el gravamen en mención según voces del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, recae "sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio", ejercidas por las personas naturales, jurídicas y sociedades de hecho, y que la actividad que desempeña la actora no se encuentra expresamente excluida del impuesto, debe necesariamente concluirse que el servicio público del suministro de energía eléctrica es una actividad que se encuentra gravada con el impuesto de industria y comercio. A lo anterior debe agregarse que el hecho de que la Ley 14 de 1983, en sus artículos 34, 35 y 36 no hay señalado expresamente dentro de las actividades gravadas la prestación del servicio público de energía eléctrica, no significa que la misma no sea objeto del impuesto de industria y comercio, pues tales disposiciones prevén ciertas actividades de manera enunciativa, tal y como claramente se deduce del texto del artículo 36. Adicionalmente, el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, no prevé ninguna prohibición que impida a los municipios gravar con el impuesto de industria y comercio a las sociedades que presten servicios públicos; y es sabido así mismo, que quien afirma estar exonerado del pago de este impuesto debe probar tal hecho con el respectivo acuerdo o acto que lo fundamente, prueba que en la presente oportunidad no se allegó al proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 5805. Actor: ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la empresa demandante ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A., contra la sentencia del 12 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, desestimatoria de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos. 040, 057 y 512, de mayo 14, agosto 10 y septiembre 28 de 1990, respectivamente, expedidas por la Secretaría Municipal y la Alcaldía Municipal de Neiva, mediante las cuales se ordenó a cargo de la demandante la liquidación de aforo del impuesto de industria y comercio y avisos para las vigencias fiscales de 1984, 1985, 1986, 1987 y 1988.

ANTECEDENTES

El municipio de Neiva a través del Concejo Municipal, mediante el Acuerdo 042 de 1989, determinó lo relativo a cobro del impuesto de industria y comercio. Con base en dicha norma la Secretaría Municipal de Neiva expidió la Resolución No. 039 de mayo 11 de 1990, por la cual resolvió revocar en todas y cada una de sus partes las liquidaciones fiscales Nos. 010, 011, 012, 013, 014, y 015 de octubre 20 de 1989, para los años 1984, 1985, 1986, 1987, 1988 y 1989 respectivamente, correspondientes al aforo del impuesto de industria y comercio y avisos de la Electrificadora del Huila S.A.

Así mismo, la Secretaría expidió la Resolución No. 040 de mayo 14 de 1990, en virtud de la cual ordenó a la Jefe de Sección de Liquidación y Kárdex de ese organismo la elaboración de las liquidaciones de aforo del impuesto de industria y comercio y avisos para las vigencias fiscales de 1984, 1985, 1986, 1987 y 1988 de la Electrificadora del Huila S.A.

Inconforme con esta actuación, la sociedad interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 040 de mayo 14 de 1990, el cual fue resuelto por la misma Secretaría de Hacienda Municipal, mediante Resolución No. 057 del 10 de agosto de 1990, mediante la que resolvió confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

Desatado el recurso de apelación por la Alcaldía Mayor de Neiva, mediante la Resolución No. 512 del 28 de septiembre de 1990, se resolvió tener como cierta la Resolución No. 057 del 20 de agosto de 1990 por la cual se negó lo solicitado en el recurso de reposición, y confirmó en todas sus partes la Resolución No. 040 del 14 de mayo de 1990, por la cual se aforó la Electrificadora del Huila S.A.

LA DEMANDA

Acudió la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando no estar sujeta al pago del impuesto de industria y comercio al considerar que:

Las resoluciones acusadas violan los principios generales que rigen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y en especial lo que concierne al servicio público, y los artículos 2, 18, 20, 39, 43, 58, 76 numeral 10, 120 numeral 13, 188 y 203 de la Constitución Nacional.

Considera que de conformidad con los estatutos la Electrificadora del Huila S.A. es una sociedad anónima clasificada legalmente como una sociedad descentralizada indirecta, de nacionalidad colombiana, perteneciente al orden nacional, vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía, sociedad en la que por razón de que el Estado posee más del 90% de su capital social, se somete al régimen jurídico previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Agregó, que independientemente de la naturaleza jurídica de la Electrificadora del Huila, ésta empresa tiene como objeto la prestación de una servicio público, cual es el servicio de energía, motivo por el cual se encuentra exenta del impuesto de industria y comercio. Al efecto cita jurisprudencia de esta Corporación del 1o. de julio de 1988.

De otra parte, acusa los actos de falsa interpretación de los preceptos contenidos en la Carta Constitucional, en los artículos 7, 18, 39, 58, 76 numeral 10, 120 numeral 13, 188 y 203, toda vez que es importante tener en cuenta la noción de servicio público para determinar quiénes deben ser sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, porque si bien de un lado las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cumplen

funciones administrativas, del otro éstas pueden cumplir con la presentación de un servicio público, desvirtuándose la aseveración errada de las Empresas Industriales y Comerciales no forman parte del sector público y que por ende son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio.

Igualmente, manifestó que existió falta de competencia por parte de la Alcaldía Municipal de Neiva, a través de la Secretaria Municipal de Hacienda para la expedición de los actos administrativos que determinaron ordenar la liquidación de aforo y confirmaron esta decisión, puesto que si es la misma ley que determina que un servicio público no puede ser gravado con el impuesto de industria y comercio, no le puede ser dado al impuesto de Neiva violar tales disposiciones contrariando su espíritu.

Así mismo adujo que se interpreto de manera errónea y se aplicó indebidamente la ley 56 de 1981 artículo 7, del Decreto Reglamentario 2024 de 1982, la ley 14 de 1983 en sus artículos 32 y siguientes en el Decreto Reglamentario 3070 de 1983, habida cuenta que la Electrificadora del Huila no es propietaria de obras para generación de energía, y por tanto no le son aplicables los efectos del artículo 7 de la ley 56 de 1981.

En consecuencia, apreció que se ha interpretado erróneamente tanto la ley 56 de 1981 como la ley 14 de 1983 ya que en ninguna de las normas que conforman dichas leyes se dice que se extienda el gravamen del impuesto de industria y comercio a los sujetos que prestan un servicio público y al contrario, la jurisprudencia del Consejo de Estado fallo del 1 de julio de 1988, determina claramente que este impuesto no puede extenderse a esta clase de servicios: y, la sentencia del 25 de septiembre de 1989 de la misma Corporación no varió la concepción sino que desarrolló el tema del impuesto de industria y comercio y enseñó quiénes eran los sujetos pasivos del mismo y de la forma en que debía tributar.

LA OPOSICIÓN

El apoderado judicial del Municipio de Neiva, al contestar la demanda considera que no es cierto que se hayan violado normas de carácter general y particular, porque en primer lugar, respecto de la naturaleza jurídica de la Electrificadora del Huila, adujo con fundamento en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, no son eminentemente públicas, y por ello, están sometidas al régimen del derecho privado en todo aquello que tenga que ver con su actividad económica, y respecto de su organización administrativa están regidas por las normas del derecho público, motivo por el cual se sostiene que a dichas empresas se les aplica un régimen mixto.

En este orden de ideas, la Ley 14 de 1983 en sus artículos 32 y siguientes, regula lo concerniente al impuesto de industria y comercio y dispone que recaerá sobre todas "las actividades comerciales, industriales y de servicio" en beneficio de los municipios en cuya jurisdicción se realicen o se ejerzan, bien sea por personas naturales o jurídicas o por sociedades de hecho.

Sostuvo, por consiguiente, que es palpable que la acomodada interpretación de la ley por parte de la actora es un pretexto para sustraerse a su cumplimiento porque la normatividad de la Ley 14 de 1983 y el Decreto Ley 1050 de 1968 es clara y diáfana.

En segundo lugar, respecto de la falta de motivación dice que es un cargo infundado no sólo por todo lo enunciado, sino por el desconocimiento total de las normas constitucionales y legales sobre el tema.

Propone en el mismo escrito la excepción de inepta demanda, la cual hace consistir en que el poder que confirió el señor gerente encargado de la Electrificadora del Huila no está acorde con el artículo 65 del C.P.C., toda vez que no se manifestó en él qué autoridad o funcionario expidió las Resoluciones Nos. 040, 157 y 512 de 1990, o de qué ente o entidad emanaron dichos actos, lo que conlleva a que la demanda no cumpla los requisitos de ley, y por lo mismo que sea inepta.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Huila, en sentencia del 12 de julio de 1994, denegó las súplicas de la demanda al estimar que:

Respecto a la excepción propuesta por la demandada, no se puede considerar que el poder carezca de la determinación de autoridad y entidad que emite las resoluciones, pues del mismo se desprende que se trata del municipio de Neiva al señalarse en él a dicho ente territorial como el demandado.

En relación con la naturaleza jurídica de la actora y el régimen jurídico aplicable dice que del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Neiva y conforme la escritura pública de Constitución se colige claramente que la Electrificadora del Huila S.A., es una sociedad anónima clasificada legalmente como una sociedad descentralizada indirecta, perteneciente al orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sociedad que en razón de que el Estado posee más del 90% de su capital social se somete al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por lo anterior, consideró que su régimen jurídico contrariamente a lo alegado por el apoderado de la parte actora, no es el de derecho público, sino el de derecho privado, como claramente lo señala el artículo 6 del Decreto 1050 de 1968, y por ello, está sujeta al impuesto de industria y comercio, como quiera que las normas que regulan dicho impuesto no establecen ninguna exención para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

De otra parte, frente a la errada interpretación y aplicación de la ley 56 de 1981 y su Decreto Reglamentario 2024 de 1982, y de la Ley 14 de 1983, observa el *a-quo*, que por un lado, la empresa afirma más no prueba el no ser propietaria de obras para la generación de energía eléctrica: así mismo, toda la actividad u objeto social que tiene la empresa, encuadra dentro del catálogo de las actividades materia del gravamen de

industria y comercio; y por otro, el artículo 39 numeral 2 de la ley 14 de 1983 no prohíbe gravarlas.

En consecuencia, sostuvo que sea que la causa se origine en la generación de energía eléctrica como actividad comercial o de servicios, bien por mandato de la Ley 56 de 1981 y/o por la Ley 14 de 1983, la actividad de la Electrificadora del Huila S.A. es objeto del gravamen indicado.

En apoyo cita el fallo del Consejo de Estado de julio 30 de 1993, Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, expediente No. 4762.

LA APELACIÓN

La apoderada judicial de la actora al apelar el fallo del *a-quo* solicita que se revoque, y reitera los argumentos expuestos en la demanda en relación con la naturaleza jurídica de la actora, además, expresó que siguiendo los lineamientos de la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander de fecha 4 de febrero de 1993, expediente No. 5767, que declaró nula la resolución emanada de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cúcuta, mediante la cual se fija el impuesto de industria y comercio, avisos y tableros a Centrales Eléctricas del Norte de Santander, y por mantener la Electrificadora del Huila S.A. similar objeto al que desarrolla la Central Eléctrica del Norte de Santander, sus actividades no pueden ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, por cuanto se presta un servicio público, aun cuando sea una sociedad de economía mixta de las que si no fuera por este aspecto esencial, siempre sería sujeto pasivo del gravamen en mención.

Por último señaló, que si bien es cierto que la Ley 14 de 1983, no exime en forma precisa el servicio público de la energía eléctrica del pago del impuesto de industria y comercio, también lo es que se ha precisado por parte del Consejo de Estado el concepto de servicio que la Ley 14 de 1983 en su artículo 36 determina, como aquellas actividades dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad. Si dicho artículo señala unos servicios de manera enunciativa, esto no quiere decir que mantenga dentro de ese criterio los servicios determinados como públicos, los cuales por haber un vacío legal en este sentido la misma Corporación ha determinado que no son susceptibles del pago de dicho impuesto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado Judicial de la Electrificadora del Huila S.A. reitera los argumentos planteados en la demanda y en el recurso. Por su parte, la demanda no se pronunció.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado en ésta oportunidad por el Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, solicita que la sentencia apelada sea confirmada al considerar que es claro que en primer término la Ley 14 de 1983 contiene no sólo la

reestructuración y regulación de los diferentes tributos, sino la reorganización del impuestos de industria y comercio, gravando con éste no a las personas naturales o jurídicas, sino a las actividades de industria, comercio y de servicios por ellas ejercidas.

Agregó que la discrepancia acerca del servicio en particular, no tiene cabida frente al hecho de la actividad en sí, es decir, la ley en comento no estableció preferencia en cabeza de las distintas formas asociativas y menos por la clase de servicio, como exentas del gravamen, que para la demandante en este caso, demanda "explotación", aspecto que como bien es sabido implica actividad comercial.

En cuanto tiene que ver con el impuesto de industria y comercio, adujo que es indiferente que se esté ante la prestación de un servicio público, pues la calificación que se le de a la prestación de determinado servicio, no fue tenida en cuenta por la ley, para efecto de exonerar del impuesto a la persona que lo preste, así como tampoco se las benefició con algún tipo de exención.

CONSIDERACIONES

El apoderado de la parte actora hace consistir su inconformidad con el fallo recurrido en el hecho de que la actividad desempeñada por su representada, cual es la prestación del servicio público de energía, no se encuentra gravada con el impuesto de industria y comercio previsto en la Ley 14 de 1983.

A lo anterior, agrega que por la especial actividad ejercida por la Electrificadora del Huila S.A. ésta tiene ciertos privilegios, sin que se pueda desconocer su naturaleza jurídica y el régimen jurídico al que se encuentra sujeto. Es decir, que debido a su objeto social tiene un tratamiento especial, pues su actividad no encuadra dentro de la noción de servicio a que alude la Ley 14 de 1983.

Sobre el particular, considera la Sala que es indispensable precisar que la actora como sociedad de economía mixta que es, y como sujeta que se encuentra al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado en razón a que más del 90% de su capital social pertenece al Estado, tiene como régimen jurídico aplicable el de derecho privado, tal como lo prevé el artículo 6 del decreto 1050/68.

En consecuencia, y tal y como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, no procede la aplicación de las exenciones y privilegios otorgados por las leyes a los establecimientos públicos, cuyo régimen sí es de derecho público, y sólo hay lugar al reconocimiento de las prerrogativas y beneficios específicos otorgados por las leyes, y los generales aplicables a este tipo de entidades descentralizadas, como lo prevé el artículo 43 del decreto 3130 de 1968.

Ahora bien, la ley 14 de 1983, que reguló el gravamen de industria y comercio en lo que tiene que ver con el hecho generador, los sujetos pasivos, las exenciones y las

prohibiciones de gravar determinadas actividades, impuestas a los municipios, no prevé ningún tipo de exención para entidades como la actora, motivo por el cual no es acertado el razonamiento del recurrente en el sentido de que la Electrificadora del Huila S.A. tiene un tratamiento especial debido a su particular objeto social, pues tal "prerrogativa" no ha sido creada por el legislador, y donde éste no distingue no puede distinguir el intérprete.

En relación con el argumento de que el servicio público prestado por la actora no está sujeto al impuesto de industria y comercio, la Sala reitera que dado que el gravamen en mención según las voces del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, recae "sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio", ejercidas por las personas naturales, jurídicas y sociedades de hecho, y que la actividad que desempeña la actora no se encuentra expresamente excluida del impuesto, debe necesariamente concluirse que el servicio público del suministro de energía eléctrica es una actividad que se encuentra gravada con el impuesto de industria y comercio.

A lo anterior debe agregarse que el hecho de que la Ley 14 de 1983, en sus artículos 34, 35 y 36, no haya señalado expresamente dentro de las actividades gravadas la prestación del servicio público de energía eléctrica, no significa que la misma no sea objeto del impuesto de industria y comercio, pues tales disposiciones prevén ciertas actividades de manera enunciativa, tal y como claramente se deduce del texto del artículo 36 cuando dice:

> "Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades ..." subraya la Sala.

Adicionalmente, el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, no prevé ninguna prohibición que impida a los municipios gravar con el impuesto de industria y comercio a las sociedades que presten servicios públicos: y es sabido así mismo, que quien afirma estar exonerado del pago de este impuesto debe probar tal hecho con el respectivo acuerdo o acto que lo fundamente, prueba que en la presente oportunidad no se allegó al proceso.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que los actos demandados al imponer el tributo se ajustan a las normas superiores sobre el particular, en especial a la Ley 14 de 1983, que como se dejó dicho, reguló íntegramente el impuesto de industria y comercio en lo que tiene que ver con el hecho generador, los sujetos pasivos, exenciones y prohibiciones a los municipios de gravar determinadas actividades, motivo por el cual debe confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, 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 - Ausente

DELIO GÓMEZ LEYVA

JULIO ENRIQUE CORREA R.

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

FUERZA MAYOR-Características/**PASIVO CON EL PÚBLICO**-Exceso/**SANCIÓN POR PASIVO CON EL PÚBLICO**

La fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible e irresistible, en el sentido de que, razonablemente no se pueda prever ni impedir, dando lugar a la absoluta imposibilidad de cumplimiento de la respectiva obligación, y no únicamente a circunstancias que hagan más difícil y onerosa la carga. La "imposibilidad" está relacionada con la inexistencia de medio alguno eficaz para prever e impedir el hecho extraño y obviamente que quien lo alega, no haya dado lugar al mismo, caso en el que el hecho habría dejado de ser externo o extraño o imprevisible, así fuera irresistible. La "imprevisibilidad" se refiere a lo emergente o súbito, ya que si el hecho no fuera intempestivo, tampoco sería imprevisible o imposible de prever. De acuerdo con lo anterior no puede admitirse que el exceso de pasivo para con el público en que pueda incurrir una entidad financiera constituye un hecho imprevisible e irresistible porque por una parte, las disponibilidades dinerarias constituyen la materia prima de la actividad financiera y por lo tanto, las entidades del sector financiero diariamente están informadas del comportamiento de tales disponibilidades para determinar si pueden o no realizar las operaciones activas y pasivas, y por otra, cada una de las referidas entidades conoce de antemano su "obligación legal" de mantener los niveles de pasivo para con el público, en orden de establecer unos márgenes de seguridad en la actividad de intermediación financiera.

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO/SANCIÓN PENAL/ SANCIÓN ADMINISTRATIVA/RESPONSABILIDAD OBJETIVA-Inaplicabilidad

El derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos, que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. Dichas finalidades están relacionadas directamente con el orden público económico y en consecuencia, las sanciones son de índole patrimonial. Sobre la diferencia entre el derecho administrativo sancionatorio y el derecho penal se ha dicho: "... El sentido teleológico de las sanciones es diferente en el campo penal del campo administrativo; mientras en el primero se trata de castigar una falta o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico. Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión, exige un pronto cumplimiento y el control de este requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas". En lo referente a la responsabilidad objetiva, se observa que no puede prosperar el cargo de violación del artículo 5o. del Código Penal, ya que tal estatuto está dirigido a sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal moderno del elemento "culpabilidad" que sólo puede predicarse de los actos cometidos por personas naturales y no de las personas jurídicas, a quienes no resulta aplicable el artículo 35 del Código Penal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación 7083. Apelación sentencia de diciembre 19 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco del Comercio (hoy Banco de Bogotá). Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante aoderado por el Banco actor, contra la sentencia de diciembre 19 de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números, 4903 de diciembre 29 de 1988 y 0744 de marzo 9 de 1989, expedidas por el Superintendente Delegado para Instituciones Financieras.

ANTECEDENTES

Previa solicitud de explicaciones, mediante la Resolución número 4903 de diciembre 29 de 1988, la Superintendencia Bancaria multó al Banco actor con la suma de

$1.242.428, por los excesos de pasivo para con el público en que incurrió en el mes de septiembre de 1988.

El apoderado del Banco actor interpuso recurso de reposición, y la Superintendencia Bancaria lo resolvió a través de la Resolución número 0744 de marzo 9 de 1989 confirmando la Resolución número 4903 de 1988, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la parte actora consideró vulnerados los artículos 5, 18, 35, 40 y 375 del Código Penal y, 247 del Código de Procedimiento Penal.

El concepto de violación se sintetiza así:

Con la expedición de las resoluciones acusadas la Superintendencia Bancaria vulneró las normas anteriormente mencionadas, porque, teniendo en cuenta que está prohibida cualquier forma de responsabilidad objetiva, a la entidad de vigilancia le correspondía probar que el Banco actor había obrado con dolo o al menos con culpa.

Adujo que el exceso de pasivos para con el público en que incurrió el Banco actor, obedeció a circunstancias de fuerza mayor que fueron imprevisibles para la administración del Banco, y por lo tanto, con su actuación la entidad de vigilancia vulneró el artículo 40 del Código Penal.

En relación con lo anterior argumentó que el caso fortuito y la fuerza mayor se aceptan como causales de exculpación en el sistema civil y en el penal, y por lo tanto, no puede afirmarse que los deberes impuestos por las normas de orden público económico se deben cumplir sin admitir eximentes.

Tambien señaló que la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria desconoció los propósitos contenidos en la ley 117 de 1985 al no coadyuvar con una institución que atravesó por deterioros patrimoniales.

LA OPOSICIÓN

La apoderada de la Superintendencia Bancaria se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que las normas y principios del derecho penal no son aplicables a las actuaciones administrativas.

En cuanto a la alegada "fuerza mayor", indicó que los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad propios de este fenómeno, no son predicables de los hechos que originaron las sanciones aplicadas por la entidad de vigilancia, toda vez que el deterioro patrimonial obedeció a hechos perfectamente previsibles, cuyo acaecimiento hubiera podido evitarse tomando las precauciones propias de una buena administración, los cuales

se concretaron en la reducción del nivel de crecimiento del pasivo para con el público y la capitalización del patrimonio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia apelada denegó las súplicas de la demanda.

En primer término advirtió que se abstenía de estudiar el cargo referente a la violación de la ley 117 de 1985, porque el demandante no indicó la disposición o disposciones que de dicha ley estimó vulneradas, incumpliendo con el requisito previsto en el artículo 137-4 del Código Contencioso Administrativo.

Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la doctrina, el a-quo concluyó que las normas penales no son aplicables a las actuaciones administrativas, a las cuales se aplica una normatividad propia.

LA APELACIÓN

El apoderado del banco actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustento así:

En relación con la fuerza mayor (artículo 1o. de la ley 95 de 1890), señaló que los "defectos de encaje" en que incurrió el actor obedecieron a motivos que constituyen "fuerza mayor", imprevisibles e irresistibles para la administración del Banco, que no fueron posibles de salvar, no obstante la emisión de acciones, la elaboración del plan de ajuste y la solicitud de un préstamo extraordinario al Banco de la República.

En lo referente a la responsabilidad objetiva, manifestó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5o. del Código Penal, está prohibida cualquier forma de la mencionada responsabilidad y por lo tanto, la Superintendencia Bancaria vulneró tal norma al sancionar al Banco actor sin haber tenido en cuenta las consideraciones subjetivas y las circunstancias exonerativas que éste tenía a su favor.

Afirmó, con fundamento en lo establecido en artículo 35 del Código Penal, que nadie puede ser castigado si la conducta sancionable no se ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Finalmente señaló que las normas penales anteriormente mencionadas son aplicables también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa, de conformidad con lo previsto en los artículos, 375 del Código Penal y 29 de la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Superintendencia Bancaria se opuso a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Alegó, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que las normas penales no son aplicables a las actuaciones administrativas, y que la alegada "fuerza mayor" no se configuró porque el Banco actor incurrió en los excesos de pasivo para con el público (y no en "defectos de encaje", como se afirmó en la sustentación del recurso de apelación), debido a que los administradores no adoptaron oportunamente las medidas tendientes a la recuperación económica del Banco, al incremento de los activos improductivos por la cartera de dudoso recaudo, y al inadecuado manejo de la cartera, motivo por el cual no puede ser eximido de responsabilidad.

No hubo pronunciamiento de la parte actora ni del Ministerio Público

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Fuerza Mayor

De conformidad con lo establecido en el artículo 1o. de la ley 95 de 1890 (artículo 64 del Código Civil), la fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible e irresistible, en el sentido de que, razonablemente, no se pueda prever ni impedir, dando lugar a la absoluta imposibilidad de cumplimiento de la respectiva obligación, y no únicamente a circunstancias que hagan más difícil y onerosa la carga.

La "imposibilidad" está relacionada con la inexistencia de medio alguno eficaz para prever e impedir el hecho extraño y, obviamente, que quien lo alega, no haya dado lugar al mismo, caso en el que el hecho habría dejado de ser externo o extraño o imprevisible, así fuera irresistible.

La "imprevisibilidad" se refiere a lo emergente o súbito, ya que si el hecho no fuera intempestivo, tampoco sería imprevisible o imposible de prever.

De acuerdo con lo anterior, no puede admitirse que el exceso de pasivo para con el público en que pueda incurrir una entidad financiera constituye un hecho imprevisible e irresistible porque una parte, las disponibilidades dinerarias constituyen la materia prima de la actividad financiera y por lo tanto, las entidades del sector financiero diariamente están informadas del comportamiento de tales disponibilidades para determinar si pueden o no realizar las operaciones activas y pasivas, y por otra, cada una de las referidas entidades conoce de antemano su "obligación legal" de mantener los niveles de pasivo para con el público, en orden de establecer unos márgenes de seguridad en la actividad de intermediación financiera.

Así las cosas, la Sala encuentra que, ante el incumplimiento por parte del Banco actor de las normas monetarias a que está sujeto y la ausencia de la alegada fuerza mayor, la Superintendencia obró conforme a derecho al sancionarlo.

En este sentido se ha pronunciado la Sala, entre otras, en las sentencias de mayo 27 de 1994, expediente 5366, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, y de febrero 24

y agosto 5 de 1994, expedientes 5186 y 5568, respectivamente, consejera ponente: Consuelo Sarria Olcos.

2. Aplicación de Normas Penales

El derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad regulada por principios propios y autónomos, que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal.

Dichas finalidades están relacionadas directamente con el orden público económico y en consecuencia, las sanciones son de índole patrimonial.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de diferenciar el derecho administrativo sancionatorio de la normatividad y metodología penal. Al respecto, la Sala se ha pronunciado así:

> "'Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control judicial de la medida sancionadora permite ver en esta materia una cuestion de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal'. (Exp. 1035. Sentencia 24 de julio de 1987, Sección Cuarta. Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque).
>
> "Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en casos como el que estudia, de simple orden público económico.
>
> "Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales". (Exp. 1028, Sentencia de junio de 1987. Sección Cuarta. Ponente Jaime Abella Zárate).

En lo referente a la responsabilidad objetiva, la Sala observa que no puede prosperar el cargo de violación del artículo 5o. del Código Penal, ya que tal estatuto está dirigido a sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal

moderno del elemento "culpabilidad", que sólo puede predicarse de los actos cometidos por personas naturales, y no de los de las personas jurídicas, a quienes no resulta aplicable el artículo 35 del Código Penal.

De conformidad con los anteriores razonamientos la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce al doctor Fernando Antonio Grillo Rubiano como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

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 - Ausente

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS

CARLOS ALBERTO FLÓREZ ROJAS
Secretario

IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS/TARIFA EN EL IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS/DISTRIBUIDOR DE CIGARRILLOS NACIONALES/BASE GRAVABLE EN EL IMPUESTO DE CIGARRILLOS

El impuesto al consumo de cigarrillos de fabricación nacional causa en favor de los departamentos, intendencias y comisarías un gravamen equivalente al cien por ciento sobre el precio de distribución. Este impuesto deberá liquidarse por períodos vencidos de 15 días calendario, sobre las entregas realizadas por distribuidores en tales períodos y será pagado dentro delos 15 días calendario siguientes a tal período. Se entiende por distribuidor la persona, firmas o empresas que dentro de una zona geográfica determinada, en forma única o con otras personas, firmas o empresas que tengan también el carácter de distribuidores, vende cigarrillos de manera abierta, general e indiscriminada a todos los clientes ya sean intermediarios, mayoristas o vendedores al detal, que soliciten los productos. Para determinar la base de liquidación de los impuestos, los distribuidores deberán comunicar por escrito a las autoridades de rentas del departamento, intendencia o comisaría donde distribuyeron sus productos el precio de distribución de cada una de las marcas de cigarrillos, así comó las modificaciones que se hagan a dichos precios.

HECHO GENERADOR EN EL IMPUESTO A CIGARRILLOS/CAUSACIÓN EN IMPUESTO A CIGARRILLOS/IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS

El hecho generador del impuesto al consumo es la venta; se causa cuando se hace la entrega real o simbólica de la venta, es decir, que el momento de

causación del impuesto al consumo es igual al que rige para el impuesto a las ventas; son responsables solidarios los distribuidores y los fabricantes; y las tornaguías son exigibles únicamente para las distribuciones de cigarrillos fuera del departamento. Así pues los actos administrativos acusados están viciados de ilegalidad por cuanto modifican e imponen nuevos requisitos no contemplados en la normatividad vigente sin que el Departamento ni la Secretaría de Hacienda del Valle del Cauca tengan facultad alguna para ello, pues ésta se deriva de la Ley.

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

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 6017. Actor: Compañía Colombiana de Tabaco S.A. "Coltabaco". C/Departamento del Valle del Cauca. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por la apoderada judicial de la demandada contra la sentencia estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, calendada el día 26 de agosto de 1994.

ANTECEDENTES

La Compañía Colombiana de Tabaco S.A., a través de su representante legal y mediante apoderado demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho al Departamento del Valle del Cauca, con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos; oficio HUR 501 de marzo 8 de 1993, expedido por la Secretaría de Hacienda Departamental; Resolución No. 112 de abril 2 de 1993 por medio de la cual se confirma en todas sus partes el oficio anterior y la Resolución No. 0327 de mayo 25 de 1993 dictada por el señor Gobernador del Departamento.

Relata el actor los siguientes hechos:

1o. Los Jefes de la Sección de Tabaco y Degüello y de la Unidad de Rentas de la Secretaría de Hacienda del Departamento del Valle del Cauca produjeron conjuntamente el oficio No. HUR 501 de marzo 8 de 1993, dirigido a la Compañía Colombiana de Tabaco S.A., mediante el cual determinaron con relación a la sociedad dos (2) nuevas situaciones, a saber:

a) Que el impuesto al consumo de cigarrillos se liquidaría en lo sucesivo por el sistema de comparación de inventarios de existencias físicas. El procedimiento a seguir para la liquidación aparece consignado en el susodicho oficio, y se da por reproducido en esta providencia.

b) Que el transporte de cigarrillos entre municipios del mismo departamento, requiere de tornaguías.

2o. No obstante que el oficio de la referencia y a pesar de contener decisiones administrativas que imponían obligaciones nuevas al contribuyente, no fue notificado a la compañía, ésta una vez recibido el oficio, se dio por notificada, interponiendo los recursos de reposición y apelación los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. 112 de abril 2 de 1993 y 0327 de mayo 25 del mismo año, en forma desfavorable para el recurrente.

Cita como normas violadas los artículos 13, 84, 189 numeral 11, 311 y 333 de la Constitución Nacional; artículos 4o. y 6o. del Decreto 214 de 1969, en concordancia con el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1095 de 1984; artículo 9o. inciso 2o., 17 y 32 del Decreto Departamental No. 0239 de febrero 14 de 1991 (Código de Rentas del Departamento del Valle); artículos 1o. de la Ley 91 de 1931; artículos 47 y 169 del Decreto 444 de 1967. Da el concepto de violación.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la sentencia proferida declara la nulidad de los actos acusados por las siguientes consideraciones:

Afirma que le asiste razón al demandante, por cuanto se evidencia una modificación al procedimiento a seguir para liquidar el impuesto al consumo del cigarrillo nacional no contemplado en las disposiciones que regulan esta materia; modificación en cuanto pretende gravar a uno solo de los contribuyentes riñendo con el precepto constitucional del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Además, aclara que la competencia para establecer el monto y cobro del impuesto al cigarrillo y al tabaco proviene de la ley, y que la Administración no podía bajo ningún motivo cambiar lo establecido en ella mediante un oficio y menos para uno solo de los contribuyentes como lo hizo en el caso de autos.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandada, apartándose de la sentencia recurrida incoa recurso de apelación, exponiendo las siguientes razones:

1o. En relación a que la Administración cambió el procedimiento del cobro del impuesto al consumo del cigarrillo, afirma que no es cierto, por cuanto, la Administración, lo único que hizo fue entrar a tomar las medidas necesarias para cobrar el impuesto conforme a las normas legales vigentes pues arbitrariamente COLTABACO pagaba la cantidad que ella consideraba cada 15 días, suma que no correspondía a la que debía pagar en realidad, con flagrante violación de la ley; situación que entra a corregir el Departamento con la Secretaría de Hacienda mediante los actos acusados.

Aclara que lo único que cambió fue la oportunidad del pago y no el procedimiento para éste, pues existen diferencias en las liquidaciones quincenales que hacía la sociedad actora.

Precisa que "el impuesto al consumo de cigarrillo es exigible cuando el producto gravable se halla en estado de darlo a la venta para el consumo al público, cosa distinta sería si se tratara de un impuesto a la producción y no al consumo" y como se dijo anteriormente el pago que hacía Coltabaco no correspondía al que debía pagar en realidad.

Afirma, además, que no se cambió el procedimiento legal para el cobro del impuesto al consumo para uno solo de los contribuyentes, pues mediante prueba idónea de los funcionarios encargados del manejo y recaudo del impuesto al consumo de cigarrillo se probó que era precisamente COLTABACO el único distribuir que estaba violando las normas del impuesto referido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la Actora:

La actora reitera los argumentos esgrimidos en la primera instancia, solicita se confirme la providencia apelada, y se pronuncie la Corporación sobre el "Sistema de Comparación de Inventarios", y se fije la pauta sobre tal tópico considerando su gran importancia para otros procesos contenciosos en curso.

De la Apelante:

Ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda, alegato de conclusión y la sustentación de la apelación, y solicita se revoque la sentencia apelada.

CONCEPTO FISCAL

En esta etapa procesal la Procuraduría Octava Delegada ante la Corporación no descorrió el traslado para rendir su concepto.

CONSIDERACIONES

Pretende la apoderada judicial de la demandada que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al considerar que gozan de legalidad los actos administrativos anulados en primera instancia, pues, son consecuencia de la aplicación del Decreto 0269 de febrero 1o. de 1991.

Pues bien, en relación con el anterior argumento de la apelante la Sala después de analizar las normas que regulan la materia llega a las siguientes conclusiones:

1o. El impuesto al consumo de cigarrillos de fabricación nacional causa en favor de los departamentos, intendencias y comisarías un gravamen equivalente al cien por ciento sobre el precio de distribución.

2o. Este impuesto deberá liquidarse por períodos vencidos de 15 días calendario, sobre las entregas realizadas por distribuidores en tales períodos y será pagado dentro de los 15 días calendario siguientes a tal período.

3o. Se entiende por distribuidor la persona, firmas o empresas que dentro de una zona geográfica determinada, en forma única o con otras personas, firmas o empresas que tengan también el carácter de distribuidores, vende cigarrillos de manera abierta, general e indiscriminada a todos los clientes ya sean intermediarios, mayoristas o vendedores al detal, que soliciten los productos.

4o. Para determinar la base de liquidación de los impuestos, los distribuidores deberán comunicar por escrito a las autoridades de rentas del departamento, intendencia o comisaría donde distribuyeron sus productos el precio de distribución de cada una de las marcas de cigarrillos, así como las modificaciones que se hagan a dichos precios.

Igualmente, agentes, sucursales o dependencias, deben facturar los artículos que venden discriminando las partidas correspondientes a los siguientes conceptos:

a) Precio de distribución del producto.

b) Impuesto de consumo de tabaco.

c) Impuesto nacional de ventas.

– El impuesto se causa en el momento de la distribución o sea, en el de la entrega real o simbólica de los productos por parte de los distribuidores a los vendedores al detal.

– Son responsables solidarios los fabricantes y los distribuidores.

– Los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá, no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de cigarrillos nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otro gravamen, distinto al de consumo.

– La omisión de información se considera como fraude a las rentas departamentales para todos los efectos correspondientes.

– En caso de despachos de cigarrillos con destino a otro departamento, intendencia o comisaría, el distribuidor y las rentas del lugar, deben informar a las rentas del otro lugar para que ésta tome las medidas pertinentes:

En síntesis, el hecho generador del impuesto al consumo es la venta; se causa cuando se hace la entrega real o simbólica de la venta, es decir, que el momento de causación del impuesto al consumo es igual al que rige para el impuesto a las ventas; son responsables solidarios los distribuidores y los fabricantes; y, las tornaguías son exigibles únicamente para las distribuciones de cigarrillos fuera del departamento.

La Sala después del análisis anterior, concluye que no le asiste razón al apelante por cuanto los actos administrativos acusados, el Oficio HUR 501 de marzo 8 de 1993, la Resolución No. 112 de abril 2 de 1993 ambos proferidos por la Secretaría de Hacienda y Resolución 0327 de mayo 25 de 1993 expedida por el Gobernador del Departamento

del Valle del Cauca, están viciados de ilegalidad por cuanto modifican e imponen nuevos requisitos no contemplados en la normatividad vigente sin que el Departamento ni la Secretaría de Hacienda del Valle del Cauca tengan facultad alguna para ello, pues ésta se deriva de la Ley; razón suficiente apra confirmar 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:

CONFÍRMASE la providencia recurrida.

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
Ausente

JULIO E. CORREA RESTREPO

DELIO GÓMEZ LEYVA

CARLOS A. FLÓREZ
Secretario

SOCIEDAD EXTRANJERA/REPRESENTANTE DE SOCIEDAD EXTRANJERA

El artículo 469 del C. de Cio. prescribe que son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y cuyo domicilio principal está en el exterior. Consta en el expediente (información contenida en la declaración de renta y en los certificados de retención en la fuente), que la actividad que sociedad demandante desempeña en nuestro país es la de ser accionista de algunas compañías nacionales, actividad ésta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 474 del C. de Cio. no tiene el carácter de permanente y por ende no requiere de la creación de una sucursal para su desempeño, como si lo exige el artículo 471 *ibídem* para las sociedades extranjeras que pretendan emprender negocios permanentes en Colombia. Se ha sostenido que una sociedad extranjera que no desarrolle actividades permanentes en el país y por lo tanto no deba tener en él una sucursal, tan solo requiere de un representante o agente "cuya calidad se establece en la forma común como se prueba el contrato de mandato" y quien es un verdadero representante legal de dicha compañía en nuestro país.

SOCIEDAD EXTRANJERA/REPRESENTANTE LEGAL-Poder/DOCUMENTO AUTÉNTICO/DOCUMENTO DE FECHA CIERTA

Si se analizan con detenimiento todos los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Dirección del Registro Público de Panamá, se encuentra debidamente acreditada la existencia y representación legal de la sociedad actora, pues los citados documentos se hallan debidamente autenticados ante el Cónsul de Colombia en Panamá y abonada la

firma de dicho funcionario por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, requisitos éstos que unidos a la constancia del funcionario diplomático que autentico el certificado acerca de la existencia de la sociedad y del ejercicio del objeto social conforme a las leyes del país de su domicilio son los que exige el artículo 480 del C. de Cio. para que un documento otorgado en otro país tenga valor probatorio de conformidad con nuestra legislación. En consecuencia, si bien es cierto que con el escrito de otorgamiento de poder y ratificación de la agencia oficiosa no se acompañó el certificado de existencia y representación legal de la actora, no es menos cierto que en los certificados que en su conjunto obran en el proceso que la sociedad existe y que quien ratifica y otorga el poder es su representante legal. Ahora bien en relación con el poder que otorgó la actora, se observa que no fue presentado personalmente por el poderdante tal como lo exige el artículo 65 del C. de P. C. lo cual no significa en manera alguna que el poder sea inexistente, pues la presentación personal ante el notario o lo que es lo mismo el reconocimiento de documento privado únicamente da al documento plena autenticidad y fecha cierta; además sería contrario a la realidad de los hechos desconocer que el documento que obra en el expediente, existe como tal.

ERROR ARITMÉTICO–Inexistencia/**TARIFA DE IMPORRENTA/LEY EN EL TIEMPO/LIQUIDACIÓN DE CORRECIÓN ARITMÉTICA**–Improcedencia

Se considera que no le asiste la razón a la Administración, pues en realidad la aplicación de una u otra tarifa obedece a un problema de aplicación de la ley en el tiempo, el cual no encuadra dentro de ninguno de los eventos previstos por el legislador para que proceda la corrección aritmética, ya como en repetidas oportunidades se ha expresado, la facultad de corrección aritmética que consagra la legislación tributaria se encuentra restringida a los eventos taxativamente señalados por el legislador como constitutivos de error aritmético concepto que en todos los casos presupone la existencia de equivocaciones en los resultados de las operaciones aritméticas y la aplicación de tarifas en la liquidación privada del impuesto. Ahora bien, aun cuando la Administración pretende hacer consistir la equivocación en un error relacionado con la aplicación de la tarifa, se considera que el verdadero motivo de la práctica de la liquidación de corrección es la aplicación de una determinada tarifa ordenada para un específico año gravable mediante un decreto cuya expedición fue posterior a la presentación de la declaración de renta por parte de la actora, norma esta que a juicio de la demanda debe aplicarse de preferencia y que en opinión de la actora no tiene aplicación.

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

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. 6097. Actor: PANAMERICAN INVESTMENT CO INC. IMPUESTO – RENTA. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra el fallo inhibitorio de fecha 17 de noviembre de 1994, proferido dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad extranjera PANAMERICAN INVESTIMENT CO. INC., para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos de Medellín le practicó liquidación de corrección aritmética a la declaración tributaria del impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

En la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1986, presentada por el contribuyente –sociedad extranjera– el día 4 de mayo de 1987, se aplicó sobre el valor de los dividendos de tarifa del 30% consagrada en el artículo 3o. de la ley 75 de 1986.

La División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Medellín, mediante la liquidación de corrección aritmética No. 009 del 9 de marzo de 1989, corrigió el impuesto básico de renta que aparece en el renglón 259, aplicando una tarifa del 40%, tal como lo prevé el artículo 6o. del decreto 823 del 6 de mayo de 1987. Igualmente aplicó la sanción por error aritmético que da cuenta del artículo 42 del decreto 2503 de 1987.

La sociedad contribuyente a través del agente oficioso, interpuso recurso de reconsideración mediante el cual sostuvo que no se configuraba en la declaración de renta objeto de corrección, el error aritmético previsto en la ley, pues el problema planteado cual es la aplicación de la ley en el tiempo es de fondo, lo que ameritaba la práctica de una liquidación de revisión previo requerimiento especial.

La Administración, por medio de la Resolución No. 0011 del 30 de mayo de 1990, resolvió el recurso de reconsideración en sentido desfavorable a las pretensiones de la contribuyente, con el argumento de que durante el término que tenía para declarar fue expedida una disposición que modificó la tarifa para aplicar por el año de 1986 (artículo 6 del Decreto 823 de 1987). Sostuvo así mismo que la sociedad contribuyente no estaba imposibilitada para corregir su declaración tal como lo prevé el artículo 24 de la ley 52 de 1977 y que sí se da el error aritmético previsto en el Estatuto Tributario.

LA DEMANDA:

La sociedad extranjera contribuyente, a través de agente oficioso, sustenta sus pretensiones en los siguientes argumentos:

1. Improcedencia de la liquidación de corrección:

La declaración de renta fue presentada el día 4 de mayo de 1987, ajustándose a las normas vigentes en esa fecha, es decir el artículo 3° de la ley 75/86 que fijaba la tarifa del impuesto sobre la renta correspondiente a dividendos percibidos por sociedades extranjeras en un 30%.

En consecuencia, mal podría aplicar el artículo 6o. del decreto 823 del 6 de mayo de 1987, que modificó la tarifa, pues fue expedido con posterioridad a la fecha de la presentación de la declaración privada. Al aplicar la mencionada norma como lo hizo la Administración se está dando efecto retroactivo a la misma.

Sostiene así mismo, que no resulta aceptable la afirmación consignada por la Administración en el sentido de que dado que la norma fue expedida dentro del lapso que tenía la contribuyente para declarar, y que por lo mismo era la ley aplicable, la sociedad pudo corregir la declaración, pues el artículo 71 de la ley 9a. de 1983 se refiere a la facultad que tiene el contribuyente de corregir los errores o modificar los factores de su declaración, y en el momento en que se presentó el denuncio rentístico el error imputado por la Administración era inexistente. Agrega, que la facultad de corrección es discrecional y no obligatoria.

De otra parte, considera que no hay lugar a la configuración del error aritmético pues no existió error alguno en las operaciones aritméticas ya que las operaciones y el total resultante se ciñeron en un todo a la realidad objetiva y formal.

Así mismo, las modificaciones efectuadas por la Administración requerían de un análisis de fondo, lo cual descarta la procedencia de la liquidáción de corrección aritmética.

2. Violación de disposiciones de procedimiento

Al haberse presentado una divergencia de fondo, cual es la de la aplicación de la ley en el tiempo, el procedimiento correcto era la liquidación de revisión, previo el requerimiento especial en el decreto 2503 de 1987.

Así las cosas, con el trámite surtido se presentó una violación al debido proceso y se incurrió en la causal establecida, en el ordinal 2o. del artículo 57 de la ley 52 de 1977, en concordancia con el ordinal 4o. del artículo 152 del C. P. C.

3. Sanción por corrección Aritmética.

Al ser un fenómeno consecuencial a la determinación errada de la liquidación aritmética la sanción por corrección debe desaparecer.

Por último, aduce como violados las siguientes disposiciones: artículo 26 de la C.N., artículo 6 del Decreto 823 de 1987, artículos 40, 41, 45 y 51 del Decreto 2503 de 1987 y el artículo 57 de la ley 52 de 1977.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que con base en el decreto 823 de 1987, la tarifa aplicable por el año gravable de 1986, era del 40%, y a pesar de que la sociedad extranjera había presentado su declaración, podía haberla corregido dentro de los dos meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar, de conformidad con el artículo 71 de la ley 9a. de 1983.

Sostiene a su vez que sí hubo error aritmético, pues de conformidad con el numeral 2 del artículo 40 del decreto 2503 de 1987, hoy artículo 697 del Estatuto Tributario, se aplicó una tarifa diferente (30%) a la aplicada al momento de efectuar las retenciones en la fuente practicada a la sociedad, que fue del 40%.

Igualmente, se configura la causal prevista en el numeral 3o., pues como consecuencia del error cometido al aplicar una tarifa diferente resulta un valor equivocado que implica un mayor saldo a favor de la contribuyente.

Por último, al aplicar la sanción por corrección aritmética, la Administración obró de conformidad con lo estipulado en el artículo 646 del Estatuto Tributario.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal profiere fallo inhibitorio pues observa que no hay legitimación procesal por activa, ya que quien dice actuar como representante legal, al ratificar lo actuado por el agente oficioso, y a su vez conferir poder al mismo para continuar con el proceso, no allegó la prueba de la existencia y representación legal; así mismo, la certificación que obra en el expediente (folio 24) al ser un documento otorgado en el exterior no cumple con los requisitos previstos en la legislación colombiana para ser apreciada como prueba, y no se observan en el expediente las pruebas pertinentes de acuerdo con lo previsto en los artículos 469 y siguientes del Código de Comercio.

LA APELACIÓN:

El apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

La Compañía actora es una sociedad extranjera que posee acciones en varias sociedades colombianas, actividad ésta que de conformidad con el artículo 474 del C. de Co. no es de carácter permanente, y por ende no está obligada a abrir sucursales en nuestro país; tan sólo requiere de un mandatario, representante o agente cuya calidad se establece en forma común como se prueba el contrato de mandato y tiene la representación legal de la Compañía. En apoyo cita jurisprudencia de la Corporación.

En la presente oportunidad tanto la ratificación de la agencia oficiosa como el poder fueron otorgados por el mismo representante legal de la compañía, calidad que se acreditó

con el documento otorgado en el exterior y convalidado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Si en gracia de discusión el Tribunal consideraba que la representación aludida no estaba plenamente comprobada ha debido inadmitir la demanda y no inhibirse al momento de fallar lo cual ocasiona graves perjuicios económicos a la sociedad, en razón de la determinación de intereses y la actualización de las deudas tributarias.

Sin embargo, de conformidad con los artículos 140 y 144 No. 3 del C. P. C., aplicables al procedimiento administrativo, la supuesta nulidad originada por la indebida representación se encuentra saneada, pues el proceso continuó su curso sin que la parte interesada la alegara. En consecuencia, siendo una nulidad saneable, no se puede proferir un fallo inhibitorio como lo hizo el *a–quo*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de la parte actora sostiene que la prueba de la existencia y representación legal echada de menos por el fallador se encuentra incorporada desde la vía gubernativa, y por ser pruebas obrantes en el expediente han debido ser tenidas en cuenta al momento del fallo, pues su no apreciación contraviene lo prescrito en el artículo 170 del C. C. A.

El apoderado de la parte demandada manifiesta que al realizar un análisis del poder otorgado por el representante legal se observa que se presentó sin el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley, pues no fue presentado personalmente sino únicamente autenticado. Tal deficiencia acarrea la inexistencia del poder lo que a su vez configura la indebida representación o carencia de personería que condujo al fallo inhibitorio proferido por el Tribunal.

En relación con la legalidad de los actos demandados, sostiene que la obligación de pagar la tarifa del 40% a cargo de la sociedad actora no surge del decreto 823 de 1987 sino del artículo 48 de la ley 9a. de 1983, y por tal motivo es ajustada a la realidad y a derecho la corrección practicada, puesto que se corrigió la tarifa aplicada, error que de conformidad con el artículo 697 numeral 3o. del Estatuto Tributario es de carácter aritmético y genera evidentemente un menor impuesto a cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 469 del C. de Co. prescribe que son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y cuyo domicilio principal está en el exterior. De conformidad con los certificados que obran tanto en los antecedentes administrativos como en el cuaderno del proceso instaurado ante esta jurisdicción, consta que la sociedad actora, Panamerican Investment Co. Inc.es una sociedad extranjera cuyo domicilio se encuentra en Panamá.

Consta igualmente en el expediente (información contenida en la declaración de renta y en los certificados de retención en la fuente), que la actividad que la sociedad demandante desempeña en nuestro país es la de ser accionista de algunas compañías nacionales, actividad ésta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 474 del C. de Co., no tiene el carácter de permanente y por ende no requiere de la creación de una sucursal para su desempeño, como sí lo exige el artículo 471 *ibídem* para las sociedades extranjeras que pretendan emprender negocios permanentes en Colombia.

La jurisprudencia de la Corporación (Expediente No. 3971 Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate), ha sostenido que una sociedad extranjera que no desarrolle actividades permanentes en el país y por lo tanto no deba tener en él una sucursal, tan sólo requiere de un representante o agente "cuya calidad se establece en la forma común como se prueba el contrato de mandato", y quien es un verdadero representante legal de dicha compañía en nuestro país. A su vez, el artículo 48 del C. P. C., prevé que las personas jurídicas extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, deberán estar representadas en los procesos por el apoderado que constituyan "con las formalidades prescritas en este Código".

Ahora bien, la actora es una sociedad extranjera que no desempeña actividades permanentes en Colombia, a cuyo nombre actuó en el presente proceso como agente oficioso, el doctor Guillermo Ballesteros R. La gestión del agente oficioso fue ratificada por el señor Davis L. Rianhard (fl. 37), quien de conformidad con el certificado que obra el folio 24 interpretado junto con las demás certificaciones expedidas en Panamá por la Dirección General del Registro Público de ese país, tiene la representación legal de la compañía extranjera.

Es de anotar que en el mismo escrito de ratificación, el representante legal de la actora confirió poder al doctor Ballesteros para que continuara actuando en el proceso.

Si se analizan con detenimiento todos los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Dirección General del Registro Público de Panamá, aportados tanto en la vía gubernativa como en el trámite ante esta jurisdicción, se observa que contrariamente a lo que sostiene el Tribunal, se encuentra debidamente acreditada la existencia y representación legal de la sociedad actora, pues los citados documentos se hallan debidamente autenticados ante el Cónsul de Colombia en en Panamá y abonada la firma de dicho funcionario por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, requisitos éstos que unidos a la constancia del funcionario diplomático que autenticó el certificado acerca de la existencia de la sociedad y del ejercicio del objeto social conforme a las leyes del país de su domicilio (antecedentes administrativos), son los que exige el artículo 480 del C. de Co. para que un documento otorgado en otro país tenga valor probatorio de conformidad con nuestra legislación.

En consecuencia, si bien es cierto que con el escrito de otorgamiento de poder y ratificación de la agencia oficiosa no se acompañó el certificado de existencia y representación legal de la compañía actora, no es menos cierto que en los certificados

que en su conjunto obran en el proceso consta que la sociedad existe y que quien ratifica y otorga el poder es su representante legal, lo cual a juicio de la Sala constituye prueba suficiente y hace innecesario que se aporte un nuevo certificado.

Ahora bien, en relación con el poder que otorgó la actora, observa la Sala que no fue presentado personalmente por el poderdante tal como lo exige el artículo 65 del C. de P. C., lo cual no significa en manera alguna que el poder sea inexistente, como lo afirma la parte demandada, pues es la presentación personal ante el notario o lo que es lo mismo, el reconocimiento de documento privado únicamente da al documento plena autenticidad y fecha cierta; además sería contrario a la realidad de los hechos desconocer que el documento que obra a folio 37, existe como tal.

En este orden de ideas y siendo absolutamente cierto, que el poder no fue otorgado en debida forma, tal omisión tampoco tiene la entidad suficiente para acarrear un fallo inhibitorio, pues el artículo 140 del C. P. C. al enlistar las causales de nulidad de los procesos prescribió en su numeral 7o. que la indebida representación de las partes, sólo se configura en tratándose de apoderados judiciales, "por carencia total de poder para el respectivo proceso", lo cual en la presente oportunidad no sucede.

En este orden de ideas, y tal como lo prevé la norma en comento, la deficiencia que se presenta en relación con el poder que obra a folio 37, es una irregularidad que no acarrea la nulidad del proceso y que adicionalmente ha sido subsanada al no haberse impugnado oportunamente por medio de los recursos que establece la ley. En consecuencia, al encontrarse subsanada la irregularidad existente mal se puede justificar un fallo inhibitorio.

Así las cosas, no le asiste la razón al Tribunal al haber proferido un fallo inhibitorio, pues sí existe dentro del proceso la legitimación procesal por activa. En consecuencia, la Sala procederá a revocar la providencia recurrida y a decidir de fondo el asunto planeado en la presente oportunidad.

No sobra recordar sin embargo, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del C. P. C., es deber del juez evitar nulidades y providencias inhibitorias, y que como lo sostiene el doctrinante Hernán Fabio López en su obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil" "Permitir que el juez, que solo observa esa falla formal cuando dicta sentencia, pueda con la sentencia inhibitoria, dejar sin efecto de una sola plumada todo lo actuado (consecuencia del fallo inhibitorio) es auspiciar una labor totalmente contraria a la que le fue encomendada por el Estado, y a la que los asociados esperan de él....", pues es sabido que dentro del proceso existen otros medios para evitar irregularidades o por lo menos ponerles fin.

Ahora bien, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso.

El asunto que debe resolver la Sala se contrae a determinar si tal como lo sostiene la parte demandada, la actora incurrió en error aritmético, o como lo afirma la parte actora

el procedimiento empleado por la Administración al practicar la liquidación de corrección no era el correcto, pues la posible divergencia entre el contribuyente y la demandada ameritaba la práctica de una liquidación de revisión.

Sostiene el apoderado de la parte demandada que en la liquidación de corrección aritmética practicada a la sociedad actora se aplicó la tarifa del 40%, ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 823 de 1987, que ordenaba que por el año gravable de 1986 los dividendos percibidos por las sociedades extranjeras estaban sometidos al impuesto sobre la renta a una tarifa igual a la de la retención efectuada en el momento del respectivo pago o abono en cuenta. Es así como al haberse practicado a la sociedad retenciones a la tarifa del 40%, esa misma tarifa era la aplicable a la base gravable para determinar el impuesto de renta.

Considera así mismo, que la declaración de renta de la actora presenta el error aritmético que encuadra dentro de lo previsto en el No. 2 del artículo 40 del decreto 2503 de 1987, (hoy artículo 697 del E.T.), al aplicarse una tarifa diferente (30%) a la que ordena aplicar el decreto 823/87, y adicionalmente, se configura el error previsto en el numeral 3o., pues al aplicar una tarifa diferente resultaba un valor equivocado que implicaba un mayor saldo a su favor para compensar o devolver.

Sobre el particular, la Sala considera que no le asiste la razón a la Administración, pues en realidad la aplicación de una u otra tarifa obedece a un problema de aplicación de la ley en el tiempo, como bien lo sostiene el demandante, el cual a juicio de la Sala no encuadra dentro de ninguno de los eventos previstos por el legislador para que proceda la corrección aritmética, ya que como en repetidas oportunidades lo ha expresado la Sala, la facultad de corrección aritmética que consagra la legislación tributaria se encuentra restringida a los eventos taxativamente señalados por el legislador como constitutivos de error aritmético, concepto que en todos los casos presupone la existencia de equivocaciones en los resultados de las operaciones aritméticas y la aplicación de tarifas en la liquidación privada del impuesto.

Ahora bien, aun cuando la Administración pretende hacer consistir la equivocación en un error relacionado con la aplicación de la tarifa, la Sala, con base en la actuación surtida en la vía gubernativa y en el presente proceso, considera que el verdadero motivo de la práctica de la liquidación de corrección es la aplicación de una determinada tarifa ordenada para un específico año gravable mediante un decreto cuya expedición fue posterior a la presentación de la declaración de renta por parte de la actora, norma esta que a juicio de la demandada debe aplicarse de preferencia, y que en opinión de la actora no tiene aplicación.

Es decir, que existe una discrepancia de fondo cuyo resultado es la aplicación de tarifas diferentes por parte del contribuyente y de la Administración, resultado este que no puede ser analizado en forma aislada, si no por el contrario en forma concatenada, lo cual permite determinar que el supuesto error no es de carácter aritmético y por ende no procedía la liquidación de corrección aritmética practicada a la actora.

Así las cosas, y habida cuenta que la supuesta equivocación al aplicar las tarifas obedece a una interpretación sobre la aplicación del decreto 823 de 1987, y por lo mismo no susceptible de enmendarse mediante el procedimiento de la corrección aritmética, la Sala estima que el trámite adecuado era el de la práctica de una liquidación de revisión, previo requerimiento especial. En consecuencia, la Administración incurrió en violación de las disposiciones legales que consagran el procedimiento de corrección aritmética y por tal virtud debe procederse a declarar la nulidad de los actos acusados, tal como lo solicita el apelante.

Así mismo, y a pesar de que la actora no lo solicita, al anularse la operación administrativa de corrección aritmética, es decir, la operación que modificó la liquidación privada, deberá confirmarse esta última, pues se entiende que no ha sido válidamente modificada.

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

FALLA:

1o. REVÓCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, expedida el 17 de noviembre de 1994, por la cual se declara inhibido para proferir decisión de fondo.

2o. ANÚLASE la operación administrativa integrada por la liquidación oficial de corrección aritmética No. 009 del 29 de marzo de 1989 y la Resolución No. 0011 del 30 de mayo de 1990 mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín corrigió la liquidación privada del impuesto de renta presentado por la sociedad PANAMERICAN INVESTMENT CO. INC, por el año gravable de 1986.

3o. CONFÍRMASE la liquidación privada presentada por la sociedad actora.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE 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

JULIO ENRIQUE CORREA R.

DELIO GÓMEZ LEYVA

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

CARLOS A. FLÓREZ ROJAS
Secretario

SECCIÓN QUINTA

RECURSO DE APELACIÓN-Improcedencia/**RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA**-Negación/**AUTO INTERLOCUTORIO/RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA/AUTOS APELABLES**-Taxatividad

El magistrado conductor negó el reconocimiento de la personería a quien se presentó al proceso como apoderado del alcalde cuyo acto declaratorio de elección se acusa. El auto anterior a voces del art. 183 del C.C.A., tal como quedó subrogado por el art. 39 del decreto 2304 de 1989, era susceptible del recurso de súplica por tratarse de un interlocutorio dictado por el ponente. Pero el interesado dejó pasar la oportunidad para instaurar el recurso procedente y propuso una nulidad sin mención, ni respaldo en el art. 140 del C. de P.C. que en su parágrafo establece, que fuera de los eventos previstos en la disposición, cualquier otro aspecto que se considere irregularidad se entiende subsanado si no se discute mediante los recursos previstos por la Ley. Situación que fue decidida mediante el auto del 3 de marzo de 1995, que viene a discutirse en apelación.

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

Consejera Ponente: Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 1280. Actor: Carlos Emilio Páez Ladino. APELACIÓN AUTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 3 de marzo de 1995, por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó una nulidad solicitada dentro del proceso.

Dan cuenta los autos que el 1o. de febrero de 1995 el Magistrado Conductor negó el reconocimiento de personería a quien se presentó al proceso como apoderado de la Alcalde cuyo acto declaratorio de elección se acusa. El auto anterior a voces del art. 183 del C.C.A., tal como quedó subrogado por el art. 39 del Decreto 2304 de 1989, era susceptible del recurso de súplica por tratarse de un interlocutorio dictado por el ponente. Pero el interesado dejó pasar la oportunidad para instaurar el recurso procedente y propuso una nulidad sin mención, ni respaldo en el art. 140 del C. de P.C. que en su parágrafo establece, que fuera de los eventos previstos en la disposición, cualquier otro aspecto que se considere irregularidad se entiende subsanado si no se discute mediante los recursos previstos por la ley. Situación que fue decidida mediante el auto del 3 de marzo de 1995, que viene a discutirse en apelación.

Respecto del recurso de alzada, dice el Art. 181 del C.C.A.:

"APELACIÓN.- Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales administrativos y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos en pleno o en una de sus salas, según el caso:

1o.) El inadmisorio de demanda;

2o.) El que resuelva sobre la suspensión provisional;

3o.) El que ponga fin al proceso; y

4o.) El que resuelva sobre la liquidación de condenas.

El recurso contra los actos mencionados deberá interponerse directamente y no como subsidiario de la reposición.

Por regla general el recurso se concederá en el efecto suspensivo"

De conformidad con la transcripción anterior es claro que el auto dictado por el Tribunal Administrativo el 3 de marzo pasado no es de los previstos en el artículo transcrito por lo que no es susceptible de ser recurrido en apelación.

En estas condiciones la Sala debe rechazar por improcedente el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 3 de marzo d 1995 por las razones expuestas en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en su sesión de la fecha.

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE JEANNE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PROCESO EJECUTIVO/MANDAMIENTO DE PAGO/RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA-Presunción de autenticidad

Las resoluciones aportadas por la Superintendencia, donde aparece sello y firma con la leyenda "copia tomada del original", son válidas y se reputan auténticas.

TÍTULO EJECUTIVO-Requisitos/**EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA/JURISDICCIÓN COACTIVA**

La falta de jurisdicción y competencia está previsto como excepción previa en el art. 97 del C.P.C. no siendo materia de examen en la apelación del auto de mandamiento de pago librado en proceso de jurisdicción coactiva, por cuanto este recurso como lo ha sostenido la sección debe estar dirigido a que se reconozcan insatisfechos en el título de recaudo los requisitos formales del mismo, esto es, la falta de claridad, expresividad y exigibilidad de la obligación, como lo reclama el art. 68 del C.C.A., en su numeral 1.

PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA-Término

La resolución 1591 de mayo 18 de 1989, por medio de la cual agotó vía gubernativa, fue notificada el 30 de mayo de 1989. Por su parte, la orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva fúe librada el 28 de febrero de 1994, y notificada el 18 de julio de 1994 fecha para la cual había transcurrido los cinco años exigidos por la norma arriba mencionada, por lo que prospera la pretensión del recurrente y, en consecuencia la providencia apelada debe ser revocada.

TÍTULO EJECUTIVO-Acumulación/**MANDAMIENTO DE PAGO/ACUMULACIÓN DE RECURSOS**

En el caso *sub-júdice* no puede sostenerse el mismo criterio, porque si bien la sección quinta basó la decisión de revocatoria en la providencia transcrita, específicamente en lo que respecta a la indebida acumulación de recursos, con posterioridad a éste proveído el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ejercer por competencia el control de legalidad de las resoluciones números 4799 de septiembre 10 de 1985 y 1510 de mayo 18 de 1989, precisamente las que originaron el mandamiento de pago en este proceso, al considerar el fallo de noviembre 19 de 1994 visto a folios 146 y s.s. que los supuestos vicios de procedimiento administrativo, por indebida acumulación de recursos allí alegados no tuvieron existencia, determinando en cambio, que la acumulación se ajustó a la legalidad y bien podía realizarse, como se hizo, en un sólo acto administrativo, o sea en la resolución número 1591 de 1989. De idéntico criterio fue el Consejo de Estado, quien a través de la sección cuarta, en sentencia calendada el 4 de noviembre de 1994, obrante a folios 168 y s.s., confirmó la del A-quo y sobre el pinto materia de examen, luego de otras pertinentes consideraciones, concluyó que, siendo uno sólo el trámite a seguir, unas mismas las normas aplicables, idénticos los motivos y unos mismos los efectos, atendiendo primordialmente principios de la actuación administrativa consagrados de manera general en el art. 3 del decreto 01 de 1984, bien podía la administración proceder a expedir un solo acto administrativo, sin que por ello haya incurrido en manera alguna en violación del derecho de defensa.

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

Consejera Ponente: Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 0462. Actor: Superintendencia Bancaria C/Banco Tequendama. APELACIÓN AUTO.

Resuelve el recurso de apelación del auto de febrero 28 de 1994, proferido por la Secretaría Administrativa Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda, interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte ejecutada.

ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 4029 del 8 de agosto de 1985, el Superintendente Bancario impuso al Banco Tequendama la obligación de pagar a la Nación, la suma de seis millones doscientos setenta y cinco mil trescientos cuarenta y dos pesos ($6.275.342.00) M/cte., confirmada por Resolución No. 1591 del 8 de mayo de 1989, por medio de la cual la Superintendencia Bancaria resolvió, entre otros, el recurso de reposición contra la citada providencia, agotándose así la vía gubernativa.

La Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del Banco Tequendama por la suma de $ 6.245.342, más las costas que se causaren y los intereses legales.

El 18 de julio de 1994, el Despacho Ejecutor notificó el mandamiento ejecutivo al apoderado del Banco Tequendama, quien manifestó que apelaba.

Mediante oficio, el Jefe del Grupo de Cobro remitió el expediente de la referencia a esta Corporación, para darle trámite al recurso interpuesto.

Durante el término de traslado al recurrente, el apoderado del Banco Tequendama sustentó la alzada, con base en los siguientes argumentos:

FALTA DE EXIGIBILIDAD DEL TÍTULO

Uno de los requisitos que prevé el Art. 68 del C.C.A. es la exigibilidad, la cual no existe en este caso, ya que mediante una sola Resolución se resolvieron varios recursos de reposición contra diferentes resoluciones que imponían multas por motivos diferentes. Cita auto del 22 de marzo de 1991, EXP. 3059, Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate y auto del 29 de septiembre de 1994, Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez, Exp. 0420.

La falta de exigibilidad también aparece por cuanto la Resolución No. 1591 de mayo 8 de 1989, fue expedida y quedó en firme hace más de cinco años, pues ésta fue notificada al representante legal del Banco el 30 de mayo de 1989 y la fecha en que se entabló la relación procesal de cobro coactivo, vale decir, la notificación del mencionado mandamiento de pago, se llevó a cabo el 18 de julio de 1994, habiendo transcurrido el lapso que fija la ley, previsto en el Art. 66 del C.C.A.

FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Carta Fundamental, en su Art. 116, determina de manera taxativa cuáles son los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional. De igual manera, resalta que solamente la ley podrá determinar en qué eventos ciertas autoridades administrativas podrán ejercer la función jurisdiccional. De otra parte, los particulares sólo pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en calidad de árbitros.

Esto último fue ratificado precisa, por la Corte Constitucional, en sentencia de junio 17 de 1993.

De acuerdo al Art. 112 de la ley 6a. de 1992, a cada entidad se le concedió la jurisdicción de cobro coactivo para hacer efectivos los créditos a favor de cada una de ellas. De ahí que las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria sólo pueden hacerse efectivas por los funcionarios de la misma entidad, sin poder delegar esta función, ya que la ley no lo ha dispuesto.

– Por su parte, el Decreto 2174 de 1972, en su Art. 1o. estableció la facultad que tenía el Jefe de las entidades administrativas para delegar la función de cobro coactivo, pero únicamente en funcionario de la misma entidad a su cargo. Cita concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 31 de julio de 1984, Consejero Ponente: Dr. Jaime Betancurt Cuartas y sentencia del 20 de julio de 1986, con ponencia del Magistrado Ernesto Collazos Serrano.

Ahora bien, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante Resolución No. 00213 de febrero de 1993, asignó al Subsecretario Jurídico de la Secretaría Administrativa del Ministerio, las funciones de realizar los cobros coactivos, para acreencias solamente a favor del Ministerio de Hacienda. Por su parte, el Superintendente Bancario, mediante Resolución 0808 de marzo de 1993 otorgó poder a la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que ejerciera funciones de jurisdicción de cobro coactivo para las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria.

Por lo anterior este funcionario, concluye, carece de jurisdicción y competencia, de acuerdo a lo explicado, y además el poder fue otorgado a la Dra. María Isabel Posada, funcionaria que ya se retiró del Ministerio de Hacienda.

Como la Resolución 808 de 1993 es un acto administrativo de carácter general, en el cual tienen interés los funcionarios, para su validez, efectos jurídicos y obligatoriedad en relación con los particulares, debería haber sido publicada en el Diario Oficial, o en la Gaceta o en el Boletín de la Superintendencia, de acuerdo al Art. 43 del C.C.A. y al Art. 1o. de la Ley 75 de 1985.

De acuerdo al oficio 4000, suscrito por el Secretario de la Superintendencia, esta Resolución no fue publicada, por lo cual el acto por medio del cual se concedió, en forma absurda, esa facultad, no produce validez jurídica hasta cuando sea publicado.

VICIOS DEL MANDAMIENTO DE PAGO

El mandamiento de pago adolece de toda validez, toda vez que el título ejecutivo en que supuestamente se fundamentaba y el proceso en si, se encuentra totalmente viciado. En Procedimiento Civil, como en el cobro coactivo, el título ejecutivo debe estar claramente establecido y cumplir con todos los requisitos señalados por la ley.

En el caso de la ejecución de deudas fiscales, si el título es una Resolución ejecutoriada emanada de autoridad administrativa competente, deberá tenerse certeza sobre este hecho, ya sea que se trate del original de la Resolución, una copia al carbón de la misma o por lo menos la primera copia autenticada por la autoridad que profirió el acto administrativo. De acuerdo al Art. 242 del C.P.C. debe tratarse de un documento auténtico y no de una simple copia, sin ningún tipo de autenticación. Caso contrario sería presumir que la simple fotocopia de una escritura se presumiría como auténtica y tendría pleno valor probatorio.

En el caso de autos, las Resoluciones que prestan mérito son simplemente unas fotocopias, sin ningún tipo de autenticación por parte de la autoridad que las profirió, es decir, la Superintendencia Bancaria. Lo único que existe es un "sello de supuesta autenticación" de la misma autoridad que inició el cobro coactivo.

Cita sentencia del 7 de julio de 1994, Sección Cuarta, Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por lo anteriormente señalado, solicita revocar el mandamiento de pago.

El funcionario ejecutor controvierte los fundamentos del recurso de apelación, en los siguientes términos: El Consejo de Estado, en innumerables fallos ha expresado que los procesos de jurisdicción coactiva el recurso de apelación busca establecer si el título base de la acción presta mérito ejecutivo, por contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

La exigibilidad del título se cumple con claridad, ya que se agotó legalmente la vía gubernativa, tal como lo establece el Art. 63 del C.C.A. Cita auto del 22 de marzo de 1991. Exp. 3059, Dr. Jaime Abella Zárate. Esto quiere decir que una vez agotada la vía gubernativa, los actos administrativos quedan en firme, adquiriendo la calidad de ejecutorios y definitivos, y con ello se hacen exigibles, poniendo fin a la actuación administrativa de conformidad con el Art. 50 C.C.A.

Además, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el apoderado del Banco Tequendama contra las resoluciones que sancionaron a la entidad ejecutada, desestimó todas sus pretensiones mediante sentencia de 19 de mayo de 994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmada a su vez por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de noviembre de 1994.

En lo que respecta a la pérdida de la fuerza ejecutoria, manifiesta que la Administración profirió auto de mandamiento ejecutivo el 22 de enero de 1990, cuando no había transcurrido ni un año de quedar en firme la Resolución 1591 de mayo 18 de 1989, realizando posteriormente una serie de actuaciones jurídicas, con la cual se demuestra que sí se iniciaron oportunamente los actos correspondientes para obtener el cobro de la sanción. Otro aspecto diferente es que el Consejo de Estado haya revocado dicho mandamiento de pago.

– En lo que hace referencia a la falta de jurisdicción y competencia, se considera que se ha debido proponer como excepción y no se estima que éste recurso sea el instrumento procesal idóneo para proponerla.

Teniendo en cuenta el Art. 116 de la Constitución Nacional, en concordancia con el art. 2o. del Decreto 2174 del 30 de diciembre de 1992, vale la pena aclarar que cuando el mencionado Decreto habla coordinar, se ha interpretado en el sentido de que el

Ministerio reúna a sus organismos vinculados y adscritos y organice con ellos un sólo Grupo de cobro Coactivo. Todo esto tiene su respaldo legal en la Resolución No. 00615 de marzo 24 de 1993, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo cual, y en ejercicio de las facultades contempladas en la Resolución 00213 de febrero de 1993, organizó el Grupo de Cobro Coactivo del mismo. Con base en lo expuesto, se profirió la Resolución No. 1926 del 8 de septiembre de 1994, por la cual la Superintendencia Bancaria otorga poder a quien ejerce dentro del Ministerio de Hacienda las funciones de Subsecretario Jurídico.

– Por otra parte considera pertinente aclarar que las Resoluciones 4029 de 1985 y 1591 de 1989, son documentos públicos, otorgados por funcionario público en ejercicio de sus funciones, por lo cual gozan de presunción de autenticidad. Al librar mandamiento ejecutivo, el Despacho, argumenta, tomó fotocopias de las mismas y las autenticó por precaución. Los originales reposan en la Oficina de origen. Cita auto del 23 de septiembre de 1994, ponencia del Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA: Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 129-3 del C.C.A., en concordancia con el artículo 265, *ibidem* y el Art. 1 del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

EL ASUNTO EN ESTUDIO

La Sala procede a decidir los puntos planteados en el memorial del recurso en un orden lógico:

A.- Falta de jurisdicción y competencia.

Sobre este punto ya planteado en otro proceso de iguales características, la Sala dijo:

> "De los temas tratados por el apoderado de la entidad demandada en el memorial sustentación del recurso, la Sala centrará su estudio únicamente en los que se refieren a la falta de exigibilidad del título y al denominado "vicios", pues el atinente a la "Falta de jurisdicción y Competencia" está previsto como excepción previa en el artículo 97 del C.P.C. no siendo materia de examen en la apelación del auto de mandamiento de pago librado en proceso de jurisdicción coactiva, por cuanto este recurso –como lo ha sostenido la sección–, debe estar dirigido a que se reconozcan insatisfechos en el título de recaudo los requisitos formales del mismo, esto es, la falta de claridad, expresividad y exigibilidad de la obligación, como lo reclama el artículo 68 del C.C.A., en su numeral 1. (1)

(1) Providencia 27.01.95. Actor: Superbancaria c/Banco Tequendama, Consejero Ponente: Dr. LUIS Eduardo Jaramillo Mejía,

Siguiendo los lineamientos anteriores la Sala considera que sobre el particular no hay lugar a pronunciamiento alguno en esta oportunidad

La constitucionalidad del Art. 112 de la Ley 6a. de 1992 no se analiza por la Sala por carecer de competencia para ello.

En lo que hace relación a la falta de competencia, la Sala reitera lo expuesto anteriormente.

2.- Vicios del mandamiento de pago, por las razones expuestas en otro aparte de esta providencia.

Se observa:

El Art. 25 del Decreto 2651 de 1991 establece:

> "Art. 25.- Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales..."

De lo anterior, se deduce claramente que las Resoluciones aportadas por la Superintendencia, donde aparece sello y firma con la leyenda "copia tomada del original", son válidas y se reputan auténticas, por lo cual no asiste la razón al apelante.

3.- Falta de exigibilidad del título.

Sobre el primero de los aspectos que comprende este punto la Sala se ha pronunciado en repetidas oportunidades, y considera oportuno transcribir los apartes pertinentes de la providencia en la cual se hizo el estudio correspondiente:

> "Entrando en el pertinente estudio se observa que la falta del presupuesto sobre exigibilidad del título que alega el recurrente, se apoya en lo expresado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de marzo 22 de 1991 expediente No. 3059 y la conclusión a que llegó, la Sección Quinta en el auto de septiembre 23 de 1994, expediente No. 0420.

Dijo la Sección Cuarta:

> Parte la Sala de la consideración de que el título ejecutivo, en el caso que se estudia, encaja dentro de los enumerados en el Artículo 68 del Decreto 01 de 1984 en el ordinal 1 que indica a "1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación... la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley".
>
> De aquí se deduce claramente que el título está constituido por cada una de las resoluciones del Superintendente que impuso la respectiva sanción con base en

cada caso con las autorizaciones de ley correspondientes (Artículo 23 literal a) Ley 7a. de 1973 y Resolución 48 de 81 J.M. en unos casos y Artículo 32 Ley 45 de 1923 en otros).

Estos fueron los actos administrativos mediante los cuales el Superintendente, impuso unas obligaciones claras y expresas al Banco ejecutado. La Resolución 1591 de mayo 18 de 19889 que resolvió en forma conjunta los recursos de reposición corresponde a la etapa de discusión por vía gubernativa de los actos creadores de las obligaciones, y les dio fuerza ejecutoria y las convirtió en "exigibles", completando así los elementos fundamentales para adquirir la naturaleza de "títulos ejecutivos" según el mismo Artículo 68 ya citado.

Cierto es que las autoridades administrativas tienen la facultad para acumular de oficio o a petición del interesado, los documentos relacionados con una misma actuación o actuaciones que tengan el mismo efecto y tengan relación íntima, con el objeto de evitar que la autoridad encargada de resolverlos incurra en decisiones contradictorias, tal como lo autoriza el artículo 29 del Decreto 01 de 1984.

Pero este procedimiento autorizado, como se dice, cuando los asuntos tengan "relación íntima" no es plenamente aplicable cuando hay sólo similitud pero independencia de los asuntos a resolver.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a invalidar el mandamiento de pago conjunto porque ha debido ser individual para cada obligación pues éstas son independientes, pueden tener causas y motivos de defensa distintas y cada una de ellas constituye por si misma un título ejecutivo completo.

Esta solución sigue de cerca la adoptada en Sala Plena por Auto del 9 de febrero de 1982 (Expediente 10790 Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn) con relación a las liquidaciones de impuestos que las tomó como títulos independientes, aunque hubieran sido acumuladas en un sólo "certificado" del Administrador de Impuestos.

Igualmente el principio de la independencia de las situaciones particulares así sean iguales o similares entre si, se sostuvo en el evento de una resolución conjunta relativa a varios particulares pero notificados en distintas fechas, dándole valor a la notificación individual sobre la general o colectiva (Auto de noviembre 23 de 1990 Expediente 2590. Banco de Occidente-Superbancaria).

Y la conclusión de la Sección Quinta dice: *"Dilucidado lo anterior, la Sala no puede pronunciarse de nuevo sobre el particular y en atención a lo resuelto deberá revocar el auto apelado"* y en efecto en la parte resolutiva se adoptó esta decisión.

Considera la Sala, que en el caso *sub-júdice* no puede sostenerse el mismo criterio, porque si bien la sección quinta basó la decisión de revocatoria en la providencia transcrita, específicamente en lo que respecta a la indebida acumulación de recursos, con

posterioridad (sic) a este proveído el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ejercer por competencia el control de legalidad de las resoluciones números 4799 de septiembre 10 de 1985 y 1591 de mayo 18 de 1989, precisamente las que originaron el mandamiento de pago en este proceso, al considerar el fallo de noviembre (sic) 19 de 1994 visto a folios 146 y s.s. que los supuestos vicios de procedimiento administrativo, por indebida acumulación de recursos allí alegados no tuvieron existencia, determinando en cambio, que la acumulación se ajustó a la legalidad y bien podía realizarse, como se hizo, en un sólo acto administrativo, o sea en la resolución número 1591 de 1989.

De idéntico criterio fue el Consejo de Estado, quien a través de la sección cuarta, en sentencia calendada el 4 de noviembre de 1994, obrante a folios 168 y s.s., confirmó la del A-quo y sobre el punto materia de examen, luego de otras pertinentes consideraciones, concluyó que, siendo uno sólo el trámite a seguir, unas mismas las normas aplicables, idénticos los motivos y unos mismos los efectos, atendiendo primordialmente principios de la actuación administrativa consagrados de manera general en el artículo 3 del Decreto 01 de 1984, bien podía la administración proceder a expedir un sólo acto administrativo, sin que por ello haya incurrido en manera alguna en violación del derecho de defensa.

No resulta entonces viable, en este caso, el argumento del recurrente en cuanto a la informalidad del título ejecutivo, sobre la base de la indebida acumulación, porque queda claro hubo un pronunciamiento definitivo y ejecutoriado, que hizo tránsito a cosa juzgada, mediante el cual se analizó y descartó totalmente la existencia de ese vicio y que por el contrario juzgó y encontró legales los actos administrativos que conforman dicho título.(2)

A la misma conclusión llega la Sala en la presente oportunidad, por lo que por este aspecto no prospera la pretensión de la parte apelante.

Ahora bien, considera el apoderado del Banco Tequendama que el lapso previsto por el Art. 66 del C.C.A. ya estaba vencido cuando se entabló la relación procesal de cobro coactivo, por lo cual no se debe continuar con la ejecución.

El artículo 66 del C.C.A., dice:

> "Art. 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:
>
> 1).....

(2) Providencia 27.01.95. Exp. No. 0443. Actor: Superbancaria c/Banco Tequendama. Consejero Ponente: Dr. LUIS Eduardo Jaramillo Mejía.

3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponda para ejecutarlos."

En el presente caso, la Resolución 1591 de mayo 18 de 1989, por medio de la cual agotó la vía gubernativa, fue notificada el 30 de mayo de 1989. Por su parte, la orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva fue librada el 28 de febrero de 1994, y notificada el 18 de julio de 1994 fecha para la cual habían transcurrido los cinco años exigidos por la norma arriba mencionada, por lo que prospera la pretensión del recurrente y, en consecuencia la providencia apelada debe ser revocada.

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

RESUELVE:

Revócase el auto de mandamiento de pago, proferido por la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, de fecha 28 de febrero de 1994, dictado con base en las Resoluciones Nos. 4029 del 8 de agosto de 1985 confirmada por Resolución No. 1591 del 18 de mayo de 1989, emanadas de la Superintendencia Bancaria.

En firme esta decisión, vuelva el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN Y CÚMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala fecha seis (6) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR/CÓNSUL GENERAL/ALTERNACIÓN O ROTACIÓN DE FUNCIONARIOS-Disponibilidad

El cargo de Cónsul General –en el servicio consular– es equivalente a los de Ministro Plenipotenciario, Ministro Consejero o Consejero –en el servicio diplomático– y siendo superior al del Tercer secretario, es un cargo de carrera que por ende debe proveerse con funcionario perteneciente a ella, excepto cuando en la respectiva categoría no exista personal escalafonado. Dentro de la carrera diplomática y consular, existe la figura de la alternación o rotación de funcionarios y en relación con ella, el art. 26 del Estatuto Orgánico del servicio exterior dispone que el término máximo de cuatro (4) años de permanencia del funcionario en el exterior o de dos (2) años en la planta interna, la autoridad nominadora, de conformidad con los requerimientos del servicio, producirá los correspondientes actos administrativos de nombramiento, traslado o retiro del mismo, según sea el caso. Al respecto cabe anotar que la disponibilidad "es la situación en la que se encuentra el funcionario de la carrera diplomática y consular que se margina transitoriamente y por su propia voluntad, del desempeño de cargos remunerados en el servicio público..." (art. 44 decreto 10/92)

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente No. 1143. Actor: Jaime Lascar Posada.

Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C.C.A. y no existiendo causal que obligue anular lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia de mérito en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos. (fls. 9-14 cdo. Ppl.).

Actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción electoral, el ciudadano Jaime Lascar Posada demandó la nulidad del Decreto No. 1205 del 15 de junio de 1994, expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores, mediante el cual se nombró provisionalmente al doctor Héctor José Quintero Arredondo, en el cargo de Cónsul General, Grado Ocupacional 4 EX, en el Consulado General de Colombia en Hong Kong.

Considera el libelista que el acto impugnado es violatorio de las siguientes disposiciones:

1.1. Artículos 123 a 125 de la Constitución Nacional, que establecen en forma obligatoria el ingreso a todas las áreas del servicio público por el sistema de carrera o concurso de méritos, sistema que fue desconocido por el Ministerio en el acto que se acusa.

1.2. Artículos 6, 10, 11, 12 y 27 del Decreto 10 de 1992, en cuanto establecen la carrera diplomática, el ingreso por concurso, el escalafón y sus equivalencias, la prohibición de nombrar personal ajeno a la carrera y la obligación de efectuar programas básicos semestrales de nombramientos y traslados.

El precitado artículo 6o., dice el actor, dispone que si no existiera personal escalafonado en la respectiva categoría, el gobierno nacional puede proveer provisionalmente con personas que, sin pertenecer a la carrera diplomática y consular, cumplan con los requisitos exigidos para los correspondientes cargos; y, para el de Cónsul General en Hong Kong, existían muchos funcionarios con derecho a ser nombrados.

Considera que el evento más patético de violación flagrante, aparece en el Decreto 304 del 4 de febrero de 1994, mediante el cual se nombró, o trasladó en comisión, al doctor Guillermo Orjuela Bermeo en el cargo de Cónsul de Primera Clase, Grado Ocupacional 3 EX en el Consulado de Colombia de Hong Kong; dicho decreto declara que el doctor Orjuela Bermeo es funcionario escalafonado en la categoría de Ministro Plenipotenciario, resultando que el funcionario de carrera laboraría como Cónsul de Primera, rango inferior a su categoría y bajo la subordinación del Cónsul General en Hong Kong, persona extraña a la carrera y que desconoce el servicio.

1.3. Artículos 2o. y 3o. de la ley 57 de 1985 que ordenan la publicación de los actos y decretos que lleven la firma del Presidente de la República, pues a pesar de haber sido ordenada en el "Diario Oficial" la del acto demandado, esta no se realizó, pero sí surtió

efectos jurídicos, ya que al interesado se le expidió pasaporte diplomático y se solicitó visa oficial ante el respectivo gobierno.

1.4. Artículos 84, 128, 138, 231 y siguientes del C.C.A.

En el mismo escrito introductorio, el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado aduciendo que, comparados los Decretos 304/94 y 1205/94 con las disposiciones que cita en el libelo surge manifiesta y ostensible la violación de la ley.

2. Al encontrarla en su forma ajustada a la ley, por auto del 19 de agosto de 1994 (fls. 22-27 cdo. Ppl.), la Sala admitió la demanda y en la misma providencia denegó la suspensión provisional solicitada, pues de una parte no pudo evidenciarse, *prima facie*, la violación de los artículos 6o. y 11 del Decreto 10 de 1992 y de otra se desvirtuó la alegada infracción de los artículos 2o. y 3o. de la Ley 57 de 1985, por cuanto en el proceso se acreditó la publicación del acto impugnado.

3. Contestación de la demanda.

3.1. **Del Tercero Interviniente. Nación –Ministerio de Relaciones Exteriores.** (fls. 73-79 cdo. ppl.).

Por conducto de apoderado, el Ministerio de Relaciones Exteriores se opuso a las pretensiones de la demanda, exponiendo como fundamento los hechos y razones de defensa que se pueden concretar en los siguientes puntos:

Según el artículo 6o. Del Decreto 10/92, son cargos de la carrera diplomática y consular los de categoría superior a la de Tercer Secretario, inclusive, y sus equivalentes en el servicio interno; para la provisión de tales cargos contempla dos situaciones a saber: con funcionarios pertenecientes a la carrera y, en el evento de que no exista personal escalafonado, con personas que sin estar inscritas, llenen los requisitos exigidos para el desempeño de dichos cargos.

En la fecha en que se realizó el nombramiento demandado –15 de junio de 1994– no existía, en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, personal escalafonado que hubiera cumplido su período obligatorio de alternación, para así poder ser nombrados en el servicio exterior en el cargo de Cónsul General (art. 25 D. 10/92), tampoco existía personal disponible escalafonado en los cargos de Ministro Plenipotenciario, Ministro Consejero o Consejero que cumplieran los requisitos exigidos en el Decreto 10/92.

También afirma que en la categoría de Ministro Plenipotenciario se encontraban disponibles los funcionarios Fanny Margarita Moncayo Duque, quien manifestó no encontrarse en disposición inmediata para el servicio exterior; Luis Guillermo Grillo Olarte y Jaime Girón Duarte, quienes expresaron su deseo de acompañar hasta el final de su gestión a la entonces Canciller; en estas condiciones podía el Presidente de la República nombrar, provisionalmente, una persona en el cargo mencionado, sin que ella perteneciera a la carrera diplomática y consular.

La apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores sostuvo que el doctor Guillermo Orjuela Bermeo es un funcionario de carrera, escalafonado en la categoría de Ministro Plenipotenciario y que se lo nombró en comisión para desempeñar un cargo inferior al que le correspondía, lo cual es permitido por el artículo 40 del Decreto 10/92, reconociéndosele la diferencia entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñó en comisión (art. 41 D. 10/92).

De otra parte sostiene que, luego de permanecer en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Austria, desempeñando el cargo de Primer Secretario (D. 2452/91), el doctor Orjuela Bermeo fue trasladado en comisión en el mes de febrero de 1994, por lo tanto en la fecha en que se expidió el decreto demandado –junio 15/94– no había transcurrido un año para que pudiera ser trasladado a otro cargo (art. 24 D.10/92).

3.2. Del curador *ad-litem.* (fls. 92-95 cdo. ppl.).

En representación del demandado, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, para cuyo efecto presentó dos argumentos:

3.2.1. El nombramiento impugnado tiene apoyo en la Constitución (art. 184-2) y como tal no se da ninguna de las causales contempladas en el artículo 84 (inc. seg.) del C.C.A.

3.2.2. No es válida la apreciación de libelo, en cuanto sostiene que el acto demandado es violatorio de los artículos 6 a 11 del Decreto 10 de 1992, pues el acto referido está por fuera de esa preceptiva, dado que el nombramiento se hizo en provisionalidad. Pueden existir cargos de carrera ocupados por funcionarios de libre nombramiento y remoción y si bien es cierto que la carrera diplomática y consular se ha establecido para garantizar la estabilidad y promoción de los funcionarios que pertenecen a ella no puede constituir un obstáculo para que la administración provea cargos, haciendo uso de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción (C.N.; L. 13/84 y D. 482/85).

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Del demandante. (fls. 145-149 cdo. ppl.).

En primer lugar, pide se impongan sanciones a los funcionarios públicos que no remitieron a éste proceso las pruebas solicitadas; y para que no "se viole el derecho del demandante a probar", se dicte auto para mejor proveer, requiriendo las pruebas omitidas.

Manifiesta que no obstante las dificultades y desigualdades en materia probatoria, está demostrado que el Dr. Guillermo Orjuela Bermeo, quien es Ministro Plenipotenciario inscrito en la carrera diplomática y consular, labora en Hong Kong en un cargo inferior al que le corresponde de su acuerdo a su escalafón y bajo la subordinación del demandado, persona ajena a la carrera, lo cual constituye violación de los artículos 6o. y 11 del Decreto 10/92.

Afirma que el Ministerio informó que solo tres funcionarios tenían derecho a ser nombrados como Cónsul General omitiendo, a sabiendas, los plenipotenciarios como el Dr. Orjuela Bermeo. Sin embargo, posteriormente, dice que el Dr. José Villegas es Ministro Plenipotenciario de carrera y ocupa el cargo de Consejero en La Haya, que es inferior al que corresponde a su escalafón; y que la doctora Alicia Lozano es Ministra Consejera de carrera y ocupa el bajísimo cargo de Segundo Secretario de nuestra Embajadora en Israel; estos funcionarios y los doctores Tito Mosquera, Doris Sánchez, Juan Bernal y en especial Pedro Pablo de Bedout, tenían derecho a ser nombrados en el cargo de Cónsul General en Hong Kong.

Señala que las declaraciones rendidas en el proceso, desvirtúan la existencia de los supuestos programas de traslados, cuyo objeto es que los funcionarios se enteren con tres meses de anticipación sobre sus posibles destinos.

Y que según el Decreto 10/92, las necesidades del servicio obligan al nombramiento y si el funcionario no puede aceptar, deberá expresar las razones que serán evaluadas por la Comisión de Personal (art. 71-e).

4.2. Del tercero interviniente. (fls.155-157 cdo. ppl.).

La apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores reitera los argumentos que expresó al contestar la demanda.

5. El concepto de la Procuraduría. (fls.162-174 cdo. ppl.).

El señor Procurador Décimo (E) Delegado en lo Contencioso, solicita se despachen desfavorablemente las peticiones de la demanda, exponiendo al efecto las razones que la Sala resume en los siguientes términos:

En relación con la violación de los artículos 123 a 125 de C.N., señala que el actor no estableció el concepto de violación y la única de tales normas que se refiere al sistema de méritos, como mecanismo de ingreso al servicio público, es el artículo 125; en relación con dicha norma manifiesta que no siempre en la designación de servidores públicos, así se efectúa sin sujeción a los procedimientos del sistema de méritos, hay transgresión directa de la norma Constitucional, por cuanto la misma disposición superior ha deferido a la ley la regulación de algunos aspectos inherentes al sistema de carrera.

El régimen de carrera diplomática y consular se halla consignado en el Decreto 10/92, disposición que consagra la facultad de efectuar nombramientos, con carácter provisional, sin sujeción a dicho régimen, recurriendo para ello a personas que no pertenezcan a la carrera, siempre que no exista personal escalafonado en la respectiva categoría. Por lo tanto el juicio deberá establecerse frente a la ley que regule el régimen de carrera.

Según el artículo 6o. del Decreto 10/92, el cargo de Cónsul General es de carrera y por ende su designación debe realizarse siguiendo los términos de dicho decreto, pero de no ser posible o de no existir personal escalafonado en la respectiva categoría, la ley estableció la posibilidad de recurrir a personas ajenas a la carrera.

De lo anterior infiere que para la prosperidad de la acción incoada, fundamentada en la transgresión del artículo 6o. del Decreto 10 de 1992, se requiere la demostración de dos supuestos a saber:

Que el cargo sea de carrera.

Y que para la época de la designación exista personal escalafonado en la categoría respectiva a fin de que no sea posible recurrir a la forma subsidiaria de provisión establecida en el Decreto 10 de 1992, artículo 6o.

El primero de tales supuestos está demostrado, pues la ley ha considerado el cargo de Cónsul General como de carrera diplomática.

El segundo no fue comprobado por el actor, ya que sólo se limitó a señalar que el acto demandado está viciado de nulidad, en razón de que el doctor Orjuela Bermeo, quien se hallaba vinculado al Ministerio de Relaciones Exteriores en cargo de carrera diplomática, reunía los requisitos para ser nombrado como Cónsul General en Hong Kong, pese a lo cual el Ministerio desatendió el mandato contenido en el artículo 6o. del Decreto 10/92, optando por nombrar a una persona ajena a la carrera; tampoco demostró el actor su afirmación en el sentido de que, en igual situación a la del doctor Orjuela Bermeo se encontraban 30 funcionarios más con derecho a ser nombrados en el aludido cargo y siendo ello así no es dable predicar la ilegalidad del acto, pues para demostrar el quebrantamiento de la norma, era necesario demostrar que existían personas escalafonadas en la respectiva categoría, lo cual no se hizo así.

En cuanto a las demás normas citadas por el actor, la Procuraduría se limitó a señalar que omitiría su examen por considerar que el acto acusado no las quebrantó.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 128-4 y 231 (inc. prim.) del C.C.A., en concordancia con el 1o. del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer del presente proceso.

2. Ante todo se refiere la Sala a las dos peticiones formuladas por el actor en su alegato de conclusión. La primera en el sentido de que se impongan sanciones a los funcionarios públicos que incumplieron con su deber de enviar a este proceso las pruebas solicitadas y, la segunda, que por auto para mejor proveer se requieran los elementos probatorios omitidos que relaciona en dicho memorial.

Se aclara que todas las pruebas que el peticionario echa de menos, obran en el proceso, según pasa a demostrarse:

2.1. Las hojas de vida de los doctores Héctor José Quintero Arredondo y Guillermo Bermeo obran en su orden, a folios 67, 68, 70, 71 y 147 a 150 del cuaderno de pruebas.

2.2. Copia de la carta calendada el 24 de junio de 1994, obra visible al folio 140 del cuaderno de pruebas.

2.3. Copia del Pasaporte Diplomático, expedido al doctor Héctor Quintero, aparece a folios 5 a 7 del cuaderno de pruebas.

2.4. Listado de funcionarios nombrados provisionalmente en el exterior, obra a folios 31 a 47 del cuaderno de pruebas.

2.5. El oficio 00055 del 28 de diciembre de 1994, de la Subsecretaría de Recursos Humanos (E) del Ministerio de Relaciones Exteriores en el cual se informa sobre las gestiones que se realizan para suplir la carencia de personal de carrera en los cargos provisionales, obra de folios 127 a 129 del cuaderno principal.

2.6. Los programas de traslado del 1o. y 2o. semestre de 1994 obran a folios 9 a 18 y 19 a 30 del cuaderno de pruebas.

3. El acto impugnado es el Decreto No. 1205 del 15 de junio de 1994, mediante el cual, el Gobierno Nacional nombró provisionalmente al doctor Héctor José Quintero Arredondo, en el cargo de Cónsul General, Grado Ocupacional 4 EX, en el Consulado General de Colombia en Hong Kong.

Estima el actor, que el acto impugnado viola los siguientes preceptos:

3.1. Artículos 123 a 125 de la Carta Fundamental, el primero de los cuales señala quiénes son servidores públicos; el segundo defiere a la ley la determinación de la responsabilidad de dichos servidores y la forma de hacerla efectiva y el último de los mencionados que intitula "Empleos de Carrera", a la letra dice:

> "... Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".
>
> "Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público".
>
> "El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará 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 violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o en la Ley".
>
> "En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".

La violación de los preceptos referidos deriva, según el actor, de que el Ministerio de Relaciones Exteriores desconoció el mandato constitucional, que establece *"... en forma obligatoria el ingreso a todas las áreas del servicio público por el sistema de carrera o concurso de méritos"*.

Esta única afirmación resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto demandado, puesto que los preceptos mencionados no establecen, de manera general, el sistema de carrera para todas las "áreas del servicio público", ni

para el ingreso de los empleados al mismo, sino que señalan excepciones como la de los empleos de libre nombramiento y remoción; de los trabajadores oficiales; los que determine la ley, etc.

A lo anterior hay que agregar que, la norma constitucional pretranscrita hace expresa referencia a la ley, para efectos del señalamiento de los requisitos y condiciones que regulen la forma de ingreso, permanencia y retiro del servicio público. El Decreto 10 de 1992 regula tales aspectos, en relación con el servicio exterior y la carrera diplomática y consular, cuyos artículos 6o., 10., 12., y 27, estima el demandante violados por el acto demandado.

Las citadas disposiciones son del siguiente tenor:

"ART. 6o. Con las excepciones previstas en el anterior artículo, son cargos de la carrera diplomática y consular los de categoría superior a la de tercer secretario, inclusive, y sus equivalentes en el servicio interno, los cuales deberán ser provistos con funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular en los términos del presente decreto. Si no existiese personal escalafonado en la respectiva categoría, el Gobierno Nacional podrá proveerlos provisionalmente, con personas que sin pertenecer a la carrera diplomática y consular, cumplan con los requisitos exigidos para estos cargos. Durante el período de provisionalidad del Ministro adoptará todas las medidas necesarias para suplir la carencia de personal escalafonado.

"....

"ART. 10o. Las categorías de los funcionarios de la carrera diplomática y consular, son las siguientes:

"a) Embajador;

"b) Ministro Plenipotenciario;

"c) Ministro Consejero;

"d) Consejero;

"e) Primer Secretario;

"f) Segundo Secretario;

"g) Tercer Secretario.

"ART. 11. Las equivalencias entre el servicio diplomático y el servicio consular son las siguientes:

"En el servicio Diplomático	En el servicio Consular
"Ministro Plenipotenciario;	Cónsul general
"Ministro Consejero;	Cónsul general

"Consejero;	Cónsul general
"Primer Secretario;	Cónsul de primera
"Segundo Secretario;	Cónsul de segunda
"Tercer Secretario.	Vicecónsul

"PAR. Los funcionarios escalafonados en la carrera podrán ser designados indistintamente, tanto en el servicio diplomático como en el consular".

"ART. 12. Las equivalencias entre las categorías del escalafón de la carrera, los cargos del servicio exterior y los cargos de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores para todos los efectos, son los siguientes:

"Categorías en la carrera y cargos del servicio exterior	Cargos en la planta interna
"Embajador	Viceministro, Secretario General, Director General.
"Ministro Plenipotenciario	Director del Protocolo, Director de la Academia, Ministro Plenipotenciario, Subsecretario de Relacio nes Exteriores, Subdirector, Jefe de Oficina.

"Categorías en la carrera y cargos en el servicio exterior.	Cargos en la planta interna
"Ministro consejero	Ministro Consejero, Asesor, Subdirector del Protocolo,
"Consejero y cónsul general	Consejero de Relaciones Exteriores, Asesor,
"Primer secretario y cónsul de primera	Primer Secretario de Relaciones Exteriores Profesional especializado
"Segundo secretario y cónsul de segunda	Segundo secretario de Relaciones Exteriores profesional especializado.
"Tercer secretario y vicecónsul	Tercer secretario de Relaciones Exteriores profesor universitario".

"……

"ART. 27. El Ministerio de Relaciones Exteriores comunicará semestralmente a los funcionarios del servicio exterior y de la planta interna, el programa básico de traslados y la fecha probable de su efectividad. En todo caso la comunicación de traslado o retiro deberá hacerse al menos con dos meses de anticipación" (subraya y resalta La Sala).

Según disponen las normas transcritas, el cargo de Cónsul General –en el servicio consular– es equivalente a los de Ministro Plenipotenciario, Ministro Consejero y Consejero –en el servicio diplomático– y siendo superior al de Tercer Secretario, es un cargo de carrera que por ende debe proveerse con funcionario perteneciente a ella, excepto cuando en la respectiva categoría no exista personal escalafonado.

En este orden de ideas, procede entones precisar, con base en las pruebas allegadas al proceso, si el doctor Héctor José Quintero Arredondo, nombrado Cónsul General en el Consulado General de nuestro país en Hong Kong, estaba inscrito en la carrera diplomática y consular en el cargo referido, o en cualquiera de sus equivalentes en el servicio diplomático; en caso contrario si su nombramiento obedeció a falta de personal escalafonado en la respectiva categoría.

El primer aspecto lo resuelve el oficio No. 0005 del 28 de diciembre de 1994, suscrito por la Subsecretaría de Recursos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores en el que se manifiesta: *"Informamos que el señor HÉCTOR JOSÉ QUINTERO ARREDONDO no está escalafonado en la Carrera Diplomática y Consular"*. (fl. 128 cdo. ppl.).

En su libelo el demandante sostiene, que existían muchos funcionarios con derecho a ser nombrados en el cargo de Cónsul General en Hong Kong aunque solo menciona al doctor Guillermo Orjuela Bermeo.

Dentro de la carrera diplomática y consular, existe la figura de la alternación o rotación de funcionarios y en relación con ella, el artículo 26 de Estatuto Orgánico del servicio exterior dispone que el término máximo de cuatro (4) años de permanencia del funcionario en el exterior o de dos (2) años en la planta interna, la autoridad nominadora, de conformidad con los requerimientos del servicio, producirá los correspondientes actos administrativos de nombramiento, traslado o retiro del mismo, según sea el caso.

A folios 9 a 18 del cuaderno de pruebas, obra el programa básico de traslado del primer semestre de 1994 y en el cargo de Ministro Plenipotenciario figuran los señores Jaime Girón Duarte, Fanny Margarita Moncayo Duque y Dory (o Doris) Sánchez Franco.

El primero de los mencionados cumplió, el 16 de abril de 1994, dos años en la planta interna y al rendir declaración en el proceso señaló que a la fecha de expedición del acto demandado –15 de junio de 1994– reunía las condiciones para poder ejercer, en el servicio exterior, una función equivalente a su rango pero, "por acuerdo con la administración" aceptó continuar desempeñando funciones en la planta interna del Ministerio de

Relaciones Exteriores; también manifestó que antes de la segunda de las fechas citadas se le presentó, sin especificar el cargo, la posibilidad de ser nombrado en el exterior (fl. 140-141 cdo. ppl.).

En enero de 1994, la doctora Margarita Moncayo Duque cumplió dos (2) años en la planta interna y en declaración rendida en este proceso manifestó que, por razones familiares, para el 15 de junio de 1994 no se hallaba en disponibilidad de aceptar traslado al exterior y así se lo manifestó por escrito a la Secretaria General del Ministerio (fls. 1167-117 cdo.ppl.).

Finalmente, para la fecha en que se expidió el acto acusado, la doctora Dory (o Doris) Sánchez Franco aún no cumplía dos (2) años de servicio en la planta interna del Ministerio, ya que dicho término solo expiró el 25 de junio de 1994.

Los demás nombres que aparecen relacionados en el programa básico de traslados del primer semestre de 1994, corresponden a los cargos de primero y segundo secretarios, no equivalentes al de Cónsul General.

El programa básico de traslados para el segundo semestre de 1994, registra los nombres de varios funcionarios en los cargos de Ministro Plenipotenciario, Ministro Consejero y Consejero, equivalentes al de Cónsul General, pero todos ellos cumplieron dos (2) años de servicio en la planta interna del Ministerio, en fechas posteriores a la de expedición del acto demandado.

Previo a la recepción de los testimonios decretados en este proceso y para el mismo efecto, el actor allegó el cuestionario que obra al folio 114 (cdo.ppl.), en donde menciona los nombres de Doris Sánchez, Tito Mosquera, Juan de Jesús Bernal y Pedro Pablo de Bedout que, según dice, tenían derecho a ser nombrados en el cargo de Cónsul General en Hong Kong.

En la declaración rendida en el proceso, el doctor Luis Guillermo Grillo Olarte quien afirma pertenecer a la carrera diplomática y consular en el grado de Ministro Plenipotenciario, manifiesta que para la fecha en que se expidió el acto acusado se desempeñaba como Viceministro de Relaciones Exteriores, teniendo que reemplazar frecuentemente a la Canciller, por lo cual, hubiera sido "difícil" irse al servicio exterior. (fls. 122-125)

Por su parte, la declarante Fanny Margarita Moncayo Duque funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, coincide con el doctor Grillo Olarte en cuanto que los doctores Tito Mosquera y Juan de Jesús Bernal, pudieron tener derecho a que se les nombrara en el cargo de Cónsul General (fls. 118 a 124 cuaderno principal). Sin embargo, no aparece prueba que respalde tales afirmaciones para establecer la inscripción efectiva de dichas personas en la carrera diplomática y consular, así como la categoría del escalafón de cada uno de ellos.

En cuanto hace al señor Pedro Pablo de Bedout, según expresaron los deponentes, se encontraba en situación de disponibilidad y había solicitado su reintegro a la Cancillería;

pero no se determina la fecha de presentación de la respectiva solicitud ni la respuesta que en tal sentido dio el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Al respecto, cabe anotar que la disponibilidad *"es la situación en la que se encuentra el funcionario de la carrera diplomática y consular que se margina transitoriamente y por su propia voluntad, del desempeño de cargos remunerados en el servicio público...."* (art. 44 D. 10/92).

En relación con el doctor Guillermo Orjuela Bermeo aparece demostrado en el proceso que se encontraba inscrito en la carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario (fls. 336-337 cdo.ppl.). Que por Decreto No. 304 del 4 de febrero de 1994 (fl. 141 cdo. pruebas) se le trasladó, en comisión, del cargo de Primer Secretario, Grado Ocupacional EX en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Austria, al cargo de Cónsul de Primera Clase, Grado Ocupacional 3 EX, en el Consulado General de Colombia en Hong Kong, cargo que desempeñaba para el 15 de junio de 1994 (fl. 128 cdo. ppl.).

De acuerdo con lo anterior, en el proceso se estableció que para la fecha en que se produjo el acto demandado, el doctor Guillermo Orjuela Bermeo se encontraba inscrito en la carrera diplomática y consular, escalafonado en el servicio diplomático, en un cargo equivalente a de Cónsul General, en el servicio consular; por lo cual tenía derecho a ser nombrado en el cargo de Cónsul General en el Consulado General de Hong Kong, para el que fue designado el doctor Héctor José Quintero Arredondo quien no pertenecía a la carrera mencionada.

Estima la Sala que en el *sub-júdice* no es de recibo la aseveración que, con fundamento en el artículo 24 del Decreto 10/92, hace la apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el sentido de que por no haber transcurrido un año entre la fecha de expedición de los Decretos Nos. 304/94 – 4 de febrero – y 1205/94 –15 de junio–, el doctor Orjuela Bermeo no podía ser trasladado, toda vez que el precepto señalado se refiere a la figura de la alternación –que no de la comisión– para determinar el tiempo máximo que los funcionarios deben permanecer en los cargos del servicio exterior o en los de la planta interna.

En efecto, la disposición referida reza:

> "... Los funcionarios de la carrera diplomática y consular nombrados en cargos del servicio exterior, no podrán ser trasladados inmotivadamente a la planta interna, antes de cumplir dos (2) años en el servicio exterior, o a otro cargo en el servicio exterior, antes de cumplir un (1) año en la sede respectiva" (subrayado y negrilla fuera del texto).

En conclusión, existía una persona escalafonada en la categoría de Ministro Plenipotenciario –en el servicio diplomático–, equivalente a la categoría de Cónsul General –en el servicio consular–. Sin embargo, el Gobierno Nacional nombró provisio-

nalmente, en el Consulado General de nuestro país en Hong Kong, para desempeñar el cargo de Cónsul General, a una persona que no estaba inscrita en la carrera diplomática y consular. Por tanto, como dicho nombramiento se produjo con violación de las normas que regulan el régimen del servicio exterior y la carrera diplomática, se impone declarar su nulidad como así habrá de disponerse.

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 ley, oído el concepto de la Procuraduría y en desacuerdo con él.

FALLA:

Declárase la nulidad del Decreto No. 1205 del 15 de junio de 1994, por medio del cual, el Presidente de la República nombró provisionalmente al doctor Héctor José Quintero Arredondo en el cargo de Cónsul General, Grado Ocupacional 4 EX, en el Consulado General de Colombia en Hong Kong.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PROCESO EJECUTIVO/CONSULTA-Finalidad/**MANDAMIENTO DE PAGO/ INDEBIDA NOTIFICACIÓN/DERECHO DE DEFENSA**-Vulneración/**NULIDAD**

La finalidad de la consulta es determinar si en los casos previstos por la ley, concretamente, para el de autos, la providencia del Despacho Ejecutor que ordenó seguir adelante la ejecución se adoptó conforme a derecho o si, por el contrario, aparece fundamentada en razones erradas o es consecuencia de una tramitación viciada del proceso. De acuerdo a los documentos que obran en el expediente, el Despacho Ejecutor no notificó personalmente el mandamiento de pago a la ejecutada, ni envió comunicación por correo certificado, ni publicó el aviso en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado en la ley. Lo único que obra en el informativo son dos telegramas y sus respectivas copias, enviados por el Juzgado Tercero de Ejecuciones Fiscales. El medio utilizado por el despacho ejecutor no era el previsto por la ley. Reiteradamente ha dicho la Sala que no es potestativo de la autoridad administrativa proceder o no a la notificación como lo establece la norma, por el contrario, es un requisito indispensable para el funcionamiento de un estado de derecho. Afirmar lo contrario sería violar el derecho de defensa del particular y aceptar que la Administración puede tomar determinaciones en secreto en perjuicio de éste. Las partes tienen derecho a informarse y conocer las determinaciones de la Administración, de acuerdo a la reglamentación que para este efecto determina la Ley. La indebida notificación es una causal de nulidad prevista en el art. 140, num. 8o. del C. de P.C. la cual puede alegarse en cualquiera de las instancias. En estas condiciones para la sala es claro que no sólo debe improbarse la providencia sometida a consulta sino que, conforme a lo visto debe declararse la nulidad de lo actuado a partir

de la diligencia de notificación del mandamiento ejecutivo para que se rehaga la actuación si a ello hubiere lugar, se trabe correctamente la litis y se adelante el juicio con respecto al derecho de defensa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 0428. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano (I.D.U.) C/ Internacional de Construcciones Ltda. Y Seguros del Estado S.A.

CONSULTA.

Procede la Sala a resolver la Consulta en el juicio de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante auto fechado el 14 de julio de 1993, el Juzgado Tercero Distrital de Ejecuciones Fiscales resolvió librar mandamiento de pago por la vía de la jurisdicción coactiva contra Internacional de Construcciones Ltda., y en contra de Seguros del Estado S.A., por la suma de $46.284.524, más las costas judiciales si se llegaren a causar, a favor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá (fl. 188), con fundamento en las Resoluciones Nos. 0479 del 87-0-02, 0499 del 87-09-14, 0794 del 87-12-30 y 086 del 88-02-15 del Director Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Urbano.

El 11 de octubre de 1993, el Despacho Ejecutor solicitó a la División de Jurisdicción Coactiva la designación de un curador *Ad-litem,* para representar los intereses de los ejecutados hasta su comparecencia. A fl. 198, mediante auto del 22 de noviembre de 1993, se notificó el mandamiento de pago a la curadora Ad-litem (fl. 198).

En auto del 29 de abril de 1994, y en vista de que la curadora no propuso ninguno de los recursos de ley, el Instituto de Desarrollo Urbano, División I de Ejecuciones Fiscales resolvió seguir adelante la ejecución en contra de Internacional de Construcciones Ltda., y Seguros del Estado S.A. y ordenó practicar la liquidación del crédito de conformidad a las normas establecidas para dicho efecto.

Mediante Oficio No. 340-I-0781 se remitió el original del expediente al H. Consejo de Estado, con el fin de que se surta el grado de consulta.

Mediante apoderado debidamente constituido, la Compañía de Seguros del Estado S.A. promovió incidente de nulidad de la actuación, con base en la causal contemplada en el numeral 8o. del art. 140 del C. de P.C., en concordancia con el art. 564 *ibídem,* con base en los siguientes argumentos:

– Establece la norma que el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando la notificación no se practica en forma legal al demandado.

– En el presente caso, el mandamiento de pago no fue notificado siguiendo la forma legal establecida en el art. 564 del C. de P.C., pues no se remitió citación a Seguros del

Estado para que compareciera a notificarse, por conducto de empleado, no se remitió tal citación por correo certificado, ni se realizaron las publicaciones exigidas por la ley.

– Por lo anterior, el proceso ejecutivo resulta nulo a partir de la notificación del mandamiento de pago, como se solicita sea declarado (fls. 206 a 208).

Durante el término de traslado a las partes, la apoderada del I.D.U. Despacho Ejecutor solicitó mantener en firme la providencia del 28 de julio de 1994, por cuanto habiéndose designado curador *Ad-litem,* éste guardó silencio y de acuerdo con el art. 507, num. 2o. si las excepciones no se proponen oportunamente, el juez dictará sentencia o seguirá adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones, razón por la cual el Juzgado de conocimiento obró de conformidad (fls. 221 y 222).

CONSIDERACIONES

La finalidad de la consulta es determinar si en los casos previstos por la ley, concretamente, para el de autos, la providencia del Despacho Ejecutor que ordenó seguir adelante la ejecución se adoptó conforme a derecho o si, por el contrario, aparece fundamentada en razones erradas o es consecuencia de una tramitación viciada del proceso.

Así las cosas procede la Sala a realizar el examen correspondiente:

El art. 564 del C. de P.C. preceptúa:

> "Notificación del mandamiento ejecutivo. Para la notificación personal del mandamiento ejecutivo, al deudor o a su apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la oficina de impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión ya a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.
>
> Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador ad-litem, con quien se seguirá el proceso hasta cuando aquel se presente".

De acuerdo a los documentos que obran en el expediente, el Despacho Ejecutor no notificó personalmente el mandamiento de pago a la ejecutada, ni envió comunicación por correo certificado, ni publicó el aviso en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado en la Ley.

Lo único que obra en el informativo son dos telegramas y sus respectivas copias, enviados por el Juzgado Tercero de Ejecuciones Fiscales. El medio utilizado por el Despacho ejecutor no era el previsto por la ley y lo procedente era dar cumplimiento a la disposición mencionada, realizando la citación por correo certificado con copia en el expediente y cinco días después, si no se había presentado el interesado, hacer la notificación mediante edicto.

Reiteradamente ha dicho la Sala que no es potestativo de la autoridad administrativa proceder o no a la notificación como lo establece la norma, por el contrario, es un requisito indispensable para el funcionamiento de un estado de derecho. Afirmar lo contrario sería violar el derecho de defensa del particular y aceptar que la Administración puede tomar determinaciones en secreto en perjuicio de éste. Las partes tienen derecho a informarse y conocer las determinaciones de la Administración, de acuerdo a la reglamentación que para este efecto determina la Ley.

En este orden de ideas, se observa en el presente caso, que la actuación no se ajustó a la Ley, presentándose la violación del derecho de defensa.

En cuanto al argumento esgrimido por la apoderada del Despacho Ejecutor, basta aclarar que la indebida notificación es una causal de nulidad prevista en el art. 140, num. 8° del C. de P.C. la cual puede alegarse en cualquiera de las instancias.

En estas condiciones para la Sala es claro que no sólo debe improbarse la providencia sometida a consulta sino que, conforme a lo visto debe declararse la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de notificación del mandamiento ejecutivo para que se rehaga la actuación, si a ello hubiere lugar, se trabe correctamente la *litis* y se adelante el juicio con respecto al derecho de defensa.

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

RESUELVE:

Por las razones expuestas en la parte motiva declárase la nulidad de lo actuado desde la notificación del auto del 14 de julio de 1993 inclusive.

En los términos y para los efectos previstos en el poder, visible a fl. 205, reconócese al Dr. Germán Espinosa Restrepo como apoderado de la Compañía Seguros del Estado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la fecha veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PROCESO EJECUTIVO/NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS-Improcedencia/**ACTOS ADMINISTRATIVOS**-Fuerza ejecutoria/**PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA**-Inexistencia

Si lo que pretende es cuestionar la validez o legalidad de la aludida resolución, o la de los actos administrativos que en vía gubernativa decidieron los recursos interpuestos contra ella, basta precisar que el proceso ejecutivo no es la vía adecuada. El art. 66 del C.C.A. prevé que los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y sólo perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: por suspensión provisional; cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho; cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto y cuando pierda su vigencia. En este caso el recurrente no aportó prueba demostrativa de que se diera alguno de esos eventos, razón por la cual el funcionario ejecutor no tenía mas alternativa que dar cumplimiento al art. 64 ibídem, según el cual "salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para su ejecución aún contra la voluntad de los interesados.

TÍTULO EJECUTIVO-Requisitos/**OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE/MANDAMIENTO DE PAGO/INTERESES**-Causación

La obligación es clara cuando se entiende en un solo sentido; su expresividad dice relación con la declaración que contiene, la cual debe manifestarse en forma directa, y la exigibilidad tiene que ver con que su cumplimiento pueda demandarse inmediatamente, por no estar sujeta a plazo o condición de ninguna índole. El título ejecutivo, representado en este proceso por dos actos administrativos ejecutoriados, reúne las condiciones exigidas en la norma transcrita, dado que su contenido señala con precisión tanto los titulares activo y pasivo de la relación jurídica acreedor deudor como el contenido y objeto de la misma, y de su texto no se aprecia que deba cumplirse un hecho determinado indicativo del momento en que las obligaciones puedan demandarse válidamente. Como esas obligaciones son las de pagar sumas líquidas de dinero, es aplicable el art. 498 del C.P.C., por remisión del 561 (inc. prim) *ibídem.* El auto ejecutivo debe fundamentarse en el acto constitutivo del título y para dictarlo es suficiente determinar que en éste conste contra el deudor una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Quiere ello decir que al momento de dictar mandamiento de pago el juez sólo aprecia la obligación en sí misma y, en consecuencia, aspectos como la causa, el cumplimiento por parte del deudor, la mora, etc., no constituyen materias que deban ser consideradas para librarlo, puesto que no fluyen ni puede inferirse del título. En lo concerniente a los intereses, el mandamiento de pago debe advertir que estos se causan desde que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se cancele la deuda indicando la tasa. Su liquidación, no obstante, queda para hacerla con la del crédito.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ.

Referencia: Expediente No. 0490. Partes: Municipio de Abejorral C/Cementos El Cairo S.A.

Procedente de la Tesorería del Municipio de Abejorral ha llegado el proceso de la referencia, para que se resuelva el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la ejecutada contra el mandamiento de pago.

ANTECEDENTES

1.- Mediante Resolución No. 10 de 18 de diciembre de 1990 (fl. 5-7) el Municipio de Abejorral resolvió liquidar, a cargo de la Fábrica de Cementos El Cairo S.A., por concepto del impuesto de Industria y Comercio y para el período comprendido entre los meses de agosto y noviembre de 1990, la suma de cinco millones seiscientos cuarenta y un mil ciento veintiocho pesos ($5.641.1128.00). Dicho acto administrativo fue recurrido en reposición y apelación subsidiaria (Fls. 9-13), siendo confirmado (fls. 20-21 y 22-25).

Mediante Resolución No. 002 del 11 de abril de 1994 (fls. 26-30), el referido municipio elaboró una segunda liquidación por concepto del mismo impuesto y para el siguiente lapso: diciembre de 1990; enero a diciembre de 1991; enero a diciembre de 1992 y enero a octubre de 1993, por la suma de ochenta y tres millones setecientos veintinueve mil seiscientos cincuenta y cuatro pesos con treinta centavos ($ 83.729.654.30). Contra esa decisión se interpusieron los recursos de reposición y subsidiario de apelación (fls. 31-35), siendo confirmada mediante las Resoluciones Nos. 003 del 18 de junio de 1994 (fls. 3640) y 004 - sin fecha - esta última expedida por la Junta de Impuestos Municipales. (fls. 41-44).

2.- En ejercicio de la delegación dispuesta por el Decreto No. 21 del 26 de enero de 1995 (fl. 45) y tomando en cuenta que las Resoluciones referidas en los numerales precedentes (0010/90 y 002/94) se encuentran ejecutoriadas y constituyen títulos ejecutivos (art. 68 C.C.A.), el Tesorero Municipal de Abejorral libró mandamiento de pago a cargo de la empresa Cementos El Cairo S.A. y en favor del mismo Municipio por la suma de ciento ocho millones novecientos dieciocho mil doscientos trece pesos con noventa y un centavos ($ 108.918.213.91), más los intereses a razón del 48.61% mensuales (sic) desde el momento en que se hicieron exigibles y hasta que se verifique el pago y las costas del proceso (46-47).

3.- Por conducto de apoderado, la empresa ejecutada interpuso recurso de reposición y apelación con el fin de obtener la revocatoria del mandamiento de pago (fls. 49-51), exponiendo al efecto los argumentos que seguidamente se resumen:

3.1. Ciertamente la Resolución No. 0010/90, uno de los títulos ejecutivos en que se apoya el mandamiento de pago, se encuentra ejecutoriada dado que los recursos en la vía gubernativa y la acción contenciosa fueron decididos en contra de Cementos El Cairo S.A.; sin embargo, agrega, el mandamiento resulta abiertamente ilegal por cuanto la suma por la que se libró es considerablemente superior a la que, como impuesto, señala dicho acto administrativo.

3.2. La Resolución del 2 de abril de 1994 no puede servir de fundamento al mandamiento de pago puesto que fue recurrida en la vía gubernativa y hubo un pronunciamiento de ese organismo que no cita el mandamiento de pago, razón por la cual considera dicha decisión ilegal. La exigencia de que se debe mencionar el título ejecutivo no es un mero formalismo, sino la garantía de los derechos el debido proceso y a la defensa de los cuales goza el administrado.

3.3. Adicionalmente, ni siquiera haciendo referencia expresa de este último acto administrativo existía título para el mandamiento proferido contra la sociedad que se ejecuta, puesto que el término de 4 meses previsto en el artículo 136 del C.C.A. aún no había expirado y la demanda se proponía instaurar la correspondiente acción contencioso administrativa con el fin de conseguir la nulidad de las Resoluciones 2 del 11 de abril de 1994, 3 del 18 de junio siguiente y 4 de la Junta de Impuestos Municipales.

Agrega que si un acto es susceptible de ser declarado nulo por la autoridad jurisdiccional, en proceso en el cual es requisito caucionar el impuesto para precaver el evento de que el contribuyente salga vencido, no se puede simultáneamente pedir el cumplimiento del mismo acto.

3.4. El mandamiento recurrido no explica de donde sale la cifra de $ 108.918.213.91 que se cobra por capital, ni el fundamento legal del interés del 48.61% mensual; en este último caso no se conoce ningún acto que haya condenado al pago de dicho interés que sería superior al 500% anual.

3.5. No indica el mandamiento impugnado desde cuando se deben los intereses. La orden de pago debe ser tan clara que permita establecer su monto exacto con una simple operación aritmética.

3.6. En parte alguna la ley permite librar orden de pago por costas de un proceso que apenas inicia. Adicionalmente no se determina su monto y tampoco se desprende de las providencias que se citan como fundamento del mandamiento; las costas obedecen a una condena que se hace en la sentencia al final de proceso, por lo que no pueden resultar de una orden de pago proferido *ab-initio*. Incluso antes de trabarse la relación procesal.

4.- Mediante auto del 21 de febrero de 1995 (fl. 57-61), la tesorería de Rentas Municipales de Abejorral resolvió confirmar en todas sus partes el mandamiento de pago y conceder el recurso de apelación para ante esta Corporación, aduciendo, en primer lugar, el carácter obligatorio del Acuerdo No. 4 del 10 de junio de 1989, por medio del cual se gravó con impuesto de industria y comercio a las explotaciones de canteras o minas; pero, además, porque no se pueden desconocer las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Consejo de Estado, que decidieron de fondo sobre el carácter del sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, por la actividad de explotación de canteras o minas, de Cementos El Cairo S.A., respecto del Municipio de Abejorral.

La empresa Cementos El Cairo S.A., observa el *a-quo*, cuestionó las Resoluciones Nos. 10 del 18 de diciembre de 1990 y 01 del 29 de enero de 1991, proferidas por la Tesorería, mediante las cuales le fue aplicado el Acuerdo No. 4/89 y la Ley 56/81. Dichas providencias se ejecutoriaron.

Y una vez en firme esos actos administrativos, al ser resueltos los recursos en la vía gubernativa, la Tesorería procedió a dictar el mandamiento de pago teniendo en cuenta los precedentes referidos y lo preceptuado en el artículo 68-1 del C.C.A.

El total de $ 108.918.213.91, por lo que se expidió esa orden, resulta de sumar las deudas de la ejecutada: $ 5.641.128 y $ 83.729.654.30, más los intereses de mora del 48.61% anual –según Resoluciones Nos. 2931-2932/94, expedidas por la Superintendencia Bancaria– causados desde el momento en que aquellas se hicieron exigibles hasta la fecha de la notificación del mandamiento de pago, con la advertencia de que se seguirán causando hasta que se cancele la deuda.

CONSIDERACIONES

1.- Por virtud de lo dispuesto en el artículo 505 (inc. ter.) del C.P.C., la providencia recurrida es susceptible del recurso de apelación y esta Sala es competente para decidirlo, en los términos de los artículos 129-3 del C.C.A. en concordancia con el 265 *ibídem* y 1o. del Acuerdo 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

2.- El apelante califica de ilegal el mandamiento e pago por cuanto el valor cobrado es considerablemente superior al que, como impuesto, señala la Resolución No. 0010 del 18 de diciembre de 1990, único título que en su sentir presta mérito para adelantar la acción. (Memorial de folios 49 a 51).

Pero se observa que además de la aludida Resolución No. 0010/90 el *a-quo* apoyó su decisión en un segundo acto administrativo, la Resolución No. 002 del 11 de abril de 1994 que, al igual que la primera, encontró ejecutoria, contentiva de una obligación clara, expresa y exigible y que conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del C.C.A. presta mérito ejecutivo.

Ahora bien, al suma las cantidades señaladas en los aludidos títulos ($ 5.641.128.00 + $ 83.729.654.30) el total es la cantidad de ochenta y nueve millones trescientos setenta mil setecientos ochenta y dos pesos con treinta centavos ($ 89.370.782.30) de donde se infiere que la diferencia entre este total y el señalado en el mandamiento de pago ($108.918.213.91) corresponde, según la providencia que resolvió el recurso de reposición en este proceso, a la liquidación de los "intereses de mora del 46.61% anual según Resoluciones 2931/2932 de diciembre de 1994, emanadas de la Superintendencia Bancaria", causados "desde el momento en que se hicieron exigibles, hasta la fecha de notificación del mandamiento de pago".

Ahora bien: en relación con los títulos ejecutivos el artículo 68 del C.C.A. preceptúa en lo pertinente:

> "... Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:
>
> "1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
>
> "....."

La obligación es clara cuando ella se entiende en un sólo sentido; su expresividad dice relación con la declaración que contiene, la cual debe manifestarse en forma directa, y la exigibilidad tiene que ver con que su cumplimiento pueda demandarse inmediatamente, por no estar sujeta a plazo o condición de ninguna índole.

El título ejecutivo, representado en este proceso por dos actos administrativos ejecutoriados, reúne las condiciones exigidas en la norma transcrita, dado que su contenido señala con precisión tanto los titulares –activo y pasivo– de la relación jurídica acreedor-deudor como el contenido y objeto de la misma, y de su texto no se aprecia que deba cumplirse un hecho determinado indicativo del momento en que las obligaciones puedan demandarse válidamente.

Como esas obligaciones son las de pagar sumas líquidas de dinero, es aplicable el artículo 498 del C.P.C., por remisión del 561 (inc. prim) *ibídem.*

La primera de las normas referidas expresa:

> *"... si la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, se ordenará su pago en el término de cinco días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda, señalando su tasa y demás modalidades, así como el monto que deba tenerse en cuenta para aplicar la tasa de cambio en la conversión de moneda nacional, si fuere el caso.*

Así se tiene que el auto ejecutivo debe fundamentarse en el acto constitutivo del título y para dictarlo es suficiente determinar que en éste conste –contra el deudor– una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Quiere ello decir que al momento de dictar mandamiento de pago el juez sólo aprecia la obligación en sí misma y, en consecuencia, aspectos como la causa, el cumplimiento por parte del deudor, la mora, etc., no constituyen materias que deban ser consideradas para librarlo, puesto que no fluyen ni pueden inferirse del título.

En lo concerniente a los intereses, el mandamiento de pago debe advertir que estos se causan desde que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se cancele la deuda indicando la tasa. Su liquidación, no obstante, queda para hacerla con la del crédito.

De allí que en este proceso, como la cantidad por la que se libró el mandamiento no corresponde a la prestación adeudada, habrá de modificársela en el sentido de tomar en cuenta sólo el contenido de los actos administrativos que sirvieron de fundamento a la presente acción.

3.- En cuanto tiene que ver con las razones por las que, a juicio del apelante, la Resolución No. 2 del 4 de abril de 1994 no puede servir de fundamento al mandamiento impugnado, la Sala hace las siguientes precisiones:

3.1. Contra lo que sostiene el recurrente, la falta de mención en el acto recurrido de los pronunciamientos gubernativos relacionados con los recursos interpuestos contra la citada resolución No. 2, no constituye violación del debido proceso ni del derecho de defensa, por cuanto copia de esos actos obran en el expediente y fueron producidos en virtud del ejercicio de derecho de defensa por parte de la Compañía Cementos "El Cairo S.A." con la particularidad de que ellos confirman el acto recurrido sin hacerle la menor

modificación. Por eso resulta admisible que para proferir el mandamiento de pago se apoyara el ejecutor en el acto de liquidación del impuesto, únicamente.

Pero, si lo que se pretende es cuestionar la validez o legalidad de la aludida resolución, o la de los actos administrativos que en vía gubernativa decidieron los recursos interpuestos contra ella, basta precisar que el proceso ejecutivo no es la vía adecuada.

3.2. En opinión del apelante, aún cuando el mandamiento recurrido mencionara los pronunciamientos gubernativos que echa de menos, tampoco existiría título ejecutivo porque los 4 meses señalados en el artículo 136 del C.C.A. todavía no habían expirado para la obligada, que se proponía instaurar acción tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 2 del 11 de abril de 1994, 3 del 18 de junio siguiente y 4 de la Junta de Impuestos Municipales. Agrega que sin un acto administrativo es susceptible de ser declarado nulo por la autoridad jurisdiccional, en proceso en el que es requisito caucionar el impuesto para precaver el evento de que el contribuyente salga vencido, no se puede, simultáneamente, pedir el cumplimiento del acto *sub-júdice*.

En relación con este aspecto la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diferentes ocasiones, precisando que el art. 66 del C.C.A. prevé que los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y sólo perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: por suspensión provisional; cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho; cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto y cuando pierda su vigencia.

En este caso el recurrente no aportó prueba demostrativa de que se diera alguno de esos eventos, razón por la cual el funcionario ejecutor no tenía mas alternativa que dar cumplimiento al artículo 64 ibídem, según el cual "Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para su ejecución aún contra la voluntad de los interesados".

De allí que ni la intención de la ejecutada, en cuanto dice que accionará buscando la nulidad de uno de los actos administrativos que en este proceso sirven de título ejecutivo, ni la caución que pudiera llegar a prestarse en dicha causa tienen la virtualidad de postergar la exigibilidad de la obligación.

Finalmente, aunque se observa error en la expresión que el mandamiento de pago hace del período al que deba aplicarse la tasa, pues habla del 48.61 mensual, al desatar la reposición la parte considerativa se precisa su carácter de anual. Pero como no obra elemento alguno que permita determinar en este momento procesal la tasa aplicable para liquidar los intereses, en la parte resolutiva se indicará por tal la que legalmente corresponda.

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

RESUELVE:

1.- Modificar el auto apelado, en el sentido de que el mandamiento de pago librado es por la suma de ochenta y nueve millones trescientos setenta mil setecientos ochenta y dos pesos con 30/100 ($ 89.370.782.30), más los intereses a la tasa que legalmente corresponda y las costas si a ello hubiere lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriado ese auto, devuélvase el expediente a la oficina de origen. CÚMPLASE.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión del día (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidades/**CONTRATO**-Celebración

Conforme a lo dispuesto en el art. 152 del C.C.A., modificado por el art. 31 del decreto 2304 de 1989, en los procesos de nulidad procede la suspensión provisional del acto impugnado cuando de la simple confrontación de éste o de los documentos públicos aducidos con la solicitud, es manifiesta la violación de una de las normas de rango superior invocadas en el corres-pondiente escrito. En cualquiera de los dos casos previstos en la norma, es indispensable que no haya necesidad de emprender una labor de interpretación, porque en tal caso la violación no sería ostensible haciéndose improcedente la medida, debiéndose postergar el examen de la supuesta transgresión para el momento del fallo con observancia del debido proceso. En materia de contratos y para efectos de las inhabilidades originadas en éstos, se debe tener en cuenta no sólo el momento de su firma, sino todo el tiempo de su desarrollo o "ejercicio de esa vinculación que es cuando se puede sacar algún provecho o ejercer alguna presión con miras a un futuro acontecer político, administrativo, como una designación o una elección". Se tiene que en el presente caso el contrato de prestación de servicios del cual se hace derivar la inhabilidad, se celebró el día 1° de junio de 1993, como bien se aprecia en la constancia dejada por las partes intervinientes en el mismo, o sea que habiéndose elegido al Dr. Javier Rengifo Cuello como Contralor Distrital de Santa Marta el 8 de enero de 1995, así consta en el acta 004 del Concejo de dicha ciudad, es evidente que el nacimiento del contrato no ocurrió durante el año anterior a la elección y consecuentemente no se da la manifiesta infracción del art. 95 numeral 5 de la ley 136 de 1994, norma aplicable a los contralores municipales o

distritales de acuerdo a lo previsto en el art. 163 *ibídem* con la modificación introducida por el art. 9 de la ley 177 de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 1284. Actor: Marina Gómez Vera. ELECTORAL. SEGUNDA INSTANCIA.

De plano como lo dispone el artículo 155 del C.C.A., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto admisorio de la demanda, pero sólo en cuanto decretó la suspensión provisional del acto administrativo impugnado.

ANTECEDENTES

Obrando en su propio nombre la señora Marina Gómez Vera solicitó al Tribunal Administrativo del Magdalena que, previos los trámites de rigor haga los siguientes pronunciamientos:

> "PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta No. 04 de fecha 8 de enero de 1995 por el cual el Concejo del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, eligió al Dr. Javier Rengifo Cuello como contralor de este distrito por un período de tres años, que se inició en enero de 1985 por encontrarse éste inhabilitado, conforme a la ley 136 de 1994 para desempeñar ese cargo.
>
> SEGUNDO: Ordenar que las entidades correspondientes investiguen a los miembros del Concejo Distrital de Santa Marta, que efectuaron dicha elección sin sujetarse al mandato constitucional y legal.
>
> TERCERO: Disponer que por el Concejo Distrital de Santa Marta, se realice nuevamente la elección de Contralor."

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el mismo escrito de demanda se solicita esta medida con fundamento en lo dispuesto por el artículo 152 del C.C.A., e invocándose el artículo 95 numeral 5 de la ley 136 de 1994.

Dice la actora al sustentarlo:

"Según las disposiciones referenciadas es procedente la suspensión provisional, pues el contrato de prestación de servicios suscrito entre el Dr. Javier Rengifo Cuello y la entidad descentralizada del orden distrital o INSTITUTO DISTRITAL DE DESARROLLO URBANO Y VALORIZACIÓN "INDUVAL", demuestra que el último pago por la prestación de sus servicios sólo era posible, (de acuerdo al contrato), al cumplir con la última actuación pactada o asistencia o audiencia pública en el proceso penal iniciado

por denuncia de INDUVAL, y tal cancelación se realizó en los primeros meses de 1994, o sea que dentro del año anterior a su elección continuó realizando las actividades propias derivadas del ejercicio del poder otorgado, en otras palabras ejecutando el convenio celebrado, lo cual lo inhabilitó para ser elegido en ese cargo.

Es suficiente confrontar la documentación anexada y la que se solicita como petición previa, para comprobar que el Dr. Rengifo realizó varias actuaciones en cumplimiento del susodicho contrato, dentro del año anterior a su elección, ejecutando lo pactado para recibir las sumas especificadas en el mismo; actuación que lo ubica dentro de la causal de inhabilidad que contempla el art. 95, numeral 6 de la ley 136 de 1994 y por tanto no debió ser elegido en el cargo de Contralor de este Distrito".

EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo del Magdalena en providencia calendada el 22 de febrero de 1995 vista a folios 44 y s.s., al admitir la demanda acogió la solicitud de la parte actora y decretó la suspensión provisional del acto impugnado, al estimar violado el artículo 95 numeral 5 de la ley 136 de 1994, norma aplicable a los contralores municipales en virtud de lo dispuesto en el artículo 163 literal c) de la citada ley y el decreto 2626 de 1994.

Expresa el *A-quo:* "El fin moralizador de las inhabilidades para ocupar ciertos cargos busca, entre otras cosas, que quienes se encuentren vinculados a la administración, bien sea en ejercicio de una función pública, como un empleado público, o en desarrollo de una relación contractual, como un contratista de prestación de servicios, no aprovechen esa vinculación con miras a su futura elección o nombramiento. Por tanto, y ello es de elemental lógica, la inhabilidad ha de entenderse con relación no solo al momento en que se nombra a una persona o se firma un contrato, sino SOBRE TODO, a todo el tiempo del desarrollo o ejercicio de esa vinculación, que es cuando se puede, eventualmente, sacar algún provecho o ejercer alguna presión con miras a un futuro acontecer político administrativo, como una designación o una elección".

Bajo estas consideraciones y con apoyo en la prueba del contrato (fls. 8 y 9), de la comunicación suscrita por el Director de INDUVAL dirigida al contratista (fl. 18) y del oficio No. 770 del 14 de febrero de 1995, emanado de la Dirección Seccional de Fiscalías, Unidad Especializada Dos del Departamento del Magdalena (fl. 32), el Tribunal encontró demostrado que los días 24 de febrero de 1994 y 25 de marzo de 1994, el contrato estaba todavía en su etapa de ejecución, puesto que en la primera fecha, mediante la comunicación, se dio cumplimiento a la cláusula segunda del mismo y hasta la segunda fecha el Dr. Rengifo estuvo cumpliendo con las obligaciones que contrajo con la entidad contratante, en calidad de apoderado, dado que en esta fue reemplazado. Concluye que las anteriores fechas están comprendidas dentro del año anterior a la de elección –8 de enero de 1995–, y por tanto resulta evidente que el Dr. Rengifo se encontraba incurso en la inhabilidad alegada.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de suspensión provisional, el abogado Otto Luis Olaya Segura actuando como parte interviniente interpuso recurso de apelación (fls. 62 y s.s.), para que

se revoque la medida, argumentando en síntesis que la fecha de celebración del contrato entre el Dr. Rengifo e INDUVAL - mes de junio de 1993, es muy anterior a su inscripción y elección como Contralor Distrital de Santa Marta y de otro lado, la ejecución o cumplimiento contractual no se encuentra erigida como causal de inhabilidad, pues solo lo está la "intervención en la celebración del contrato", aspecto sobre los cuales hace amplios comentarios invocando la jurisprudencia sentada al respecto por la Corporación.

También y a través de apoderado la parte demandada apeló la decisión (fls. 80 y s.s.). La argumentación sustentatoria del recurso, parte inicialmente de una crítica a la providencia del Tribunal dictada con base en prueba documental decretada de manera previa a la admisión de la demanda de manera oficiosa. Tal proceder señala el apoderado del recurrente además de peligroso, implica un abierto desconocimiento del derecho a la defensa, al rigor probatorio y al principio de contradicción de la prueba.

Indica que en la providencia cuestionada se tuvieron en cuenta normas que no fueron invocadas ni en las demandas ni en la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, rompiendo de bulto el principio de derecho administrativo "de que la justicia contenciosa es rogada y sus normas de interpretación restrictiva".

Considera que el régimen de inhabilidades previsto en la ley 136 no le es aplicable a los Contralores municipales y distritales, elegidos en 1995 dado que esta ley empezó a regir en el mes de junio de 1994, antes de haber transcurrido un año de su vigencia y no tiene carácter retrospectivo.

Pero agrega que de poderse aplicar, tampoco se puede concluir que su representado estaba inhabilitado para su elección por la causal esgrimida, puesto que durante el año anterior a ésta, o sea entre el 8 de enero de 1995 al 8 de enero de 1994, no intervino ni celebró contrasto en los términos de dicha causal.

Finalmente el apoderado cita jurisprudencia de la Corporación sobre el tema.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto en el art. 152 del C.C.A., modificado por el art. 31 del D. 2304 de 1989, en los procesos de nulidad procede la suspensión provisional del acto impugnado cuando de la simple confrontación de éste o de los documentos públicos aducidos con la solicitud, es manifiesta la violación de una de las normas de rango superior invocadas en el correspondiente escrito.

En cualquiera de los dos casos previstos en la norma, es indispensable que no haya necesidad de emprender una labor de interpretación, porque en tal caso la violación no sería ostensible haciéndose improcedente la medida, debiéndose postergar el examen de la supuesta transgresión para el momento del fallo con observancia del debido proceso.

En el caso *sub-júdice,* se alega la violación del artículo 95, numeral 5 de la ley 136 de 1994 que es del siguiente tenor:

> *ARTÍCULO 95. INHABILIDADES - No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:*

(...)

5) Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros haya celebrado por si, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

(...)

Señala el actor que el Dr. Javier Rengifo Cuello suscribió un contrato de prestación de servicios con el Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización "INDUVAL" de Santa Marta y sin mencionar su fecha de celebración, al solicitar la medida adujo como único argumento que de acuerdo al contrato, el último pago por la prestación del servicio se realizó en los primeros meses de 1994, o sea que dentro del año anterior a su elección continuó realizando el demandado las actividades propias del mandato.

De acuerdo a este planteamiento el actor no tiene en cuenta la fecha de celebración del contrato, pretendiendo derivar la inhabilidad alegada de aspectos atinentes a su ejecución, tesis aceptada por el Tribunal quien buscando darle precisión al precario argumento, en auto visto a folio 27 solicitó a la Unidad de Fiscalía Especializada en delitos contra el Patrimonio Económico, certificación sobre la última actuación del Dr. Rengifo Cuello como apoderado de INDUVAL.

Sobre la base de esta prueba visible a folio 32; del oficio sin número en el que se solicita al demandado el envio de unos documentos, y el contrato de prestación de servicios, dedujo que las últimas actuaciones en cumplimiento del contrato se efectuaron los días 24 de febrero y 25 de marzo de 1994, o sea durante el año anterior a la fecha en que se produjo el acto de elección cuestionado, que lo fue el 8 de enero de 1995, estimando por tanto quebrantada de manera ostensible la norma transcrita.

Pero debe observarse que para el decreto de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, tuvo que recurrir el *A-quo* a una tarea interpretativa de tal documentación, razón ésta que hace improcedente la medida al no cumplirse el segundo presupuesto del artículo 152 del C.C.A., por ausencia de una manifiesta infracción de las disposiciones invocadas.

Lo anterior lo estima la Sala suficiente para dar prosperidad al recurso de apelación, pero además debe agregar que no comparte el fundamento esgrimido por el Tribunal para adoptar la decisión, pues según su criterio, en materia de contratos y para efectos de las inhabilidades originadas en éstos, se debe tener en cuenta no solo el momento de su firma, sino todo el tiempo de su desarrollo o "ejercicio de esa vinculación que es cuando se puede sacar algún provecho o ejercer alguna presión con miras a un futuro acontecer político, administrativo, como una designación o una elección".

Se tiene que en el presente caso el contrato de prestación de servicios del cual se hace derivar la inhabilidad, se celebró el día primero (1) de junio de 1993, como bien se aprecia en la constancia dejada por las partes intervinientes en el mismo, o sea que habiéndose elegido al Dr. Javier Rengifo Cuello como Contralor Distrital de Santa Marta el 8 de enero de 1995, así consta en el acta 004 del Concejo de dicha ciudad, es evidente que el nacimiento del contrato no ocurrió durante el año anterior a la elección y consecuentemente no se da la manifiesta infracción del artículo 95 numeral 5 de la ley 136 de 1994, norma aplicable a los contralores municipales o distritales de acuerdo a lo previsto en el artículo 163 *ibídem* con la modificación introducida por el art. 9 de la ley 177 de 1994.

Además, debe tenerse en cuenta que la ley 136 de 1994 empezó a regir en junio de 1994, la cual fue reformada por la ley 177 de diciembre 28 del mismo año, específicamente el artículo 163 de dicha ley por el artículo 9 de ésta, cambiando la referencia que el artículo modificado hacía en el literal c) al art. 79 y parágrafo por el art. 95 y parágrafo de dicha ley 136 de 1994, y como el contrato de prestación de servicios que se le atribuye al señor Rengifo Cuello fue celebrado en el mes de junio de 1993, es necesario establecer bajo qué normatividad jurídica se debe resolver el asunto planteado, es decir, si aplicando el decreto legislativo 1333 de 1986 o las normas que rigen actualmente, situación que deberá analizarse y resolverse al dictar la sentencia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: **Revócase** el auto admisorio de la demanda proferido el 22 de febrero de 1995 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, pero únicamente en cuanto decretó la suspensión provisional del acto acusado.

SEGUNDO: En su lugar **deniégase** la solicitud de dicha medida.

En firme este proveído vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PERSONERO MUNICIPAL-Inhabilidad/**ALCALDE**-Inhabilidades/**EQUIVALENCIA/VÍNCULO DE CONSANGUINIDAD/AUTORIDAD ADMINISTRATIVA/SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

Estima la Sala, que en el caso *sub-exámine* se acreditan sin dubitación alguna los hechos que el actor sustentó la solicitud de suspensión provisional a saber: la elección del ciudadano Belmore González como personero de Frentino para el período 1995-1998; el ejercicio de funciones como alcalde de esta misma localidad a 31 de diciembre de 1994, del señor Félix Alfazar González Mira y el vínculo de éstos en segundo grado de consanguinidad. Hecha la anterior precisión y de acuerdo a lo considerado, para la Sala es evidente que tal como lo dice el Tribunal, "el señor Balmore de Jesús González Mira estaba inhabilitado para ser elegido personero del municipio de Frontino, por cuanto su hermano Félix Alfaraz ejercía el 31 d diciembre de 1994 el cargo de alcalde de esa misma localidad, es decir, hacía uso, por decir lo menos, de la autoridad administrativa. La conclusión de la Sala, no puede ser distinta a la precedente y surge de una sencilla comparación de las disposiciones transcritas y los documentos públicos aducidos con la solicitud, confrontación de la cual se aprecia a primera vista la manifiesta violación de esos preceptos legales.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos/**COMPILACIÓN DE NORMAS/NORMAS SUSTANCIALES**-Vigencia

Es necesario observar, que mediante sentencia número 129 de marzo 30 del año en curso, la H. Corte Constitucional declaró inexequible el art. 199 de la ley 136 de 1994 y por unidad de materia la inexequibilidad se hizo extensiva

al D. 2626 de 1994. Es decir, que en este momento y por virtud de estar publicado dicho fallo, los arts. 226. Literal a) y 129 numeral 8 del D. 2626 de 1994 que fueron los citados como transgredidos, no tiene vigencia. Esta situación no incide en la decisión que en esta instancia deba tomar la Corporación, puesto que la demanda en cuyo texto se incluye la solicitud de suspensión provisional, fue presentada en vigencia de tales disposiciones (febrero 3 de 1995) y fue proferido el auto admisorio en el que se decretó la medida (febrero 15 de 1995) y siendo el texto derogado una simple compilación y codificación de disposiciones jurídicas, las normas sustanciales allí compiladas conservan su vigencia, tal como lo advierte la misma sentencia.

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

Consejero Ponente: Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 1289. Actor: Mauricio Carvajal Puerta. ELECTORAL - SEGUNDA INSTANCIA.

De plano como lo dispone el artículo 155 último inciso del C.C.A., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra el auto admisorio de la demanda, pero únicamente en cuanto se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el ciudadano Mauricio Carvajal Puerta, obrando en su propio nombre, demandó la nulidad del acto administrativo por medio del cual el concejo municipal de Frontino (Antioquia), eligió al señor Balmore de Jesús González Mira como personero de esta localidad para el período 1995-1998.

En el capítulo 9 del escrito demandatorio se solicitó la suspensión provisional del acto por estimarlo el actor manifiestamente violatorio de los artículos 226, literal a) y 129 numeral 8 del D. 2626 de 1994, por cuanto el elegido es hermano del señor Alfazar González "quien apenas diez (10) días antes era la persona que ostentaba toda la autoridad civil, política y administrativa de Frontino en el ejercicio de Alcalde Municipal".

EL AUTO RECURRIDO

Fue proferido el 15 de febrero de 1995 (fls. 20 y s.s.), admitiendo la demanda y decretándose en su numeral 5 la suspensión provisional impetrada.

El Tribunal al examinar la documentación presentada con la solicitud, que relaciona debidamente en el numeral 3 del auto, encontró probado que Balmore de Jesús y Félix Alfazar son hermanos entre sí, es decir, se hallan en el segundo grado de consanguinidad, y por tanto, conforme a las disposiciones invocadas por el actor, el primero estaba

inhabilitado para ser elegido personero, dado que el segundo ejercía el 31 de diciembre de 1994 el cargo de alcalde del municipio de Frontino, "es decir, hacía uso, por decir lo menos, de la autoridad administrativa",

EL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante apoderado legalmente constituido en escrito presentado en tiempo (fls. 31 y s.s.), el demandado apeló el decreto de suspensión provisional.

Al sustentar el recurso, aduce que: "la norma supuestamente transgredida con la elección del demandado fue el artículo 174, literal a) de la ley 136 de 1994, compilado por el Decreto extraordinario 2626 de 1994, artículo 226, literal a), normas que remiten a la ley 136 de 1994, artículo 95 y al D. 2626 de 1994, artículo 129 "en lo que sea aplicable" al personero.

La norma remisoria al utilizar el vocablo "en lo que sea aplicable", está imponiendo un esfuerzo de interpretación para determinar cuáles de esas inhabilidades preceptuadas en el artículo 95 de la ley 136 de 1994 y en el artículo 129 del D. 2626 de 1994, que fueron expedidas para el alcalde, también le son aplicables a la elección del personero.

Prima facie aparece que –según el tenor del precepto remisorio– puede suceder que alguna de las inhabilidades establecidas para la elección de alcalde, sin embargo, no le sean aplicables a la elección de personero".

Señala que en esta elección tiene lugar en los primeros diez (10) días del mes de enero, cuando ya el alcalde anterior ha terminado el período el 31 de diciembre y por ello ha perdido toda su autoridad política, civil y administrativa.

Solicita se revoque la medida al considerar que no es manifiesta la violación de las normas invocadas.

CONSIDERACIONES

En esta acción de simple nulidad la solicitud de suspensión provisional del acto acusado se ajusta a las previsiones del artículo 152 del C.C.A., subrogado por el art. 31 del D. 2304 de 1989, pues fue pedida y sustentada de manera expresa en la demanda, además para efectos de determinar la competencia funcional, a folio 9 aparece certificado del presupuesto anual ordinario del municipio de Frontino, cuya cuantía permite el conocimiento del recurso de alzada.

Procede, entonces, examinar si de la confrontación directa del acto con las normas de rango superior invocadas, se puede apreciar a primera vista la violación de estos preceptos.

De acuerdo con la solicitud, el señor Balmore González personero elegido el 9 de enero de 1995 para el municipio de Frontino, tiene vínculo de consanguinidad en segundo grado con el señor Alfazar González quien desempeñó el cargo de alcalde del mencionado municipio hasta diez días antes de la elección.

El actor adujo con la petición los siguientes documentos públicos: a) copia del acta 002 del día 9 de enero de 1995 que contiene el acta de elección impugnada; b) acta de posesión del señor Félix Alfazar González Mira como alcalde de Frontino de fecha junio 1 de 1992; c) Certificado sobre los registros civiles de nacimiento de los señores Belmore De Jesús y Félix Alfazar González, expedidos por el Notario único del círculo de Frontino; d) Certificado de registro civil de matrimonio de los señores Fieix (sic) Alfazar González y Ana Lucía Mira de la misma notaría; e) Documento expedido el 2 de febrero de 1995 por el personero de Frontino en el sentido de que el día 31 de diciembre de 1994, el Dr. Félix Alfazar González Mira, se desempeñaba como alcalde de este municipio.

Estima la Sala, que en el caso *sub-exámine* se acreditan sin dubitación alguna los hechos en que el actor sustentó la solicitud de suspensión provisional a saber: la elección del ciudadano Belmore González como personero de Frontino para el período 1995-1998; el ejercicio de funciones como alcalde de esta misma localidad a 31 de diciembre de 1994, del señor Félix Alfaraz González Mira y el vínculo de éstos en segundo grado de consanguinidad.

Ahora bien, probado el supuesto de hecho alegado es necesario observar, que mediante sentencia número 129 de marzo 30 del año en curso, la H. Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 199 de la ley 136 de 1994 y por unidad de materia la inexequibilidad se hizo extensiva al D. 2626 de 1994. Es decir, que en este momento y por virtud de estar publicado dicho fallo, los artículos 226. Literal a) y 129 numeral 8 del D. 2626 de 1994 que fueron los citados como transgredidos, no tiene vigencia.

Esta situación no incide en la decisión que en esta instancia deba tomar la Corporación, puesto que la demanda en cuyo texto se incluye la solicitud de suspensión provisional, fue presentada en vigencia de tales disposiciones (febrero 3 de 1995) y fue proferido el auto admisorio en el que se decretó la medida (febrero 15 de 1995) y siendo el texto derogado una simple compilación y codificación de disposiciones jurídicas, las normas sustanciales allí compiladas conservan su vigencia, tal como lo advierte la misma sentencia.

En el evento *sub-lite,* los preceptos invocados son fiel transcripción de los artículos 174 literal a) y 95 numeral 8 de la ley 136 de 1994, o sea que al citarse aquellos, en el fondo de éstos por el aspecto material, son los que pueden resultar lesionados por el acto impugnado.

En efecto prescribe el artículo 174.

"INHABILIDADES: No podrá ser elegido personero quien:

a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal"

Por su parte el artículo 95, establece:

"INHABILIDADES: No podrá ser elegido Alcalde quien:

(...)

8) Tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionario del respectivo municipio que dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección estuvieren ejerciendo autoridad civil, política, administrativa o militar".

Hecha la anterior precisión y de acuerdo a lo considerado, para la Sala es evidente que tal como lo dice el Tribunal, "el señor Balmore de Jesús González Mira estaba inhabilitado para ser elegido personero del municipio de Frontino, por cuanto su hermano Félix Alfaraz ejercía el 31 d diciembre de 1994 el cargo de alcalde de esa misma localidad, es decir, hacía uso, por decir lo menos, de la autoridad administrativa.

La conclusión de la Sala, no puede ser distinta a la precedente y surge de una sencilla comparación de las disposiciones transcritas y los documentos públicos aducidos con la solicitud, confrontación de la cual se aprecia a primera vista la manifiesta violación de esos preceptos legales.

Consecuente con lo anterior la decisión apelada será confirmada.

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

RESUELVE:

Confirmar el auto admisorio de la demanda proferido el 15 de febrero de 1994 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto impugnado.

En firme la decisión **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

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL/SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**ALCALDE**-Inhabilidades/**VÍNCULO DE CONSANGUINIDAD/INSCRIPCIÓN PARA ELECCIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL/VIOLACIÓN MANIFIESTA DE LA NORMA**-Inexistencia

Conforme prevé el artículo 152 del C.C.A., en acciones de nulidad como la presente, la suspensión provisional de los actos administrativos es procedente, siempre que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones, invocadas como fundamento de la medida solicitada y que ésta pueda apreciarse, *prima facie,* bien sea al realizar una sencilla comparación entre el acto demandado y el precepto en cuestión o bien, mediante los documentos públicos aducidos con la solicitud. La inscripción del señor Juan Marino Castillo Andrade como candidato a la Alcaldía de Pital, se cumplió el 25 de agosto de 1994, cuando aún no lo estaba, para el cabildo municipal de la misma localidad, el señor Héctor Manuel Suárez Barbosa de quien se dice es pariente de aquel, toda vez que la inscripción del último de los nombrados se realizó un día después de la del señor Castillo Andrade, esto es, el 26 de agosto de 1994. En estas circunstancias, resulta necesario determinar si la segunda inscripción pueda afectar la elección del demandado, o si para que se configure la inhabilidad debe ser anterior o concomitante, situación que no es susceptible de analizar y resolver ab-initio, puesto que su determinación exige un análisis que debe revestir la profundidad necesaria que permita demostrar la antinomia entre acto impugnado y la norma que se dice flagrantemente violada y que, a su vez, estructura la causal de inhabilidad que se endilga al elegido.

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

Consejero Ponente: Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 1294. Actor: Eduardo Rujana Quintero.

De plano, como ordena el artículo 155 *in fine* del C.C.A., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, por el apoderado del demandado, contra el auto dictado el 9 de diciembre de 1994 por el Tribunal Administrativo del Huila, pero solo en cuanto resolvió decretar la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

1.-) LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL (FLS. 4-6).

En ejercicio de la acción de nulidad electoral y actuando en su propio nombre, el abogado Eduardo Rujana Quintero demandó la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Juan marino Castillo Andrade, como Alcalde Popular del Municipio de Pital (Departamento del Huila).

Como medida provisoria solicitó la suspensión provisional del acto demandado, aduciendo que este viola flagrantemente el art. 95-9 de la ley 136 de 1994, en cuanto dicho precepto dispone que no podrá ser elegido alcalde quien esté vinculado, entre otros, por parentesco dentro del segundo grado de afinidad, con personas que se hubieren inscrito por el mismo partido para la elección de miembros del Concejo Municipal respectivo.

Considera suficiente los certificados de matrimonio de Juan Ramón Castillo e Isabel Andrade; de Héctor Manuel Suárez Barbosa y María Victoria Castillo Andrade y los registros civiles de nacimiento de Juan Marino Castillo Andrade y María Victoria Castillo Andrade, para constatar que el último de los nombrados y Héctor Manuel Suárez Barbosa está unidos en parentesco de segundo grado de afinidad (cuñados).

Basta observar, dice el actor, las fotocopias autenticadas de las actas de inscripción de lista para el Concejo Municipal de Pital, encabezada por Héctor Manuel Suárez Barbosa y de la candidatura de Juan Marino Castillo Andrade a la Alcaldía del mismo municipio, para constatar que ambos cuñados se inscribieron como candidatos, el uno al Concejo y el otro a la Alcaldía por el partido conservador colombiano y frente al mismo evento comicial.

En este caso, sostiene el actor, la confrontación directa entre la situación del señor Juan Marino Castillo Andrade y la prohibición a que se refiere el artículo 95-9 de la ley 136/94 permite observar, prima facie, la violación de este precepto.

2.-) LA DECISIÓN APELADA.- (FLS. 70-72).

De los documentos públicos aportados con la demanda el *a-quo* coligió lo siguiente:

2.1.-) Que entre Juan Marino Castillo Andrade y Héctor Manuel Suárez Barbosa existe parentesco en segundo grado de afinidad, pues el último "está casado con la

hermana del primero, señora María Victoria Castillo Andrade" y los Castillo Andrade son hijos comunes de Juan Ramón Castillo e Isabel Andrade (fls. 25, 26, 27 y 28).

2.2.-) Que Juan Marino Castillo Andrade y Héctor Manuel Suárez Barbosa se inscribieron y aceptaron ser candidatos, por el partido conservador colombiano, a la alcaldía y al concejo municipal de Pital, respectivamente, para elecciones del 30 de octubre de 1994 (fls. 9 y 10).

2.3.-) Que Juan Marino Castillo Andrade fue declarado elegido como alcalde del municipio de Pital, para el período 1995-1998 (fls. 12 a 16).

Conforme con lo expuesto, señaló el a-quo que de la simple comparación entre los documentos aducidos con la solicitud y la norma invocada como fundamento de la demanda, se colige la existencia de los supuestos de hecho señalados en ella, es decir, el parentesco, en segundo grado de afinidad, entre el elegido y su pariente inscrito por el mismo partido político para el concejo municipal, de donde deduce que en la elección demandada se presenta la inhabilidad indicada. En consecuencia, resolvió decretar la suspensión provisional del acto acusado.

3.-) FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN (FLS. 97-104).

Los siguientes, son los aspectos por los que el demandado disiente y solicita se revoque la decisión referida en el numeral precedente:

3.1.-) Está edificada sobre un error de interpretación del artículo 47 del C.C., dado que al comparar los documentos públicos aportados por el demandante, el Tribunal constató el parentesco, en segundo grado de afinidad, del concejal hacia el alcalde y no a la inversa que es lo exigido por el dispositivo legal de las inhabilidades. En el cotejo se perdió de vista que el fundamento de la norma del C.C., es que el parentesco de afinidad no se da en doble vía sino en un solo sentido sin que exista reciprocidad.

En conclusión, el apelante considera que no se dan los presupuestos de la inhabilidad invocada por el accionante, dada la ausencia de parentesco de afinidad del demandado hacia el Concejal Manuel Suárez Barbosa.

3.2.-) Con la demanda no se aportó prueba del estado civil del elegido, para establecer su parentesco de afinidad.

3.3.-) Para el caso de la suspensión impugnada no se cumplieron los presupuestos del artículo 152 del C.C.A., pues de los documentos públicos aportados con el libelo no se pueden inferir los siguientes hechos: el parentesco de afinidad del demandado con concejal alguno; la inscripción del elegido después de la de alguna persona "con quien tenga consanguinidad, afinidad o parentesco civil para el concejo municipal a nombre del mismo partido o movimiento político"; que la ulterior inscripción del señor Héctor Manuel Suárez Barbosa pueda viciar la del actor y que esta misma esté viciada de nulidad, porque exista parentesco de afinidad de primer grado, con persona inscrita para la elección del alcalde del mismo municipio y a nombre del mismo partido.

3.4.-) El acto de inscripción de concejal debe ser anterior al de alcalde y ambas en representación de un mismo partido o movimiento. En este caso, de la prueba aportada, se infiere que la inscripción del demandado se efectuó cuando aún no existía la de otro ciudadano que lo inhabilitara o impidiera la suya.

CONSIDERACIONES

1.-) La providencia que decide sobre la suspensión provisional es susceptible de ser apelada, según disponen los artículos 155 –inciso segundo–, en concordancia con el 29 de la ley 78 de 1986; el recurso fue presentado oportunamente y esta Sala es competente para conocer de él, por mandato de los artículos 231 –inciso primero– del C.C.A. y 1o. del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

2.-) Conforme prevé el artículo 152 del C.C.A., en acciones de nulidad como la presente, la suspensión provisional de los actos administrativos es procedente, siempre que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones, invocadas como fundamento de la medida solicitada y que ésta pueda apreciarse, prima facie, bien sea al realizar una sencilla comparación entre el acto demandado y el precepto en cuestión o bien, mediante los documentos públicos aducidos con la solicitud.

El precepto que el actor invoca como fundamento de la solicitud de suspensión provisional (art. 95-9 L. 136/94) y que en su sentir violó flagrantemente el acto acusado es del siguiente tenor:

> INHABILIDADES. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:
>
> (...)
>
> 9) Esté vinculado o por matrimonio, unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con personas que se hubieren inscrito por el mismo partido o movimiento para la elección de miembros al concejo municipal respectivo.
>
> (...).

Considera el actor que, el señor Juan Marino Castillo Andrade, elegido Alcalde municipal de Pital (Departamento del Huila), está incurso en la inhabilidad señalada en la norma transcrita, en razón de su vinculación, por parentesco dentro del segundo grado de afinidad (cuñados) con el señor Héctor Manuel Suárez Barbosa, quien se inscribió como candidato al concejo del mismo municipio; en opinión del actor, el parentesco se da en razón de que el segundo de los nombrados está unido en matrimonio con la hermana del primero de ellos, situación que pretende demostrar con los documentos que anexó con la demanda.

Según dan cuenta los documentos visibles a folios 9 y 10 del expediente, la inscripción del señor Juan Marino Castillo Andrade como candidato a la Alcaldía de Pital, se cumplió el 25 de agosto de 1994, cuando aún no lo estaba, para el cabildo municipal de la misma

localidad, el señor Héctor Manuel Suárez Barbosa de quien se dice es pariente aquel, toda vez que la inscripción del último de los nombrados se realizó un día después de la del señor Castillo Andrade, esto es, el 26 de agosto de 1994, (fl. 10 vto). En estas circunstancias, resulta necesario determinar si la segunda inscripción pueda afectar la elección del demandado, o si para que se configure la inhabilidad debe ser anterior o concomitante, situación que no es susceptible de analizar y resolver *ab initio*, puesto que su determina-ción exige un análisis que debe revestir la profundidad necesaria que permita demostrar la antinomia entre acto impugnado y la norma que se dice flagrantemente violada y que, a su vez, estructura la causal de inhabilidad que se endilga al elegido.

En conclusión, al no evidenciarse oposición manifiesta entre el acto acusado y la norma legal señalada por el actor, no resulta procedente decretar la medida provisoria solicitada en la demanda.

En consecuencia, la decisión objeto de alzada habrá de ser revocada.

En mérito de lo expuesto, y sin que sea necesaria consideración adicional, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO: **Revócase** la suspensión provisional del acto declaratorio de elección del señor Juan Marino Castillo Andrade, como Alcalde Popular del Municipio del Pital (Departamento del Huila).

SEGUNDO. En su lugar se dispone: deniégase la medida provisoria referida en el numeral precedente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y en firme este proveído vuelva a su lugar de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidades/**CONCEJAL/PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL**

Para efectos de la suspensión provisional resulta obvio que no se puede tener por manifiesta la violación de las normas legales invocadas por el actor, el literal b) de los artículos 163 de la ley 136 de 1994, 247 del decreto ley 2626 del mismo año y 9o. de la ley 177 también de 1994, que consagran la inhabilidad para ser elegido contralor municipal a quien haya sido miembro del concejo que deba hacer la elección en los tres años anteriores a esa elección, por la contradicción de esos textos con lo que al respecto prevé el Art. 272 de la Constitución Política en su inciso séptimo. En efecto, la norma constitucional extiende la aludida inhabilidad de quien haya sido concejal a solo el año anterior a la elección de contralor, por lo cual, con fundamento en el principio de la prevalencia de la disposición constitucional consagrado en el artículo 4o. de la Carta Política, cabría inaplicar las disposiciones invocadas para sustentar la solicitud, infiriéndose sin lugar dudas que no pudo darse su quebrantamiento manifiesto. El texto constitucional atinente a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios no defirió a la ley la reglamentación de las inhabilidades para ser elegido contralor de esos entes territoriales, a diferencia de lo que sí ocurre con las calidades o requisitos de los candidatos. De allí por qué cabe afirmar que por ese aspecto la disposición constitucional es una norma de las que la doctrina denominan cerradas, no susceptible de reglamentación legal que la adicione o modifique para incorporar mayores elementos restrictivos al derecho de ser elegido contralor, pues ello excedería la com-petencia del legislador. Este aspecto, que impone análisis

doctrinario detenido y cuidadoso, también conduce a no poder admitir la conclusión del *a-quo*.

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

Consejero Ponente: DR. AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ.

Referencia: Expediente No. 1295. Actor: Ramiro Caldas Bernal.

Conforme a lo dispuesto en el inciso último del artículo 155 del C.C.A., modificado por el Art. 33 del Decreto 2304 de 1989, procede la Sala a desatar de plano el recurso de apelación interpuesto tanto por el tercero opositor como por el apoderado del impugnador de la demanda, contra el auto de fecha febrero dieciséis (16) del cursante año, pero sólo en cuanto al admitir la demanda contra el acto de elección del señor Edgar Ricardo Giraldo García, como contralor de Honda para el período 1995-1997, el H. Tribunal Administrativo del Tolima declaró la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

I.- Dentro de la demanda el actor sustentó su solicitud de suspensión provisional de los efectos del mencionado acto, que produjo el Concejo de Honda en sesión del 5 de enero de este año como consta en el acta respectiva y en la Resolución No. 01 de los mismos mes y año, esta última expedida por el Presidente del mencionado cabildo, pues aduce la violación manifiesta de la causal de inhabilidad para ser elegido contralor municipal prevista en el literal b) del Art. 163 de la ley 136 de 1994, norma modificada por la ley 177 del 28 de diciembre de 1994 y antes codificada en el Decreto 2626 del mismo año en el Art. 247, literal b). Al respecto afirma que el Sr. Edgar Ricardo Giraldo García fue elegido concejal de Honda para el período comprendido entre el 1o. de agosto de 1990 y el 31 de julio de 1992, por lo cual para la fecha de su elección como Contralor del mismo municipio habían transcurrido menos de los tres años que establecen las normas legales invocadas como término de inhabilidad del Concejal para ser elegido contralor del municipio donde tuvo aquella investidura.

Para la demostración de sus asertos acompañó a la demanda copia del Acta No. 02, correspondiente a la sesión del Concejo de Honda efectuada el 5 de enero de este año, en la que consta la elección como contralor municipal del prenombrado Edgar Ricardo Giraldo G. por mayoría de nueve votos contra cuatro; certificación en el mismo sentido expedida por el Secretario del Cabildo; copia de la Resolución 01 de 1995, expedida por el presidente del Concejo de Honda, y copia del acta de escrutinio de los votos para el concejo de ese municipio depositados en los comicios del 11 de marzo de 1990.

En este último documento, visible a folios 11 a 24, consta que el Sr. Edgar Ricardo Giraldo García fue declarado electo concejal de Honda para el período 1990-1992 por el Movimiento Honda Cívica. También allegó copia del acta No. 048, correspondiente

a sesión del cabildo de Honda del 11 de febrero de 1992, en la que actuó el precitado concejal Giraldo García.

II.- El *a-quo* acogió el memorando pedimento de suspensión provisional por estimar que con el acto de elección acusado se violaron en forma flagrante las normas de superior jerarquía invocadas por el actor, las cuales "... inhabilitan a quien haya sido concejal de un municipio hasta por tres años después, para ser elegido Contralor Municipal..." (fl. 37).

III.- Fundamentos del recurso de apelación.

a) El tercero opositor, sustenta su apelación contra la medida precautelar de suspensión provisional aduciendo, inicialmente, que la ley 136 de 1994 fue publicada en el Diario Oficial No. 41.377 del 2 de junio de 1994, fecha desde la cual comenzó su vigencia, "sin posibilidad de afectar situaciones jurídicas individuales y concretas consolidadas de antemano...".

Que igual cabe decir del Decreto-Ley 2626 de 1994 en vigencia, por su publicación en el Diario Oficial No. 41.618, a partir del 30 de noviembre del mismo año.

Y que respecto a la ley 177 de 1994, aunque sancionada el 28 de diciembre de ese año sólo fue promulgada en el Diario Oficial bien entrado el mes de enero último, procedimiento ilegal, además de que no se la pueda aducir con carácter retroactivo.

En un segundo escrito reitera la anterior argumentación y se ocupa de señalar la contradicción notoria de las normas legales invocadas con la previsión del Art. 272 de la Constitución Política, pues ésta última disposición extiende a un año el término de inhabilidad para ser elegido contralor municipal de quien haya sido miembro del concejo que deba hacer la elección.

b) Por su parte el apoderado del impugnador de la demanda apela de la suspensión provisional señalando, en primer término, que en cuanto al derecho fundamental político a ser elegido las inhabilidades "... sólo pueden ser reguladas directamente por la Constitución Política, o por la ley cuando la misma Constitución defiere expresamente su determinación al legislador...". Por tanto, agrega, "... cuando la reglamentación de las inhabilidades ha sido hecha directamente en la Constitución y ésta la ha vertido en una cláusula cerrada, esto es, en una disposición que no admite ningún desarrollo legislativo... el Congreso carece de toda competencia para crear inhabilidades, modificar las establecidas por la Constitución y ocuparse de alguna manera de cuestión que quedó regulada íntegramente en aquella..."

De allí concluye que las normas legales no pueden adicionar la disposición constitucional que agota la materia ni menos contrariarla y, en caso de hacerlo, "... se trata de normas inaplicables por inconstitucionalidad...".- Igual ocurre cuando la ley contiene disposiciones sobre materia en la que no está atribuida al Congreso competencia para legislar.

Por tanto, como las normas invocadas en sustento de la medida de suspensión extienden a tres años la inhabilidad de quien haya sido concejal para ser elegido contralor del mismo municipio donde se tuvo aquella investidura, resultan inaplicables por contrariar la inhabilidad constitucional de un año que para el mismo efecto estatuye el Art. 272 de la Carta Fundamental. Además, que las disposiciones legales que prescriben la inhabilidad por tres años también son inconstitucionales porque el Congreso carecía de competencia para legislar "... en lo tocante con inhabilidades de los candidatos a las contralorías... municipales...". (fls. 47 a 49).

CONSIDERACIONES:

Para efectos de la suspensión provisional resulta obvio que no se puede tener por manifiesta la violación de las normas legales invocadas por el actor, el literal b) de los artículos 163 de la ley 136 de 1994, 247 del Decreto Ley 2626 del mismo año y 9o. de la ley 177 también de 1994, que consagran la inhabilidad para ser elegido contralor municipal a quien haya sido miembro del concejo que deba hacer la elección en los tres años anteriores a esa elección, por la contradicción de esos textos con lo que al respecto prevé el Art. 272 de la Constitución Política en su inciso séptimo.

En efecto, la norma constitucional extiende la aludida inhabilidad de quien haya sido concejal a sólo el año anterior a la elección de contralor, por lo cual, con fundamento en el principio de la prevalencia de la disposición constitucional consagrado en el artículo 4o. de la Carta Política, cabría inaplicar las disposiciones invocadas para sustentar la solicitud, infiriéndose sin lugar dudas que no pudo darse su quebrantamiento manifiesto.

Además, para llegar a la misma conclusión conviene observar que el texto constitucional atinente a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios no defirió a la ley la reglamentación de las inhabilidades para ser elegido contralor de esos entes territoriales, a diferencia de lo que sí ocurre con las calidades o requisitos de los candidatos. De allí por qué cabe afirmar que por ese aspecto la disposición constitucional es una norma de las que la doctrina denomina cerradas, no susceptible de reglamentación legal que la adicione o modifique para incorporar mayores elementos restrictivos al derecho de ser elegido contralor, pues ello excedería la competencia del legislador. Este aspecto, que impone análisis doctrinario detenido y cuidadoso, también conduce a no poder admitir la conclusión del *a-quo*.

En esas condiciones, entonces, resulta innecesario el examen de la primera argumentación del tercero opositor, el tránsito de legislación, aunque para los efectos de la suspensión provisional el aspecto allí planteado conduciría a igual conclusión.

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

RESUELVE:

Revócase el auto apelado, pero solo en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del Dr. Edgar Ricardo Giraldo García como Contralor municipal de Honda (Tol.).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y, ejecutoriada ésta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

LUIS EDUARDO JARAMILLO M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL-Procedimiento/**ACTO DEMANDADO/ NOTIFICACIÓN/ERROR EN EL NOMBRE/PROCESO ELECTORAL**-Partes/ **NULIDAD**-Inexistencia

Los actos declaratorios de elección son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad de carácter electoral, la cual debe tramitarse mediante el procedimiento especial establecido en el capítulo IV del C.C.A. aunque no lo señale el libelo o aún si se señala un trámite diferente. Lo demandado en esta clase de procesos es el acto declaratorio de elección; los elegidos sólo tienen un supuesto derecho a ser favorecidos o perjudicados con la decisión. No son partes y por ello la notificación no está prevista en forma diferente a la señalada en el Art. 233-4 del C.C.A. El trámite que debía impartirse, independientemente del que se indique o no en el libelo o si se señala otro distinto, es el especial que corresponde a una demanda de nulidad de carácter electoral y no el previsto para una acción de simple nulidad como se pretende por la parte recurrente. No se configura, por lo tanto, la causal 4ª del art. 140 del C. de P.C. El error que se alega respecto al nombre que aparece en el Edicto no tiene entidad suficiente para considerar configurada la causal 9ª de nulidad prevista en el art. 140 del C. de P.C. conforme las consideraciones anteriores. De otra parte, pero concordante con lo expuesto, la Sala debe precisar, en relación con el reconocimiento de personería hecho por la Sala Unitaria, el Art. 235 del C.C.A. establece que en los procesos electorales cualquier persona pueda pedir que se le tenga como parte para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda. Las intervenciones adhesivas sólo se admitirán hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar.

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

Consejera Ponente: DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 1178. Actor: Andrés Arias de Angulo. RECURSO DE SÚPLICA.

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de la Sala Unitaria del 29 de marzo de 1995.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 104), el señor Edilberto Corredor Lozano propone un incidente de nulidad de todo lo actuado, con base en los siguientes argumentos:

– El nombre del elegido es Edilberto Corredor Lozano pero la demanda se instauró contra Edilberto Lozano Corredor. Como consecuencia de ello, se notificó a un ciudadano que no tenía interés en el proceso, por lo cual no hay legitimación en la causa. Se debe aclarar que no se trata de un pequeño error porque toda la demanda y escritos que el demandante adjunta, cuando hace referencia al demandado, se refieran al señor Edilberto Lozano Corredor, lo que hace la actuación en la causal contenida en el núm. 9o. del Art. 140 del C. de P. C.

– Se incoa una acción de nulidad, cuando se debió proponer una acción electoral, sometida a un proceso de características especiales con trámite diferente al de la acción de nulidad. Agrega que si bien es cierto que a este proceso se le ha dado un trámite de acción electoral "por benevolencia del Honorable Consejo de Estado", no es menos cierto que al juzgador no le es dable corregir los errores en que incurra el demandante.

A pesar de nombrar apoderado que lo representara, se siguió hablando de una acción de nulidad, por lo cual, se infiere que se incurre en trámite indebido (fls. 138 a 140) del proceso de que trata la causal contenida en el num. 4o. del Art. 140 del C. de P.C.

Dentro del término de traslado, la parte actora se opuso a la prosperidad de la nulidad, argumentando lo siguiente:

– En lo que refiere a la primera causal esgrimida, explica, si bien es cierto que existió un *"lapsus lingüis"* de su parte, la indicación de identificación electoral en el tarjetón es correcta, además, en el edicto se cita a los demás interesados, y como el interesado se presentó, se subsanó el vicio y no se violó el derecho de defensa.

– La segunda causal tampoco debe prosperar pues resulta claro que, conforme a la individualización del acto acusado, se buscaba su nulidad: Se fundamenta en los Arts. 227 y 229 del C.C.A., aplicables al proceso electoral.

Mediante auto fechado el 29 de marzo de 1995, el Consejero Conductor rechazó las nulidades propuestas por el apoderado del señor Edilberto Corredor Lozano, con los siguientes fundamentos:

– De la demanda y de su corrección, se infiere que lo pretendido por el actor no es adelantar una acción en contra del señor Corredor Lozano sino contra el acta declaratoria de la elección para que, mediante tal declaratoria de nulidad del acto de elección de Ediles de la zona 01 de Usaquén, se modifique dicho acto en el sentido de incluir el nombre del demandante en el último renglón, que es el que actualmente ocupa el señor Corredor.

Ahora bien, el inc. 2o. del núm. 4 del Art. 233 del C.C.A. dispone que si hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se realiza la notificación de rigor, pero a quienes se entienden demandados que son en sí los ciudadanos declarados elegidos.

La notificación mediante edicto como su publicación en los periódicos buscan enterar oportunamente a los elegidos sobre la existencia de una demanda que puede afectarlos para que si lo consideran conveniente, se presenten para coadyuvar u oponerse a la acción electoral.

Por lo anterior, en este tipo de notificación, continúa la Sala Unitaria, carece de incidencia el incluir o no en el edicto, el nombre de uno de los elegidos y, por lo mismo, que se incluya en forma incorrecta, pues la acción no se ha iniciado en su contra sino contra el acto de elección a fin de obtener su nulidad. En consecuencia, no se configura la causal.

– Respecto de la segunda causal, expresa, tampoco se configura puesto que el presente asunto, encaminado a obtener la nulidad del acto acusado, se fundamenta en el Art. 227 del C.C.A., que es precisamente la norma que consagra la acción electoral.

– Por último, con base en el Art. 235 del C.C.A. (fls. 187 a 195), se aceptó la intervención del ciudadano Andrés Martínez Martínez.

En escrito presentado en tiempo, el apoderado del señor Edilberto Corredor Lozano, interpuso recurso de súplica contra el auto anterior, reiterando los argumentos de su escrito inicial, y agregando los siguientes:

– El art. 233, num. 4o. del C.C.A. que transcribe resaltando la frase "se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende", explica, es muy claro al decir que se entienden demandados en este caso, quienes fueron elegidos Ediles y no que deba individualizarse como sucede con el señor Edilberto Lozano. La norma no exige que se notifique en forma determinada, pero como ese fue el deseo del demandante, se incurrió en indebida notificación, toda vez que su acción y, en general, su actuación, se dirigen contra Edilberto Lozano Corredor, persona que no tiene ningún interés en el proceso. El accionante pretendió ir más allá de la norma y se equivocó.

– Respecto a la segunda decisión del acto acusado, considera la parte recurrente que el señor Andrés Martínez no puede actuar como tercero interviniente, porque él se

presentó como candidato a edil por la localidad 14 Los Mártires, luego no tiene un interés directo para actuar, ya que sus intereses están en otra localidad del Distrito Capital. Cita auto del 30 de octubre de 1984, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la cual se diferencia para los efectos del Art. 146 del C.C.A. entre procesos de nulidad y los demás.

Los procesos de simple nulidad y los electorales tienen varios factores comunes, pero tienen otros diferentes, entre otros, que en los primeros cualquier ciudadano puede hacerse parte adhesiva como coadyuvante o impugnador sin necesidad de acreditar interés alguno, mientas que en los segundos resulta necesario "acreditar un interés directo" para ser tenido como coadyuvante o impugnador (Art. 146 del C.C.A.) (fls. 196 A 198).

CONSIDERACIONES

El auto suplicado deberá confirmarse por cuanto las causales de nulidad invocadas no tienen fundamento alguno, como pasa a explicarse:

1.- Los actos declaratorios de elección son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad de carácter electoral, la cual debe tramitarse mediante el procedimiento especial establecido en el capítulo IV del C.C.A. aunque no lo señale el libelo o aún si se señala un trámite diferente.

2.- Lo demandado en esta clase de procesos es el acto declaratorio de elección; los elegidos sólo tienen un supuesto derecho a ser favorecidos o perjudicados con la decisión. No son partes y por ello la notificación no está prevista en forma diferente a la señalada en el Art. 233-4 del C.C.A.

3.- Conforme a los documentos que obran en l expediente, se observa que para dar cumplimiento a lo ordenado por auto del 6 de diciembre de 1994, (fl. 60), el actor precisa las pretensiones de la demanda, solicitando "se declare NULA EL ACTA DE DECLARATORIA DE ELECCIÓN para la Junta Administradora Local de la Zona 01 de Usaquén de fecha octubre 30 de 1994, y se declare el verdadero resultado de la elección, rectificando los escrutinios efectuados por el Consejo Nacional Electoral (Comisión escrutadora) de acuerdo con la votación obtenida en la mesa 11 del puesto 13 Santa Bárbara Occidental de la zona 01 de Usaquén (Las mayúsculas son del texto).

4.- En este orden de ideas está claro que se demandó el acto administrativo mediante el cual se declaró la elección de los Ediles de una junta administradora local.

5.- No hay por tanto duda alguna acerca de que el trámite que debía impartirse, independientemente del que se indique o no en el libelo o si se señala otro distinto, es el especial que corresponde a una demanda de nulidad de carácter electoral y no el previsto para una acción de simple nulidad como se pretende por la parte recurrente. No se configura, por lo tanto, la causal 4a. del art. 140 del C. de P.C.

6.- Por auto del 20 de enero de 1995, la Sala de la Sección tomó, entre otras, la siguiente provisión: "PRIMERO.- Admítese la demanda por medio de la cual se pretende la nulidad del Acta declaratoria de elección de la Junta Administradora Local de la zona

01 de Usaquén de fecha octubre 30 de 1994" y ordenó aplicar el Art. 233-4 del C.C.A., que se cumplió según informe secretarial que obra a folio 100 del expediente.

El propósito de lo anterior es, como se dijo en el auto suplicado, notificar el auto admisorio de la demanda a los posibles interesados para, si a bien lo tienen, se presenten al juicio para coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

En tales condiciones el error que se alega respecto al nombre que aparece en el Edicto no tiene entidad suficiente para considerar configurada la causal 9a. de nulidad prevista en el art. 140 del C. de P.C. conforme las consideraciones anteriores.

De otra parte, pero concordante con lo expuesto, la Sala debe precisar, en relación con el reconocimiento de personería hecho por la Sala Unitaria, el Art. 235 del C.C.A. establece que en los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como parte para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda.

Las intervenciones adhesivas sólo se admitirán cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar.

En el *sub-júdice* el ciudadano Andrés Martínez Martínez solicitó a fl. 185 que se le tuviera como tercero interviniente adhesivo en la demanda de la referencia.

Como esta solicitud se realizó dentro del término fijado por la Ley, la Sala no encuentra ningún motivo para rechazarla.

Vale la pena aclarar que la norma especial prima sobre la general por lo cual, en este caso no se puede dar aplicación a lo previsto en el Art. 146 del C.C.A., como lo pretende el suplicante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

Confirmar en todas sus partes el auto de fecha 29 de marzo de 1995

En firme esta providencia, vuelva al Despacho conductor del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente de Sala

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

MANDAMIENTO DE PAGO/RECURSO DE APELACIÓN/TÉRMINO PROBATORIO-Inexistencia/**PROCESO EJECUTIVO/JURISDICCIÓN COACTIVA**

Ante todo observa la Sala que no tiene previsto la ley término probatorio dentro del trámite del recurso de apelación del auto de mandamiento de pago, razón por la cual es improcedente la petición que formula el señor apoderado del ejecutado para que se solicite al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca copia del proceso que allí cursa radicado bajo el No. 4312. Reiteradamente esta Corporación ha expresado que en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva lo esencial es el título que preste mérito ejecutivo, el cual debe contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible, de acuerdo con las previsiones del artículo 68 del C.C.A. También ha dicho que el recurso de apelación contra el auto de mandamiento de pago tiene por objeto cuestionar las razones que llevaron a proferirlo, que se limitan a establecer si la obligación que le sirve de fundamento reúne los elementos del título ejecutivo. La garantía conforme al artículo 140 del C.C.A., se constituye para precaver eventuales perjuicios, lo cual nada tiene que ver con el proceso ejecutivo en el cual se busca el pago de una obligación a cargo de una persona natural o jurídica y a favor del Tesoro Nacional, contenida en un acto o actos administrativos que una vez en firme son suficientes por si mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato la actuación tendiente a su cumplimiento, aún en contra de la voluntad del interesado, y que son obligatorios mientras no pierden su fuerza ejecutoria por alguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 66 ibídem como son: por suspensión provisional, cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho y de derecho; cuando al

cabo de cinco (5) años de estar en firme la Administración no ha realizado los actos que le corresponde para su ejecución; cuando se cumple la condición resolutoria a que se encuentran sujetos los actos; y cuando pierden su vigencia, nada de lo cual aparece demostrado que haya tenido ocurrencia en el asunto *sub-exámine.* Por manera que si unos actos administrativos ejecutoriados imponen a favor de la Nación, de una entidad territorial o un establecimiento público de cualquier orden, la obligación clara, expresa y exigible de pagar una suma de dinero, es claro que prestan mérito ejecutivo suficiente, lo cual permite que la Administración pueda perseguir el pago de la acreencia por jurisdicción coactiva.

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

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente No. 0459. Actor: Superintendencia Bancaria C/. Álvaro José Aparicio Escallón.

Decide la Sala el recurso de apelación subsidiario al de reposición que no prosperó, interpuesto por el apoderado del demandado, contra el auto de mandamiento de pago dictado el 12 de julio de 1994 por el Grupo Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

El Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, libró el 12 de julio de 1994 orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra de Alvaro José Aparicio Escallón por la suma de tres millones de pesos ($3.000.000.oo) m/cte., más las costas que se causaren y los intereses legales.

El título ejecutivo lo integran la Resolución No. 3030 del 13 de septiembre de 1993, confirmada por la Resolución No. 3854 de noviembre 26 de 1993, proferidas por la Superintendencia Bancaria.

El auto de mandamiento de pago fue notificado personalmente al ejecutado el 8 de agosto de 1994 (fl.107).

Por conducto de apoderado interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación con fundamento en las razones que se resumen así:

Actualmente cursa una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones que sirven de base a la presente ejecución, proceso dentro del cual se

constituyó caución. De esa manera el interés de la Administración queda eficazmente protegido, *"... por lo que no resulta coherente, ni lógico que la propia Administración, mediante un proceso de jurisdicción coactiva, pretenda por otro camino lo que la ley le prohibe exigir en el campo de acceso a la justicia"*. (fls. 112 y 113)

Señala que la Corte Suprema de Justicia declaró parcialmente inexequible el inciso tercero del artículo 140 del C.C.A. sobre comprobante de depósito de la consignación previa de la suma liquidada o debida por ser violatorio del artículo 229 de la Constitución. Por tanto, no pueden las leyes especiales exigir la suma debida antes del resultado del proceso que se adentra sin violar una garantía Constitucional. Considera que este principio es aplicable al presente asunto, de modo que si el pago del valor señalado en el acto administrativo controvertido está plenamente garantizado, el cobro por jurisdicción coactiva carecerá de fundamento, *".. a menos de que se viole en cierta forma el principio non bis in ídem"*. (fl.113)

Afirma que la notificación del mandamiento ejecutivo fue violatorio de la ley, por cuanto la citación se envió a una dirección distinta de la indicada en la resolución confirmatoria de la sanción. Y se violó el debido proceso puesto que se ejecutó un acto que no estaba en firme *"... además de mal notificado, al proceder la Administración a embargar las cuentas bancarias de mi poderdante, causándole un enorme perjuicio material y moral"*. (fl 113)

Subsidiariamente a la petición de revocatoria del auto de mandamiento de pago solicitó que se fije caución y se decrete la suspensión del proceso.

El Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en proveído de 12 de septiembre de 1994 no repuso el auto de mandamiento de pago señalando al efecto que son diferentes la naturaleza y finalidad del proceso que cursa ante la jurisdicción Contencioso Administrativa sobre nulidad de la Resoluciones Nos. 3030 del 13 de septiembre e 1993 y 3854 del 26 de noviembre del mismo año, y del juicio ejecutivo cuya finalidad es la obtención del pago de una acreencia a favor del Estado.

En cuanto a que se haya citado al ejecutado a una dirección diferente a la que proporcionó para la notificación de los actos administrativos, dijo el *a-quo* que constituiría violación al debido proceso si la citación para notificarle el auto de mandamiento de pago no se le hubiera practicado. Que en ningún momento se procedió a ejecutar un acto que no estaba en firme, *"...pues el mandamiento de pago aquí recurrido, fue librado con posterioridad a la verificación de que respecto de dichos actos administrativos se hubieran desatado recursos interpuestos por la Vía Gubernativa y estuvieran debidamente notificados..."* (fl. 122)

En el mismo proveído resolvió denegando la solicitud de suspensión del proceso con fundamento en que el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil permite su viabilidad mediante la prueba de la existencia del proceso determinante y que el juicio que haya de

suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia, requisitos que, en el *sub-lite*, no se encuentran acreditados.

Por auto de 12 de septiembre de 1994 el Grupo de Cobro coactivo ordenó al ejecutado constituir caución (fl. 126), que luego fue aprobada, procediendo a ordenar el levantamiento de las medidas de embargo decretado según consta en auto calendado a 8 de noviembre del pasado año. (fl. 136)

Dentro del término del traslado previsto en el inciso primero el artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, el apoderado del ejecutado reiteró los argumentos expuestos en su memorial de impugnación y pidió que se decrete la suspensión del proceso solicitando que se oficie al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que envíe copia de la demanda y sus anexos instaurada por su poderdante contra las Resoluciones Nos. 3030 y 3854 de diciembre 13 y noviembre 26 de 1993.

CONSIDERACIONES

Ante todo observa la Sala que no tiene previsto la ley término probatorio dentro del trámite del recurso de apelación del auto de mandamiento de pago, razón por la cual es improcedente la petición que formula el señor apoderado del ejecutado para que se solicite al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca copia del proceso que allí cursa radicado bajo el No. 4312.

Reiteradamente esta Corporación ha expresado que en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva lo esencial es el título que preste mérito ejecutivo, el cual debe contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible, de acuerdo con las previsiones del artículo 68 del C.C.A.

También ha dicho que el recurso de apelación contra el auto de mandamiento de pago tiene por objeto cuestionar las razones que llevaron a proferirlo, que se limitan a establecer si la obligación que le sirve de fundamento reúne los elementos del título ejecutivo.

En el presente caso, los argumentos del recurrente en torno a que la garantía, constituida en el proceso que cursa en la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra las Resoluciones que en el *sub-lite* integran el título ejecutivo para obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho, protegen eficazmente el interés de la Administración por lo que el cobro por la vía de la jurisdicción coactiva carece de fundamento, no conduce de ninguna manera a demeritar el proveído apelado puesto que tal garantía conforme al artículo 140 del C.C.A., se constituye para precaver eventuales perjuicios, lo cual nada tiene que ver con el proceso ejecutivo en el cual se busca el pago de una obligación a cargo de una persona natural o jurídica y a favor del Tesoro Nacional, contenida en un acto o actos administrativos que una vez en firme son suficientes por sí mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato la actuación tendiente a su cumplimiento, aún en contra de la voluntad del interesado, y que son obligatorios mientras no pierden su fuerza ejecutoria por alguna de las causales taxativamente

previstas en el artículo 66 *ibídem* como son: por suspensión provisional; cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho y de derecho; cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme la Administración no ha realizado los actos que le corresponde para su ejecución; cuando se cumple la condición resolutoria a que se encuentran sujetos los actos; y cuando pierden su vigencia, nada de lo cual aparece demostrado que haya tenido ocurrencia en el asunto *sub-exámine.*

Por manera que si unos actos administrativos ejecutoriados imponen a favor de la Nación, de una entidad o un establecimiento público de cualquier orden, la obligación clara, expresa y exigible de pagar una suma de dinero, es claro que prestan mérito ejecutivo suficiente, lo cual permite que la Administración pueda perseguir el pago de la acreencia por jurisdicción coactiva.

En el *sub-lite,* los actos administrativos que conforman el título ejecutivo son la Resolución No. 3030 del 13 de septiembre de 1993 la cual fue notificada personalmente al doctor Alvaro José Aparicio Escallón el 22 de septiembre de 1993, según consta al folio 45 del expediente. Y la Resolución No. 3854 del 26 de noviembre de 1993 que agotó la vía gubernativa y también fue notificada personalmente al doctor Aparicio Escallón el 30 de noviembre de 1993 según constancia visible al folio 72 vuelto del expediente. Por tanto, la Administración podía adelantar los actos tendientes a obtener el pago de la multa impuesta al susodicho ciudadano, como en efecto así lo hizo al librar en su contra mandamiento de pago.

Siendo claro que los mencionados actos administrativos fueron debidamente notificados al interesado, no son de recibo los argumentos relacionados con la falta de firmeza de los mismos.

Tampoco los que hacen referencia a la violación del debido proceso por haberse enviado a una dirección diferente la citación para la notificación del mandamiento de pago, toda vez que el objetivo se cumplió, puesto que el doctor Alvaro José Aparicio Escallón se notificó personalmente del auto de mandamiento de pago en diligencia cumplida el 8 de agosto de 1994, según aparece al folio 107 del expediente, pudiendo ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, en cuanto a la solicitud subsidiaria par que se suspenda el proceso se aclara que su declaración compete al Juez del conocimiento de conformidad con el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil. En el *sub-lite,* no obstante que dicha petición estaba condicionada al evento de no ser revocado el auto de mandamiento de pago, el ejecutor se anticipó a resolverla mediante auto de fecha 12 de septiembre de 1994, en el sentido de no conceder la suspensión del presente proceso, pero tal decisión no fue apelada dentro del término de ley y, por lo mismo, no corresponde hacer a la Sala pronunciamiento alguno.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el auto de fecha 12 de julio de 1994 proferido por la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. En firme este proveído vuelva el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior 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

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

ADMINISTRACIÓN DE OPERACIÓN ADUANERA-Estructura/**MINISTRO DE HACIENDA**-Facultad/**DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**-Facultades/**ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES/DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN**-Funciones

La Administración de Operación Aduanera no contará con las divisiones de Cobranzas, Jurídica, Devoluciones y Liquidación y que, las funciones de ésta última las desempeñará la División de Fiscalización, de manera general. El Ministro de Hacienda puede autorizar el funcionamiento de las divisiones establecidas y en los casos en los cuales no se de tal autorización, corresponde al director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por Resolución, asignar las funciones a otras divisiones o al Despacho del Administrador Local. NOTA DE RELATORÍA: Expedientes acumulados Nos. 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1144, 1145 y 1150.

EXCEPCIONES PREVIAS-Inexistencia/**DEMANDA**-Anexos/**ACTO DE ELECCIÓN/NOTIFICACIÓN/ACCIÓN ELECTORAL/CADUCIDAD**

La Sala debe precisar que, conforme a la derogatoria que del art. 163 del C.C.A. hizo el artículo 68 del decreto 2304 de 1989, las excepciones previas desaparecieron como tales del procedimiento previsto en el C.C.A. por lo que no hay lugar a pronunciamiento especial; se estudiarán como motivos de impugnación y a ello procede la Sala. El art. 139 del C.C.A. tal como fue subrogado por el Art. 25 del decreto 2304 de 1989, establece de manera general que a la demanda "deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de la publicación, notificación o ejecución, si son del caso..." Ahora bien, el art. 7o. de la ley 14 de 1988, que subrogó el

art. 28 de la ley 78 de 1986 habla de notificación del acto declaratorio de elección, para efectos de establecer la caducidad de la acción electoral. En consecuencia, debe allegarse prueba de la fecha de notificación del acto declaratorio de elección, para efectos de determinar si la acción se instaura dentro del término de caducidad; de omitirse dicha prueba se debe seguir la regla general de estimar notificado el acto en estrados, tomando la fecha de expedición del acto y la parte actora puede correr el riesgo de que la demanda sea inadmitida por encontrar que entre la fecha de la notificación así determinada y la de presentacion del libelo ha transcurrido un término superior al previsto por la ley para considerar oportuna la acción, con perjuicio en algunos casos al demandante descuidado, que no es el caso presente en el cual la acción fue incoada dentro de la oportunidad legal.

CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO-Naturaleza/**SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA/ACTO ADMINISTRATIVO/SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**-Socios/**SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA**-Empleados

No obstante, de manera general, la Sala observa que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, según su naturaleza, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, por lo que se trata de una entidad descentralizada (Art. 1o. del decreto 3130 de 1968). Los actos que las sociedades de economía mixta realicen en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y los que realicen en cumplimiento de funciones administrativas que les confíe la ley, son actos administrativos (Art. 31 del Decreto 3130 de 1968), vinculada a la Administración y sujeta a su orientación, coordinación y control en los términos de las leyes y estatutos que la rigen (Art. 1o. del Decreto 1050 de 1968). Los actos que las sociedades de economía mixta realicen en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y los que realicen en cumplimiento de funciones administrativas que les confíe la ley, son actos administrativos (Art. 31 del Decreto 3130 de 1968). El grado de tutela y condiciones de participación del Estado se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el contrato social. Conforme al artículo 1o. del decreto 130 de 1976, la sociedad de economía mixta se califica como del orden nacional si lo dice su constitución o posteriores estatutos y para ello se requiere que entre los socios figure la Nación o las entidades descentralizadas. La Sentencia del 16 de julio de 1971, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de ésta corporación, precisó que la calidad de los empleados de éstas sociedades no pueden estar previstas en la ley por lo que en cada caso deben analizarse las disposiciones y estatutos correspondientes para determinarla.

ACCIÓN DE NULIDAD DE CARÁCTER ELECTORAL/AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA-Improcedencia/**CANDIDATURA**-Inscripción/**RECLA-**

MACIÓN-Causales/PROCESO DE ELECCIÓN/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Atribuciones/SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL-Violación/VOTO EN BLANCO/REGISTROS FALSOS-Inexistencia/ERROR ARITMÉTICO

De la transcripción anterior se deduce que la disposición precisa cuándo puede entenderse agotada la vía gubernativa, aspecto que en este caso está por fuera de discusión porque para ocurrir ante la jurisdicción contenciosa en acción pública de nulidad de carácter electoral no es necesario el agotamiento de dicha vía. Lo único necesario y ello, para la prosperidad de las pretensiones, es la configuración de una causal de nulidad debidamente comprobada. Como se ha dicho en anteriores oportunidades, las normas que establecen causales de nulidad, como la disposición que se analiza son taxativas. Se trata de una provisión inadmisoria frente a la demanda de la inscripción de una candidatura, porque tal inscripción es un acto preparatorio, dentro del procedimiento electoral que culmina de manera definitiva con la declaración de la elección correspondiente y, por lo mismo, solo éste último acto por ser el definitivo, es susceptible de ser demandado ante ésta jurisdicción, aunque se alegue la nulidad respecto de algunos de los actos intermedios. Es preciso recordar que el Art. 29 de la C.N. es norma de carácter general que se concreta en las disposiciones especiales; en este caso se observa que no se ha demostrado la existencia de la causal de nulidad alegada, en consecuencia, no puede hablarse de la violación de la norma constitucional. Debe agregarse que la palabra proceso, no siempre tiene la acepción de juicio, ni siquiera cuando es utilizada por los jueces. En el caso que se menciona se trata, como se desprende del texto mismo de la providencia invocada, de sucesión de trámites que culmina con una declaratoria de elección. Su connotación es, por lo tanto, distinta a la que le asigna el demandante por lo que la conclusión a la que llega no es de recibo para el caso. El Consejo Nacional Electoral debe realizar directamente el escrutinio general de la votación nacional conforme al art. 265 de la C.N. y al no hacerlo se configuró la nulidad prevista en el art. 223-4 del C.C.A. El artículo 265 de la C.N. establece las atribuciones que, de conformidad con la ley, tiene el Consejo Nacional Electoral y que por lo mismo la Corte no consideró que hubiera reparos de carácter material a una reglamentación que fundamentaba la actuación del Consejo en documentos distintos de los votos mismos. En este entendido, conforme a la transcripción precedente, la causal se configura cuando los votos se computan con violación del sistema del cuociente electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República. Se restringe así el contenido y alcance que se le dio a lo previsto en el numeral 4 del Art. 65 de la ley 62 de 1988 que establecía entre las causales de las actas de escrutinio de los jurados y de toda corporación electoral, la violación del sistema electoral. Pero, debe recordarse, igualmente, que el Consejo Nacional Electoral decidió tener en cuenta los votos en blanco, tal como lo reseña la resolución 0191 acusada, conforme al concepto del 8 de abril de 1994, dando aplicación

prevalente al Art. 4o. de la C.N. frente al art. 14 de la ley 84 de 1993, que fue declarado inexequible posteriormente por la H. Corte Constitucional se transcribieron antes. En tales condiciones, la votación en blanco debía incluirse en los escrutinios. Tampoco y conforme con el texto de la providencia de la corte, puede decirse que si el voto en blanco fuera contra los preceptos constitucionales de 1991, sino que, por el contrario estaría, precisamente en la línea de garantizar los derechos los fines que señala la corporación citada. El hecho de que las fechas o las horas de contabilización de los votos se hubieran cambiado, no es asunto que pueda considerarse por si solo, como aspecto que de a los registros o a los elementos que sirven para su conformación, el carácter de falsos o apócrifos. No se allega, tampoco, prueba en tal sentido. Es claro que para que una irregularidad sea considerada como causal de nulidad dentro del proceso electoral, el supuesto de hecho debe aparecer erigido como presupuesto de derecho en tal sentido e invocarse en la demanda, lo que no sucede en ésta oportunidad. Debe precisarse, igualmente, que las disposiciones que establecen nulidades son, como ya se ha dicho anteriormente en esta providencia, taxativas y, por lo mismo de interpretación restrictiva por lo que no admiten aplicación extensiva o por analogía.

SENADO DE LA REPÚBLICA-Integración/**CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL/ SENADORES**-Elección/**COMUNIDADES INDIGENAS/CANDIDATO**-Requisitos/ **CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL**

El artículo 271 de la C.N. establece la integración del Senado de la República con un número de cien senadores elegidos en circunscripción nacional. Establece, también, habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. La circunscripción especial para la elección de senadores por comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral, como aparece establecido de manera general en el art. 263 de la C.N. también transcrito, para todas las elecciones en las que se vote por dos o más individuos. Establece requisitos especiales para aspirar a integrar el Senado por las comunidades indígenas y la manera de comprobarlo, requisitos que difieren de los señalados para aspirar a integrar el senado por la circunscripción ordinaria por el art. 172 de la C.N. (ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y edad mínima de treinta años a la fecha de elección). Se observa, entonces, que no fue el Consejo electoral el que señaló a los candidatos la circunscripción, sino que éstos mismos lo hicieron, inscribiéndose, unos, para la circunscripción de las comunidades indígenas y otros para la circunscripción ordinaria. Para el efecto, se tuvo en cuenta la voluntad de los candidatos; quienes se inscribieron en la circunscripción ordinaria, fueron incluidos en los escrutinios generales para esta circunscripción y se aplicó el sistema del cuociente electoral y quienes se inscribieron por las comunidades indígenas fueron incluidos en los respectivos escrutinios que se realizaron por separado y se utilizó también el sistema del cuociente electoral. En cada caso se

respetó la libertad de inscripción de los candidatos y se siguió el sistema de cuociente electoral para llenar las curules. Es decir, de la manera como fuera inscrito el candidato se derivaba el régimen al cual queda sujeto y para definir quién debía acceder a las curules, en cada uno de los supuestos, se aplicó el sistema del cuociente electoral (Art. 171 y 263 de la C.N.). La voluntad de los candidatos fue la que señaló por cuál de las circunscripciones quería participar el candidato, como en efecto sucedió y no puede afirmarse que se vulneró la voluntad del elector pues tuvo oportunidad de votar libremente por el candidato de sus preferencias.

CONGRESISTAS-Inhabilidades/**DIPUTADO/SERVIDOR PÚBLICO**-Diferencia/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Renuncia/**VACANCIA ABSOLUTA/INHABILIDAD POR PARENTESCO**-Requisitos/**EJERCICIO DE AUTORIDAD/SENADOR**-Calidades/**AUTORIDAD CIVIL/AUTORIDAD POLÍTICA**

La norma establece como supuestos fácticos de la inhabilidad, el ejercicio, como empleado público, de jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la elección como congresista. En efecto, conforme lo establece el art. 123 de la C.N. el diputado, por ser miembro de corporaciones públicas, es un servidor público al igual de los empleados y trabajadores del estado. De acuerdo con la disposición citada, por razón de la vinculación con el Estado se tiene la calidad genérica de servidor público, que admite varias modalidades según la naturaleza y características de tal vinculación. Así el empleado público es servidor público pero el servidor público solo puede ser empleado público si está clasificado expresamente como tal, o si la naturaleza del cargo que desempeña responde a las características necesarias para serlo. Lo mismo debe predicarse de cualquiera de las clasificaciones que están agrupadas dentro del género denominado servidor público. El principio de inhabilidad cobija, entre otros, a quienes desempeñándose como diputados aspiran al Congreso produciéndose al ser elegidos, la vinculación simultánea a dos corporaciones, porque hay coincidencia parcial de períodos cuando el período para el cual aspira el candidato a congresista comienza antes del vencimiento del período para el cual fue elegido Diputado en funciones. Por su parte, el Art. 280 de la ley 5a. de 1992 precisó de la siguiente forma el aspecto de la renuncia, para efectos de la configuración de la inhabilidad; "Artículo 280, casos de inhabilidad, no podrán ser elegidos congresistas; Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente". Por otra parte, es claro que las disposiciones concretas establecen que cuando al diputado le es aceptada su renuncia, se produce la vacancia absoluta, circunstancia que en el presente caso parece probada. La ley 84 por su parte estableció en el artículo 23: INHABILIDAD

POR PARENTESCO. El nexo de parentesco a que se refieren los ordinales 5o., 8o. e inciso final del artículo 179 de la Constitución Nacional, solo es causal de inhabilidad para la elección de senador, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio nacional. No hay lugar a inhabilidad tratándose de parientes vinculados al servicio diplomático o consular". La disposición anterior fue declarada inexequible por sentencia C-145/94 dictada el 23 de marzo de 1994 por la H. Corte Constitucional, pero solo por vicios de forma (único aspecto por el cual fue demandada y, en consecuencia, analizada la disposición), por considerar que tal regulación debió ser expedida mediante ley estatutaria. El ejercicio de autoridad ha sido objeto en múltiples oportunidades en las cuales se ha llegado a la conclusión de que en últimas, es necesario el análisis en concreto de las funciones del cargo de que se trate y de su desempeño, para deducir si existe el ejercicio de autoridad con poder vinculante, factor que identifica el elemento necesario para configurar la inhabilidad, en ese caso, civil o política. Las calidades para aspirar a Senador son requisitos que deben reunir personas naturales y que la Constitución y la ley consideran mínimos para el desempeño del correspondiente empleo o función, de tal manera que si alguien no los cumple, no puede aspirar al mismo lo que deviene en la nulidad de la elección, conforme a la causal citada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 1135 (1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1144, 1145 y 1150). Actor: DANIEL CUÉLLAR TOLEDO.

En atención a que mediante auto del 9 de diciembre de 1994 (fl. 104 y s.s.), se ordenó la acumulación de los expedientes radicados con los números 1135, 1138, 1139, 1141, 1141, 1142, 1144, 1145 y 1150 procede la Sala a decidir las correspondientes demandas en la misma sentencia.

ANTECEDENTES

EXP. NO. 1135.- ACTOR: DANIEL CUÉLLAR TOLEDO

En ejercicio de la acción pública electoral y actuando en nombre propio, el actor de la referencia, solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 191 del 14 de junio de 1994, expedida por Consejo Nacional Electoral, pero únicamente en lo que hace referencia a la declaración de la elección del señor CIRO RAMÍREZ PINZÓN, como Senador de la República para el período constitucional 1994-1998.

Como consecuencia de esta declaración, se ordene cancelar la credencial y, una vez en firme la sentencia, se comunique a las autoridades correspondientes para que, conforme al mandato constitucional, se declare la elección del ciudadano que corresponda.

Los hechos que fundamentan la acción se resumen así:

1.- El 13 de marzo de 1994 se celebraron elecciones para Senado y Cámara de Representantes y en ellas participó Ciro Ramírez Pinzón.

2.- Por Resolución No. 191 de 14 de junio de 1994 se declaró la elección del ciudadano antes mencionado como Senador de la República.

3.- Dicho ciudadano no podía ser elegido por cuanto: a) al ser diputado en ejercicio coincidía el período con el de Senador y b) dos hermanos suyos ejercían cargos con autoridad civil o política.

Las normas que se consideran violadas por la parte actora son las siguientes: arts. 13, 40, 133, 179-2-5-8 y 258 de la Constitucion Nacional; Arts. 279 y 280 de la Ley 5a. de 1992 y el art. 65 numeral 5o. de la ley 96 de 1985.

Explica así la infracción de las disposiciones:

El ciudadano referido no podía ser electo Senador de la República, por cuanto en la actualidad ostenta la calidad de Diputado de la Asamblea de Boyacá, de acuerdo a las elecciones efectuadas el 8 de marzo de 1992. Existe, entonces, una coincidencia entre los dos períodos y un desempeño simultáneo en las dos corporaciones citadas.

Además, considera el actor, la investidura de Diputado fue otorgada por el pueblo y, en consecuencia, es irrenunciable por ser una elección directa y un mandato emanado del elector primario.

–Por otra parte, el señor RAMÍREZ PINZÓN tiene dos hermanos legítimos que al momento de su elección como Senador se encontraban en la siguiente situación:

El primero, RAFAEL HUMBERTO RAMÍREZ PINZÓN, ocupa el cargo de Jefe de la División de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y sus funciones comportan la condición de autoridad civil. El segundo PEDRO NEL RAMÍREZ PINZÓN, ocupa un cargo en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Seccional Boyacá, que también comporta autoridad civil.

Por último, el ejercicio del cargo como diputado implica el ejercicio de autoridad política dándose en forma expresa la inhabilidad legal.

El Senador Ciro Ramírez Pinzón, mediante apoderado debidamente constituído, se opone a las pretensiones del libelo con base en los siguientes argumentos:

–No es cierto que ostentara simultáneamente las investiduras de Diputado y Senador ya que renunció formal y personalmente el día 28 de diciembre de 1993 al primero de los cargos, ante el Gobernador de Boyacá quien le aceptó la renuncia el mismo día, mediante del Decreto 001991. Como el art. 280-8 de la ley 5a. de 1992 aclara que la inhabilidad se presenta cuando coinciden dos períodos para más de una Corporación, siempre y cuando no se haya presentado renuncia al cargo antes de la elección, en el *sub-júdice* no se transgredió ninguna norma.

– Igualmente, como se trata de una falta absoluta por renuncia formalmente aceptada, antes de la inscripción como candidato al Senado, no lo cobija la prohibición consagrada en el art. 179 numeral 8o. de la C.N., toda vez que su período se extinguió por dimisión formal.

– Luego de explicar su concepto sobre autoridad política, civil y administrativa, concluye que sus hermanos no ejercían o ejercen autoridad política o civil.

Por último, propone las siguientes excepciones:

– **Excepción genérica,** la cual se deriva de los hechos de los textos legales y de las pruebas aportadas.

– **Excepción de inepta demanda,** puesto que no acompañó la constancia de notificación y ejecucion del acto acusado.

– **Inexistencia de las inhabilidades alegadas por el actor.**

EXP. No. 1138. ACTOR: HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO

Con la manifestación de actuar en ejercicio del artículo 23 de la C.N., el ciudadano HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO, en propio nombre, demanda de esta Corporación la nulidad de la Resolución No. 191 expedida por el Consejo Nacional Electoral el 14 de junio de 1994, por medio de la cual se declaró la elección de 102 Senadores para el período constitucional 1994-1998. Solicita, además, la cancelación de las credenciales que acreditan la condición de Senadores de los elegidos art. 228 C.C.A. –y, finalmente, la suspensión provisional del acto impugnado– art. 152-2 del C.C.A..

En un acápite que la parte actora denomina *"HECHOS, OMISIONES Y CONCEPTOS UNITARIOS DE VIOLACIÓN A CADA INFRACCIÓN"*, expone los aspectos que se sintetizan a continuación:

1.- El 26 de enero de 1994 cuando fueron citados los aspirantes al Senado para dar cumplimiento al artículo 7o. de la ley 84 de 1993, se presentó fraude, pues al efectuar el sorteo para identificar en el tarjetón electoral a los 252 candidatos a uno de ellos se le hizo participar con un número asignado y no sorteado como los demás por cuanto, cuando finalizaba el acto, el último de los aspirantes, el General Zuluaga, sacó el numero 102 que ya había sido asignado y el Registrador usurpando competencia y arrogándose la facultad de conocer, decidir y fallar el despojo del número 101, le ordenó participar con el número 252, quitándole la posibilidad de demandar ante el organismo competente.

A los demás candidatos se les ordenó participar con un número sorteado y al General Zuluaga con uno ordenado que jamás salió de la computadora, razón por la cual se violó el debido proceso señalado en el artículo 29 de la C.N., constituyéndose a la vez en un fraude procesal, pues tal registro de sorteo es falso, incurriéndose en la causal de nulidad señalada en el artículo 23-2 del C.C.A. y 62-1-2 de la misma normatividad.

Además, se pidió al Consejo Nacional Electoral la revocatoria del acto pero no se concedió.

Al haber fraude en la inscripción lo hay en toda la elección y se apoya en lo dicho por ésta Sección en el proceso No. 1117, Actor Bernardo Carreño Varela y, con base en tal jurisprudencia, pide la nulidad por violarse el proceso electoral en uno de los requisitos previos que considera el más sagrado o sea el de la inscripción legal por medio de un número asignado por el procedimiento fijado en el Art. 7o. de la ley 84 de 1993.

De hecho, se computaron votos a favor se ciudadanos que no reunían las calidades para ser elegidos pues a unos se les aplicó la ley 84/93 sorteándoles un número para participar y a otros no, siendo por tanto aplicables los artículos 227, 228 y 223-5 del C.C.A.

2.- El artículo 192-1-9 del C.E., concordante con el Art. 9o. de la ley 84 de 1993, que estaba y continúa vigente, manifiesta, fue violado, por medio la de Circular Postal No. 05 expedida desde el 5 de febrero de 1993 por el Registrador Nacional del Estado Civil y ejecutada por oficio D.N.E. 282 del 18 de marzo de 1994 de la Directora Nacional Electoral, pues se autorizó el traslado de mesas de votación a sitios distintos de donde funcionaron el 8 de marzo de 1992, contraviniendo lo ordenado por el artículo 9o. de la ley 84 de 1993, incurriéndose en la causal primera del artículo 192 del C.E. y, por ende, convirtiéndose en falso y apócrifos todos los registros electorales y las actas de los jurados de votación obtenidos en 365 mesas de Cali, ya que fueron trasladados del Estadio Pascual Guerrero a otros sitios, distintos de los que funcionaron en 1992.

El delito es ostensible y se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 223-2 del C.C.A., aparte de violar el artículo 9o. de la ley 84 de 1993 y el 29 de la C.N., pues los votos son plena prueba emitida por el elector y como fueron conseguidos ilegalmente –fuera del sitio ordenado por la ley– deben anularse, ya que es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso, en este caso el electoral, de que habla la Sección Quinta en el proceso 1117.

Enfatiza la ocurrencia de la nulidad de que trata del Art. 223-2 del C.C.A.

3.- Violación del Art. 265-7 de la C.N., incurriéndose, automáticamente, en la causal cuarta de nulidad señalada en el artículo 223 del C.C.A., pues los votos se computaron con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y en las leyes de la República, en la siguiente forma:

A) El Consejo Nacional Electoral no efectuó directamente el escrutinio de la votación nacional, sino un cómputo con base en las actas de sus Delegados, con violación de la Constitución Nacional, pues desde julio de 1991 el Art. 380 de la nueva Constitución derogó las normas contrarias y desde ese día el Art. 265-7 ordenó al Consejo Nacional Electoral efectuar el escrutinio nacional pero no dice la norma que con base en las actas de sus delegados porque el que denomina la parte actora "mico", fue derogado por el Art. 380 de la C.N. y, por ende, la práctica del Consejo Nacional Electoral que lo utilizaba con base en el Decreto 2241 de 1986.

El Art. 4o. de la C. N. es norma prevalente y el Consejo Nacional Electoral debe cumplir el Art. 265-7 de la C.N. como atribución especial por lo que debe escrutar y no computar con base en las actas de los delegados.

B) El Consejo Nacional Electoral predica en todos sus actos que hace los escrutinios generales con base en las actas de sus delegados, esto es, con omisión de lo ordenado por la norma constitucional premencionada y la aplicación de una norma derogada y de menor jerarquía (Decreto 2241 de 1986).

En las elecciones de 1992 y en las actuales del 13 de marzo de 1994, la votación nacional para el Senado fue escrutada regionalmente por quienes no podían hacerlo conforme al Art. 265-7 de la Carta.

El párrafo 4o. del Art. 116 del C.E., es muy claro al respecto, afirma.

C) Los sobres deben se escrutados por los jurados de votación e, inmediatamente, ser puestos en un sobre y enviados directamente al Consejo Nacional Electoral que debe escrutar sobre votos y tarjetones, basarlo en su propio reconteo y emitir el resultado, todo conforme al Art. 265-7 de la C.N.

La función de que trata la Carta no es delegable porque el Art. 265-7 ordena en forma taxativa efectuar el escrutinio general de toda la votación nacional.

En embajadas y/o consulados se escrutó la votación sin autorización, usurpando las funciones previstas en el Art. 265-7 de la C.N.

D) Considera gravísima violación el haber incluído la opción, fotografías, nombres y números de candidatos aspirantes a la Cámara por las comunidades negras, siendo votación nacional fueron ubicados en los tarjetones para Cámara de Representantes y escrutados regionalmente por las Comisiones Departamentales, respectivas, cuando debió hacerlo el Consejo Nacional Electoral (art. 265 C.N.); si la votación era nacional debió incluírseles en las votaciones para Senado, dando cumplimiento así al artículo 66 de la Ley 70 de 1993 y en forma análoga a la Resolución No. 71 de 1993, expedida por el Consejo mencionado. El incumplimiento del artículo 265-7 de la C.N., demuestra que se incurrió en las causales 1, 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A. y se violarón los numerales 9 y 12 del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986.

4.- Los miembros del Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional, permitieron la inscripción y declararon la elección, como Senadores, de muchos aspirantes que violaron el artículo 183-1 de la Constitución Nacional, quienes apoyándose en el parágrafo del artículo 6o. de la ley 84 de 1993 e invocando su condición de congresistas se autoexoneraron de los requisitos exigidos a los demás aspirantes que no ostentaban tal calidad y a quienes si les exigieron caución y/o póliza, cumplimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, etc.

Los Congresistas aprobaron la ley 84 de 1993 para aprovecharse de ella aunque se quebranta la igualdad y se tipificaba la violación del Art. 183-1 de la C.N. por violación

del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses y del Art. 183-5 de la Carta por tráfico de influencias comprobado; por ello la Corte Constitucional declaró inexequible la disposición (parágrafo del Art. 6o. de la ley 84 de 1993).

Al estar incursos en la causal 1a. del Art. 183 de la C.N. había incompatibilidad para inscribirse por violar el Art. 197 de la C.N. y cometieron tráfico de influencias al invocar su condición de congresistas para inscribir sin requisitos su candidatura solo por haber sido cabeza de lista, elegida para las elecciones anteriores.

La violación aumenta pues eran congresistas en pleno ejercicio y lo siguieron siendo hasta el 20 de julio de 1994 y, aún así, desempeñaron el cargo de candidatos al Congreso sin haber renunciado a su curul en ésa Corporación, violando con ello el artículo 179-8 de la Constitución Política, pues al momento de su elección eran congresistas y sus períodos coincidieron parcialmente –en el tiempo. Se remite a los folios 64 y 65 de la sentencia C-145/94, sobre el Art. 22 de la ley 84 de 1993. La declaratoria de elección se hizo el 14 de junio de 1994 y la sentencia citada rige desde el 23 de marzo del mismo año.

5.- Se permitió la participación de inelegibles, con lo cual se contrarió lo previsto por el Art. 223-5, en la siguiente forma:

A) En el sorteo de los números del tarjetón, porque no todos tenían las calidades para ser elegidos conforme al art. 7o. de la ley 84 de 1993, pues unos fueron escogidos al azar y otros a dedo, expresa.

El caso del señor Forero Fetecua a quien sorprendieron con millares de cédulas falsas o buenas, dice, cometió fraude electoral pero participó y obtuvo votación que se computó sin que pudiera hacerse, pues ni siquiera podia ser obtenida porque estaba *sub-júdice* y, no obstante, participó, con encubrimiento y complicidad del Registrador que debía rechazar la elección porque era inelegible, como sí lo pudo hacer "supuestamente" en el proceso 9024 que cursa ante la H. Corte Suprema de Justicia excluyendo a Ernesto Manzanera el 28 de agosto de 1991, sin permiso del H. Consejo de Estado, sin demanda previa de nulidad y, en cambio, ahora toleró, expresa, la participación de un señor subjudice que recaudó votos que no podían ser obtenidos ni participar en las elecciones.

Tanto el Consejo Nacional Electoral como el Registrador Nacional del Estado Civil permitieron que funcionarios del SISE escrutaran votos para Senado y manejaron información electoral sin pertenecer a dicha organización, definida en el artículo 9o. del Código Electoral.

Lo anterior contradice el Art. 265-7 de la Constitución Nacional y produce la violación del Art. 192-8 del código Electoral y 223-4-5 del C.C.A. por cuanto, a pesar de estar impedido y de no reunir las calidades constitucionales o legales, se computaron los votos obtenidos por el señor Rafael Forero Fetecua y por el Senador Gustavo Galvis Hernández quien se encontraba denunciado penalmente en compañía del Registrador

Nacional del Estado Civil ante la Corte Suprema de Justicia, o sea, explica, que eran sujetos procesales y estaban impedidos entre sí.

El señor Héctor Helí Rojas Jiménez, se encontraba impedido para ser elegido, pues en su calidad de miembro de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara, donde hace de Fiscal (Arts. 67, 467 y 489 del C.P.P.), estaba impedido de postularse y actuar y dejarse elegir por sujetos procesales a los que investigaba penalmente, como son los miembros del Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil; el señor Rojas Jiménez tampoco podía participar como candidato al Senado, pues dada su condición de fiscal es funcionario judicial, Arts. 572 y 489 del C. de P.P. haciéndose elegir por los sujetos procesales a quienes investigaba la Comisión de Acusaciones y ante la cual están, igualmente, denunciados los dieciocho Representantes electos por Santa Fe de Bogotá.

Por ser funcionario judicial está inhabilitado para desempeñar cargos por elección popular a menos que hubiera renunciado un año antes conforme a los Arts. 179-8 y 197 de la C.N., la cual violó en forma flagrante con complicidad del Consejo Nacional Electoral y el Registrador del Estado Civil. A más de lo anterior él mismo investiga Senadores como Gustavo Galvis Hernández y otro según procesos 384 y 365 de la Comisión de Acusaciones.

En el proceso 366 el señor Héctor Helí Rojas Jiménez es investigador y el denunciante es Hildebrando Ortiz Lozano rival directo y sujeto procesal aspirante al Senado en las mismas elecciones, compitiendo sujetos procesales.

c) Según el demandante, todos los miembros de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes que no hubieran renunciado a su condición de tales, antes de inscribirse al Senado de la República o a la Cámara de Representantes, estaban impedidos e inhabilitados para aspirar a ser miembros del nuevo Congreso, pues no se puede ser juez y parte, y desempeñar simultáneamente la condición de fiscal y candidato en contra de los sujetos procesales y denunciantes de los procesos penales que ellos mismos manejan y en algunos de los cuales están siendo investigados.

Repite que recuerda a esta Corporación que todos los Representantes a la Cámara que salieron elegidos por Santa Fe de Bogotá en las elecciones del 27 de octubre de 1991, fueron denunciados penalmente y todavía sigue abierta la investigación, algunos pertenecen a la Comisión de Acusaciones y han sido denunciados de nuevo ante la Corte Suprema de Justicia por mutuo encubrimiento.

Precisa que las denuncias son las números 365 384 y 401 que, dice, cursan en la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes en contra del Consejo de Estado, del entonces Registrador Nacional del Estado Civil, doctor Luis Camilo Osorio Delgado y del Consejo Nacional Electoral y deja al arbitrio de esta Corporación para que, en cumplimiento de la ley, se declare impedida y ventile los impedimentos que les asisten a los miembros del Consejo Nacional Electoral con la

comisión de acusaciones; al Consejo Nacional Electoral con el actor y con su segundo renglón y abogado, doctor Jaime Rafael Pedraza y los que les asisten a los miembros de la Comisión referida con los dos ciudadanos mencionados antes y para con los sujetos procesales investigados por la Comisión de Acusaciones como Rafael Forero Fetecua, Vera Grave, Mario Rincón Pérez, Vívian Morales Hoyos, Gustavo Petro, Héctor Helí Rojas Jiménez, Manuel Cepeda Vargas, Jaime Arias Ramírez y Gustavo Galvis Hernández.

Hace mención de otro proceso que adelantaba el señor Héctor Helí Rojas contra el entonces Presidente de la República César Gaviria Trujillo, Humberto de la Calle Lombana, Andrés Pastrana Arango y que declaró precluido con violación del Art. 183-1 de la C.N., estando impedido, recusado y denunciado penalmente a más de existir conflicto de intereses, Art. 182 de la C.N., porque el ahora actor era en el proceso 366, el denunciante y el señor Rojas el Fiscal (Art. 572 del C.P.P.) y estaba impedido para competir en su contra y en la de los sujetos procesales investigados por ser miembro de la Comisión de Acusaciones ante la cual estaban denunciados los miembros del Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil.

En resumen, considera demostrado que se violó el artículo 223-5 del C.C.A., pues tales candidatos eran inelegibles.

6.- Se violaron los artículos 142-2-9 del C.P.P., inspirado legalmente en lo que ordena el artículo 24 del Decreto 2241 de 1986, 223-2-4-5 del C.C.A., 29 de la C.N. y la ley penal, en razón de que antes de expedirse la resolución que declaró la elección demandada, el actor solicitó a los miembros del Consejo Nacional Electoral se declararan impedidos para conocer, juzgar, decidir y fallar sobre los escrutinios, resultados y decisiones tomadas y emitidas por ellos, sobre el Senado de la República y la Cámara de Representantes, período 1994-1998, pues en contra de los miembros de tal Consejo cursaban varios procesos penales instaurados por el apoderado del actor para tales efectos.

No obstante no quisieron parar el acto y siguieron pero fue, en su concepto, tanta la indignación de tres de los Magistrados ante el fraude que protestaron públicamente la violación del Art. 9o. de la Ley 84 de 1993 por haber cambiado de sitio las mesas de votación y salvaron el voto, lo que en su concepto confirma su acusación por la violación de la norma y de lo ordenado por la Corte Constitucional.

Manifiesta que interpuso un recurso en forma oportuna y que cuando dentro del acto el Presidente del Consejo Nacional Electoral le cedió cortésmente la palabra, el ahora demandante lo recusó por lo que tenía que declararse impedido y abstenerse de emitir la Resolución No. 191 de 1994; al no hacerlo se violó el Codigo de procedimiento Civil, el Art. 223-2, 4 y 5 del C.C.A., el debido proceso establecido en el Art. 29 de la C.N. y la ley penal.

Para acatar lo que considera es el estilo de esta Corporación, se permite señalar las causales de nulidad en que pudieron incurrir los candidatos a las elecciones y que se dan

en las distintas etapas del procedimiento y escrutinios que debía practicar el Consejo Nacional electoral con fundamento en el Art. 265-7 de la C.N. y que en últimas constituye violación del debido proceso.

Así, invoca como violadas:

1.- Art. 223-5 del C.C.A. y 228 *ibídem.*

2.- Art. 223-2 del C.C.A. y 9o. de la ley 84 de 1993.

3.- A) Art. 192-8 del Decreto 2241 de 1986 y 265-7 de la C.N.

B) Art. 192-2 y 8 del Decreto 2241 de 1986, Art. 265-7 de la C.N. y párrafo 4 del Art. 116 del C.E.

C) Art. 116 del Decreto 2241 de 1986 párrafo 4o. y 265 de la C.N.

D) Art. 192-9, 11 y 12 del Decreto 2241 de 1986 y 265-7 de la C.N. y 223-1, 2 y 4 del C.C.A. y Art. 29 de la C.N.

4.- Arts. 228 y 223-5 del C.C.A., 13 de la C.N., 183-1, 197 y 179-8 de la C.N.

5.- Arts. 40-1 y 29 de la C.N., y 223-5 del C.C.A.

A) Arts. 121 y 265-7 de la C.N. y Art. 223-5 del C.C.A.

B) Arts. 142 del C. de P.C., 67, 467, 489 y 103 del C. de P.P., arts. 333, 353 de la Ley 5a. de 1992 y arts. 182 y 183-1 de la C.N.

C) Arts. 29 de la C.N., 103 del C.P.P., 142 del C.P.C., 296-1,2,3,333, 353 de la Ley 5a. de 1992, 223-5 del C.C.A.

6.- Arts. 29, y 182 de la C.N., 30 del C.C.A., 142,7 del C.P.C., 1,1, 177 y 202 del decreto 2241 de 1986. Arts. 24 del C.E., 243 de la C.N., Art. 9o. de la ley 84 de 1993.

Como petición final el demandante solicitó que se le concedieran las pretensiones relacionadas en su escrito demandatorio y que se decidiera lo pertinente respecto al traslado a la justicia penal.

Mediante auto calendado el 27 de julio de 1994, la Sala resolvió admitir la demanda y denegar la suspensión provisional del Acto acusado. El anterior proveído fue recurrido en cuanto esta última provisión y confirmado por auto del 26 de agosto del mismo año.

EXP. NO. 1139 ACTOR: FRANCISCO ROJAS BIRRY.

Por conducto de apoderado, el doctor Francisco Rojas Birry demanda de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 191 del 14 de junio de 1994,

proferida por el Consejo Nacional Electoral "por la cual se declara la elección de Senadores de la República y se ordena expedir las correspondientes credenciales", pero solo en cuanto declaró elegidos a los Senadores de la Circunscripción Especial por las Comunidades Indígenas, conformando el cuociente electoral con exclusión de los votos válidos a favor del actor y de los demás candidatos indígenas; solicita, además, la declaratoria de nulidad de la elección que recayó en el ciudadano Gabriel Muyuy Jacanamejoy.

Como consecuencia de lo anterior, el actor solicita la cancelación de la credencial expedida al señor Muyuy Jacanamejoy y la realización de nuevo escrutinio en el que se incluyan los 108.119 votos válidos obtenidos por todos los candidatos indígenas para la circunscripción especial por comunidades indígenas y se declare elegido como Senador al demandante, porque así resulta de aplicar correctamente lo preceptuado en el artículo 171 en concordancia con el 263, ambos de la Constitución Nacional.

Los hechos narrados se sintetizan así:

1.- El 13 de marzo de 1994 se realizaron las elecciones para elegir Senadores por el período 1994-1998.

2.- En la Cartilla publicada por la organización electoral para la inscripción de candidatura para la elección mencionada, en la página 10 se señalaron los requisitos para inscribir candidatos potenciales a la circunscripción nacional por comunidades indígenas.

3.- Ante la Registraduría se inscribieron como candidatos por la circunscripción especial de las comunidades indígenas los señores Lorenzo Muelas Hurtado, Francisco Rojas Birry, Jesús Enrique Piñacué Achicue, Gabriel Muyuy Jacanamejoy, Floro Alberto Tunubala Paja, Remedios Nicolaza Fajardo Gómez, Bonifacio Chicunque Juajibioy y Andrés Agreda Chicunque.

4.- La organización electoral ordenó elaborar tres tarjetones.

5.- En la tarjeta correspondiente al Senado aparecieron un total de 250 inscritos y entre ellos, sin distintivo especial, los ocho candidatos de la circunscripción especial de comunidades indígenas.

6.- En la tarjeta para la Cámara sí se hizo separación para los candidatos por las comunidades negras, circunscripción nacional.

7.- Los candidatos indígenas obtuvieron la siguiente votación:

Lorenzo Muelas Hurtado	28.366
Francisco Rojas Birry	20.453
Jesús Enrique Piñacué Achicué	16.173
Gabriel Muyuy Jacanamejoy	14.245

Floro Alberto Tunubala Paja	12.413
Nicolaza Fajardo Gómez	7.222
Bonifacio Chicunque Juajiboy	5.779
Andrés Agreda Chicunque	3.468

8.- El 14 de junio de 1994, se declaró la elección de cien Senadores por la circunscripción nacional ordinaria y dos por la especial de comunidades indígenas los señores Muelas y Muyuy.

El actor considera que el acto acusado viola los siguientes artículos: 171, 258, 263 de la Constitución Nacional; 223-4 del C.C.A. y 1-3 del Decreto 2241 de 1986.

El concepto de violación se resume así:

El artículo 171 de la C.N. dispone que habrá dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por las Comunidades Indígenas y que la elección respectiva se regirá por el sistema del cuociente electoral; como el Congreso aún no reglamenta la mentada circunscripción –como sí lo hizo para el caso de las comunidades negras– solo rigen los preceptos constitucionales para efectos de escrutinio y, obviamente, para escoger a sus representantes en el Senado.

No obstante lo ordenado en el artículo 258 de la C.N., en el tarjetón para las elecciones de Senado de la República, se colocó a los candidatos de las comunidades indígenas en desigualdad de condiciones con los restantes 242, ya que no hubo una tarjeta electoral donde solo estuvieran ocho (8) candidatos indígenas y ello trajo una gran confusión y dificultad para los electores y especialmente para que los indígenas expresaran en forma clara e inequívoca su soberana voluntad, lo cual produjo en la práctica la "desaparición", por disposición de la organización electoral de la Circunscripción Nacional Indígena.

Explica que la organización electoral ordenó elaborar un tarjetón donde aparecían claramente, con especifidad y diferenciados, los candidatos de las Comunidades Negras –Circunscripción Nacional y Ordinaria para la Cámara de Representantes– por qué, pregunta, no podía asimismo diseñar un tarjetón para las Comunidades Indígenas? en la práctica no hubo diferencia entre la circunscripción indígena y la ordinaria, sin embargo, sí se estableció al efectuar el escrutinio y ello se reflejó en la conformación del cuociente electoral para la circunscripción electoral indígena, pues para su formación, el Consejo Nacional Electoral separó en dos grupos los candidatos indígenas desconociendo el principio de la eficacia del voto (art. 1-3 C.E.) con violación del artículo 223-4 del C.C.A.

En relación con la eficacia del voto, el actor citó en su apoyo las siguientes providencias dictadas por ésta Sala: sentencia del 23 de junio de 1989, con ponencia del doctor Jorge Penén Dellieure, exp. 0303, actor: Álvaro Romero Effer; sentencia del 19 de febrero de 1990, Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez, expediente No.

0338, actor: Rogelio Pimienta Castro; sentencia del 9 de marzo de 1990, Consejero Ponente: doctor Euclides Londoño Cardona, exp. 0343, actor: Ernesto Collazos Serrano; sentencia del 15 de febrero de 1991, Consejero Ponente, doctor Miguel González Rodríguez, expedientes números 0359, 0361, 0362, actores: Carlos Guillermo Castro y Otros.

El escrutinio y la declaratoria de elección hecha por el Consejo Nacional Electoral, desconoce y viola el artículo 1-3 del C.E. (principio de la eficacia del voto) y de contera el 223-4 del C.C.A., pues los escrutinios realizados transgredieron el sistema del cuociente electoral adoptado por los artículos 171-4 y 263 de la C.N.

Si bien es cierto que el actor y cuatro (4) candidatos más se inscribieron en la circunscripción nacional ordinaria, es cierto, también, que todos cumplen con los requisitos constitucionales y legales exigidos; en el caso particular del actor es notoriamente conocido su liderazgo como indígena, ya que representó a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) en la Asamblea Nacional Constituyente y "parecería ilógico y contrario a todo principio democrático" que emitidos 20.453 votos en favor de su lista, se haya decidido desconocer "esa realidad democrática" y hayan adulterado la "verdad de las urnas", cuando declararon elegido al ciudadano indígena Gabriel Muyuy Jacanamejoy, que solo obtuvo 14.245 sufragios frente, inclusive, a Jesús Piñacué Achicué, que consiguió 16.173.

No hay razón para aceptar que un ciudadano indígena que obtuvo en franca lid 20.453 votos, sea desplazado por quien obtuvo 14.245, por el hecho de haber cometido "errores o vicios de procedimiento en el momento de realizar su inscripción" y cuando no tuvo la finalidad de "adulterar la verdad de las urnas" máxime cuando se solicita que "triunfe la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos que votaron" por el demandante.

Al aplicar el principio de la eficacia del voto, la consecuencia lógica, es declarar que los 108.119 votos válidos, obtenidos por todos los candidatos indígenas sirven para la obtención del cuociente electoral en la circunscripción especial por las comunidades indígenas y que éste, según la operación aritmética, es de 54.060, con lo que inexorablemente resultan elegidos los ciudadanos indígenas Lorenzo Muelas Hurtado y Francisco Rojas Birry con 28.366 y 20.453, respectivamente.

En relación con la violación de las normas constitucionales, el actor citó la sentencia dictada por esta Sala el 27 de abril de 1993, expedientes Nos. 0639, 0623, etc.

Dentro del término de fijación en lista, el señor Gabriel Muyuy Jacanamejoy, por conducto de apoderado, contesta la demanda con la manifestación inicial de que se opone a todas sus pretensiones; además afirma que, los únicos candidatos indígenas inscritos por la circunscripción especial por el Senado de la República que cumplían con los requisitos señalados en el artículo 171 de la C.N. eran Lorenzo Muelas Hurtado, Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Remedios Nicolaza Fajardo Gómez quienes, en su orden, obtuvieron los siguientes votos 28.366, 14.245 y 7.222.

Como razones de su defensa, expuso que las comunidades indígenas se hicieron presentes en la Asamblea Nacional Constituyente con dos (2) de sus representantes así: Las Autoridades Indígenas de Colombia –AICO– lo hicieron eligiendo a Lorenzo Muelas Hurtado y la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC- al actor.

Las principales aspiraciones de tales comunidades quedaron consagradas en los siguientes artículos: 7, 10 y 63 de la C.N.; por su parte, el artículo 171 de la misma preceptiva, adicionó dos (2) Senadores en la circunscripción electoral nacional por las comunidades indígenas, cuya elección, agrega la misma norma, se regirá por el sistema del cuociente electoral.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren al Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o, sido líder de una organización indígena, calidades que acreditarán mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

En ejercicio del aludido precepto, las comunidades indígenas participaron en las elecciones del 27 de octubre de 1991 con los siguientes candidatos: Gabriel Muyuy Jacanamejoy, Remedios Nicolaza Fajardo Gómez, Anatolio Quirá Guaña, y Josías Mulcué quienes, al momento de su inscripción acreditaron las calidades previstas en el inciso quinto del artículo 171 de la C.N., marcando con una equis, en el respectivo formulario, la casilla correspondiente a la circunscripción nacional especial para comunidades indígenas.

La considerable votación para los indígenas cabeza de lista, Floro Tunubala Paja, Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Anatolio Quirá Guaña, obligó a la máxima autoridad electoral a aclarar la aparente confusión de la norma en comento, fue así como la Resolución No. 109 del 22 de noviembre de 1991, proferida por el Consejo Nacional Electoral, precisó que todo ciudadano podia participar, con el lleno de los requisitos legales, como candidato por la circunscripción nacional ordinaria o en su defecto, de manera excluyente, por la circunscripción nacional especial para comunidades indígenas cumpliendo, al momento de inscripción, los requisitos señalados en el artículo 171–inc. quin.– de la C.N., reglamentado por el Decreto 1893 del 30 de julio de 1991.

Para las elecciones al Congreso de la República celebradas el 13 de marzo de 1994, por la circunscripción nacional especial, para el Senado de la República se inscribieron, con el lleno de los requisitos señalados en la norma constitucional antedicha, los indígenas cabeza de lista Lorenzo Muelas Hurtado, Remedios Nicolaza Fajardo Gómez y Gabriel Muyuy Jacanamejoy –este último con refrendación del Ministerio de Gobierno– así como de los segundos en las listas, señores Héctor Aquiles Malo Vergara (q.e.p.d) y Norberto Farakatde Maribba, por el Movimiento Indígena Colombiano –MIC–; los restantes ciudadanos Francisco Rojas Birry, Jesús Enrique Piñacué, Floro Alberto Tunubala Paja, Bonifacio Chicunque Juajibioy, Andrés Agreda Chicunque, en un acto consciente y voluntario optaron por inscribirse al Senado por la circunscripción nacional ordinaria.

En opinión del impugnante, no es necesaria la reglamentación del artículo 171 de la C.N., por cuanto expresamente señala, en relación con la circunscripción los requisitos y el sistema aplicable para la representación de las comunidades indígenas en el Senado; caso diferente ocurre en la Cámara donde se eligen Representantes por circunscripciones territoriales y especiales y prevé la reglamentación legal para el caso de los grupos étnicos, de los residentes en el exterior y de las minorías políticas.

La ubicación indiscriminada de los candidatos en el tarjetón electoral, por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas para el Senado, obedece a que dicha elección es de carácter nacional, se diferencia de la nacional ordinaria en que en la especial se disputan dos (2) curules; no ocurre igual en el caso de la Cámara de Representantes, donde los cupos establecidos para las negritudes en las tarjetas, se convierten en nacionales al lado de los candidatos por la circunscripción, cuyo tarjetón varía según el departamento.

Manifiesta su desacuerdo en relación con la violación del principio de la eficacia del voto, pues considera que existiendo dos circunscripciones para el Senado de la República –nacional y nacional especial– por simple lógica deben efectuarse dos escrutinios, uno sumando la totalidad de votos obtenidos por los candidatos inscritos por lo nacional que disputan cien cupos y otro sumando los votos obtenidos por los candidatos indígenas, inscritos por la circunscripción nacional especial, que disputan dos curules –art. 171 C.N.– como lo hizo el Consejo Nacional Electoral al expedir la Resolución No. 191 del 14 de junio de 1994.

EXP. NO 1140. - ACTOR: NICOLÁS FRANCISCO CURI VERGARA

Por conducto del apoderado, el actor de la referencia demanda de ésta corporación la nulidad de la resolución No. 191 del 14 de junio de 1994, proferida por el Consejo Nacional Electoral, por la que se declaró la elección de Senadores de la República y se ordenó expedir las correspondientes credenciales. Como consecuencia de dicha nulidad, pide la realización de un nuevo escrutinio, excluyendo los votos en blanco para obtener el cuociente electoral y que se declaren elegidos, los candidatos que tengan derecho a ello (Art. 263 C.N.) ordenándole al Registrador del Estado Civil que expida las credenciales respectivas.

Los hechos relatados en la demanda se sintetizan así:

1.- La Asamblea Nacional Constituyente expidió en 1991 la nueva Constitución política y en su Art. 386 derogó la de 1886 con sus reformas y estableció disposiciones transitorias.

2.- La Asamblea Nacional Constituyente dictó el 30 de junio de 1991 el Acto Constituyente No. 2 de vigencia inmediata por el cual subrogó el Art.137 del C.E. y reglamentó lo concerniente al uso de tarjetas electorales y dijo lo que debía entenderse por votos en blanco y nulos.

3.- El Art. 263 de la C.N. con el fin allí previsto establece que el cuociente electoral sea el número resultante de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

4.- La ley 84 de 1993 definió cual es el voto en blanco y dispuso que no se tendría en cuenta para obtener el cuociente electoral; señaló también la fecha de elecciones para el Congreso.

5.- En el Art. 25 estableció la derogatoria de las disposiciones contrarias y su vigencia a partir de su promulgación o sea el 11 de noviembre de 1993 por aparecer su texto en el diario oficial 41.108 de dicha fecha.

6.- En obedecimiento a lo previsto en el Art. 1o. de la ley 84 de 1993, se realizaron elecciones en todo el territorio nacional.

7.- Por Resolución No. 191, el 14 de junio de 1994 se declara la elección de Senadores y se ordena la expedición de las credenciales correspondientes, conformando el cuociente electoral con los votos en blanco, es decir, dándoles el carácter de válidos o eficaces.

8.- Se encuentra dentro de la oportunidad legal para demandar.

El demandante considera el acto acusado como violatorio de los siguientes artículos: 263 de la C.N., 223-4 del C.C.A. y 114 de la ley 84 de 1993.

El primero de los preceptos indicados establece que 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 en sistema del cuociente electoral y éste será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará según el número de veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaran puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos en orden descendente.

En primer término, debe indagarse lo que ha de entenderse por votos válidos, de acuerdo con la interpretación de la norma jurídica para lo cual, el Consejo Nacional Electoral no debió perder de vista la finalidad de la representación proporcional de los partidos, ni el principio expresado en le artículo 30 del C.C., conforme al cual el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que entre todos haya correspondencia y armonía.

Se entiende por representación proporcional la participación que se asigna, en los cuerpos colegiados, a los partidos, movimientos o fracciones políticas, de acuerdo con la importancia numérica expresada en las urnas que se materializa a través del cuociente electoral.

Si en nuestro ordenamiento jurídico electoral vigente se acuña el principio de representación proporcional, con el propósito de darle cabida a las minorías y no solo a las mayorías, resulta contradictorio asignarle validez a los votos en blanco, por cuanto

influirían en la suerte de los candidatos a elegir; asunto sobre el que se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia calendada el 3 de marzo de 1972.

Es claro que el artículo 14 de la ley 84 de 1993 al subrogar íntegramente el artículo 137 del C.E. y no señalar la finalidad de los votos en blanco, es decir para que sirven jurídica y electoralmente, los considera sin valor y por consiguiente ineficaces. Son votos que no expresan nada jurídicamente y por ende no tiene poder electoral decisorio, vale decir, son votos ineficaces, solamente y desde el punto de vista eminentemente político "son una expresión contra el sistema existente".

Indudablemente existen diferencias en los conceptos de voto en blanco tratándose del mecanismo de la extinguida papeleta y el del tarjetón, pues en el primero sè presentaba cuando no contenía nombre alguno o expresamente decía que se emitía en blanco (art. 137 C.E.), el segundo se presenta cuando en la tarjeta electoral se señala la casilla correspondiente o no señala candidato.

La papeleta era suministrada por los simpatizantes o adeptos de determinada lista, no por la autoridad electoral, así cuando la persona llegaba a depositar su voto ya había tenido tiempo de confirmarlo, si su grado de instrucción lo permitía, de lo contrario los "capitanes" de los diferentes movimientos le conducían hasta la zona de votación y le suministraban la papeleta, a pesar de lo cual, a la luz de la legislación electoral, el sufragio se ajustaba a los principios de eficacia y secreto del voto, pues representaba la expresión libre de la voluntad del elector, de allí que las cantidades de votos en blanco fueran irrisorias frente a las producidas con el tarjetón.

Para sufragar con el segundo mecanismo, al elector se le suministra la tarjeta electoral en la mesa de votación que le corresponde y después de identificarse ante los jurados, pasa al cubículo, allí se enfrenta al tarjetón para señalar el candidato de su preferencia, después de haber elegido y señalado a su candidato, o marcado la casilla correspondiente de voto en blanco, deposita la tarjeta electoral. En la pasada elección, la mayoría de votos en blanco no fueron más que producto de la ignorancia del elector, pues ante el desconocimiento del instrumento muchos sufragantes prefirieron depositarlo virgen, sin ser su voluntad o expresión.

Hay que destacar que en la papeleta existía la acción de introducirla en blanco o manifestando que lo hacían en tal condición, mientras que en el tarjetón con acción u omisión del votante se produce éste, cabe entonces preguntar, el principio de la eficacia del voto se ajusta a la tarjeta electoral que es depositada virgen, cuando el sufragante lo hace por desconocimiento o cuando el Consejo Electoral presume que el no señalar ninguna casilla constituye expresión libre y voluntaria del elector?

Las diferencias anotadas, conduce a concluir que por incompatibilidades entre los dos conceptos son inaplicables a la tarjeta electoral los mecanismos previstos en el artículo 137 del C.E., como lo hizo el Consejo Electoral, pese a que dicha norma fue sustituida por le artículo 14 de la ley 84 de 1993.

Cuando el artículo 263 de la C.N. dispone que el cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por puestos por proveer, debe entenderse por votos validos los que se depositan por quienes tienen derecho a hacerlo y a favor de quienes tienen derecho a recibirlo, luego, incluir dentro de estos los votos en blanco, sería aceptar que todos los que votaron de esa manera, es decir, en contra del sistema y de los aspirantes, determinen la suerte de los que rechazaron.

De acuerdo con la Resolución impugnada, para el Consejo Electoral, todos los votos que no sean nulos son válidos, entre ellos los blancos, como puede advertirse, esa Corporación parte del supuesto equivocado de que es válido todo lo que no esté prohibido por la ley; dicho principio no tiene aplicación en el derecho administrativo, dada su condición de reglado, por lo cual, las corporaciones y funcionarios deben someterse a lo preceptuado en la Constitución, en la ley y en los reglamentos.

El Consejo Nacional Electoral no podía incluir los blancos dentro de los votos válidos, pues el artículo 137 del C.E. había sido sustraído por el 14 de la Ley 84 de 1993, todo lo cual constituye violación de este precepto, e implica una clara incompetencia por razón de la materia, pues ejerció funciones que no le correspondían.

Para el actor resulta claro que, al proferir el acto acusado, el Consejo Nacional Electoral incurrió en flagrante violación del sistema electoral, violación prevista como una de las causales para decretar la nulidad de los escrutinios (art. 223-4 C.C.A.) y para apoyar su dicho, citó providencia del 12 de mayo de 1989, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez (expediente No. 0287).

En opinión de libelista, el artículo 14 de la ley 84 de 1993 derogó el artículo 137 del Decreto 2241 de 1986 y en tales condiciones, a la fecha en que efectuaron los comicios electorales para elegir miembros del Congreso, se encontraba vigente la segunda de las disposiciones mencionadas según la cual, para determinar el cuociente electoral no se tendrían en cuenta los votos en blanco, dicha ley debía cumplirse ya que no había sido declarada inexequible por la H. Corte Constitucional.

En el *sub-lite* no puede darse aplicación al artículo 137 del C.E., según el cual el voto en blanco se tiene en cuenta para obtener el cuociente electoral, por cuanto habría que dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad por ser esa disposición contraria a lo ordenado, para obtención del cuociente electoral, en los artículos 260 y 263 de la C.N.

Aún cuando el artículo 14 de la Ley 84 de 1993 fue declarado inexequible por la H. Corte Constitucional en sentencia del 23 de marzo de 1994, lo cierto es que para la fecha de la elección se hallaba vigente y por lo mismo era de rigurosa observancia ya que los efectos de la declaratoria de inexequibilidad se producen hacia el futuro, por lo cual no puede alterar situaciones consolidadas.

Concluyó el actor manifestando que, sin temor a equívocos, podia afirmarse que el procedimiento adoptado por el Consejo Nacional Electoral para expedir el acto acusado,

desconoció los preceptos señalados como infringidos y se abrogó una competencia de la cual no estaba investido, como fue "darle efectos retroactivos a un fallo de inexequibilidad,...".

Por conducto de apoderado, dentro del término de fijación en lista, el Senador Héctor Helí Rojas contesta la demanda (fls. 50-62 cdo. ppl.), manifestando oponerse a sus pretensiones y aduciendo, como razones de su defensa, los argumentos que la Sala resume así:

Mediante los artículos 14 y 25 de la Ley 84 de 1993 se derogó el 137 el Decreto 2241 de 1986, posteriormente, mediante sentencia C-145/94 del 23 de marzo de 1994 la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 14 así como la expresión "VOTO EN BLANCO O VOTO NULO". Voto en blanco es el que en la tarjeta electoral señala la casilla correspondiente...." del inciso primero del artículo 14 de la ley 84 de 1993; el parágrafo del artículo 6o., la expresión "el voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral" del artículo 14...". Tal sentencia dispuso que los efectos de la misma regían hacia el futuro y no afectaban las situaciones jurídicas consolidadas y, que siempre y cuando no contrariaran el ordenamiento constitucional, se restaurarían *ipso jure* las normas derogadas por los partes de la Ley 84 de 1993 declarados inconstitucionales en dicha sentencia.

De los preceptos y de la decisión de la Corte Constitucional referidos, deduce las siguientes conclusiones:

Al declararse la inconstitucionalidad de la norma que derogaba, quedó vigente la que nunca debió perder vigencia, ya que los funcionarios judiciales y administrativos encargados de aplicarla, pudieron y debieron acudir a la inaplicación de la nueva ley, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4o. de la Constitución Nacional.

Si la declaratoria de inexequibilidad de la expresión " El voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral" se fundamentó en vicios de procedimiento, por constituir materia propia de la ley estatutaria, así como por razones de contenido normativo, fluye de manera lógica que el precepto derogado adquiere vigencia inmediata, de pleno derecho.

El proceso electoral que culminó el 14 de junio de 1994 con la proclamación de los elegidos no constituía, al momento de declararse inexequible el artículo 14 de la Ley 83 de 1994, una situación jurídica consolidada; luego, conforme con la parte resolutiva de la sentencia citada, debía regirse por la normatividad que quedó vigente a partir de dicha decisión.

Durante la inscripción de candidatos al Senado y las modificaciones permitida a aquellas y ordenadas por el artículo 6o. de la Ley 84 de 1993, estuvieron vigentes, para algunos aspectos del proceso electoral, las regulaciones del Código Electoral y sus normas reglamentarias; durante las violaciones, algunos aspectos fueron regulados por una y otra

perceptiva; la etapa posterior, hasta el 23 de marzo de 1994, fecha en que se declaró inexequible la mayor parte de la Ley 84 de 1993, el proceso continuó regido por dichas normas.

Es probable que circunstancias de orden público hayan obligado a suspender las elecciones en ciertos municipios y que aquellas solo se hubieran podido realizar bajo el sistema electoral vigente, luego de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 84 de 1993, si ésta hipótesis se hubiera dado, aparecerían determinando la integración de los congresistas, sufragios depositados cuando el voto en blanco no se tenía en cuenta para obtener el cuociente electoral y cuando la ley vigente prescribía que sí debía tenerse en cuenta.

Para el impugnante, el voto en blanco es válido en la medida en que no es nulo y expresa una opinión política, que podría denominarse "no elegir a nadie"; por regla general el voto es válido, por excepción es nulo.

El impugnante planteó la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda con fundamento en que la justicia contencioso administrativa es rogada y el actor invocó una causal de impugnación del acto acusado que no corresponde, e impide la prosperidad de sus pretensiones, dado que la causal 4a. del artículo 223 del C.C.A. no permite examinar la legalidad de la decision adoptada por el Consejo Nacional Electoral, en el sentido de darle validez a los votos en blanco que por su naturaleza y alcance se circunscribe a tutelar la observancia del sistema del cuociente electoral en toda las elecciones en que se vote por dos o más candidatos (art. 263 C.N.). El cómputo de votos se hizo aplicando el cuociente electoral y en esa medida no se incurrió en la causal invocada, única susceptible de ser examinada porque, el juez administrativo no puede tener en cuenta, para decidir, normas constitucionales y legales diferentes a las citadas, o conceptos de violación distinto a los del libelo (Sección Quinta, sentencia del 15 de febrero de 1991, H. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, exp. No. 0359, 0361 y 0362).

EXP. NO. 1141.- ACTOR: JORGE BÁEZ HERNÁNDEZ

El señor Jorge Báez Hernández, obrando en propio nombre, solicita la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de Senadores de la República por el período correspondiente a 1994-1998, Resolución 191 del 14 de junio de 1994 del Consejo Nacional Electoral, por considerarlo violatorio de los Arts. 228 y 223-2,4 y 5 el C.C.A., de los Arts. 9, 14 y 16 de la ley 84 de 1993 y del debido proceso electoral, Art. 29 de la C.N.

Como pretensiones señala:

1.- La nulidad de la Resolución 191 del 14 de junio de 1994, leída en audiencia pública el 15 del mismo mes y año, acto por el cual se declara la elección de Senadores de la República y se ordena expedir las credenciales.

2.- La cancelación de credenciales de los Senadores.

3.- La suspensión provisional del acto.

En un acápite denominado "Hechos y omisiones concepto incluido", expone:

1.- En el sorteo celebrado el 26 de enero de 1994, para adjudicar los números con los que figurarían en el tarjetón cada uno de los candidatos al Senado, se violó el derecho a la igualdad y al debido proceso porque, luego haber adjudicado la computadora el número 101 a dos candidatos diferentes, el Registrador anuló el adjudicado por la computadora a Hernando Zuluaga y le ordenó participar con el No. 252; esto ocasionó que algunos candidatos participaran con un número sorteado como lo ordenó el Art. 7o. de la ley 84 de 1993 y otro con el número ordenado con lo que se violó la imparcialidad y convirtió el acto en espurio incurriéndose en la causal segunda del Art. 223 del C.C.A., porque el registro es falso o apócrifo y falsos los elementos que sirvieron para su formación; el demandante reclamó personal y penalmente pero no se atendió su reclamo.

2.- Fraude por voto ilegalmente computado. Es un principio que la ley se debe cumplir mientras esté vigente. El Art. 14 de la ley 84 de 1993 tenía que cumplirse en su oportunidad hasta el 23 de marzo de 1994, fecha en la cual fue declarada inexequible por la sentencia C-145/94 de la Corte Constitucional. El voto en cuestion no fue omitido en los escrutinios para el Senado como sí lo fue para los de la Cámara, lo que demuestra fraude electoral en los escrutinios.

No es comprensible que los votos en blanco no se computaran para las elecciones de la Cámara y sí para los del Senado, excluyendo electos legalmente e incluyendo otros ayudados en la forma vista con violación del Art. 14 de la Ley 84 de 1993 válido antes de que se declarara inexequible.

La ley, continúa, es para todos y no es retroactiva pues la H. Corte Constitucional ordena que los fallos son para el futuro y no retroactivos, salvo en caso de retroactividad penal favorable; invoca los folios 58 y 59 de la sentencia C-145 del 23 de marzo de 1994.

Al computarse ilegalmente los votos en blanco se presenta la que denomina, siguiente dicotomía:

–Anula los escrutinios para el Senado de la República porque se contabiliza los votos en blanco.

–Anula los escrutinios para la Cámara de Representantes de todo el país porque no se contabilizó el voto en blanco.

Salta a la vista que se violó el Art. 223 en numerales 2 y 4 del C.C.A. porque serían espurios al igual que los elementos que los conformaron.

3.- Se violó el sistema del cuociente electoral porque los votos de 365 mesas de la ciudad de Cali se computaron ilegalmente porque fueron cambiadas del sitio de votación

en donde funcionaron el 8 de marzo de 1992, violando el Art. 9o. de la ley 84 de 1993, de obligatorio cumplimiento a más de que la Corte Constitucional la declaró exequible el 23 de marzo de 1994 y siempre estuvo vigente y aplicable desde el 11 de noviembre de 1993 y sigue con el que considera el punto central de la violación, constituido por la actuación del Registrador Nacional cuando expidió la circular 05 del 5 de febrero de 1993, desarrollada por el oficio 282 D.N.E. de marzo 18 de 1993 que ordenó el cambio de puestos y mesas de votación en Cali.

4.- Por otra parte, participaron candidatos inelegibles al Senado de la República con plena violación de derecho a la igualdad e imparcialidad pues apelando al parágrafo del Art. 6o. de la ley 84 de 1993, se hicieron inscribir sin avales y sin cauciones como candidatos al congreso, lo que para el demandante era motivo de inelegibilidad.

5.- Finalmente, congresistas como Héctor Helí Rojas eran inelegibles pues estaban inhabilitados de participar rivalizando en su calidad de funcionarios públicos o judiciales contra los denunciantes, los denunciados y violando el régimen de conflicto de intereses de los Art. 182, 183 de la C.N., 333, 334, 339, 341, 353, 366 de la ley 05 de 1992, los Arts. 197 y 179-8 de la C.N. pues coincide el período de la elección con el del cargo que desempeña actualmente.

Manifiesta que anexa fotocopia de denuncia penal contra Luis Camilo Osorio, recortes de periódico publicitando el fraude, salvamento de voto de José María Obando Garrido y Guillermo Aníbal Ortega Beltran ambos del Consejo Nacional Electoral, fotocopia del impedimento-recusación presentado por el señor Hildebrando Ortiz Lozano del 15 de junio de 1994 a las 4:00 p.m., fotocopia de un boletín que da cuenta de que les entregaron los resultados con el procedimiento establecido, lo que es falso porque el sorteo terminó con el fraude del Registrador, del Consejo Nacional Electoral y luego el sorteo que se hizo con papeleta lo que no estaba establecido. Mientras todos los periódicos y noticieros de televisión publicaron y comentaron el fraude en el acta, ni en la diligencia el Consejo ni el Registrador dicen nada por lo cual se comprueba la falsedad en el acta.

Menciona, por último, una serie de congresistas que abusan porque dicen que si el Consejo de Estado molesta se le abre investigación.

La solicitud de suspensión provisional fue denegada por auto del 27 de julio del 94 (fl. 29 y s.s.).

EXP. NO. 1142.- ACTOR: MARÍA CRISTINA RIVERA DE HERNÁNDEZ

Por conducto de apoderado, la actora de la referencia presenta demanda de nulidad de carácter electoral y solicita:

1.- La nulidad de la Resolución 191 del 14 de junio de 1994 notificado en estrados el 15 del mismo mes y año, por la cual el Consejo Nacional Electoral hizo la declaratoria de elección de Senadores de la República, correspondiente a las elecciones del 13 de marzo de 1994 por la circunscripción nacional y por el período 1994-1998.

2.- La nulidad de los actos de trámite del proceso electoral, especialmente el Acuerdo No. 10 del 15 de junio de 1994, notificado el 15 del mismo mes y año por el cual el Consejo Nacional Electoral decide una petición, lo mismo que los demás actos proferidos dentro del proceso, contrariando las normas legales pertinentes, conforme aquí se acusan que, estando viciados, se hubieran tenido en cuenta o computados durante el proceso de los escrutinios con violación del sistema electoral de la Constitución Nacional y leyes de la República y, como consecuencia, se ordene y se practique nuevo escrutinio que debe efectuarse con base en los registros que no resulten afectados de nulidad por el presente juicio y previa rectificación de errores aritméticos que se comprueban judicialmente y de los votos realmente obtenidos por los candidatos en las mesas impugnadas, debiendo excluirse los que resultaran completamente viciados y enmendarse los equivocados y contrarios a la verdad electoral.

3.- Con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios, solicita se haga una nueva declaración de elección de Senadores, se ordene expedir las credenciales en reemplazo de las anteriores que serán canceladas y declararse sin validez y comunicar a quienes deban conocer las anteriores novedades por oficios que se librarán al Presidente del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil y Delegados en los departamentos, al Presidente del Senado, al Ministro de Gobierno y demás autoridades.

Como hechos de la demanda, relata los que se sintetizan a continuacion:

1.- El 13 de marzo de 1994 se efectuaron elecciones para Senadores, todo conforme al Art. 1o. de la ley 84 del 11 de noviembre de 1993, vigente el día de las elecciones, pues la ley citada solo fue declarada inexequible el 23 de marzo de 1994.

La demandante se inscribió legalmente y le correspondió el No. 345.

2.- Los escrutinios auxiliares municipales y distritales de tales elecciones de congresistas, así como los escrutinios departamentales que de las mismas votaciones practicaron los delegados del Consejo Nacional Electoral, no se iniciaron y adelantaron en las fechas respectivamente señaladas por los Arts. 160 y 177 del C.E. sino en las horas y los días expresados en el Art. 12 de la ley 84 de 1993, norma que por no haber sido declarada inexequible en tales fechas, 14 y 15 de marzo de 1994, era la vigente.

El proceso de escrutinios de las elecciones se inició y adelantó en la primera etapa y hasta la siguiente de los escrutinios departamentales que practican los Delegados del Consejo Nacional Electoral, conforme lo ordenado por el Art. 12 de la ley 84 de 1993; pero a partir de la ejecutoria de la sentencia del 23 de marzo de 1994, C-145, expediente D-489, D-492, D-550, D-506, D-507, D-508, D-511, D.512, D-515 acumulados, fecha en la que no había concluido la totalidad de escrutinios departamentales que se realizaban por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, el Art. 12 de la ley 84 dejó de regir en el país, recobrando su vigencia, los Arts. 160 y 177 del C.E., lo que convirtió los escrutinios, por lo menos los departamentales, en ilegales por ser contrarios a las

disposiciones antes expresadas del Decreto 2241 de 1986 y siendo ilegales no eran auténticos sino apócrifos por lo que deben ser anulados por la causal segunda del Art. 223 del C.C.A.. Quedan así violados, los escrutinios departamentales de Córdoba, Boyacá, Bolívar y Cundinamarca.

3.- El Consejo Nacional Electoral en sesión del 5 de abril de 1994 al resolver dos solicitudes presentadas por el señor apoderado de la demandante y de Antonio Yepes Parra, dispuso tener en cuenta el voto en blanco como válido para todos efectos del cuociente electoral y así consta en la Resolución 160 de 25 de mayo de 1994; paro al hacer las operaciones aritméticas para los efectos de obtener el citado cuociente electoral, conforme al Art. 263 de la C.N. como consta en la Resolución 191 del 14 de junio de 1994, no le reconoció validez a los ciento cuarenta y ocho mil trescientos siete (148.307) votos en blanco, pues no los incluyó como votos válidos por lo que el cuociente que obtuvo fue más bajo al real porque el correcto era 53.187 y el irreal 51.703.

En la página 6 de la Resolución se ven las operaciones.

Total votos en blanco 148.307; votos válidos 5.170.300; votos nulos 346.274; para un total de 5.516.574 equivocado porque es falso, pues el total es de 5.664.881. Si el Consejo dispuso que los votos en blanco se han debido sumar, los 148.307 votos en blanco debieron agregarse a los 5.170.300 votos válidos obteniéndose 5.318.607 que dividido por 100 curules sería un cuociente de 53.186.07 para redondear a 53.186 y no la cifra errada que registró el Consejo en la página 6 de la Resolución, cifra, ésta y las anteriores, falsa porque si los votos en blanco son válidos como lo resolvió en sus resoluciones 10 y 11 del 15 de junio de 1994 debieron sumarse a los votos válidos para obtener el cuociente electoral verdadero de 53.187.

4.- A la señora demandante se le disminuyó su votación en algunas partes del departamento del Valle y de Santa Fe de Bogotá.

En el Valle por la lista al Senado al tarjetón 145 se le dejaron de computar 244 votos; según actas parciales de escrutinios formulario E 26 de todos los corregimientos y zonas rurales del municipio de Buenaventura, habían sido escrutados y registrados por los correspondientes jurados de votación por lo que, una vez corroborada la emisión y verificado su existencia, debe corregirse la votación en Buenaventura aumentándole los 244 votos.

5.- En el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá la gente oriunda del Valle desplegó la vigilancia en los sectores de la Feria Exposición, Usaquén (Colegio General Santander), Bosa (Calle 14 Cra. 14, Plaza Principal y escuela Francisco de Paula), Tunjuelito (Concentración escolar Rufino Cuervo), Fontibón (Colegio Parroquial San Pedro Claver), Ciudad Bolívar (Lucero del Sur Salón Comunal) e informaron sobre los resultados obtenidos. De dicho resultado desaparecieron votos misteriosamente, razones que unidas a tachaduras o enmendaduras en nombres de candidatos o en resultados de la votación, situaciones presentadas en las actas correspondientes a los jurados, debieron

dar lugar a la práctica de recuento de votos, aún oficiosamente, como lo ordena el tercer párrafo del Art. 163 del C.E. para preservar la pureza del sufragio, conforme lo ordena el Art. Primero del *ibídem.*

El 18 de abril de 1994, se presentó memorial ante el Consejo Nacional Electoral y, con fundamento en el Art. 189 del C.E., se solicitó verificación de los escrutinios hechos por los Delegados durante los escrutinios departamentales, alegando que así fuera una facultad discrecional de los Delegados, en el fondo se pretendía comprobar con los tarjetones la votación, pero la solicitud fue rechazada por improcedente y extemporánea por Resolución No. 10 del 15 de junio de 1994, sin saber que pasó con la votación.

6.- La Resolución No. 191 del 14 de junio de 1994 no fue denominada como Acuerdo, conforme al Art. 14 del C.E., sino Resolución, como si fuera cualquier acto administrativo, siendo que éste por su naturaleza es muy similar a las sentencias de los jueces pues no procede recurso, ni siquiera el de reposición. Por ello el Consejo expidió un acto ilegal y, por lo mismo, apócrifo por no haberlo denominado Acuerdo.

El cambiar la denominación del acto, lo convierte en ilegal.

Siendo una simple Resolución creó gran confusión porque la secuencia de la numeración y fecha no se compadece con otras Resoluciones dictadas por la institucion en fechas coetáneas y con las que el Consejo decidió los recursos de apelación que se interpusieron contra las decisiones de sus Delegados o los desacuerdos de éstos, todo conforme al Art. 180 del C.E. a las que separó la emisión del acto acusado por el cual se hace la declaratoria de elección de Senadores en lugar de hacerlo dentro del mismo acuerdo como siempre fue.

7.- En varios municipios o distritos del país en su mayoría capitales, sucedió que las mesas de votación no se instalaron en los mismos sitios o lugares donde funcionaron para las elecciones del 8 de marzo de 1992 como lo ordena al Art. 9 de la ley 84 de 1993.

Esta irregularidad constituye la causal primera de reclamación del art. 192 del C.E. y por lo mismo debe producir la nulidad de la causal 2a. del art. 223 del C.C.A. porque si hubo mesas que funcionaron en lugares distintos sus actas no son auténticas, son apócrifas y, por ende, deben anularse.

El Art. 9o. de la ley 84 de 1994 fue uno de los pocos artículos que fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional. En el proyecto de ley electoral se repite el Art. 9o. del estatuto citado, lo que no era necesario por haber sido declarado exequible.

A continuación, la parte actora señala los puntos de votación que a su juicio están incluidos en la situación descrita y que se tomarán en cuenta en la parte considerativa, si fuere el caso.

Los fundamentos de derecho y concepto de la violación son, en síntesis, los siguientes:

Primer cargo.- Se fundamenta en el hecho 2o.: Los escrutinios departamentales demorados debieron suspenderse porque entró a regir el Art. 177 del decreto 2241 de 1986, pues no podían seguirse realizando en fechas contrarias a la ley; tal práctica tornaba los escrutinios en ilegales y por lo mismo apócrifos, configurándose la causal segunda del Art. 223 del C.C.A.

Así quedaron los de los departamentos allí señalados y todos los que no hubieran concluido al entrar a surtir efectos el fallo.

Segundo cargo.- Se fundamenta en el hecho 3o.: Como los escrutinios para declarar la elección de Senadores se hicieron cuando estaba vigente el fallo que declaró inexequible el Art. 14, inciso 2o. de la ley 84 de 1993, los votos en blanco debieron tenerse en cuenta para determinar el cuociente electoral.

En tales condiciones se configura la causal 4a. el Art. 223 del C.C.A. y, por lo mismo, el acto acusado debe anularse par que se haga una nueva declaratoria de elegidos.

Tercer cargo.- Se fundamenta en el hecho 4o.: Hubo error aritmético porque hubo votos que no se sumaron que, si se reclama oportunamente produce la corrección para purgar el error, pero como no se reclamó en oportunidad y como dejó de ser causal de reclamación pasa a constituir causal de nulidad incluida en la causal 2 del art. 223 tal como fue subrogado por el art. 17 de la ley 62 de 1988, pues cuando tales actas no son legítimas y auténticas hay falsedad.

Cuarto cargo.- Se fundamenta en el hecho 5o.: Se rechazó una verificación confundiéndola con un recuento de votos que, se sabe, puede hacerse a petición de los interesados o de oficio conforme al Art. 163 del C.E., en la forma subrogada por el art. 11 de la ley 62 de 1988.

Quinto cargo.- Se fundamenta en el hecho 6o.: Por las razones allí explicadas y la violación del Art. 14 del Decreto 2241 de 1986 hace que se configure la causal 2a. de nulidad de que trata el Art. 223 del Decreto 01 de 1984.

Sexto cargo.- Se fundamenta en el hecho 7o.: El Código Electoral, señala como causal 1a. de reclamación en el art. 192, el caso de que las mesas de votación funcionen en lugares no autorizados, más aún, cuando lo hagan en lugares prohibidos, conforme al art. 9o. de la ley 84 de 1993.

Esa causal se encuadra en la 2a. de nulidad del Art. 223 del C.C.A., porque resultan falsos o apócrifos los registros o los elementos que los conforman: el lugar o sitio de las elecciones es uno de los elementos para la formación de las actas por los que si ese elemento es ilegal lo será, igualmente, el resultado.

No se puede aducir la aplicación del Art. 10 de la ley 6a. de 1990 porque ella rigió hasta la expedición de la ley 84 de 1993, conforme a lo previsto por la ley 153 de 1887, Art. 2o.

Así se afectaron 509 mesas: 30 en el municipio de Chinú, Córdoba, 63 mesas en Lorica, Córdoba, 200 mesas en Santa Marta, Magdalena, 216 mesas en Santa Fe de Bogotá.

Por auto del 21 de julio de 1994 se admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional.

Por auto del 18 de agosto se decretaron pruebas, auto que fue suplicado y confirmado por auto del 8 de septiembre de 1994.

EXP. NO. 1144.- ACTOR: PABLO TATTAY BENISCH

El demandante de la referencia, obrando en propio nombre en acción pública de nulidad de carácter electoral, pide ante esta Corporación:

1.- Se declare que en las pasadas elecciones del 13 de marzo no hubo circunscripción electoral especial para comunidades indígenas conforme lo ordena el Art. 171 de la C.N.

2.- Como consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución 191 del 14 de junio de 1994 del Consejo Nacional Electoral en cuanto determina el cuociente electoral sin computar los votos obtenidos por los candidatos indígenas Lorenzo Muelas Hurtado, Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Remedios Nicolaza Fajardo Gómez y declara electos por la circunscripción especial por comunidades indígenas a Lorenzo Muelas y Gabriel Muyuy Jacanamejoy.

3.- Que, como consecuencia de lo anterior, se realice el cómputo del cuociente electoral y, con base en él, se declare la elección de los 100 Senadores de que trata el Art. 171 inciso 1o. de la C. N.

4.- Que, conforme al Art. 129 del C.E., se ordene al Gobierno Nacional la convocatoria a nuevas elecciones para proveer las curules que corresponden a la circunscripción especial por la cual las comunidades indígenas eligen dos Senadores, conforme al inciso 2o. del Art. 171 de la C. N.

Como pretensión subsidiaria solicita que para dar cumplimiento al Art. 171 de la C.N. y, con fundamento en la eficacia del voto, declare elegidos a Francisco Rojas Birry y Jesús Enrique Piñacuw Achicué.

Relata el actor los hechos que se sintetizan a continuación:

1.- Para las elecciones del 13 de marzo se inscribieron para ser elegidos por la circunscripción especial por comunidades indígenas Lorenzo Muelas Hurtado por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia, lista 209 del tarjetón, Gabriel Muyuy Jacanamejoy por el Movimiento Indígena Colombiano, lista número 197 y Remedios Nicolaza Fajardo Gómez por el Partido Liberal Movimiento Indígena, lista 231.

2.- Adicionalmente, fueron inscritos por la circunscripción ordinaria para el Senado los señores Francisco Rojas Birry, Jesús Enrique Piñacué Achicué, ambos por el

Movimiento Alianza Social Indígena A.S.I., listas números 150 y 335; y Floro Alberto Tunubala Paja por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia, lista 330.

3.- Para estas elecciones la Registraduría Nacional del Estado Civil diseñó una tarjeta para el Senado en la que no aparecieron separadamente los candidatos inscritos por la circunscripción electoral especial indígena, ni identificados con un distintivo que los diferenciara de los candidatos inscritos por circunscripción ordinaria.

4.- El Consejo Nacional Electoral por resolución 191 del 14 de junio de 1994, declaró electos por circunscripción nacional ordinaria y especial de comunidades indígenas a los Senadores de la República para el período 1994-1998.

A continuación, la parte actora relaciona las normas que considera infringidas y el concepto de la violación, cuya síntesis es la siguiente:

1.- Causal 4 del Art. 223 del C.C.A., modificado por Art. 17 de la ley 62 de 1988.

El sistema electoral se ha estructurado sobre la base de participación de las diferentes expresiones políticas de los ciudadanos, incluidas las minorías; por ello se estableció la Circunscripción Especial Nacional Indígena para el Senado concediendo dos curules a esas comunidades.

Para esa circunscripción la Carta establece el número, calidades y requisitos que deben reunir. Establece, también, que su elección se rige por el sistema del cuociente electoral. No define cómo se aplica la circunscripción especial, ni cómo se diferencia esa elección de la ordinaria. No existe desarrollo legislativo.

Al no haber legislación se debe tener en cuenta la normatividad constitucional.

El inciso 5 del Art. 171 de la C.N. no dice claramente cuando se deben acreditar las calidades en el caso especial en estudio, por lo que es necesario distinguir las calidades para aspirar a las curules, del acto de inscripción y de la voluntad del elector e, inclusive, de la declaratoria de elección.

Los candidatos indígenas inscritos reúnen las condiciones exigidas por la Constitución Nacional por haber sido autoridad tradicional o líder de una organización. Su inscripción se realizó de manera diferente pues a unos les solicitaron participar por la circunscripción ordinaria y a otros por la especial, pues en el formulario de la Registraduría señalaron la casilla correspondiente. Pero la tarjeta electoral no reflejó la identificación clara en pro de que no hubiera equívocos en el elector y por ello este último no tuvo conciencia de estar votando por uno u otro líder en la circunscripción especial para el Senado.

Al hacer declaratoria de elección, el Consejo Nacional Electoral no podía diferenciar los votos reunidos por unos y otros candidatos, cuando en la tarjeta electoral no estaban diferenciados y la tarjeta en cuestión es el único instrumento para conocer la voluntad

libre y espontánea del ciudadano y los escrutinios deben ser reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas (Art. 1o. C.E.).

Se pregunta cómo supo el Consejo Nacional Electoral como hacer la declaratoria, ya que unos electores votaron por la circunscripción ordinaria y otros por la especial.

Lo anterior muestra que la tarjeta no cumplió con el cometido de identificar la circunscripción especial indígena para Senado, transgrediendo el Art. 171 de la C.N.

No hay norma clara que defina en qué consiste y cómo se realiza la votación de la circunscripción especial: si según las calidades del líder, si por la forma de inscripción, si por la marca en un recuadro, si son las comunidades o los votantes.

No podía el Consejo Nacional Electoral hacer diferenciación alguna, puesto que el voto no lo fue.

Al hacer la adjudicación, aparecen inscritos por Circunscripción Nacional Especial para Comunidades Indígenas los señores Lorenzo Muelas, Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Remedios Nicolaza Fajardo Gómez y para adjudicar las dos curules correspondientes se tiene a los dos primeros electos por cuociente y por residuo, respectivamente, pero en la tarjeta electoral se identifican también como indígenas, Francisco Rojas Birry, Jesús Enrique Piñacue Achicue, Floro Tunubalá Paja, sin que en el escrutinio se hubieran tenido como tales a pesar de la identificación obvia.

De paso, resulta violado el Art. 258 de la C.N. porque la igualdad de condiciones debe reflejarse en el ámbito en el cual participan democráticamente: si todos compiten en la circunscripción especial de comunidades indígenas, todos deben ser identificados como tales, en un recuadro aparte, semejante a lo ocurrido con las comunidades negras para la Cámara y en forma separada los de la ordinaria.

De lo anterior, concluye:

a. La circunscripción electoral indígena no operó en la práctica.

b. El Consejo Nacional Electoral hizo caso omiso de la voluntad del elector al computar sus votos para elecciones diferentes.

c. El Consejo Nacional Electoral no computó la totalidad de votos válidos correspondientes para declarar la elección de 100 Senadores como ordenan los Arts. 171 y 263 de la C.N., configurándose la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A.

d. Deben repetirse los cómputos, solucionando la anomalía y declararse nuevamente la elección para el Senado de las curules relativas a la Circunscripción Especial para Comunidades Indígenas.

2.- Arts. 171 de la C.N. y 129 del C.E.

La no aplicación de la norma viola la intención del constituyente configurándose la no existencia de una circunscripción especial; debe precisarse, entonces, cómo dar cumplimiento a la norma.

Hay dos posibilidades, dice, para que se pronuncie la Sala:

a) Con aplicación del art. 129 del C.E., convocar a nuevas elecciones única y exclusivamente para indígenas.

b) En subsidio y en desarrollo de los principios del Art. 1o. del C.E. declarar electos para la circunscripción especial indígena a quienes con esa calidad se identificaron en la tarjeta electoral, una vez aplicado el sistema del cuociente.

Según el Consejo Nacional Electoral, los resultados son:

Lorenzo Muelas	28.366	votos
Francisco Rojas Birry	20.453	
Jesús Enrique Piñacue Achicue	16.173	
Gabriel Muyuy Jacanamejoy	14.245	
Floro Alberto Tunubalá Paja	12.413	
Remedios Nicolaza Fajardo Gómez	7.222	
Total votos por indígenas	98.872	

Cualquiera que sea el nuevo cuociente, el señor Lorenzo Muelas será electo en cumplimiento del principio de favorabilidad según el cual si alguien puede ser elegido por un sistema especial y encuadra en el ordinario sería elegido por este último. Lo contrario conllevaría a una interpretación restrictiva del Art. 171 de la C.N. según la cual los indígenas solo podrían tener dos curules al conminarlos a no tener una representación superior por su condición de indígenas.

El otro principio es el de la eficacia del voto según el cual, al acceder por un sistema ordinario de elección se preferirá esta interpretación a la especial.

Como principio democrático ya expuesto se debe mirar las dos curules y se tiene que según los resultados las mismas tienen como cuociente 35.253 votos que deben ser para Francisco Rojas Birry por cuociente y para Jesús Enrique Piñacue Achicue por residuo.

Los señores Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Lorenzo Muelas Hurtado, se hicieron parte en el juicio como impugnantes, por intermedio de sus apoderados, para oponerse a las peticiones de la demanda, en la forma que se sintetiza a continuación:

Respecto de los hechos, manifiestan que todos son ciertos, pero el tercero resulta irrelevante.

En relación con el fundamento de la defensa, expresan:

Ambos se presentaron a inscribirse como candidatos por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, llenando oportunamente los requisitos previstos por el Art. 171 de la C.N.

Los señores Rojas, Piñacue, Tunubalá, Chicunque y Agreda en forma consciente y voluntaria lo hicieron por la circunscripción nacional ordinaria en disputa por una de las cien curules.

Manifiesta que el Art. 171 constitucional, complementado con el Decreto 1893 de 1991 y la Resolución 109 de 1991 del Consejo Electoral, es muy claro sin que se requiera reglamentación siendo distinta la situación que se presenta respecto del caso de las comunidades negras a las cuales por Ley 70 de 1993, se les asignó dos cupos por la circunscripción nacional especial para la Cámara de Representantes.

Solo si se opta por una circunscripción especial, se acreditan los requisitos y se inscribe por la misma. Así lo hicieron los impugnantes Muelas y Muyuy.

La prerrogativa es para el candidato no para el elector. Lo contrario sería pensar que los indígenas solo podrían hacerlo por la circunscripción especial lo que sería violatorio del Art. 40 de la C.N. sobre la igualdad.

Conduciría, igualmente, a pensar que los ciudadanos indígenas deberían acreditar su origen étnico para votar por la circunscripción nacional especial y tendrían que estar censados y carnetizados negando los espacios y derechos a las comunidades indígenas.

El argumento de la eficacia del voto no tiene asidero legal porque al existir dos circunscripciones debe haber dos escrutinios separados, como los ordenan las normas constitucionales y lo hizo el Consejo Nacional Electoral.

La circunscripción especial es un derecho sustancial para garantizar la presencia de voceros de las comunidades indígenas para los candidatos indígenas que opten por una prerrogativa. No optar por ella es legal conforme al Art. 15 del C.C.

EXP. NO. 1145 – ACTOR: FÉLIX SALCEDO BALDIÓN

El actor de la referencia por intermedio de apoderado en acción de nulidad de carácter electoral solicita de esta Corporación, las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Nulidad del Acuerdo 02 de mayo 6 de 1994, del Consejo Nacional Electoral por el cual resuelve un recurso de apelación presentado en los escrutinios de las elecciones del 13 de marzo de 1994, en circunscripción electoral del Norte de Santander y la Resolución 191 de junio 14 de 1994 por el cual se declara la elección de Senadores de la República y se ordene expedir las credenciales notificadas por Estado el 6 de mayo de 1994 y 14 de junio del mismo año.

2.- Nulidad de las actas de escrutinios generales o registros electorales de los jurados de votación o de cualquier otra corporación que se hubiera computado durante el proceso de escrutinios respectivos con violación del sistema electoral adoptado en la Carta Política y leyes de la República en todo el departamento de Norte de Santander.

3.- Como corolario de lo anterior, se ordene practicar y, en efecto, se practique un nuevo escrutinio para Norte de Santander, solo para Senadores de la República para el período constitucional 1994-1998 y solo sobre votos anulados por los jurados de votación de las elecciones del 13 de marzo de 1994 de la circunscripción electoral citada.

4.- Con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios se haga una nueva declaración de elección de Senadores de la República para el período 1994-1998.

5.- Se ordene expedir y, efectivamente, se expidan las nuevas credenciales de Senadores en reemplazo de las anteriores que deban ser canceladas y se comunique por oficio esas novedades a las autoridades, para lo de su cargo.

6.- Que se suspenda provisionalmente el acto acusado del 6 de mayo.

Los hechos relatados por la parte actora se resumen así:

1.- El 13 de marzo, bajo la dirección de la Registraduría, se celebró la elección popular por circunscripción nacional para Senado por el período 1994-1998.

2.- Por el departamento de Norte de Santander se inscribió Félix Salcedo Baldión como candidato al Senado de la República, quedando identificado con el No. 294 en el tarjetón.

3.- Concluida la votación a la hora prevista por la ley, se procedió por los jurados a iniciar el procedimiento de escrutinio en las urnas de votación habilitadas para sufragar.

4.- En el proceso de escrutinio los jurados, sin fórmula de juicio y en perjuicio del demandante, se dedicaron a introducir los votos válidos en los sobres de los votos nulos, contrariando la voluntad de los electores que eligieron al candidato Salcedo.

5.- La anulación de tarjetones depositados en favor del candidato Salcedo, decretada de hecho en los escrutinios, consistía en pasar los votos marcados con un signo caligráfico distinto de la equis que se divulgó en las campañas a los sobres de los votos nulos.

6.- La anulación de tarjetones depositados en favor del Dr. Salcedo consistió en que muchos electores escribieron chulos, o rayas, o puntos, o pegaron calcomanías del candidato pero, en todo caso, definiendo claramente la voluntad del elector.

7.- El día de las elecciones sobrevinieron informaciones de los testigos electorales del candidato Félix Salcedo que presenciaron los escrutinios, sobre la extraña conducta de los jurados por lo que se presentaron reclamaciones por indebida anulación de votos.

8.- En ese entonces, la ley 84 de 1993 señalaba cuatro causales de anulación de votos, pero no existía forma de reclamar, ni de resolver y menos apelar, el recurso adverso a la reclamación.

9.- Los jurados se negaron a recibir reclamaciones y anexarlas a los pliegos porque no las consideraron como de las señaladas en el Art. 118 del Decreto 2241 de 1986 y solo éstas eran las que según ellos estaban obligados a recibir y anexar a los pliegos, dejando así anulados un alto porcentaje los votos en favor del candidato Salcedo Baldión.

10.- Las reclamaciones se presentaron por escrito a las distintas comisiones escrutadoras auxiliares con base en el Art. 192 del C.E. cuyo sustento se funda en hechos y derechos pues no existía procedimiento sobre la causal de reclamación por indebida anulación de votos en el tarjetón.

11.- Las comisiones escrutadoras auxiliares resolvieron, unas absteniéndose de revisar jurídicamente votos nulos y otras negando su revisión, basándose en que se habían depositado, entre los nulos, votos válidos porque reflejaban la voluntad del elector en forma inequívoca.

12.- También se presentaron reclamaciones ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral del municipio de Cúcuta con soporte en el Art. 192 del Decreto 2241 de 1986 que otorga plena y completa competencia a los Delegados del Consejo Nacional Electoral para conocer y resolver ésta clase de reclamaciones.

13.- Los Delegados del Consejo Nacional Electoral al resolver la reclamación del candidato Salcedo, ordenaron rechazarla por acto distinto al previsto en el Art. 193 del Decreto 2241 de 1986 por considerar que la reclamación por indebida anulación no está señalada entre los 12 numerales del Art. 192 del C.E.

14.- La misma reclamación del candidato Salcedo en los escrutinios de la ciudad de Cúcuta, interpuesta ante los mismos delegados, fue negada pero esta vez por Resolución motivada conforme lo prescribe la ley con motivación invaledera e incurriendo en falsa motivación para encasillarla como reclamación por errores aritméticos.

15.- La reclamación rechazada por los delegados por auto y sin posibilidad de ser reclamada, fue presentada nuevamente por el señor Salcedo pero, esta vez, ante los Magistrados del Consejo Nacional Electoral y sobre el mismo argumento de pretensión de solicitarse el pronunciamiento jurídico sobre la anulación de votos.

16.- La reclamación para los escrutinios de la ciudad de Cúcuta fue negada por Resolución idónea apelada ante los Magistrados del Consejo Nacional Electoral que convocaron a audiencia de sustentación en los predios de la organización electoral, el 5 de abril de 1994.

17.- En los escritos de sustentación de la apelación presentada se solicitó la práctica de una inspección judicial a la delegación de la Registraduría del Estado Civil de Santander del Norte para que se pronunciara sobre la anulación de votos por parte de los jurados.

18.- En la fase petitoria de la prueba de inspección se solicitó a los Magistrados, modificaran el auto por el cual se ordenaba la prueba pedida para ejercer su fiscalización pero no se hizo porque el magistrado la practicó en compañía de otro magistrado y de los delegados del registrador para el Norte de Santander y Registradores Especiales para Cúcuta.

19.- La prueba surtida irregularmente porque a la carencia de notificación se sumó que no se permitiera la presencia del apoderado del recurrente, se demostró que los hechos alegados en la reclamación eran ciertos; solo en cuatro mesas se encontró un alto número de votos a favor de Salcedo, indebidamente anulados.

20.- Los magistrados del Consejo Nacional Electoral reuniendo la información válida sobre la reclamación de Salcedo, suspendieron la práctica de la inspección y resolvieron confirmando la Resolución 01 del 20 de marzo de 1994 que negó la solicitud de pronunciamiento jurídico sobre la decretada por los jurados de votación.

21.- Los magistrados del Consejo Electoral resolvieron la apelación del Dr. Salcedo por Acuerdo 02 del 6 de mayo de 1994, cuyos considerandos muestran el agotamiento del procedimiento empleado en la alzada y sobre las conclusiones de ser extemporánea la reclamación al encasillarla dentro de una reclamación por recuento de votos sin aceptar que demostró el alto porcentaje de votos mal anulados.

22.- Los Delegados del Consejo Nacional Electoral negaron la reclamación con sustento en el procedimiento para reclamar por errores aritméticos y, por su parte, los Magistrados del Consejo Nacional Electoral confirmaron el auto recurrido en conducta contraria, si se parte de que el proveído confirmatorio aduce en sus considerandos la presunta extemporaneidad de la reclamación por recuento de votos y no por errores aritméticos.

23.- Los señores Magistrados del Consejo Nacional Electoral estimaron extemporánea la reclamación de Salcedo pero sin manifestar la razón y se limitan a calificarla procesalmente de recuento de votos, contrariando la voluntad imperante determinada por la ley.

24.- Siguiendo la orientación que marca la ley electoral, las reclamaciones fundadas en hechos y derechos tienen distintas oportunidades para presentarse: a) por primera vez en los escrutinios de las comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares; b) durante los escrutinios generales que realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral para aclarar estas instancias la ley utiliza la "o" disyuntiva.

25.- Las comisiones escrutadoras municipales o auxiliares, carecen de competencia para resolver reclamaciones como la presentada por el candidato Salcedo originada en hechos y derechos; y solo les corresponde agregarlas para que estudien por los delegados del Consejo Nacional Electoral.

26.- Los señores Magistrados del Consejo Nacional Electoral, incurren en violación de la Constitución Nacional cuando aducen en el Acuerdo 2 del 6 de mayo de 1994 que estén revestidos de autoridad suficiente para explorar y verificar, sin ritual alguno, las reclamaciones que se les presente.

27.- A los señores Magistrados del Consejo Nacional Electoral en el curso del agotamiento de la vía gubernativa, se les solicitó la anulación de lo actuado a partir de la orden de inspección judicial por no notificarse como ordena la ley, pero se omitió el trámite incidental pues ni se resolvió, ni se rechazó la petición incoada.

La parte actora señala como infringidas las siguientes normas:

Arts. 1, 2, 4, 6, 29, 40, 83, 258, 265-inc. 5 de la C.N., Arts. 1 inciso 3, 122, 166, 188, 189, 192, 193 del C.E.; Arts. 56, 57, 58, 223-4° del C.C.A.; Arts. 4, 140-9 inciso 2o., 142, 245 y 246 del C. de P. C.

El concepto de violación se sintetiza así:

Las Leyes 96 de 1985, Art. 65, y 62 de 1988 Art. 17, que modifican el Art.223 del C.C.A. señalan como causal de nulidad de, entre otras, las actas de escrutinio de los jurados de votación, "cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema de cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la república".

Cita apartes de la sentencia dictada por la Sala Electoral de esta Corporación del 27 de marzo de 1987, Consejero Ponente Carmelo Martínez Conn para afirmar que en la causal de nulidad cuarta a través de la jurisprudencia transcrita, se encuentra contemplada la reclamación incoada ante los delegados del Consejo Nacional Electoral.

Hace un recuento del nacimiento del tarjetón a la vida jurídica del país con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991, en cuyo Art. 258 establece, mediante una determinada forma de escogencia, que el elector indicaría el candidato de sus preferencias. Para ello la organización electoral haría la divulgación necesaria.

En las elecciones del 13 de marzo de 1994 se utilizó este sistema para elegir Senadores pero antes de la elección se promulgó la ley 84 de 1993 en la cual se establece cuándo el voto era nulo.

Se desarrolló la elección y se pasó a la etapa de los escrutinios en cuyo trámite los testigos electorales del candidato Félix Salcedo Baldión, detectaron que los jurados se dedicaron a pasar votos válidos al sobre de los nulos en grave perjuicio de los intereses del demandante.

Los jurados de votación por disposición del Decreto 2241 de 1986, tienen obligación de atender reclamaciones escritas de los testigos por las causales señaladas, entre las que no encuentra la reclamación por anulación de votos.

Iniciados los escrutinios zonales o auxiliares para que se presentara reclamaciones antes esas comisiones por indebida anulación de votos en los tarjetones, la mayoría de las comisiones se abstuvo de efectuar la revisión jurídica de los votos y una comisión accedió a esa revisión sobre cinco mesas definiéndose allí que hubo el traspaso alegado.

La anterior actitud va en menoscabo del Art. 1o. de la ley 96 de 1985 porque el escrutinio de los jurados no traduce la expresión libre y espontánea del elector.

Lo mismo sucedió en los escrutinios de las comisiones escrutadoras municipal y departamental ante quienes se presentaron las mismas reclamaciones fundadas en hechos y derechos como lo manda el código electoral para que se estudiara la revisión jurídica de los votos anulados por los jurados de votación al momento del escrutinio, teniendo en cuenta que solo existían cuatro causales en el ordenamiento electoral para anular el tarjetón.

Los delegados del Consejo Electoral a quienes por imperativo legal correspondía desatar las reclamaciones procedieron sin consultar la disposición del procedimiento electoral del Art. 193 al resolver por un simple auto cuando la ley dispone que deben resolver por resolución motivada y negaron la reclamación con el criterio de no estar señalada entre las doce causales del Art. 192 del C.E.

La reclamación rechazada fue presentada de nuevo pero ahora dirigida al Consejo Nacional Electoral por lo que se concluye que los delegados para la circunscripción electoral de Norte de Santander violaron la preceptiva constitucional del debido proceso porque la norma que desarrolla esta disposición ordena que se deben resolver por resolución motivada al tenor de lo dispuesto por el Art. 193 del C.E.

Ante los mismos delegados del Consejo Nacional Electoral se presentó una nueva reclamación para los escrutinios de la ciudad de Cúcuta, con el mismo fundamento jurídico de la indebida anulación de votos de los jurados de votación en las elecciones para Senado de la República.

La nueva reclamación fue resuelta por Resolución motivada pero negándose la revisión jurídica al considerar que no era una reclamación por la causal alegada sino por errores aritméticos.

Mediante recurso de apelación se impugnó la providencia ante el Consejo Nacional Electora que debía finalmente resolver y que confirmó la actuación, bajo el argumento equivocado de ser una reclamación por recuento de votos, contrariando la tesis inicial en incongruencia entre los dos actos e impidiendo que se garantizara el principio electoral de la eficacia del voto. El Consejo Nacional Electoral practicó una diligencia de inspección que se había solicitado para sustentar la apelación, la prueba fue realizada irregularmente porque no se notificó su decreto y no permitió la intervención del recurrente.

La anterior actuación viola normas de rango constitucional y legal.

El reconocimiento de derechos llamados fundamentales significa la creación de los principios básicos que sirven para estructurar la unidad política dada en un pueblo.

La unidad estatal se integra mediante tales principios que constituyen el elemento indispensable para la formación de esa unidad.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional representan la decisión política de un pueblo sobe el modo de existencia en el sentido de que una democracia constitucional se rige por los principios del Estado de derecho; los principios orientan la legislación, la justicia y la administración colombiana y para que una ley no pueda interpretarse o aplicarse en contradicción con ellos, ni abolir un genuino derecho.

Considera que para una clara interpretación del concepto debe precisarse que los derechos fundamentales son solo los de libertad individual considerando el individuo como aislado; por lo mismo desde el punto de vista jurídico la libertad ilimitada es el principio y su delimitación la excepción. Por ello la posibilidad de injerencia del Estado en esa fuerza aparece, en principio, delimitada mensurable y controlable.

Tanto la Constitución Nacional anterior como la actual (Art. 40), consideran el derecho al voto como derecho y garantía fundamental.

Garantizando al elector y al elegido el derecho al voto, ese derecho que nace ilimitado y lo limita la ley en razón a aspectos jurídicos como inhabilidades o carencia o invalidez del voto por incurrir en vicio o defecto.

La norma del Art. 40 de la C.N. se vulneró cuando quienes votaron por el señor Salcedo se les sustituyó su voluntad por la de los jurados con la anuencia de los delegados del Consejo Nacional Electoral y de los Magistrados de dicha institucion quienes a pesar de tener claro con la prueba practicada, que los escrutinios no fueron fiel reflejo de la voluntad del elector, la negaron.

El derecho al voto del Art. 40 y del 258 de la C.N. consagra ese principio ilimitado que por vía de excepción se limita y la ley 84 de 1993, estableció cuatro causales para ello. La ley dejó un gran vacío al no prever la causal de reclamación, el procedimiento para hacer uso de ella y los recursos que debían interponerse contra la decision adversa.

El 13 de marzo de 1994, los jurados de votación debían no contabilizar los votos que no cumplieran las disposiciones vigentes pero lo hicieron en forma desfasada, porque anularon votos indiscutiblemente válidos, como se constató con la prueba recogida por los Magistrados del Consejo Electoral quienes a pesar de ello, no evitaron el fraude.

Los jurados, cuando cumplen con su misión conforme al Art. 101 a 110 del C.E. comprometen al Estado, cuando lo hacen en forma irregular pues siempre se pretende la eficacia del voto.

Cita sentencia de esta Sección Quinta del 23 de junio de 1989, exp. 303, H. Consejero Ponente Dr. Jorge Penén; de mayo 4 de 1987, exp. 054, H. Consejero Ponente Dr.

Joaquín Vanín Tello; de febrero 19 de 1990 Exp. E-1338, H. Consejero Ponente Dr. Amada Gutiérrez Velásquez, que transcribe.

La jurisprudencia muestra en su concepto, la rigurosidad para sancionar el fraude electoral adoptada por la Corporación: la comprobación de un solo voto anulado indebidamente en las elecciones del 13 de marzo debe ser suficiente para invalidar el registro electoral por invalidar la verdad de las urnas.

Por ello es inaceptable la conducta del Consejo Nacional Electoral que supo que había conducta anormal de los jurados de votación.

A loa magistrados del Consejo se les solicitó, conforme a los Arts. 56 a 58 del Decreto 01 de 1984, que practicaran una inspección judicial a las dependencias de la Registraduría así con la prueba de los tarjetones introducidos en los sobres para votos nulos decidieran la reclamación por indebida anulación de votos y con ello mostrar la adulteración de los escrutinios.

Cuando se sustentó el recurso ante el Consejo Nacional Electoral en audiencia pública, realizada en las instalaciones de la organización electoral, se había conocido el fallo de la Corte Constitucional que consideraba inexequible la mayoría de las disposiciones de la ley 84 de 1993, entre ellas, el Art. 14, con lo cual las causales de anulación de votos desaparecían de la vida jurídica del país.

El Magistrado sustanciador de la apelación, Luciano Montoya, acompañado de ningún argumento jurídico por el Magistrado Silvestre Barrera, de los señores Delegados del Registrador del Estado Civil y de los Registradores especiales de San José de Cúcuta, el 10 y 11 de abril de 1994 practicaron la diligencia sin que se hubiera ordenado su notificación.

En el acta de inspección judicial, conforme aparece en el Acuerdo 2 del 6 de mayo de 1994, se constató en los documentos de los jurados de votación la irregularidad en el puesto 8, mesa 4, zona 5.

En la práctica de la prueba se violó el Art. 57 y el 58 del C.C.A.: Se cumplió la primera, porque se decretó y se practicó pero se dejó de notificar y no se permitió intervenir al apoderado del recurrente vulnerando el Art. 246 del C. de P. C.

Era procedente la solicitud de nulidad de lo actuado a partir del momento en que se decretó la prueba conforme lo previsto por el Art. 140, núm. 9, inc. 2o. del C. de P.C. para que se le diera el trámite del Art. 142 *ibídem.*

Al resolver lo pertinente, el Consejo Nacional electoral incurre en la casual de nulidad del Art. 29 de la C.N. porque la prueba fue solicitada y, por lo mismo, por aplicación de los Arts. 188 y 189 del C.E. para subsanar la nulidad en que se incurrió, permite afirmar que el organismo no cumplió con la función pública del Art. 265, inc. 5 de la Carta, que no es otra que velar por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plena garantía.

Por indebida aplicación de los Arts. 188 y 189 del C.E. porque las normas establecen solicitar, cuando se estime necesario, las actas de escrutinio y documentos que conserven los funcionarios o corporaciones, que deberán ser enviados en forma inmediata, dejando copias autenticadas. En el caso no se solicitó documentos sino que se pidió se trasladaran a practicar la prueba a Cúcuta.

Como prueba que desvirtúa lo afirmado en la Resolución está la elaboración del acta de visita surgiendo la falsa motivación porque la fundamentación en el Art. 189 del C.E. no es valedera por no concurrir ninguna de las causales señaladas allí, quedando claro el incumplimiento de normas a que estaban sometidos, par absolver una reclamación llena de argumentos jurídicos valederos.

Agrega que la prueba, irregularmente surtida, otorgó las herramientas del Art. 1o. de la ley 96 de 1985, para subsanar las deficiencias en la vía gubernativa al imponer al Consejo Nacional Electoral y a los otros funcionarios de la organización electoral que en la aplicación e interpretación de las leyes deben tener en cuenta los principios orientados como la eficacia del voto objeto de amplio estudio por el H. Consejo de Estado en cuyas jurisprudencias edifica la acción contenciosa.

Pero en su afán de no modificar resultados de votación, los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, para sustentar la confirmación de la negación de los Delegados del Consejo de revisar los votos indebidamente anulados por los primeros, incurren en violación del Art. 29 de la C.N. cuando afirman ausencia de procedimiento por facultad de la ley para resolver las reclamaciones.

La norma del Art. 29 de la C.N. define que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso: Las normas procedimentales son de orden público y su omisión determina responsabilidad; así las cosas el Acuerdo 2 de mayo 6 de 1994 es nulo por violación de la norma superior señalada porque se acentúa la ausencia del debido proceso que en sus consideraciones aduce la falla de ritual para resolver.

Cuando la jurisprudencia y la doctrina dicen que los motivos constituyen elemento esencial del acto administrativo que son la justificación del mismo, su causa, sus fundamentos de hecho y de derecho, es claro que el control de legalidad exige el control de los motivos del acto, que la intención de la decisión guarde relación con los motivos, que esa intención se persiga por la relacion motivo-fín del acto enjuiciado.

Todo acto administrativo como decisión supone la existencia de condiciones y circunstancias de hecho y de derecho en que apoya la voluntad administrativa decisoria que constituye el motivo del acto, el que permite desenmascarar una desviación de poder. Los motivos del acto son de interés público, de servicio público y sobre ese presupuesto se faculta de competencia a la autoridad que lo emite.

El Acuerdo 02 del 6 de mayo de 1994, resolvió la apelación impetrada por Salcedo, aduce que la reclamación se presentó extemporáneamente, razón para dejar en firme la

resolución proferida por los delegados del Consejo Nacional con la connotación de definirla como reclamación por recuento de votos que no podría hacerse en forma abstracta o genérica.

Para aclara la no extemporaneidad de la reclamación, debe decirse que es la ley que aparece en el Art. 192 del C.E. la que determina en qué momento debe efectuarse la reclamación fundada en hechos y derechos y ante quién presentarse.

La norma indicada (Art. 192 del C.E.) contiene un parágrafo que establece que podrán presentarse por primera vez durante los escrutinios que practican las comisiones escrutadoras departamentales, municipales o auxiliares "o" durante los escrutinios generales que realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral. A esta norma deben someterse los Delegados y el mismo Consejo.

Así las cosas, la pregunta es en qué radica la extemporaneidad.

"Extemporáneamente" es un adverbio de modo que conforme al diccionario significa fuera del su espacio propio y oportuno, que en el caso de la ley electoral se fija en el Art. 192 del C.E.

La indagación no puede ir más allá pues la ley en su parágrafo dispone qué oportunidades hay para presentar estas reclamaciones; luego la afirmación del Consejo no tiene fundamento.

La omisión por irregularidad de las formas o procedimientos señalados en la ley hace anulable el acto por vicios de forma, además de la inobservancia de las formalidades del proceso electoral ya señaladas más el hecho de que las decisiones afectan la validez del sufragio por cuanto incurren en la adulteración de los resultados.

Sobre la inobservancia de los derechos sustantivos el Consejo de Estado se ha pronunciado sentencia 1209 del 1o. de octubre de 1991, Sala Plena, Exp. 031, Consejero Ponente Dr. Libardo Rodríguez, de la que transcriben apartes para comentar que el derecho administrativo es acentuadamente formal en razón de que al ser derecho público, debe dar garantía a los administrados y facilitar las actuaciones de la Administracion sometiéndolas a reglas sobre expedición de sus actos, entre ellas, las de sujetarse a determinados procedimientos reguladores de tiempo, espacio y forma, facilitando el control jerárquico y jurisdiccional de la actividad administrativa para otorgar acatamiento a la Constitución Nacional que ordena el debido proceso para toda actuación.

La omisión del precepto en cualquier caso hace anulable la prueba que se obtenga.

El formalismo conduce a que las decisiones de la Administración, cuando la ley así lo dispone, deben ser motivadas, siendo evidente que el control jurisdiccional del acto administrativo discrecional solo puede establecerse por medio de su motivación por lo cual resulta exigible la prueba de los motivos y la mención de éstos permite establecer una eventual desviación de poder.

La relación entre el motivo y el fin hace incurrir al acto en la desviación de poder y trae como referencia la sentencia del 14 de septiembre de 1961, Sala de lo Contencioso Administrativo.

El desvío de poder como causa de nulidad se introdujo a partir de la ley 167 de 1941 en su Art. 66. El Consejo de Estado dictó decisiones reconociendo el vicio en julio 16 de 1943 y en 8 de marzo de 1947.

El Contencioso Administrativo está instituido para ejercer el control de legalidad en la actividad administrativa: el término legalidad se toma en sentido amplio como conformidad con el derecho, como regularidad jurídica; en la misma forma se entiende el término ley cuando se habla de norma superior a que se está sujeto; el principio de legalidad consiste en esa sujeción jerárquica de normas.

Por auto del 27 de julio de 1994 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional, denegatoria confirmada por auto del 5 de septiembre de 1994.

EXP. NO. 1150.- ACTOR: ANTONIO YEPES PARRA

En ejercicio de acción pública, y a través de apoderado debidamente constituido, en señor ANTONIO YEPES PARRA solicita que se declare nula la Resolución No. 191 de junio 14 de 1994 "por la cual se declara la elección de Senadores de la República y se ordena expedir las correspondientes credenciales", expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Que, igualmente se declaren nulos los actos de trámite del proceso electoral en que se eligieron Senadores el 13 de marzo de 1994, es especial, el Acuerdo No. 11 de junio 15 de 1994, "Por el cual se decide una petición" expedido por el Consejo Nacional Electoral, así como también solicita que sean anulados "los registros electorales o actas de escrutinio de jurados de votación o de cualquiera otra corporación electoral, lo mismo que de los demás actos proferidos dentro del mismo proceso electoral contrariando las normas legales pertinentes, todo conforme se acusan es esta demanda (sic) y que además siendo viciados se hubieren tenido en cuenta o computados durante el proceso de los escrutiniós respectivos, con violación de nuestro sistema electoral elaborado en la Constitución Política y leyes de la República." (fls. 40 y 41). Como consecuencia de lo anterior se ordene practicar, y se practique, por el H. Consejo de Estado, un nuevo escrutinio para la elección de Senadores para el período 1994-1998, con base en los registros que no resultaron afectados de nulidad y previa rectificación de los errores aritméticos que se comprueben judicialmente o votos que realmente obtuvieron los candidatos en las mesas impugnadas, excluyéndose los que resultaren viciados y enmendarse los que se comprueben equivocados.

Por último, con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios, hacer una nueva declaración de elección de los Senadores de la República, ordenando expedir las credenciales y comunicando todo lo anterior al Presidente del Consejo

Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus Delegados en los Departamentos, al Presidente del H. Senado de la República, Ministro de Gobierno y demás autoridades pertinentes.

Los hechos en que se fundamenta la acción se resumen así:

1.- El 13 de marzo de 1994 se efectuaron las elecciones para Senadores por la circunscripción nacional y Representantes por la circunscripción territorial, de acuerdo al Art. 1o. de la Ley 84 de 1993, vigente en ese momento. Esta ley fue declarada inexequible por la H. Corte Constitucional en fallo de marzo 23 de 1994.

2.- Los escrutinios auxiliares, municipales y distritales de estas elecciones, así como los escrutinios departamentales de las mismas elecciones se realizaron los días y horas expresados en el Art. 12 de la Ley 84 de 1993, norma vigente para tales fechas, por haber empezado a surtir efecto el fallo de la Corte Constitucional.

Ejecutoriada la sentencia del 23 de marzo de 1994 aún no se habían concluido la totalidad de los escrutinios departamentales, dejando de regir en el país el art. 12 de la Ley 84 de 1993 y recobrando su completa vigencia los arts. 160 y 177 del Código Electoral, fenómeno éste que convirtió tales escrutinios en ilegales por ser contrarios a las disposiciones expresadas en el Decreto legislativo 2241 de 1986. Como eran ilegales, no eran auténticos los escrutinios sino apócrifos, por lo que deben ser anulados por la causal segunda del art. 223 del C.C.A.

3.- El Consejo Nacional Electoral, en sesión del 5 de abril de 1994, y mediante Resolución No. 160 de mayo 25 de 1994 dispuso tener en cuenta el voto en blanco como válido para efectos del cuociente electoral.

Pero, al hacer las operaciones aritméticas, según consta en la página No. 6 de la Resolución 191 citada, no lo reconoció validez a los 148.307 votos en blanco, pues no los incluyó como "votos válidos", porque el cuociente fue más bajo que el cuociente real. Se obtuvo de 51.703 votos, siendo el real de 53.187 votos válidos.

Las cifras del cuociente electoral obtenido por el Consejo Nacional Electoral son falsas y apócrifas, pues los 148.307 votos en blanco son válidos, de acuerdo a lo resuelto en las Resoluciones números 10 y 11 de fecha 15 de junio de 1994, y deben sumarse a los 5.170.300 votos válidos, para así obtener un cuociente electoral verdadero y autentico de 53.187 votos, que sería la cifra "divisoria" a dividir entre 5.318.607 votos válidos, obteniendo el cuociente real.

4.- El principal acto demandado es el que declaró la elección de Senadores para el período constitucional de 1994-1998, acto contenido en la Resolución No. 191 de junio 14 de 1994. Dicho acto cuando reconoce y decide de los recursos que se interpusieron contra las decisiones de sus Delegados para los escrutinios generales. Acuerdos, conforme al art. 14 del Código Electoral, los cuales deben ir numerados, fechados y debidamente motivados, y después de expedidos no podrán modificarse, ni revocarse.

Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral no lo denominó "Acuerdo" sino simplemente "Resolución", como si fuera cualquier acto administrativo, siendo que éste, por su naturaleza, se asimila a las sentencias judiciales, y contra él no procede ningún recurso. Por lo anterior, el Consejo Nacional Electoral profirió un acto completamente ilegal y, por tanto, no autentico, calificado de apócrifo por no haberse ceñido a lo previsto en la ley.

Además creó una gran confusión, pues la sentencia y la fecha de ésta Resolución no se compadece con otras también dictadas por el Consejo Nacional Electoral y además, separó, sin justificación la numeración del acto donde se resolvieron los recursos de apelación propuestos contra las decisiones de los Delegados, conforme lo expresa el art. 180 del Código Electoral, del acto mismo por el cual se hizo la declaración de los elegidos.

5.- En varios municipios o distritos del país, sucedió que, para las elecciones, las mesas no se instalaron en los mismos sitios o lugares donde funcionaron para las elecciones del 8 de marzo de 1992, como lo ordena el art. 9o. de la Ley 84 del 11 de noviembre de 1993. Esta irregularidad constituye la causal primera y de reclamación señalada en el art. 193 del Código Electoral y también debe producirse la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación de las mesas discriminadas a folios 48 y 49 por incurrir en la causal segunda del art. 223 del C.C.A., subrogado por el art. 17 de la Ley 62 de 1988, ya que sus actas no son auténticas sino falsas o apócrifas, porque son ilegales y no pueden ser legítimas ni auténticas.

El Art. 9o. de la Ley 84 de 1993 fue declarado inexequible por la sentencia de marzo 23 de 1994, proferida por la H. Corte Constitucional.

En escrito presentado en término, el demandante corrigió la anterior demanda, agregando lo siguiente:

– Se amplió el punto que hace alusión al traslado de puestos de votación, en lo que hace referencia a Santa Marta y adicionando las mesas del Municipio de Cali, en el Valle del Cauca.

Además se adicionó a causal cuarta del Art. 223 del Decreto 01 de 1984, quedando solicitadas las nulidades que reclama la demanda con fundamento en la causal segunda y cuarta del Art. 223 del C.C.A.

Los cargos planteados en la demanda se resumen en la siguiente forma:

1) Relacionado con el hecho 2o. de la demanda porque al haber sido realizados los escrutinios en las fechas indicadas en la ley 84 de 1993, al ser ésta declarada inexequible debieron suspenderse y adecuarse a la norma vigente con anterioridad a dicha ley. No hacerlo tornó en apócrifos y nulos, conforme a la causal 2a. del Art. 223 del C.C.A., tales escrutinios, en especial los correspondientes a Boyacá, Córdoba, Bolívar y Cundinamarca.

2) Se basa en el hecho 3o. del libelo, porque los votos en blanco de los cuales se predicó debían tenerse en cuenta para establecer el cuociente electoral no figuraron al efectuar las operaciones matemáticas, incurriéndose por lo tanto en la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A.

3) Fundamentado en el hecho 4o. de la demanda, porque el denominar el acto acusado en forma distinta a la prevista por la ley para el mismo, se incurre en la causal 2a. del Art. 223 del C.C.A.

4) Se sustenta en el hecho 5o. de la demanda, porque al establecer sitios de votación en lugares distintos a los previstos en la norma se contraría la prohibición de la ley 84 de 1993 que constituye una casual de reclamación y que al proponerse dentro del juicio constituye la causal 2 de nulidad de que trata el Art. 223 del C.C.A.

El Dr. ENRIQUE RAFAEL CABALLERO ADUEN, mediante apoderado debidamente constituido, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

–En lo que hace referencia al cuociente electoral, la situación, manifiesta, no es como la plantea el apoderado del actor, En efecto: sumados la totalidad de los votos para Senado el resultado es de 5.021.913 votos, a los cuales se suman los 148.307 votos en blanco, dando un total de 5.170.120.

En efecto, cuando el Consejo Nacional Electoral dice que el total de votos válidos es de 5.170.304, ésta cantidad incluye los votos en blanco, por 2 razones:

–El Consejo Nacional Electoral había decidido que la disposición de la Ley 84 de 1993, que excluía los votos en blanco del cómputo, era contraria a la Constitución.

– Cuando se efectuaron los escrutinios para Senado, ya estaba ejecutoriada la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible la norma citada.

Por lo anterior, según los cálculos, es correcto el cómputo que declara que la lista del Dr. CARLOS ESPINOSA FACIO LINCE obtuvo curules en el Senado.

– En cuanto al hecho de declarar nulos los votos de las mesas que funcionaron en sitio diferente al fijado en las elecciones anteriores, considera que con tal actuación se quebrantaría el principio de eficacia del voto. El actor no presenta ningún argumento que demuestre que la votación fue fraudulenta, porque los registros estén adulterados, tengan enmendaduras o raspaduras, o las cédulas no correspondan a los votantes.

Además, la oportunidad para presentar esta reclamación ya precluyó, sin que el actor se hubiera pronunciado.

Es conveniente saber que la causal primera de reclamación prevista en el Art. 192 del Código Electoral no se refiere al Art. 9o. de la ley 84 de 1993, por cuanto esta norma es posterior, sino a lo dispuesto por el art. 100 del Código Electoral, como lo dispone el Art. 10 de la ley 6a. de 1990.

Remite para el análisis del concepto de falso o apócrifo al Diccionario Jurídico, Tomo VI, Letras A-Z, páginas 241-242.

Ordenada la acumulación y dentro del término previsto en la ley se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen así:

El señor Daniel Cuéllar Toledo reitera los puntos alegados en la demanda y evalúa el acervo probatorio.

A su turno, el impugnante Ciro Ramírez Pinzón solicita se denieguen de plano las peticiones de la demanda, reiterando lo expuesto en la contestación de ésta.

El señor Hildebrando Ortiz Lozano ratifica los puntos sostenidos en el libelo y, en relacion con las pruebas, pide que los documentos aportados como pruebas a las demandas 1138, 1142 y a todas las demás sean declarados nulos si han sido autenticados por la señora Carmen Alicia Espinosa u otro empleado de ésas dependencias, pues tales funcionarios carecen de atribuciones de Notario Público, por lo cual, ninguno de ellos puede dar fe de lo firmado o expresado por personas que no pertenecen a su oficina (arts. 262-3, 264 y 266 del C.P.C.)

De igual forma, continúa, deben ser declarados nulos y no tenerse en cuenta todos los documentos que hayan sido expedidos después del 1o. de septiembre de 1994, por el antiguo Consejo Nacional Electoral, pues dicha Corporación terminó su período en esa fecha; tampoco pueden tenerse como válidos los documentos que hayan sido conceptuados, sustentados y en general ninguna actuación realizada, a partir del 1o. de octubre de 1994, por el señor Luis Camilo Osorio Isaza, en calidad de Registrador, pues el período de dicho funcionario culminó el 30 de septiembre de 1994.

Agrega, en relación con el Senador Héctor Helí Rojas, que fue declarado electo simultáneamente para dos cargos: Representante y Senador dentro de un mismo período constitucional, pero también estaba inhabilitado porque desempeñó un cargo público y otro privado, como candidato a nombre del partido liberal, entidad de derecho privado y personería privada; la inhabilidad está comprobada no solo para las sentencias y disposiciones aludidas, sino por el artículo 179-8, al gestionar ante las autoridades electorales "su inscripción y aceptar las condiciones como candidato" y porque así lo ordenan los artículos 280-8 y 280-5 de la Ley 05/92 al igual que los artículos 282-1, 282-2 y 286 de la Ley 05 de 1992, lo cual implica la pérdida de su investidura y la nulidad constitucional, legal y moral del Dr. Héctor Helí Rojas Jiménez.

El actor Francisco Rojas Birry, en primer lugar, reitera las peticiones formuladas en la demanda y especialmente la relacionada con que se declare elegido como Senador al demandante. Evalúa las pruebas presentadas que en su criterio dan la razón a sus pretensiones y, finalmente, solicita que, en el *sub-júdice* se dé aplicación a la jurisprudencia contenida en las sentencias 909 del 23 de junio de 1989, exp. 0303 Con. Pon. Dr. Jorge Penen Delitiure, actor: Alvaro Romero Effer y 0173 del 19 de febrero de 1990, exp. 0338, Con. Pon. Dr. Amado Gutiérrez Velásquez, actor: Rogelio Pimienta Castro.

El accionante Nicolás Francisco Curi Vergara reafirma los argumentos expuestos en el libelo a efecto de corroborar la que juzga manifiesta ilegalidad de la resolución demandada.

El Senador Héctor Helí Rojas como parte impugnante en el mismo negocio reafirma los aspectos esgrimidos en la contestación de la demanda.

Se refiere igualmente a las demandas presentadas por Antonio Yepes Parra, María Cristina Rivera Hernández, Jorge Báez Hernández, Hildebrando Ortiz Lozano y Daniel Cuéllar Toledo, así:

En relacion con las demandas presentadas por Antonio Yepes Parra y María Cristina Rivera de Hernández, solicita se tenga en cuenta la fecha de la ejecutoria de la sentencia C-145/94 de la Corte Constitución y se verifique las operaciones aritméticas que aparecen en el acuerdo acusado que, en su concepto, están correctamente realizadas. En cuanto a las irregularidades que se predican por la errónea titulación del acto administrativo no acarrean su nulidad y, finalmente, alega que se confunde cambio de sitio para asignarle una consecuencia que no le da la ley.

En relación con las demandas presentadas por Jorge Báez Hernández e Hildebrando Ortiz Lozano manifiesta que la supuesta irregularidad del sorteo no existió, aparte de que se trata de una actuación administrativa preparatoria. De otra parte, solicita se tenga en cuenta la decision en el proceso de pérdida de investidura que se tramitó en esta misma Corporación radicado con el No. AC-1898.

En relación con el libelo presentado Daniel Cuéllar Toledo manifiesta que se alega una causal de incompatibilidad que no se funda en la ley.

La actora María Cristina Rivera de Hernández reitera los mismos razonamientos del libelo y concluye que los argumentos fácticos de la demanda a l igual que sus acusaciones, están probados.

El accionante Antonio Yepes Parra reitera los argumentos planteados en el libelo y evalúa las pruebas para reiterar la solicitud inicial.

El señor Enrique Caballero Aduen reitera lo dicho en la contestación a la demanda presentada por el actor anterior y solicita que tengan en cuenta los mismos argumentos al resolver sobre las peticiones elevadas por María Cristina Rivera, por contener los mismos cargos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado dio concepto en el negocio de la referencia, en la forma que se sintetiza a continuación:

Expediente 1135:

1.- En relación con la coincidencia de períodos, manifiesta que cuando se inscribió el señor Ciro Ramírez Pinzón no era diputado, por haber presentado renuncia a la Corporación, que aparece aceptada el 28 de diciembre de 1993.

Invoca la sentencia de la Corte Constitucional del 4 de mayo de 1994, proceso C-093, para afirmar que la misma ya definió que la inhabilidad sólo puede entenderse con referencia a una persona que actúa simultáneamente en dos corporaciones, dos cargos o una corporación y un cargo.

La ley 5a. de 1992 en su Art. 280-8, continúa, establece la excepción a la inhabilidad en comento para quien renuncia a un cargo o dignidad antes de la elección.

Considera que no hay violación del numeral segundo del art. 179 de la C. N., porque la condición de diputado no conlleva la calidad de empleado público. Así lo establece el Art. 299 de la C. N.

2.- Sobre el parentesco del elegido con funcionarios con autoridad civil o política, para la Procuradora colaboradora está demostrado el parentesco.

En cuanto a la autoridad civil y política hace la diferenciación y la precisión sobre qué debe entenderse por cada una con base en los considerandos del auto del 31 de mayo de 1990 de esta Sección.

Concretamente, respecto del parentesco con Rafael Ramírez Pinzón, Jefe de Fiscalización de la Dirección de Impuestos Nacionales, estima, conforme a las funciones que aparecen en el Decreto 2117 de 1992, en el Art. 93, que no aparece que ejerciera autoridad civil y tampoco que las funciones sean de carácter nacional como lo exige el Art. 179 de la C. N.

Sus funciones pueden calificarse de técnicas, administrativas pero no como de autoridad civil o política.

El último inciso del 179-8 de la C. N. establece una excepción a la inhabilidad prevista en el numeral 5o. de la disposición citada.

Según su interpretación, para que se estructure la inhabilidad se requiere que el ejercicio de la autoridad civil o política sea a nivel nacional, recalca, para que coincida con la circunscripción en la que debe realizarse la elección que, en este caso, es circunscripción nacional.

En su concepto, respecto del caso de Pedro Nel Ramírez Pinzón subdirector de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Boyacá, manifiesta que no hay prueba de la naturaleza de la entidad ni del régimen jurídico aplicable a dicho empleado; pero

de las funciones se desprende que son administrativas, comerciales y operativas de la entidad sin que se deduzca que con ellas se ejerce autoridad civil o política; pero de las mismas funciones se infiere que se cumplen en su sede regional.

3.- Respecto del conflicto de intereses alegado, considera que la causal no se fundamenta en las razones que se exponen; el hecho de acudir a la jurisdicción a reclamar un derecho que se cree tener, no configura conflicto alguno, salvo que se tratara de intervenir en el estudio de un proyecto de ley que se refiriera a hechos o circunstancias que en alguna forma favorecieran sus propios intereses ventilados en el juicio.

4.- Violación del Art. 65-5 de la ley 96 de 1985.

El Art. 172 de la C. N. establece las calidades para ser elegido Senador.

El Art. 179, *ibídem*, establece las inhabilidades y cualquier violación del régimen de esta última disposición conduce a la pérdida de investidura.

En cuanto a las excepciones solicita se denieguen.

Expediente 1138

1.- En relación con el fraude electoral alegado, manifiesta que las causales son taxativas y los elementos que se dan como fundamento, no están previstos como causal de nulidad.

El fraude debe aparecer demostrado y no hay prueba de que hubo intención insana de causar daño.

Concluye que no es posible enmarcar los hechos en la causal 2ª del Art. 223 del C.C.A.

2.- Respecto del cambio de sitio de las mesas de votación precisa que las causales de reclamación y ésta lo es, afirma, fueron eliminadas como causales de nulidad.

Aunque no es necesario agotar la vía gubernativa para ocurrir ante la jurisdicción a esta solo puede acudirse si hay configurada una causal de nulidad.

El Art. 9o. de la ley 84 de 1993, no consagra en estricto sentido una prohibición por lo que no se puede inferir su existencia ni un vicio de ilegalidad en los resultados.

3.- Violación del sistema del cuociente electoral.

En principio se siente relevada de adelantar un estudio por la falta de coherencia entre el enunciado fáctico y su desarrollo.

El sistema de cuociente electoral no está sometido a juicio; a más, la norma indicada en el escrito se refiere a una materia diferente.

No obstante, se realiza el estudio en la siguiente forma:

Luego de transcribir el Art. 265 de la C. N. para la Delegada resulta incoherente que se diga que el escrutinio debía realizarse única y exclusivamente por el Consejo Nacional Electoral, aspecto que queda como hipótesis sin demostración real que desvirtúe la presunción de legalidad.

La función 7a. del Art. 265 de la C.N. no le impone al Consejo Nacional Electoral, la obligación de efectuar el escrutinio en forma aislada y sin soporte.

El Consejo puede acudir a los actos de los Delegados, que son documentos públicos amparados por la presunción de autenticidad porque el escrutinio es un acto mecánico de contabilización.

No acepta por falta de prueba, las aseveraciones de que el Consejo Nacional Electoral diga que se hacen los escrutinios generales con base en las actas de sus delegados y al efecto, transcribe el inciso 4o. de la parte considerativa del acto acusado para mostrar que no se menciona lo dicho por el demandante.

Pero, aún en el supuesto a que alude el actor, para la Procuradora Delegada no se genera la nulidad por las causales 1a., 2a. o 4a. del Art. 223 del C.C.A. porque el numeral 7o., del art. 265 de la C. N. no le impone un procedimiento al Consejo Nacional Electoral.

4.- Violación del Art. 183 de la C. N.

Considera que no hay prueba por lo que el hecho resulta irrelevante.

5.- Participación de candidatos inelegibles.

No hay elementos de juicio en relación con los hechos que se predica de los señores Forero Fetecua y Gustavo Galvis Hernández.

En el caso del señor Héctor Helí Rojas, no hay prueba de las aseveraciones y no se exige la acreditación de calidades con ocasión de la inscripción.

6.- En cuanto a una presunta omisión del Consejo Nacional Electoral, considera que el hecho resulta irrelevante por lo que no conceptúa sobre el particular.

Expediente 1139.

En relación con la violación del Art. 171 de la C. N., manifiesta la Delegada colaboradora, que la norma establece de manera diferenciada dos circunscripciones; la nacional u ordinaria y la especial por comunidades indígenas; la primera, integrada por cien miembros y la segunda, por dos Senadores adicionales por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

La especial se regirá por el sistema del cuociente.

Para la Procuradora colaboradora es claro que la Carta condicionó la elección de ese número adicional en circunscripción especial; su elección no puede confundirse ni mezclarse con la ordinaria por el tratamiento especial que en la Constitucion Nacional se dió a las comunidades indígenas. Si quien, reuniendo los requisitos del Art. 171 de la C.N. se inscribió como aspirante por la circunscripción especial indígena, recibe el tratamiento y los beneficios que la misma Carta estableció para ésa circunscripción; si el candidato se inscribió en la circunscripción nacional así pertenezca a Comunidades Indígenas, como lo hizo Rojas Birry lo que no está prohibido por la C.N. y la ley (habiendo además pronunciamiento sobre el particular del 22 de noviembre de 1991, Resolución 109), debe someterse a las reglas establecidas para esa circunscripción, entre otras, el participar en un debate más amplio y competitivo.

Por otra parte, el Art. 263 de la C. N. fija como regla general aplicable a la circunscripción nacional para el Senado, entre otras, el sistema del cuociente electoral que se aplica a la circunscripción nacional ordinaria y a la de comunidades indígenas.

Al ser las dos circunscripciones independientes, los votos deben contarse separadamente pero, en cada caso, se aplica el sistema del cuociente electoral y así lo hizo el Consejo Nacional Electoral, sostiene.

Por ello no existe violación constitucional es este caso. El cuociente para cada una de las circunscripciones electorales fue distinto y ese cuociente distinto solo puede aplicarse a los candidatos que se inscribieron en cada una de las circunscripciones pero no indistintamente, sino en el caso, el especial resultante de efectuar la operación matemática para su determinación; por ello, recalca, resultó elegido el candidato inscrito en la circunscripción especial indígena Gabriel Muyuy Jacanamejoy con 14.245 votos y no resultó elegido el ciudadano Francisco Rojas Birry inscrito en la circunscripción nacional con 20.454 votos.

Lo anterior en relación con la inscripción, manifiesta, aparece demostrado con la copia del acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación, lo mismo que con la respuesta a las preguntas que se le formularon al señor Rojas Birry.

2.- Violación del art. 258 de la C. N.

La discriminación que acusa la demanda, para la Delegada no aparece demostrada y, por el contrario, del análisis del tarjetón deduce que el tratamiento fue igual para todos los candidatos. La norma invocada no establece tratamiento especial para ninguno de los candidatos, sean o no indígenas.

Las normas reglamentarias no señalaron sitios destacados o separados de los demás, como si lo hicieron para las comunidades negras. (Art. 4o. de la Resolución 71 de 1993 del Consejo Nacional Electoral).

3.- Violación del Art. 263 de la C. N.

La Procuradora señala que ya conceptuó sobre el particular al hacer la diferencia entre la aplicación del cuociente para la circunscripción nacional ordinaria y para la nacional indígena, indicando que el cuociente electoral fue debidamente determinado por lo que no hay violación del Art. 263 de la C. N. ni del principio de la eficacia del voto, consagrado en la Constitución Nacional y en el Art. 1o. ordinal 3o. del Decreto 2241 de 1986.

4.- Violación del Art. 223-4 del C.C.A. modificado por el Art. 17 de la ley 62 de 1988.

Los votos se computaron conforme al sistema electoral; por lo tanto no hay causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación.

Solicita que se analice la conducta del apoderado del actor por demandar, posiblemente en forma temeraria, una situación que, considera, no tiene mayor análisis dada la claridad de las normas aducidas como violadas, conociendo la trayectoria de su poderdante y su voluntariedad para inscribirse en la circunscripción nacional con las consecuencias jurídicas a ella asignadas.

Solicita denegar las súplicas de la demanda.

Expediente 1140.

Respecto de la alegada violación del Art. 263 de la C. N. (tener como válidos los votos en blanco) explica que con la declaratoria de inexequibilidad del Art. 14 de la ley 84 de 1993, cobró plena vigencia el Art. 137 del C. E.

En relación con la secuencia de actos dentro del proceso electoral, manifiesta que la etapa de inscripción, que culminó el 25 de enero de 1994 y la de las elecciones, que culminó el 13 de marzo de 1994, estaban consolidadas.

Terminadas las elecciones vienen los escrutinios municipales que debieron realizarse el 14 de marzo de 1994; los departamentales realizados por los Delegados del Registrador, que debieron hacerse el 15 de marzo de 1994; los generales del Consejo Nacional Electoral no tenían término pero se mencionó que se harían tan pronto llegaran los primeros resultados con las actas expedidas por los delegados y los datos del exterior.

Pero la norma se refería a que con la notificación de resultados y proclamación de la elección quedaba consolidado el proceso de elección y no antes, como ya quedó dicho, porque los anteriores son pasos previos al acto que pone punto final al proceso; este acto final fue la Resolución 191 del 14 de junio de 1994, fecha en la cual ya se había ejecutoriado el fallo C-145 de la H. Corte Constitucional y había recobrado vigencia el Art. 137 del C. E. sobre la validez del voto en blanco para determinar el cuociente electoral que fue lo ocurrido con el pronunciamiento del Consejo Electoral en su Resolución 191 de 1994.

Al respecto, transcribe apartes pertinentes de la Sentencia C-145 de la Corte Constitucional, para señalar que, como los escrutinios generales no estaban concluidos,

se trataba de las situaciones no consolidadas a las que se refiere la Corte en la Sentencia y a las que debía aplicarse la norma anterior a la declarada inexequible y que solo se consolidó con la Resolución 191 que tuvo en cuenta el voto en blanco para establecer el cuociente, como debía ser, conforme a la norma vigente en ese momento, Art. 137 del C. E. y art. 1o. numerales 1o. y 3o., *ibídem.*

No aparece probado, continúa, que se hubiera desconocido una situación consolidada porque bajo la vigencia de la ley 84 de 1993 no se consolidó situación electoral alguna lo que solo sucedió el 14 de junio de 1994 con la Resolución 191.

La aplicación del art. 137 del C. E. era posible sin que ello comporte violación al sistema del cuociente electoral del Art. 263 de la C. N.; todo lo contrario, la aplicacion estuvo ajustada al texto constitucional para determinar el cuociente.

Repite, por último, que en vigencia de la ley 84 citada se realizaron actos de trámite administrativo electoral, pero no la consolidación del proceso.

Solicita, en consecuencia, que se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda.

Expediente 1141.

Sobre los aspectos atinentes a la violación del derecho de igualdad y al debido proceso por la forma en la cual le fue asignado el número en el tarjetón, se remite a lo conceptuado en el expediente No. 1138.

En relación con el cómputo de los votos en blanco para efectos de determinar el cuociente electoral, se remite a lo dicho en el expediente 1140.

En relación con la violación del sistema del cuociente electoral por haberse cambiado de sitio las mesas, la señora Procuradora se remite a lo dicho sobre el particular en el expediente 1138.

En relación con la participación de candidatos inelegibles la Procuradora se refiere a lo dicho en el proceso 1138, con la adición de que en este juicio al igual que en el citado, al actor, se le olvidó probar su dicho.

Sobre la alegada inelegibilidad del señor Héctor Helí Rojas, manifiesta que este aspecto ya fue objeto de concepto en el expediente 1138 y a él se remite.

La Delegada se abstiene de conceptuar sobre el aspecto del voto en blanco en la elección de la Cámara porque no es asunto del presente proceso.

Expediente 1142.

1.- Elecciones realizadas en fechas distintas a las señaladas por los Arts. 160 y 177 del C. E. Para la procuradora delegada, teniendo en cuenta que los pronunciamientos que

la H. Corte Constitucional haga en forma de sentencias no tienen recursos, su ejecutoria y los efectos que de ella se predican, salvo que la Corporación disponga otra cosa, comienzan desde la desfijación del edicto que notifica o comunica la decisión, lo que significa que la ley 84 de 1993 estuvo vigente hasta el 21 de abril a las seis de la tarde, hora de la desfijación del edicto aludido y que a partir de ese momento, recobra vigencia la disposición derogada.

Al respecto, invoca lo dicho por la H. Corte Constitucional en su Sentencia, cuyos apartes transcribe.

Así, realizadas las elecciones, la etapa de verificación mediante escrutinios se lleva a cabo siguiendo lo dispuesto por el Art. 12 de la ley 84 de 1993 y no, como lo sostiene el apoderado de la parte actora, por el procedimiento de los arts. 160 y 177 del C.E. porque en ese momento estaba vigente la ley 84 que no había sido declarada inexequible.

El Art. 12 de la ley 84 citada, establecía que los escrutinios municipales comenzarían el lunes siguiente a la fecha de las elecciones, o sea el 14 de marzo. Los del orden departamental el martes siguiente a la fecha de las elecciones, o sea, el 15 de marzo y en tales fechas se desarrollaron, como consta en las actas que se allegan, sin que en ningún caso el escrutinio se prolongara hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia de inexequibilidad de la ley 84 de 1993. Así, los escrutinios de Boyacá terminaron el 18 de marzo, los de Córdoba el 17 de marzo, los de Bolívar el 20 de marzo y los de Cundinamarca el 18 de marzo, todos de 1994.

Aceptar el planteamiento de la actora es dar efectos retroactivos al fallo de la Corte, situación no considerada por dicha Corporación en su decision en la cual reafirmó y dejó a salvo las situaciones consolidadas, expresión que dentro del texto de la sentencia debe entenderse como los trámites que dentro del proceso electoral se hubieren llevado a cabo, como la fecha de las elecciones, los escrutinios municipales y departamentales o el evento de la Resolución 191 se hubiere proferido en vigencia de la ley 84 de 1993, pues esa sería la situación consolidada que todo proceso electoral debe respetar.

No habiéndose presentado violación de las normas invocadas no considera pertinente analizar lo falso o apócrifo o la carencia de autenticidad de los escrutinios, situación que resulta irrelevante.

2.- El sistema del cuociente electoral. Luego de transcribir el Art. 263 de la C. N., la Procuradora Delegada solicita desechar el cargo porque de las pruebas allegadas se desprende que los votos en blanco si fueron tenidos en cuenta para establecer el cuociente electoral.

3.- Error aritmético.

La Procuradora conceptuó que el error aritmético dejó de ser causal de nulidad para pasar a ser causal de reclamación.

Advierte que la no reclamación en oportunidad no impide la ocurrencia a la jurisdicción pero siempre que el hecho alegado constituya causal de nulidad, porque de lo contrario aparece como un artificio para alargar los procesos electorales en detrimento del principio de celeridad y brevedad que informan el juicio electoral.

Para que se configure la causal 2a. del Art. 223 del C.C.A. a más de existir un error aritmético debe demostrarse el elemento intencional dañoso y la carga de la prueba corresponde al actor. Al respecto invoca la providencia del 28 de noviembre de 1991.

4.- No contabilización de algunos votos.

El hecho, en su concepto, no aparece probado por lo que no se pronuncia sobre el punto.

5.- Denominación de los actos del Consejo Nacional Electoral.

Luego de transcribir el Art. 14 del C. E. la función 8a. del Art. 12, manifiesta que la parte actora, incurre en confusión porque la Resolución 191 no es de las que considera a la función citada del Código Electoral; en efecto, continúa, en el acto acusado no se decide recurso alguno sino que se declara la elección de Senadores y se ordena la expedición de las correspondientes credenciales.

La norma invocada por la demanda impone al Consejo Electoral la formalidad de denominar "Acuerdos" aquellos actos por los cuales conoce de recursos interpuestos contra las decisiones de sus delegados para los escrutinios generales, resolver desacuerdos llenar vacíos u omisiones en la decision de peticiones que se les presenten legalmente.

Recuerda que cuando el Consejo Nacional Electoral declara la elección de Senadores de la República y ordena la expedición de credenciales, ejerce una función constitucional contemplada en el numeral 7o. del Art. 265 de la C. N. y allí no se impone que la decision en ejercicio de esa función deba llevar un nombre específico.

La forma del acto es importante cuando está señalada por la ley y por razón de que su incumplimiento u omisión pueda tener influencia sobre la decision adoptada, no sobre los aspectos accidentales o accesorios que no inciden en la decision de declarar la elección de Senadores y expedir las correspondientes credenciales.

6.- Instalación de mesas de votación en sitios no autorizados.

Sobre este punto se remite a lo expuesto en los procesos acumulados 1102 y 1111 en los que actuó el mismo profesional que en el presente y que transcribe: En síntesis sustenta la tesis de que no una prohibición por cuanto la norma que por su naturaleza es taxativa no la plantea como tal. De otra parte, dentro de un sistema armónico, lógico y esquemático se debe dar eficacia al voto cundo la norma llega a admitir varias interpretaciones.

Así las cosas, concluye la Procuradora Delegada, las peticiones de la demanda deben denegarse.

Expediente 1144.

La señora Procuradora Delegada manifiesta que sobre los aspectos relacionados con las circunscripciones ordinaria y de comunidades indígenas establecidas en el Art. 171 de la C. N. ya se pronunció en el proceso 1139 y a él se remite.

En relación con el hecho concreto que aquí se analiza manifiesta:

Los candidatos indígenas que se inscribieron por la circunscripción electoral especial por comunidades indígenas fueron Remedios Nicolaza Fajardo, Lorenzo Muelas y Gabriel Muyuy Jacanamejoy.

Por la circunscripción nacional se inscribieron Floro Tunubala Paja, Francisco Rojas Birry, Andrés Agreda Chicunque, Jesús Enrique Piñacué, Bonifacio Chicunque Juajibioy que, aunque representaron movimientos indígenas se inscribieron libre y voluntariamente por la circunscripción nacional donde se elegían cien Senadores y no por la especial indígena del Art. 171, inciso 2o., de la C. N.

Por Resolución 109 del 22 de noviembre de 1991, el Consejo Nacional Electoral, a petición de la Organización Nacional Indígena aclaró la situación indicando que, además de las inscripciones de candidatos indígenas por la circunscripción nacional especial, al no haber prohibición alguna, cualquier aspirante indígena podia optar por inscribirse en la circunscripción nacional general siempre que cumpla con los requisitos del Art. 172 de la C. N. solo que quien opte por hacerlo para la circunscripción especial, goza del privilegio establecido de elegir con cualquier número de votos dos Senadores, mientras que al no existir prohibición para los indígenas de optar por la circunscripción nacional u ordinaria pueden hacerlo para competir en igualdad de condiciones con los demás aspirantes a una curul de las cien que otorga esta circunscripción.

Ese acto examina la situación del señor Floro Tunubalá Paja quien se inscribió por la circunscripción nacional sin otro calificativo, entendiendo que lo hizo por la general u ordinaria y, por lo mismo, sus votos no se suman a los emitidos en la primera sino en la última, para efectos de estimar el cuociente respectivo y el número de puestos que se adjudicarían a cada lista inscrita dentro de ella en razón de cuociente o de residuo.

Había, pues, un punto de referencia, aunque se refiriera a votaciones anteriores.

En tales condiciones, el Consejo Nacional Electoral no podia determinar el cuociente de la misma forma para las dos circunscripciones, es decir, contando para una sus propios votos y sumando también los votos de la otra, sino en forma separada para cada circunscripción de acuerdo con los votos emitidos para cada una conforme la inscripción de candidaturas en cada caso, como se hizo en la Resolución 191 de junio de 1994.

Los candidatos Lorenzo Muelas, Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Remedios Nicolaza Fajardo Gómez se inscribieron por la circunscripción nacional indígena y salieron elegidos los dos primeros por tener las mayores votaciones, cuyo total de votos se dividió por los puestos a proveer; el primero obtuvo un puesto por cuociente y, el segundo, uno por residuo.

Los demás ciudadanos inscritos en la circunscripción ordinaria debieron someterse a los requisitos de esa circunscripción en igualdad de condiciones a los demás, sin que puedan pretender ahora que se les aplique privilegios de la circunscripción especial por no ser ello procedente según la Constitución Nacional.

El diseño del tarjetón, continúa, no viola el Art. 171 de la C. N. por cuanto el artículo citado establece el cumplimiento del candidato indígena de presentar la acreditación de calidades como condición adicional al Art. 172 de la Carta y debieron hacerlo al inscribirse, porque los demás aspirantes al Senado no estaban obligados a ello.

La ubicación de los inscritos por la circunscripción indígena en el tarjetón no es violatoria del Art. 258 de la C. N. porque se está en pie de igualdad con los demás candidatos y obedece al hecho de que se trata de una elección de carácter nacional, solo que en la nacional especial se disputan con algún privilegio dos curules mientras que en la ordinaria se disputan cien curules.

Al no haber violación del sistema del cuociente electoral no hay violación del Art. 263 de la C. N. ni la causal prevista en el art. 223-4 del C.C.A. modificado por la ley 62 de 1988, art. 17.

El principio de la eficacia del voto se garantizó en estas elecciones como ya lo dijo antes y allí se remite. Solicita denegar las súplicas de la demanda.

Expediente 1145.

Sobre la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A. manifiesta que no se estructura porque para que ello ocurra es necesario que no se utilice el sistema del cuociente electoral como lo señala la norma; en consecuencia, el cómputo de votos inválidos o el no cómputo de los probablemente válidos no encuadra dentro de la causal y al respecto, cita apartes de una providencia de ésta Corporación que sostiene lo anterior.

En el presente caso, continúa, no se ha desconocido el sistema del cuociente electoral para efectos de la declaratoria de elección realizada en la resolución 191 de junio 14 de 1994.

Al respecto cita y transcribe apartes de la sentencia de la Sección del 14 de agosto de 1992, que reitera lo dicho en oportunidad anterior y concluye que a pesar de la multiplicidad de hechos narrados y abundante documentación, no se ha demostrada la violación del Art. 263 de la C. N. y, por lo mismo, solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

Expediente 1150.

Considera que las pretensiones que aquí de exponen coinciden con las del proceso 1142 sobre el cual ya se conceptuó y a lo dicho se remite por no encontrar nuevos planteamientos. Concluye solicitando la denegatoria de las súplicas.

CONSIDERACIONES.

EXPEDIENTE NO. 1135. ACTOR: DANIEL CUÉLLAR TOLEDO.

LAS EXCEPCIONES

La Sala debe precisar que, conforme a la derogatoria que del Art. 163 del C.C.A. hizo el Art. 68 del decreto 2304 de 1989, las excepciones previas desaparecieron como tales del procedimiento previsto en el C.C.A. por lo que no hay lugar a pronunciamiento especial; se estudiarán como motivos de impugnación y a ello procede la Sala.

Se alega la ineptitud de la demanda con fundamento en que no se acompañó constancia de la notificación y ejecución del acto.

Al respecto se observa:

El art. 139 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 25 del decreto 2304 de 1989, establece de manera general que a la demanda "deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de la publicación, notificación o ejecución, si son del caso..." (Se resalta)

En consecuencia solo en el supuesto de que sea necesario, por requerirlo así la actuación, se deben aportar las constancias aludidas.

Siempre se ha considerado que los actos declaratorios de elecciones se notifican en estrados y, en algunos casos, con previa citación a la audiencia correspondiente.

Ahora bien, el art. 7o. de la ley 14 de 1988, que subrogó el Art. 28 de la ley 78 de 1986 habla de notificación del acto declaratorio de elección, para efectos de establecer la caducidad de la acción electoral. En consecuencia, debe allegarse prueba de la fecha de notificación del acto declaratorio de elección, para efectos de determinar si la acción se instaura dentro del término de caducidad; de omitirse dicha prueba se debe seguir la regla general de estimar notificado el acto en estrados, tomando la fecha de expedición del acto y la parte actora puede correr el riesgo de que la demanda sea inadmitida por encontrar que entre la fecha de la notificación así determinada y la de presentacion del libelo ha transcurrido un término superior al previsto por la ley para considerar oportuna la acción, con perjuicio en algunos casos al demandante descuidado, que no es el caso presente en el cual la acción fue incoada dentro de la oportunidad legal.

En tales condiciones para la Sala es claro que la demanda se presentó conforme a derecho y es oportuna, por lo cual es procedente analizar el fondo del negocio.

De otra parte, en cuanto a las que califica la parte impugnadora como excepciones genérica y de ausencia de inhabilidades, debe precisarse que son aspectos que se irán despejando a medida que se estudie de fondo el negocio y se dicte fallo de mérito a lo que debe procederse.

EL FONDO DEL ASUNTO

El primer cargo planteado es la violación de la causal 2a. del Art. 179 de C. N.

La disposición invocada es del siguiente tenor:

"No podrán ser Congresistas:

Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o actividad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección.

.....

" Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contempladas en estas disposiciones.

" Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

De la transcripción anterior se deduce que la norma establece como supuestos fácticos de la inhabilidad, el ejercicio, como empleado público, de jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la elección como congresista.

Para que se configure la inhabilidad se requiere, entonces, entre otras cosas, que el aspirante se haya desempeñado como empleado público, calidad que no tiene el Diputado.

En efecto, conforme lo establece el art. 123 de la C. N. el diputado, por ser miembro de corporaciones públicas, es un servidor público al igual de los empleados y trabajadores del estado.

De acuerdo con la disposición citada, por razón de la vinculación con el Estado se tiene la calidad genérica de servidor público, que admite varias modalidades según la naturaleza y características de tal vinculación.

Así, el empleado público es servidor público pero el servidor público solo puede ser empleado público si está clasificado expresamente como tal, o si la naturaleza del cargo que desempeña responde a las características necesarias para serlo.

Lo mismo debe predicarse de cualquiera de las clasificaciones que están agrupadas dentro del género denominado servidor público.

Ahora bien, el Art. 299 de la C. N. establece que el Diputado no tendrá la calidad de funcionario público pero (y sin que se adentre la Sala en el estudio de las figuras funcionario público y empleado público por no venir al caso), tal es asunto que se defiere a la ley que hasta ahora no ha sido expedida. En consecuencia, a la fecha de la elección, el diputado era servidor público y no empleado público por lo que por este aspecto no está incurso en la inhabilidad.

Ahora bien, la causal 8a. del Art. 179 de la C. N. es del siguiente tenor:

"No podrán ser congresistas:

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden, así sea parcialmente".

Al respecto la Sala observa:

Ya en anteriores oportunidades la Sala se ha pronunciado sobre este mismo asunto en la siguiente forma:

En principio la inhabilidad cobija, entre otros, a quienes desempeñándose como diputados aspiran al Congreso produciéndose al ser elegidos, la vinculación simultánea a dos corporaciones, porque hay coincidencia parcial de períodos cuando el período para el cual aspira el candidato a congresista comienza antes del vencimiento del período para el cual fue elegido el Diputado en funciones.

Pero la Sala ha dicho, también, que tal simultaneidad solo se produce si no se demuestra que se presenta la desvinculación del Diputado de la Asamblea correspondiente, mediante renuncia aceptada, con anterioridad a la elección como congresista.

Por su parte, el Art. 280 de la ley 5a. de 1992 precisó de la siguiente forma el aspecto de la renuncia, para efectos de la configuración de la inhabilidad:

"Artículo 280. Casos de inhabilidad, no podrán ser elegidos congresistas:

.....

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente".

La disposición anterior fue acusada ante la H. Corte Constitucional, la cual por sentencia C-093/94 aprobada el 4 de marzo de 1994, MM. PP. Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara, declaró exequible la norma.

Por contener la providencia un análisis completo del tema que aquí se trata es procedente transcribir los apartes pertinentes:

"A juicio de la Corte, la norma acusada no es inconstitucional como lo afirman los actores, por cuanto lejos de contrariar, desarrolla el precepto de la Carta.

.....

"La prohibición constitucional admite dos hipótesis:

a) La de una persona que es elegida en forma simultánea, para ser miembro de dos corporaciones, desempeñar dos cargos, o ser miembro de una corporación y a la vez desempeñar un cargo público.

En este caso, es claro que, si se da la condición prevista por la Carta, es decir, que los períodos coincidan en el tiempo así seas parcialmente, habrá nulidad de la elección para el cargo y pérdida de la investidura de Congresista elegido (artículo 183, numeral 1o. C.P.)

b) La de una persona que es elegida para desempeñar un cargo o para ser miembro de una corporación pública y, estando en ejercicio del mismo, aspira a ser elegido para otra corporación o cargo cuyo período coincide, siquiera parcialmente, con el que venía ejerciendo.

En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entre en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, no puede haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede

haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Mediante el primero se configuran los casos en los cuales una persona que pretende ostentar esta calidad de servidor público de la rama legislativa, no puede ser elegido cuando ocurra alguna de las circunstancias de que trata el Artículo 179 de la Constitución Política. En lo concerniente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la misma Carta Fundamental, estas hacen relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso (Senadores y Representantes), durante el tiempo que ostenten dicha calidad. Estas y la inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, generan la pérdida de investidura de Congresista (Art. 183 numeral 1o. de la C. P.)

De conformidad con el numeral 8o. del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión "nadie podrá", para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también la prohibición previa de la elección como Congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al congreso, salvo la de Senador o Representante a ésa corporación. En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor público candidato a congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8o. del Artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta Política según el cual "ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las

vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente.(1)

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8o., toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados para ser elegido congresista.

Además debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de la candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera la falta absoluta para el resto del período, rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, la cual se presume en las gestiones que adelantaron ante las autoridades electorales.(2)

La situación, conforme las anteriores precisiones de la H. Corte Constitucional, que esta Sala comparte, es muy clara para el caso del estudio: se trata de un diputado que presentó y le fue aceptada la renuncia, con anterioridad a la elección como Congresista; en consecuencia, no quedó incurso en la causal por lo que hace referencia a la disposición en estudio.

La argumentación en el sentido de que la renuncia solo puede ser presentada ante los electores y aceptada por estos, no es de recibo por cuanto no está consagrada ni en la Constitución ni en la ley y, por lo mismo, no existe el procedimiento correspondiente.

Por otra parte, es claro que las disposiciones concretas establece que cuando al diputado le es aceptada su renuncia, se produce la vacancia absoluta, circunstancia que en presente caso aparece probada.

En efecto:

A folio 1 aparece un certificado expedido por los Delegados del Registrador del Estado Civil, según el cual el señor Ramírez Pinzón Ciro fue elegido Diputado a la Asamblea de Boyacá por el período 1992-1994.

---

(1) Sentencia D-236, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

(1) Sentencia C-093, Expedientes Nos. D-448 y D-468, Actores: Israel Morales Portela y otro, Magistrados Ponentes: Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara, Corte Constitucional 4 de marzo de 1994.

A folio 84 aparece copia del Decreto 001991 del 28 de diciembre de 1993, mediante el cual se aceptó la renuncia al señor Ciro Ramírez Pinzón a partir del 3 de enero de 1994.

A folio 86 aparece una certificación sobre asistencia a sesiones hasta diciembre de 1993.

A folio 5 aparece la Resolución 191 de 1994 que da cuenta de la realizacion de las elecciones el 13 de marzo de 1994, para elegir, entre otros, senadores por el período constitucional 1994-1998 y de la declaratoria de elección como senador del Dr. Ciro Ramírez Pinzón.

En este orden de ideas, la Sala, conforme a las pruebas allegadas observa que el señor Ciro Ramírez Pinzón que fue elegido diputado por el período 1992-1994 en la Asamblea de Boyacá, renunció y le fue aceptada la renuncia con anterioridad a la fecha de la elección como Senador de la República por lo que, por este concepto, no prospera el cargo.

Como segundo cargo, se plantea por la parte actora la violación del Art. 179-5 de la C. N., en la forma que se señaló en otro acápite de esta providencia.

Se observa:

La norma invocada es del siguiente tenor:

"No podrán ser elegidos congresistas:

.....

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política".

" Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contempladas en estas disposiciones.

"Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

La anterior disposición fue objeto de regulación en la ley 5a. de 1992, art. 280-5 e incisos penúltimo y último, cuyo texto es igual al constitucional.

La ley 84 de 1993, por su parte, estableció en el artículo 23:

"Art. 23o. INHABILIDAD POR PARENTESCO. El nexo de parentesco a que se refieren los ordinales 5o., 8o. e inciso final del artículo 179 de la Constitución Nacional, solo es causal de inhabilidad para la elección de Senador, si el empleado

con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio nacional. No hay lugar a inhabilidad tratándose de parientes vinculados al servicio diplomático o consular".

La disposición anterior fue declarada inexequible por sentencia C-145/94 dictada el 23 de marzo de 1994 por la H. Corte Constitucional pero solo por vicios de forma (único aspecto por el cual fue demandada y, en consecuencia, analizada la disposición), por considerar que tal regulación debió ser expedida mediante ley estatutaria. En tales condiciones se deduce que en la sentencia en cita y por las razones anotadas, no hay pronunciamiento de la Corte sobre el aspecto de fondo de la disposición.

Los elementos previstos en la norma constitucional en estudio son:

– Que aparezca demostrado un vinculo, entre otros, de parentesco por consanguinidad (en primero, segundo o tercer grado).

– Que el pariente del elegido ejerza un cargo con autoridad política o civil dentro de la misma circunscripción en la que se realiza la elección.

– Que, conforme a la excepción que el último inciso establece a la presunción prevista en el penúltimo, para efectos de la inhabilidad en estudio la circunscripción nacional no coincide con las territoriales.

El ejercicio de autoridad ha sido objeto en múltiples oportunidades en las cuales se ha llegado a la conclusión de que en últimas, en necesario el análisis en concreto de las funciones del cargo de que se trate y de su desempeño, para deducir si existe el ejercicio de autoridad con poder vinculante, factor que identifica el elemento necesario para configurar la inhabilidad, en este caso, civil o política.

No es, por lo tanto, suficiente para configurar la inhabilidad, como se insinúa, que se trate de desempeño de un cargo que no tenga autoridad militar porque la ausencia de la misma no le otorga al empleo ejercicio de autoridad civil en forma automática; puede tratarse, simplemente, del desempeño de un cargo que no tenga autoridad en el sentido de ejercer poder vinculante, sino que se trate tan solo del desempeño de funciones que no podrían ejercerse sin ser empleado público.

Ahora bien, en relación con la excepción de que trata el numeral 5o. del Art. 179 de la C. N., la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se pronunció en concepto del 5 de noviembre de 1991, con ponencia del H. Consejero Dr. Humberto Mora Osejo de la cual se transcriben los siguientes apartes:

"De la transcrita disposición (se refiere al Art. 179-5 de la C. N.) se deducen los siguientes principios:

1. Las causales de inhabilidad par ser miembro del Congreso, prescritas por el artículo 179, numeral 5, de la Constitución, como las contempladas por los

números 2, 3 y 6 de la misma disposición, en principio, solo rigen para las situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección " (art. 179, número 8 inciso 2o. de la Constitución); es decir; para que exista causal de inhabilidad por parentesco según la citada disposición, el empleado con autoridad civil o política debe ejercerla en la misma circunscripción en que el pariente es candidato al Congreso.

2. Por consiguiente, las causales de inhabilidad prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquella en que está inscrito el candidato al Congreso.

3. El artículo 179, inciso final, para los efectos de lo prescrito por la misma disposición, hace coincidir "la circunscripción nacional" "con cada una de las territoriales", salvo para la inhabilidad contemplada por el número 5 de la misma disposición.

Este precepto significa que, por presunción constitucional, la " circunscripción nacional" a que se refiere el artículo 171 de la Constitución para elegir Senadores, se asimila o identifica " con cada una de las territoriales" para que las causales de inhabilidad que se presentaren en éstas puedan ser aplicadas a los candidatos al Senado; se trata, por consiguiente, respecto de las elecciones para ser senadores, de una excepción prescrita por la Constitución al principio del artículo 179, número 8, inciso 2°, según el cual " las inhabilidades previstas en los numerales 2o., 3o., 5o. y 6o. se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección (La Sala subraya).

Pero, como excepción a la excepción, el artículo 179, número 8, inciso final, no es aplicable a las causales de inhabilidad para ser miembro del congreso contempladas por el número 5 de la misma disposición. En consecuencia, el nexo de parentesco que esta disposición contempla, solo puede ser causal de inhabilidad, en relación con las elecciones de senadores, si el empleado con autoridad política o civil, la ejerce en todo el territorio "de la circunscripción nacional" (arts. 171 y 179, numeral 8, inciso 2o. de la Constitución).

En este orden de ideas, la Sala procede a estudiar el caso concreto con base en las pruebas allegadas oportunamente:

– El parentesco del elegido, Ciro Ramírez Pinzón, con el señor Rafael Humberto Ramírez Pinzón:

A folio 19 aparece allegado el folio 135 de un libro de la Notaría Segunda de Moniquirá, que da cuenta que el 6 de mayo de 1951, se registró el nacimiento del señor Ciro Ramírez Pinzón, ocurrido el 21 de febrero de 1951, hijo de Ciro Ramírez y Noemí Pinzón. Como abuelos paternos figuran Félix Ramírez y María Fajardo y como abuelos

maternos Juan Pinzón y Josefina Camacho (en fotocopia expedida y autenticada por el Notario Segundo de Moniquirá, el 7 de marzo de 1992).

A folio 20 aparece allegado el folio 00453 de un libro de la Notaría Segunda de Moniquirá, que da cuenta que el 24 de enero de 1969, se registró el nacimiento del señor Rafael Humberto Ramírez Pinzón, ocurrido el 17 de julio de 1957, hijo de Ciro Antonio Ramírez y Nohemí Pinzón. Como abuelos paternos figuran Félix A. Ramírez y María Fajardo y como abuelos maternos Juan Pinzón y Josefina Camacho. El documento tiene anotación al margen de que la partida fue sentada por medio de declaraciones extra-juicio (en fotocopia expedida y autenticada por el Notario Segundo de Moniquirá, el 16 de marzo de 1994).

Del análisis de los anteriores documentos se deduce que está demostrado el parentesco en segundo grado de consanguinidad, entre Ciro Ramírez Pinzón y Rafael Humberto Ramírez Pinzón).

El cargo desempeñado por Rafael Humberto Ramírez Pinzón:

A folio 22 aparece la Resolución 01927 del 15 de junio de 1987, mediante la cual se nombra con carácter provisional al señor Rafael Humberto Ramírez Pinzón Inspector 3025-04 División de Inspección de la Subdirección de Investigación y Control de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A folio 24 aparece el oficio 05744 en el cual, el Jefe de Grupo de Recursos Humanos, Despacho del Administrador, Administracion Especial de Operación Aduanera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, da cuenta que el señor Rafael Humberto Ramírez Pinzón fue ubicado en la planta de personal de la Administracion Especial de Operación Aduanera de Santa Fe de Bogotá por Resolución 1206 del 1o. de junio de 1993, designado como Jefe de la División de Fiscalización. Afirma, igualmente, que el Decreto 2117 de 1992, asignó a esa División las funciones previstas en el Art. 93 del estatuto mencionado.

Analizado el Decreto 2117 de 1992 se observa:

Conforme a lo previsto por el art. 10o. en Santa Fe de Bogotá se establecen cuatro Administraciones de Impuestos y Aduanas Nacionales y, como una de ellas, la Administracion de Operación Aduanera; las funciones de tal Administracion, según el parágrafo 2 de la norma, se desempeñarán conforme lo previsto por los Arts. 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 99 y 100 del mismo Decreto.

Señala igualmente la misma disposición que la Administracion de Operación Aduanera no contará con las Divisiones de Cobranzas, Jurídica, Devoluciones y Liquidación y que, las funciones de esta última las desempeñará la División de Fiscalización, de manera general.

En el parágrafo 3o. del artículo en estudio, se establece que el Ministro de Hacienda puede autorizar el funcionamiento de las divisiones establecidas y en los casos en los

cuales no se de tal autorización, corresponde al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por Resolución, asignar las funciones a otras divisiones o al Despacho del Administrador local.

Las funciones de la División de Fiscalización de la Administracion de Impuestos y Aduanas Nacionales están previstas en el Art. 93 del Decreto 2117 de 1992, del siguiente tenor:

> "Conforme a las políticas e instrucciones del Subdirector de Fiscalización y del Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales, son funciones de la División de Fiscalización, las siguientes:
>
> a. Promover el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y prevenir su infracción;
>
> b. Desarrollar conforme a los planes y programas las funciones de fiscalización a los importadores, exportadores, transportadores, almacenadoras, agentes de aduana, contribuyentes responsables, agentes retenedores y declarantes en general, a fin de verificar el adecuado cumplimiento de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, así como la correcta aplicación de sanciones liquidaciones y recaudos de los impuestos, derechos, tasas, contribuciones, multas, recargos y demás gravámenes de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales;
>
> c. Adelantar las acciones e investigaciones necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la entidad y proponer las sanciones y la determinación oficial del gravamen respectivo cuando a ello hubiere lugar;
>
> d. Reprimir y sancionar dentro de su jurisdicción, las infracciones al régimen tributario, de aduanas y cambiario, en lo de competencia de la entidad;
>
> e. Proferir los pliegos de cargos, requerimientos y emplazamientos, autos de inspección y demás actos preparatorios de la determinación de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, así como proponer las sanciones y la determinación oficial de los impuestos y gravámenes conforme al procedimiento legal correspondiente, cuando a ello hubiere lugar;
>
> f. Ejercer funciones de política judicial en los términos previstos en la ley;
>
> g. Remitir a la unidad de liquidación los actos preparatorios necesarios para proferir los actos de liquidación oficial y aplicación sanciones; y
>
> h. Las demás, que le asigne el Administrador".

Por su parte el Art. 106 del decreto 2117 de 1992, establece:

"Competencia funcional.

Sin perjuicio de las normas previstas en los artículos anteriores, las dependencias de la Administracion de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrán las siguientes competencias:

a) La división de Fiscalización:

1. Adelantar las investigaciones y ejecutar los demás actos preparatorios para la determinación de los impuestos de su competencia y la aplicación de las sanciones por infracción a los regímenes tributario, aduanero y cambiario, en lo de competencia de la Entidad.

2. Proferir los emplazamientos, requerimientos especiales y pliegos de cargo para garantizar el derecho a la defensa....."

Conforme a las disposiciones legales y los documentos allegados se deduce que el señor Rafael Humberto Ramírez Pinzón es funcionario de la División de Fiscalización pero no de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sino de una Administracion Especial de Operación Aduanera.

Analizados conjuntamente el decreto 2117 de 1992 y la certificación obrante a folio 24, se deduce que las funciones que desarrolla la División de Fiscalización de la Administración Especial de Operación Aduanera de Santa Fe de Bogotá son las previstas por el Art. 93 del decreto en mención, por lo que se excluyen las de otras divisiones que pudieran corresponderle, en principio, de no medir la certificación citada que precisa la situación.

Ahora bien, de las anteriores transcripciones se deduce que las funciones están atribuidas, en principio, a la división no al Jefe de la misma, por lo que con las pruebas allegadas no es posible establecer si el mencionado jefe ha ejercido las funciones asignadas a su División o si tales funciones las desarrollan los empleados de la División bajo la dirección del Jefe.

Pero, sea como fuere, de las previsiones del art. 93 citado, se desprende también, que se trata de funciones eminentemente técnicas y que la División solo realiza actos preparatorios y no definitivos, en relación con la determinación de los gravámenes de su competencia y la prevención de las infracciones a las normas reguladoras de los mismos.

Se incluye la atribución de policía judicial, que preocupa a la Procuradora colaboradora y que conforme aparece prevista (en los términos de la ley), se reduce, en principio, a pesquisas e indagaciones. No aparece demostrado, de otra parte, cómo se concreta la función en estudio, que también aparece asignada al Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales (Art. 88). En tales condiciones no puede deducirse el ejercicio de autoridad civil por este aspecto.

Así las cosas, para la Sala es claro que quien desempeña el cargo de Jefe de la División de Fiscalización de la Administracion Especial de Operación Aduanera de Santa Fe de Bogotá no tiene autoridad civil para efectos de la inhabilidad de que trata la disposición constitucional invocada.

Por último, conforme a las disposiciones antes transcritas, la Sala observa que la competencia de la Jefatura de la División de Fiscalización de la Administracion Especial de Operación Aduanera de Santa Fe de Bogotá, no se extiende a todo el territorio nacional puesto que no hace parte del nivel central de la entidad. En consecuencia, conforme a las consideraciones anteriores no se configura la inhabilidad alegada.

El parentesco con el señor Pedro Nel Ramírez Pinzón:

A folio 26 aparece la fotocopia del folio en el cual se da cuenta que el señor Ciro Ramírez Pinzón se presentó ante el Notario Segundo del Circuito de Moniquirá y declaró que el 17 de junio de 1952, nació el señor Pedro Nel hijo de Ciro Ramírez y Noemí Pinzón siendo abuelos paternos figuran Félix Antonio Ramírez y María Fajardo y abuelos maternos Juan Pinzón y Josefina Camacho. (La autenticación corresponde al Notario Segundo de Moniquirá, el 7 de marzo de 1992).

Conforme al documento anterior y el que aparece a folio 19, ya reseñado, se deduce que entre los señores Ciro Ramírez Pinzón y Pedro Nel Ramírez Pinzón, existe parentesco de consanguinidad en segundo grado.

El cargo desempeñado por Pedro Nel Ramírez Pinzón:

A folio 94 aparece una constancia de trabajo expedida por el Departamento de Relaciones Industriales División de Información de Personal, Sección Registro de Archivo y Correspondencia, según la cual, el señor Ramírez Pinzón Pedro Nel, desempeña el cargo de Subdirector VII, Regional Ocho –U.O.C. Tunja, Boyacá, de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, sin que aparezca la forma de vinculación o la calidad del empleado.

No obstante, de manera general, la Sala observa que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, según su naturaleza, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, por lo que se trata de una entidad descentralizada (Art. 1° del decreto 3130 de 1968), vinculada a la Administracion y sujeta a su orientación, coordinación y control en los términos de las leyes y estatutos que la rigen (Art. 1o. del Decreto 1050 de 1968).

Los actos que las sociedades de economía mixta realicen en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetas a las reglas de derecho privado y los que realicen en cumplimiento de funciones administrativas que les confíe la ley, son actos administrativos (Art. 31 del Decreto 3130 de 1968).

El grado de tutela y condiciones de participación del Estado se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el contrato social.

Conforme al artículo 1o. del Decreto 130 de 1976, la sociedad de economía mixta se califica como del orden nacional si lo dice su constitución o posteriores estatutos y para ello se requiere que entre los socios figure la Nación o las entidades descentralizadas.

La Sentencia del 16 de julio de 1971, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de ésta corporación, precisó que la calidad de los empleados de estas sociedades no puede estar prevista en la ley por lo que en cada caso deben analizarse las disposiciones y estatutos correspondientes para determinarla.

De acuerdo con todo lo anterior, las actividades que realiza la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero son, en principio, de naturaleza comercial y, por lo mismo, se rigen por las normas de derecho privado.

Ahora bien, a folio 95 aparece la descripcion genérica y la naturaleza y alcance de las funciones correspondientes al cargo de subdirector de agencia A o B.

Allí describe el cargo como de coordinación y control del adecuado funcionamiento comercial, administrativo y operativo de la oficina mediante la supervisión del trabajo realizado por el personal a su cargo dando las autorizaciones requeridas en el área según las atribuciones que le han sido asignadas, organizando el uso de recursos financieros, técnicos y humanos para lograr las metas asignadas por el superior inmediato dando apoyo a la gerencia y controlar la eficacia y oportunidad de la información generada por los sistemas automatizados con los que cuenta la misma.

No está demostrado, que el Subdirector VII, Regional Ocho UOC, Tunja, tenga la calidad del empleado público ni que las funciones que desempeña tengan la naturaleza de administrativas.

En estas condiciones se concluye que no aparece probado que el señor Pedro Nel Ramírez sea empleado público y que cumpla funciones que correspondan a desempeño de autoridad civil o política en todo el territorio nacional.

Por último, la demanda señala que el señor Ciro Ramírez Pinzón está incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad por conflicto de intereses, como aparece explicado en otro acápite de esta providencia.

Al respecto la Sala observa, que el aspecto alegado aunque descrito no aparece sustentado en norma alguna que establezca la causal de inhabilidad en mención por lo que sin un mayor análisis, el cargo debe ser despachado desfavorablemente.

En este orden de ideas y conforme al anterior análisis las súplicas de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

EXPEDIENTE No. 1138. ACTOR: HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO.

En primer término, la Sala debe precisar que una cosa es el ejercicio del derecho de petición y otra muy distinta el derecho de acción, siendo este último el que se ejercita en

la presente oportunidad, contrario a lo manifestado en la demanda, afirmación que para el caso no tiene relevancia pues, como se dijo al admitirla, por estar ajustada a derecho, es procedente estudiar de fondo.

La Sala debe precisar en segundo lugar, que los documentos allegados al presente acumulado no pueden desecharse como pruebas con fundamento que se presenta en el alegato de conclusión, porque el hecho de haber sido autorizados por funcionarios a los que se les hubiera vencido el período no configura causal de nulidad alguna y, más, si se tiene en cuenta que un funcionario como los que se mencionan en dicho alegato, debe permanecer en funciones hasta que el reemplazo se posesione debidamente. Así las cosas, los documentos allegados y suscritos por quien ocupe uno de los cargos a que se hace mención por el demandante aún porque su reemplazo no se haya posesionado se tendrán en cuenta como prueba, cuando sea del caso y, de todas maneras, por aplicación del art. 25 del Decreto 2651 de 1991. Aspecto que se predica en lo pertinente al análisis probatorio de cada uno de los negocios que aquí se deciden.

De otra parte, debe precisarse que la Sala solo analizará los cargos alegados en la demanda que constituye el marco de litis del proceso y no los que aparezcan agregados en el alegato de conclusión.

Procede la Sala a analizar los cargos planteados:

I.- Infracción de los Arts. 29 de la C.N., 62-1 y 2, 223-2, 227, 228 y 223-5 del C.C.A., y 7o. de la ley 84 de 1993 por las razones que aparecen reseñadas en otro aparte de esta providencia.

Se observa:

El Art. 62-1 y 2 del C.C.A. es del siguiente tenor:

"Art. 62. Firmeza de los actos administrativos.- Los actos administrativos quedan en firme:

1°) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso;

2°) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido;..."

De la transcripción anterior se deduce que la disposición precisa cuándo puede entenderse la vía gubernativa, aspecto que en este caso está por fuera de discusión porque para ocurrir ante la jurisdicción contenciosa en acción pública de nulidad de carácter electoral no es necesario el agotamiento de dicha vía. Lo único necesario y ello, para la prosperidad de las pretensiones, es la configuración de una causal de nulidad debidamente comprobada.

La norma no establece, pues, una causal de nulidad.

En estas condiciones debe despacharse desfavorablemente el cargo por este aspecto.

Violación de los Arts. 227, 228 y 223-5 del C.C.A. por incumplimiento de lo previsto por el Art. 7o. de la ley 84 de 1993. En el presente caso se hace derivar la inhabilidad por falta de calidades de todos los elegidos como Senadores de la que se califica como irregularidad en el sorteo porque en concepto de la parte actora, no se dio cumplimiento al Art. 7o. de la ley 84 de 1993, aspecto que es ajeno a que los candidatos reúnan o no calidades para ser elegidos, como pasa a explicarse:

Las normas invocadas son del siguiente tenor:

"Art. 227. Posibilidad de acudir ante la jurisdicción de los contencioso-administrativo.- Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos"

"Art. 228. Nulidad de la elección y cancelación de credenciales.- Cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviese algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la nulidad de la elección hecha a favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial."

Art. 223-5 del C.C.A., tal como fue modificado por el Art. 17-2 de la ley 62 de 1988:

"Artículo 17o.- El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

Artículo 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

Artículo 223. **Causales de nulidad.** Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

.....

5. Cuando se computen votos a favor de ciudadanos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos".

El Art. 7o. de la ley 84 de 1993, dice:

Las tarjetas electorales serán numeradas consecutivamente; se elaborarán en papel que ofrezca seguridad y contendrán: las fotografías nítidas, visibles y de tamaño suficiente para la identificación de los candidatos; su nombre y apellido; los nombres de los correspondientes partidos, movimientos políticos o sociales, o

grupos significativos de ciudadanos. Además, a cada candidato se le asignará un número por sorteo el cual no podrá coincidir con otro asignado a candidato o lista en elección que tenga lugar en la misma fecha, dentro de la correspondiente circunscripción.

Las tarjetas electorales se distinguirán por colores diferentes según la elección y Corporación de que se trate.

Todos los candidatos inscritos para una corporación aparecerán en la misma tarjeta electoral.

Una vez elaborada la tarjeta electoral no habrá lugar a cambiarla, en caso de muerte o de enfermedad síquica o física que impida el ejercicio del cargo de algún candidato cabeza de lista, podrá inscribirse por el mismo partido, movimiento o inscriptores, otro candidato, inclusive hasta las seis (6.00 p.m.) del día anterior a la elección y los votos obtenidos por el candidato reemplazado se contabilizarán a favor del reemplazante.

Para el año de 1994 no habrá mesas de votación automatizadas."

Debe anotarse, en forma previa al análisis, que est disposición, acusada ante la H. Corte Constitucional, fue declarada inexequible en sentencia C-145/94 del 4 de marzo de 1994 por la citada Corporación, por razones de procedimiento, pues su contenido es materia de ley estatutaria por regular funciones electorales.

Lo primero que se observa es la cita de normas de carácter general; se omite la precisión de las calidades que faltan en cada caso particular para que una persona concreta esté inhabilitada para ser Senador de la República.

Ahora bien, las calidades para aspirar a Senador son requisitos que deben reunir personas naturales y que la Constitución y la ley consideran mínimos para el desempeño del correspondiente empleo o función, de tal manera que si alguien no los cumple, no puede aspirar al mismo lo que deviene en la nulidad de la elección, conforme a la causal citada.

En estas condiciones y, para los efectos anotados, las calidades solo pueden predicarse de las personas, en este caso de los candidatos, no de los actos de la Administración.

El aspecto fáctico planteado no es el previsto por los Arts. 227, 228, y 223-5 del C.C.A. porque todos ellos son enunciativos y, por lo mismo, deben invocarse acompañados de las disposiciones específicas que establecen requisitos para aspirar a la senaturía y la norma que constituye el fundamento del cargo, la ley 84 de 1993 en su Art. 7o., tampoco establece ni calidades para ser elegido Senador, ni tampoco causales de nulidad de la elección, como se desprende de su mismo texto, por lo que no se aplican al caso.

Así las cosas, por este aspecto debe rechazarse el cargo.

Dentro de este mismo punto se alega la violación del numeral 2o. del Art. 223 del C.C.A., tal como quedó modificado por el numeral 2o. del Art. 17 de la ley 62 de 1988. La disposición es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 17.- El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

Artículo 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

Artículo 223. Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

.....

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

En relación con la causal de nulidad de que trata el Art. 223-2 del C.C.A., la Sala debe precisar:

Como se ha dicho en anteriores oportunidades, las normas que establecen causales de nulidad, como la disposición que se analiza, son taxativas.

Este carácter de excepción hace que su interpretación, conforme a los principios generales sobre el particular, deba ser restrictiva y, por lo mismo, no cabe una aplicación por extensión o analogía.

Ahora bien, en repetidas oportunidades la Corporación ha analizado esta causal en la siguiente forma:

La causal descansa sobre el supuesto de que los registros o los elementos que sirvieron para su formación tengan el carácter de falsos o apócrifos y que conduzcan a una alteración del resultado electoral.

La falsedad y el carácter de apócrifo se caracterizan por presentar como cierto algo, bien mediante maniobras engañosas para lograrlo o bien hacerlo aparecer como verdadero, a pesar de fundarse en una base fabulada o incierta.

En cualquiera de los supuestos planteados, ha dicho también a Sala, debe existir una alteración en los resultados electorales.

En el caso planteado se deduce claramente que los elementos falsos o apócrifos no están dados en este caso, y tampoco se vislumbra la forma en la cual la alegada irregularidad alteró los resultados electorales.

De otra parte, la Sala debe repetir lo dicho en el punto anterior en cuanto que las causales de nulidad son taxativas y tal aparte se remite, para precisar que la ley 84 de 1993

en su Art. 7o., transcrito, no le asigna consecuencias nulitantes a la irregularidad que se alega y, por el contrario, expresamente manifiesta que no puede repetirse el mismo número para dos candidatos que participen en la misma elección. El demandante dice que el Registrador ordenó la participación de un candidato con un número específico pero no demuestra lo que considera "maniobra" para hacerlo; más, siendo el último número posible por adjudicar y, por otra parte, no demuestra cual es la alteración que produjo en los resultados la participación de un candidato con un número y no con otro, que se considera la base de la nulidad.

Debe analizarse en este punto el auto al cual se refiere la demanda dictado en el proceso 1117, actor Bernardo Carreño Varela y su aplicación al presente caso:

Se trata de una provisión inadmisoria frente a la demanda de la inscripción de una candidatura, porque tal inscripción es un acto preparatorio, dentro del procedimiento electoral que culmina de manera definitiva con la declaración de la elección correspondiente y, por lo mismo, solo este último acto por ser el definitivo, es susceptible de ser demandado ante esta jurisdicción, aunque se alegue la nulidad respecto de algunos de los actos intermedios.

Ahora bien, que se configure la nulidad que se alega de la inscripción y que, igualmente, sea causal para anular la elección, depende de que la ley así lo establezca y que la causal esté debidamente demostrada.

El auto invocado no va más allá porque no estudia en esa oportunidad el fondo del asunto.

En el presente caso de observa, conforme a lo analizado que los hechos que, se alegan, ocurrieron con ocasión de la inscripción, no se encuadran dentro de la casual de nulidad invocada, como ya se explicó, por lo cual el cargo debe recibir despacho desfavorable.

Por último, es preciso recordar que el Art. 29 de la C. N. es norma de carácter general que se concreta en las disposiciones especiales; en este caso se observa que no se ha demostrado la existencia de la causal alegada, en consecuencia, no puede hablarse de la violación de la norma constitucional.

II.- Violación de los Arts. 192-1 y 9 del C. E., 9o. de la ley 84 de 1993, 29 de la C.N. y 223-2 del C.C.A.

Dice el Art. 9o. de la ley 84 de 1993:

"Artículo 9o. INSTALACIÓN DE MESAS DE VOTACIÓN. Para las elecciones de Congreso de la República, Presidente y Vicepresidente, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Ediles que se realizarán en 1994, se instalarán mesas de votación en los mismos sitios que funcionaron para las elecciones del 8 de marzo de 1992".

Esta disposición fue acusada ante la H. Corte Constitucional que la declaró exequible por sentencia C-145/94 del 4 de marzo de 1994, por considerar que podría ser objeto de ley ordinaria, al no consagrar una regulación permanente de funciones electorales sino de un aspecto de carácter técnico y transitorio de mecánica electoral relacionado con una elección específica.

Ahora bien, el Art. 192 del C.E., en lo invocado, dice:

> "Art. 192.- El Consejo Nacional Electoral o sus delegados tienen plena y completa competencia para apreciar las 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:
>
> 1. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley.
>
> .....
>
> 9. cuando las listas de 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 la inscripción o para la modificación, según el caso..."

Se observa:

En relación con la violación del Art. 192 en sus numerales 1 y 9 del Decreto 2241 por haberse infringido la ley 84 de 1993 en su Art. 9o., para la Sala es claro que, aún si estuviera probada, la violación de las disposiciones citadas sería objeto de reclamación por la vía gubernativa y no dentro del presente juicio, como pasa a explicarse:

De la transcripción de las normas invocada se deduce que el Art. 192 del Decreto 2241 de 1986, establece causales de reclamación que deben ser alegadas, exclusivamente, en la vía gubernativa. En consecuencia invocar la infracción de los numerales 1 y 9 de la norma mencionada, como fundamentos de nulidad en el proceso resulta, en principio, improcedente.

En efecto, ya en anteriores oportunidades la Sala ha explicado que a partir de la vigencia de la ley 62 de 1988 las causales de reclamación dejaron de ser causales de nulidad, naturaleza que les asignaba el Art. 42 de la ley 96 de 1985 (y posteriormente el Art. 192 ya citado) al que remitía el Art. 65, *ibidem*, reformador del Art. 223 del C.C.A.

Ahora bien, en cuanto a la configuración de la causal de nulidad prevista en el Art. 223-2 del C.C.A. por razón de la alegada violación del Art. 9o. de la ley 84 de 1993 la Sala debe precisar:

Al estudiar el punto anterior se transcribió y se analizó la causal 2a. del Art. 223 del C.C.A., tal como fue modificado por el Art. 17-2 de la ley 62 de 1988 y al mismo se remite la Sala.

Debe tan solo agregarse que el hecho alegado, (votos recogidos en lugares distintos a los autorizados) es asunto que puede ser objeto de reclamación pero no se convierte de manera automática en la causal de nulidad invocada, porque un cambio de sitio de mesas de votación, por sí solo, no tiene la virtualidad de tornar un elemento o registro en falso o apócrifo en casos como el presente, por no darse los elementos previstos para considerarlo como tal, conforme a las explicaciones iniciales, a más de que los hechos alegados desaparecieron como causales de nulidad autónomas, como ya se explicó.

En relación con la invocación de la causal establecida en el numeral 2 del Art. 223 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 17-2 de la ley 62 de 1988 y la comisión de un ostensible delito con el argumento consistente en afirmar que si los votos son plena prueba emitida por el elector, al ser conseguidos fuera del sitio señalado en la ley, tienen que ser anulados con el fundamento de que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso que en este caso es el electoral como lo sostiene, en su criterio, esta Sección en la providencia que decidió el radicado 1117, ya citada, **se observa:**

Al estudiar el punto anterior, la Sala tuvo ocasión de referirse a la providencia expedida por Sala unitaria en el proceso 1117 y al mismo se remite, dado que también se invoca en este punto.

Debe agregarse que la palabra "proceso", no siempre tiene la acepción de juicio, ni siquiera cuando es utilizada por los jueces. En el caso que se menciona se trata, como se desprende del texto mismo de la providencia invocada, de sucesión de trámites que culmina con una declaratoria de elección. Su connotación es, por lo tanto, distinta a la que le asigna el demandante por lo que la conclusión a la que llega no es de recibo para el caso.

En consecuencia, no se aceptan los argumentos planteados por la parte actora pues por el aspecto anotado, los hechos alegados no encajan en los supuestos del Art. 223-2 del C.C.A. invocado, por lo que, por este aspecto debe desestimarse el cargo no habiendo lugar, por otra parte, a pronunciamiento alguno sobre la petición de compulsar copias a la autoridad competente pues un supuesto delito no se deduce de una argumentación como la anotada.

Por último debe precisarse que al no configurar la causal de nulidad de la elección, no puede considerarse infringido el Art. 29 de la C.N., por las mismas razones expuestas antes.

No prospera el cargo.

III. Violación del Art. 265-7 y configuración de la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A., en la siguiente forma:

A) El Consejo Nacional Electoral debe realizar directamente el escrutinio general de la votación nacional conforme al Art. 265 de la C. N. y al no hacerlo se configuró la nulidad prevista en el art. 223-4 del C.C.A.

Dicen las normas invocadas:

"Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales:

.....

7. Efectuar el escrutinio general de toda la votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar".

El Art. 223-4 del C.C.A., tal como fue subrogado por el art. 17 de la ley 62 de 1988, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 17.- El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

Artículo 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

Artículo 223. **Causales de nulidad.** 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 Constitucion Política y leyes de la República".

Como el Art. 265-7 de la C.N. se invoca en los distintos literales en los cuales divide la demanda este cargo, es procedente registrar desde ya, que la reglamentación prevista en el Art. 12 de la Ley 84 de 1993, fue acusada de inexequibilidad ante la Corte Constitucional que decidió sobre la misma en sentencia C-145/94 del 4 de marzo de 1994.

En la síntesis del cargo contra la disposición en mención dijo la Corte:

"Afirma que el Consejo Nacional Electoral según esta norma, no realiza los escrutinios con base en los votos ni en las actas de los jurados de votación, sino sobre las actas que expiden sus delegados, las cuales pueden ser inexactas. Considera que las únicas actas demandables ante el Consejo de Estado son las de los jurados de votación y a pesar de ello no son tenidas en cuenta con lo cual se infringe el numeral 7o. del artículo 265 superior. Igualmente, con ello se coarta el derecho de defensa de las personas que resulten afectadas por resultados inexactos o por algún fraude electoral que se haya cometido a partir del momento en que los jurados de votación entregan sus actas de escrutinio, hasta que luego de agotada

la vía gubernativa se puede hacer uso de lo contencioso administrativo para reclamar sobre irregularidades cometidas por las Comisiones Escrutadoras Municipales, Distritales, Departamentales, y aún, Nacionales, pues es función específica del Consejo Nacional Electoral la de "efectuar el escrutinio general de toda la votación nacional", según el numeral 7o. del artículo 265 de la Constitución. Por ello, es ostensible la delegación de funciones que se pretende hacer con esta disposición, al igual que el desconocimiento de lo preceptuado en la Carta Política.

A su juicio, los apartes acusados vulneran además el artículo 40 de la Carta, ya que según este, todo ciudadano puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley en su oportunidad; es decir, que puede impugnar y revisar las actas de los jurados de votación inmediatamente sean expedidas, lo que no es permitido por la disposición impugnada. En su sentir, "el Consejo Nacional Electoral y el Registrador evaden las funciones pertinentes y asumen otra que no son su resorte, lo cual viola también el artículo 121 de la Constitución"".

Al respecto, la H. Corte Constitucional en la misma Sentencia declaró inexequibles, entre otras disposiciones, el Art. 12 de la ley 84 de 1993 en cuanto consideró que el asunto regulado era objeto de una ley estatutaria, pero al analizar la disposición, desde el punto de vista material, la encontró ajustada a la Constitución. Para la Sala es importante transcribir lo dicho por la citada Corporación sobre el particular:

"En primer lugar desde el punto de vista material, considera la Corte que las funciones que el precepto en cuestión asigna al Consejo Nacional Electoral constituyen cabal concreción de las que el artículo 265-7 de la Carta le asigna para "efectuar el escrutinio general de toda la votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar".

"Además, debe señalarse que las actas de los escrutinios, en cuanto documentos públicos que son, están amparadas por la presunción de autenticidad, en cuya virtud su contenido se reputa veraz mientras no se compruebe lo contrario, según los procedimientos previstos en la legislación electoral y por las causas que la misma establece.

"Por esta razón, para la Corte no es de recibo el argumento de presunta inconstitucionalidad de fondo que pretende estructurarse sobre la base de la probable inexactitud de que podrían adolecer dichas actas. La circunstancia de que los escrutinios se hagan con base en las actas, no excluye de modo alguno la posibilidad de que en caso de invalidez o nulidad, se acuda al reconteo de votos en forma directa. Carece de todo respaldo constitucional esta imputación, por lo cual no encuentra la Corte, desde el punto de vista material, inconstitucionalidad en esta norma".

De lo anterior se deduce que el Art. 265 de la C. N. establece las atribuciones que, de conformidad con la ley, tiene el Consejo Nacional Electoral y que por lo mismo la Corte

no consideró que hubiera reparos de carácter material a una reglamentación que fundamentaba la actuación del Consejo en documentos distintos de los votos mismos.

La segunda de las disposiciones invocadas, Art. 223-4 del C.C.A., erige como causal de nulidad el cómputo de votos con violación del sistema del cuociente electoral.

En relacion con la causal alegada, Art. 223-4 del C.C.A., tal como quedó modificado por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988, la Sala debe precisar que las normas que establecen excepciones o restricciones como la que se estudia, son taxativas por la razón anotada, por lo que no admiten aplicación extensiva o por analogía.

En este entendido, conforme a la transcripción precedente, la causal se configura cuando los votos se computan con violación del sistema del cuociente electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República.

Se restringe así el contenido y alcance que se le dio a lo previsto en el numeral 4 del Art. 65 de la ley 62 de 1988 que establecía entre las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados y de toda corporación electoral, la violación del sistema electoral.

Según lo visto, la causal se configura cuando no se utiliza el sistema en mención o se hace en forma errada. No quedan, por lo tanto, comprendidas en esta causal situaciones anteriores a la determinación misma del cuociente electoral.

Es claro que en el presente caso se utilizó el sistema del cuociente electoral conforme se desprende de las pruebas allegadas por lo que por tal aspecto no se configura la nulidad alegada.

El hecho que se plantea en la demanda como fundamento de la configuración de la causal consiste en considerar que el Consejo Nacional Electoral no escrutó directamente los votos y es claro que tal situación no está configurada en la causal invocada y, como la justicia administrativa es rogada, **debe rechazarse el cargo, por este aspecto.**

B) Se alega, igualmente, que quienes escrutaron las votaciones en los departamentos no tenían facultades para hacerlo porque el Art. 265 citado había derogado las disposiciones que les asignaban tal competencia.

Ya en el punto anterior se precisó que el Art. 265 de la C. N. establece las atribuciones que tiene el Consejo Nacional Electoral, conforme a la ley, por lo cual es esta última la que hace la correspondiente reglamentación sobre la forma de cumplir con las mismas, y, por lo tanto, no hay falta de competencia de quienes escrutaron los votos en los departamentos.

El Art. 116 del C. E. que se cita en la demanda no es aplicable al caso por cuanto se refiere a las elecciones de Presidente de la República, que no es el caso en estudio; por este aspecto, en consecuencia, también debe rechazarse el cargo.

En cuanto a la cita del Art. 192-2 y 8 del Decreto 2241 de 1986 que menciona al final de la demanda baste recordar que se trata de causales de reclamación y no de nulidad,

por lo que no son de recibo para efectos de solicitar una nulidad, como ya se explicó antes, por lo cual, debe rechazarse el cargo.

C) En relación con el argumento de que la función del Art. 265-7 de la C.N. no es delegable, debe remitirse la Sala a lo expuesto antes, cuando se dejó transcrito el pensamiento de la H. Corte Constitucional, y el papel preponderante de la ley para que el Consejo Nacional Electoral cumpla con las funciones que le atribuye la Constitución Nacional.

Debe, igualmente, remitirse en este punto lo explicado en el anterior en relacion con el Art. 116 del Decreto 2241 de 1986.

Por este aspecto no prospera el cargo.

D) Violación de los Arts. 29, 265-7 de la C.N., causales 1, 2 y 4 del Art. 223 del C.C.A. y 192-9, 11 y 12 del decreto 2241 de 1986 por incumplimiento de los previsto por el Art. 66 de la ley 70 de 1993.

La Sala se permite transcribir las disposiciones invocadas en este punto:

"Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales:

.....

7. Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar".

Art. 223-1, 2 y 4 del C.C.A.:

"ARTÍCULO 17.- El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

Artículo 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

Artículo 223. **Causales de nulidad.** Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1.- Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o estas se hayan destruido por causa de violencia"

2.- Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

.....

4.- Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y en las leyes de la República".

El Art. 192, causales 9, 11 y 12, del Decreto 2241 de 1986 es del siguiente tenor:

"Art. 192.- 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:

1. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados. conforme a la ley.

.....

9. Cuando las listas de 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 la inscripción o para la modificación, según el caso.

.....

11. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella.

12. 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 escrutinios se incurrió en error al anotar los nombres o apellidos de uno o más candidatos".

En relación con las causales de reclamación, debe remitirse la Sala al análisis realizado en los puntos anteriores con el agregado de que los hechos alegados no encajan en ninguna de las causales invocadas, por lo que por este aspecto **no prospera el cargo.**

En cuanto a la supuesta violación del Art. 66 de la ley 70 de 1993, que genera la nulidad por las causales 1, 2, y 4, se observa que no puede hacerse mayor análisis porque no se relaciona con el objeto del presente proceso.

El Art. 66 de la ley 70 de 1993 es del siguiente tenor:

"Artículo 66. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional, establécese la circunscripción especial para elegir dos (2) miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes.

"El Consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección".

Para la Sala es claro que el caso de las comunidades negras no encuadra en ninguna de las causales de nulidad alegadas ni tampoco en las de reclamación.

De otra parte, el aspecto discutido no es asunto que sea parte del presente proceso en el cual se pretende la anulación del acto declaratorio de las elecciones de los aspirantes al Senado de la República.

En estas condiciones no puede considerarse como violadas las normas invocadas en la demanda y por lo mismo **debe rechazarse el cargo.**

IV.- Violación del Art. 183-1 y 5 de la C. N., 197 *ibídem*, por apoyarse en el parágrafo del Art. 6o. de la Ley 84 de 1993. Violación del Art. 179-8 de la C.N. y del Art. 13 *ibídem.*

Del relato de los hechos alegados en este cargo, la Sala entiende que la nulidad de la elección de Senadores se hace derivar de la violación del Art. 183-1 y 5 de la C.N. por aparecer apoyadas las inscripciones en la previsión del parágrafo del Art. 6o. de la ley 84 de 1993.

Al respecto, se debe precisar que si la parte demandante consideró que los inscritos conforme al parágrafo del art. 6o. de la ley 84 de 1993, incurrieron en las causales 1 y 5 del art. 183 de la C. N. la acción procedente era de solicitud de pérdida d investidura y no la de nulidad de carácter electoral, por lo que la vía escogida en esta oportunidad estaría errada y las normas invocadas por no ser causales de nulidad no son aplicables al caso.

En efecto, el Art. 183 de la C. N. en los apartes citados, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

1.- Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

.....

5.- Por tráfico de influencias debidamente comprobado".

Por su parte, el parágrafo del Art. 6o. de la ley 84 de 1993 dice:

"PARÁGRAFO. Las listas encabezadas por congresistas elegidos en las elecciones inmediatamente anteriores se inscribirán sin necesidad de acreditar requisito alguno".

La Sala observa en primer término que el Art. 183-1 y 5 de la C. N. que se invoca, no establece causales de nulidad sino de pérdida de investidura por lo que su invocación es propia de un proceso distinto al presente como se dijo al comienzo. De lo anterior se sigue que el fundamento de las causales que se esgrimen, Art. 6o., parágrafo, de la ley

84 de 1993, por constituir en criterio del actor l prueba de la configuración de las causales, debía ser esgrimido también en este proceso de pérdida de investidura y por lo mismo no son de recibo en el presente.

Se plantea en este mismo punto, la violación del Art. 197 de la Carta por utilizar para la inscripción, la misma norma, parágrafo del Art. 6o. de la ley 84 de 1993, precisando que quienes se inscribieron eran congresistas y, siéndolo desempeñaron el cargo de candidatos al Congreso sin renunciar a la curul por lo cual violaron el Art. 179-8 de la Carta, pues eran congresistas al momento de la inscripción y por ello los períodos coincidían.

El Art. 197 de la C. N. es del siguiente tenor:

> "Art. 197.- No podrá ser elegido presidente de la república el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia. Esta prohibición no cobija al vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma contínua o discontínua, durante el cuatrienio.
>
> Tampoco podrá ser elegido presidente de la república quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:
>
> Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Constitucional, Consejero de Estado o miembro del Consejo Nacional Electoral, o del Consejo Superior de la Judicatura, ministros del despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Director de Departamento Administrativo, Gobernador de departamento o Alcalde mayor de Santa Fe de Bogotá".

De la simple lectura de la disposición se deduce que se refiere a las calidades para ser Presidente de la República e inhabilidades para el desempeño del citado cargo, por lo cual no es aplicable al asunto en estudio.

En atención a lo anterior, por este aspecto, **el cargo se desecha.**

En relación con la coincidencia de períodos de que trata el Art. 179-8 de la C. N., en principio por aparecer en este punto, presentado el cargo de manera general, solo puede decirse que los elementos de la causal no se dan porque los períodos no coinciden sino que se suceden; en efecto, el período de los congresistas terminó el 19 de julio de 1994 y el siguiente comenzó el 20 de julio del mismo año. así que no hay coincidencia ni siquiera parcial de que habla la norma.

Ahora bien, debe precisarse que la cita de la sentencia C-145 del 23 de marzo de la Corte Constitucional no es aplicable al caso, pues en ella se estudia la inexequibilidad del

Art. 22 de la ley 84 de 1993, que establece la posibilidad de que un congresista en ejercicio, se presentara como aspirante a la Presidencia de la República y no que ese mismo congresista aspirara a su reelección en la Cámara o en el Senado que es el asunto objeto del presente proceso, concretamente, la declaratoria de elección de Senadores.

Pero como sobre el particular la Corte Constitucional hizo un análisis al que se refirió la Sala, debe remitirse a la transcripción de la sentencia C-093 del 4 de marzo de 1994 hecha al analizar uno de los cargos del expediente No. 1135, en la cual la H. Corte Constitucional aclara el aspecto al analizar el Art. 280-8 de la ley 5a. de 1992, agregando que el solo hecho de ser aspirante a una curul en el Senado no es asunto que convierta al candidato en empleado ni público ni privado, como lo pretende la demanda y que, por lo demás, tampoco encaja en el supuesto normativo.

En estas condiciones, y contrario a lo expuesto en la demanda, no resulta demostrada la violación del Art. 13 de la C.N.

En relación con la violación del Art. 228 del C.C.A., y 223-5 del C.C.A., que aparecen al final de la demanda en la lista de disposiciones violadas y que fueron transcritos en anterior oportunidad, debe precisarse que al estudiar un cargo anterior se hizo el examen correspondiente al cual se remite la Sala, agregando que en este caso no se señala la norma específica que concrete las generales invocadas, es decir, que establezca la nulidad de la elección por el motivo invocado ni la inhabilidad para que alguien aspire al Senado.

Así las cosas, **debe rechazarse el cargo.**

V.- Violación del Art. 223-5 del C.C.A. por haber participado inelegibles pues no tenían las calidades previstas en el Art. 7o. de la Ley 84 de 1993.

Ya al analizar el punto anterior, la Sala explicó que el Art. 223-5 del C.C.A. se refiere a la elección de candidatos que reúnan las condiciones constitucionales o legales para ser electos y a tal aparte se remite la Sala.

El Art. 228 del C.C.A. fue igualmente transcrito y analizado en anterior aparte, y al mismo se remite la Sala.

Debe sí, precisarse que las disposiciones generales deben concordarse en la demanda con las normas especiales en las cuales, como ya se dijo, se establezca la inhabilidad y la consecuencia nulitante.

El Art. 7o. de la ley 84 de 1993, también fue transcrito y analizado antes, por lo que la Sala se remite al aparte correspondiente, repitiendo que la disposición no señala calidades para aspirar al Senado de la República.

En estas condiciones se procede a realizar el estudio correspondiente a los casos planteados:

El primer caso que se cita, unos candidatos inscritos por computador y otros no, mas exactamente el último, no son asuntos que afecten las calidades personales de los aspirantes, por cuanto el Art. 7o. de la ley 84 de 1993, se repite, no señala calidades especiales para ser elegido Senador, como parece indicarlo la parte actora.

Se plantea, en segundo término, el caso del señor Forero Fetecua del cual dice, fue sorprendido con cédulas falsas o verdaderas y que por lo mismo, no debía ser inscrito como candidato al congreso. Tal planteamiento no tiene asidero porque no se invoca en la demanda una norma especial en la cual se establezca que los actos relatados estuvieran previstos en la ley como causales para impedir la inscripción de un ciudadano o su elección o que ente las calidades para ser Senador se estableciera que no se estuviera investigando penalmente al candidato, pero ello no es así: La demanda plantea el hecho como un caso penal, asunto que no puede ser debatido en el presente proceso, sino ante tribunales e instancias específicas y cuyo pronunciamiento, por lo mismo, no corresponde a esta jurisdicción. El hecho de que alguien esté, como dice la demanda, *sub-júdice* no está previsto entre las causales de inhabilidad.

Lo mismo debe predicarse para el caso de Galvis Hernández.

En tercer lugar expone el caso del SISE sobre el cual, en principio no hay mayores elementos de juicio para establecer si hay violación del Art. 265-7 de la C. N., ya analizado por lo que debe rechazarse el cargo por este aspecto.

En relación con el Art. 192-8 del C. E., se observa:

La norma dice:

> "Art. 192.- 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:
>
> .....
>
> "8.- 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."

La Sala debe remitirse al punto en el cual se analizó la disposición invocada para señalar que las causales de reclamación por si solas, no constituyen causales de nulidad. En consecuencia, como se dijo al hacer el correspondiente análisis, en este caso también **debe rechazarse el cargo.**

El Art. 223-4 del C.C.A., que establece como causal de nulidad la violación del sistema del cuociente electoral, ya fue analizado y al aparte correspondiente se remite la Sala, agregando tan solo que en el presente punto tampoco se encuentra configurada la violación del mismo, concluyendo que **no prospera el cargo por este aspecto.**

En cuanto a los Arts. 40-1 de la C.N. y 29 *ibídem,* que se mencionan al final de la demanda, para la Sala, conforme a lo antes visto, no aparecen infringidos.

B) Como segundo aspecto en este mismo punto se plantea de nuevo el caso del señor Héctor Helí Rojas de quien se predica su inhabilidad para ser elegido por las razones indicadas al comienzo, fue analizado, tanto desde el punto de vista general, como del concreto en la Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 26 de septiembre de 1994 proferida dentro del proceso No. 1898. Por estar allí tratadas las inhabilidades que aquí se mencionan, es procedente transcribir los apartes pertinentes:

> "El hecho de que las dos Cámaras legislativas tengan adscritas por la Constitución ciertas funciones jurisdiccionales (art. 116 inc. 2), por ejemplo, en sus arts. 174, 175 y 178, y que ellas ordinariamente se evacúen a través de comisiones de su seno, no hace que los congresistas que las conforman pierdan su carácter de tales para convertirse en fiscales o jueces pertenecientes a la rama judicial. No; es el querer de la Carta, la cual no hace de la función judicial que excepcionalmente ejerce (art. 116) un motivo de inhabilidad o incompatibilidad encajable en algunas de las causales previstas en los artículos 179 y 180 del citado estatuto.
>
> Las inhabilidades son de derecho estricto y no admiten interpretación analógica. Así, no podrá aceptarse, desde ningún punto de vista, que el Dr. Héctor Helí Rojas J. Por haber sido miembro de la Comisión de Acusación de la Cámara en el año anterior a su elección como Senador y ejercido el cargo, esté incurso en la causal 2 del art. 179; porque la norma se refiere a empleos públicos distintos al de Congresista. Si no fuera asi, la Constitución habría contemplado la no reelección o cerrado la posibilidad de que un Representante pudiera presentarse, al finalizar su período, como candidato al Senado o viceversa".
>
> .....
>
> Tampoco se dio la hipótesis que contempla el num. 8 del art. 179 de la Carta, porque este implica la duplicidad de elecciones o cargos y su coincidencia temporal, extremos que no pudieron darse en la demanda propuesta, porque el Dr. Rojas J. solo fue congresista durante el período que se le imputa".
>
> Muestra lo precedente que el Dr. Héctor Helí Rojas ejerció sus funciones como miembro de la Comisión de Acusación y por ser miembro de la Cámara de Representantes. Al hacerlo, en cumplimiento del mandato contenido en los nls. 3 y 4 del art. 178 de la Carta (atribuciones especiales de la Cámara de Representantes, no ejerció cargo distinto al que lo permitía su investidura).

> Por eso resulta insólito sostener que porque cumplió sus funciones como miembro del Congreso en la Comisión aludida, ejerció un cargo jurisdiccional paralelo o coincidente.
>
> No puede olvidarse que las cumplió porque era Representante y solo por eso. El principio de la separación de los poderes no es absoluto, no solo porque la Carta contempla la colaboración armónica entre los mismos (art. 113), sino porque por mandato expreso "el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales".
>
> No tendría apoyo constitucional alguno que un congresista por el hecho de haber ejercido las funciones propias de su cargo quedara inhabilitado y no pudiera aspirar a la reelección o a hacerse elegir en la otra Cámara.
>
> La Constitución no prohíbe esa reelección para un período inmediato o mediato ni el cambio de Cámara. Por esa razón y para tales eventos, no podrá hablarse que el congresista, por el propio y constitucional ejercicio de sus funciones, quede inmerso en la causal de inhabilidad prevista en el nl. 2 del art. 179 de la Carta".(3)

De las transcripciones anteriores que la Sección comparte, está claro que el elegido no es funcionario judicial por lo que la inhabilidad alegada que se fundamenta en tal hecho no se configura y, por lo mismo, el cargo resulta improcedente.

En relación con las disposiciones que se citan en concreto, la Sala debe precisar:

Respecto a la violación del Art. 197 de la C. N., la Sala recuerda de nuevo que en el presente se trata de un aspirante a ser reelegido como miembro del congreso de la República y no como Presidente de la misma, por lo cual la norma citada no es aplicable al caso.

Sobre la violación del Art. 179-8 de la C. N., ya se hizo el análisis correspondiente para concluir que no hay correspondencia, siquiera parcial de períodos, por lo que por este aspecto no estaba inhabilitado el señor Rojas.

En relación con las disposiciones enunciadas al final de la demanda, igualmente se concluye que tampoco resultan violadas, conforme a los razonamientos anteriores.

Como consecuencia de lo anterior el cargo por este aspecto debe ser despachado desfavorablemente.

C) En relación con la inhabilidad que plantea respecto de los demás miembros de la Comisión de Acusaciones que salieron elegidos y los Representantes por Santa Fe de Bogotá corresponde el mismo análisis hecho en el punto anterior al cual se remite la Sala para concluir que no prospera el cargo.

---

(3) Expediente AC-1898, Actor: Camilo Perdomo Perdomo, Consejero Ponente: H. Magistrado Carlos Betancur Jaramillo, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 26 de septiembre de 1994.

La Sala debe repetir, en relación con los hechos que se alegan como causal de inhabilidad contra los Representantes elegidos el 27 de octubre de 1991 por Santa Fe de Bogotá, que no es esa elección el objeto de análisis de este proceso y, si se trata de considerar que las denuncias inhabilitan al candidato o candidatos, la Sala repite que no se invoca norma alguna que establezca dicha inhabilidad, por lo que debe ser rechazado el cargo.

El Art. 183-1 de la C. N. establece una causal de pérdida de investidura no de nulidad de la elección por lo que no es aplicable al caso, conforme se explicó antes.

En relación con las violaciones de las disposiciones de la ley 5a. de 1992, para la Sala es claro que tales normas no aparecen infringidas ni son supuestos nulitantes como se explicó al analizar un punto anterior.

La demanda manifiesta dejar al arbitrio de la Corporación el declararse impedida para conocer. Para la Sala es claro que, por una parte, no hay razón para ello, y por otra que por la forma en la cual se hace la manifestación no hay lugar a pronunciamiento alguno.

Por último, en relación con las disposiciones invocadas al final de la demanda la Sala debe señalar que no aparecen infringidas.

VI.- Violación del Art. 142-2 y 9 del C. de P.C ., 24 del decreto 2241 de 1986, 223-2-4 y 5 del C.C.A., y 29 de la C. N.

El problema de fondo planteado en este cargo, consiste en que no obstante que quienes dictaron el auto estaban, según la demanda, incursos en una causal de impedimento, no lo manifestaron y, por lo mismo, el acto así dictado es nulo.

Al respecto, se observa:

Aparte de que resulta del caso aclarar que no se presentó recusación oportuna pues no hubo manifestación alguna anterior a ser dictado el acto que se acusa por este aspecto, la causal de impedimento que se alega no es fundada y, por lo tanto, contrario a lo sostenido en el libelo, el acto es válido.

En tales condiciones, la supuesta violación del Art. 142 del C. de P.C., por las razones expuestas, no puede encuadrarse en ninguna de las causales citadas cuya explicación ya fue hecha antes por la Sala.

De otra parte, el salvamento de voto a que se refiere la demanda no tiene relación con el cargo propuesto.

Con base en lo anterior se concluye que no prospera el cargo por este aspecto y, como consecuencia, tampoco en relación con la violación del Art. 29 de la C. N. que no se presenta, según lo visto como tampoco respecto a las disposiciones invocadas al final de la demanda por no aparecer demostrado.

De todo lo anterior se concluye que **las súplicas de la demanda deben ser denegadas.**

Finalmente, debe dejarse expresa constancia de que, no obstante los términos descomedidos de la demanda, la Sala con amplitud, para hacer prevalecer el derecho sustancial, le dio curso con el objeto de surtir el trámite del proceso y decidirlo conforme a la Constitución Nacional y a la ley.

EXPEDIENTE NO. 1139. ACTOR: FRANCISCO ROJAS BIRRY.

Las normas invocadas como infringidas son del siguiente tenor:

El Art. 171 de la C.N.:

"ARTÍCULO 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial de comunidades indígenas.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para el Senado de la República.

La Circunscripción especial para la elección de Senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno".

El Art. 258 de la C. N., reza:

"ARTÍCULO 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.

El Art. 263 dice:

"ARTÍCULO 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 veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente."

Por su parte, el art. 223-4 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 17 de la ley 62 de 1988, en lo invocado, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 17o.- El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

Artículo 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

Artículo 223. Causales de nulidad. 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".

El Art. 1o., ordinal 3o., del decreto 2241 de 1986, establece:

Artículo 1o.: OBJETO PRINCIPIOS.-ORIENTADORES. El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:

3.- Principio de la eficacia del voto. Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones se referirá aquella que dé validez al voto que represente la expresión libre de la voluntad del elector".

De acuerdo a las anteriores transcripciones, el Art. 271 de la C.N. establece la integración del Senado de la República con un número de cien senadores elegidos por circunscripción nacional.

Establece, también, que habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

Luego de precisar, en el segundo inciso, que los ciudadanos residentes en el exterior podrán sufragar en las elecciones para el Senado de la República, en los siguientes se refiere a la circunscripción especial en estudio, así:

La circunscripción especial para la elección de senadores por comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral, como aparece establecido de manera general en el Art. 263 de la C. N. también transcrito, para todas las elecciones en las que se vote por dos o más individuos.

Establece requisitos especiales para aspirar a integrar el Senado por las comunidades indígenas y la manera de comprobarlo, requisitos que difieren de los señalados para aspirar a integrar el Senado por la circunscripción ordinaria por el Art. 172 de la C. N. (ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y edad mínima de treinta años a la fecha de elección).

De lo anterior se deduce que es distinto el procedimiento desde la inscripción misma para quien se presente como candidato a integrar el Senado de cien miembros, vale decir, por la circunscripción nacional, del de quien se presenta como candidato para integrar el Senado en los dos puestos reservados para la representación de la circunscripción especial por las comunidades indígenas.

Ahora bien, en relación con la naturaleza e interpretación de las normas que establecen causales de nulidad en general y, concretamente con la alegada, Art. 223-4 del C.C.A., tal como quedó modificado por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988, la Sala debe precisar que hizo el correspondiente análisis al estudiar el expediente 1138, al cual se remite, por lo que basta precisar que se trata de normas taxativas, de interpretación restrictiva que no admiten aplicación extensiva o por analogía y que la causal invocada se configura cuando los votos se computan con violación del sistema del cuociente electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República.

Con base en los anteriores parámetros, la Sala procede a verificar el procedimiento empleado, conforme a las pruebas allegadas, conforme a la siguiente reseña:

A folio 70 aparece constancia expedida por la Directora Nacional del Estado Civil que discrimina por nombres de los cabeza de lista, movimiento y circunscripción por la cual se inscribieron para las elecciones del 13 de marzo de 1994, las siguientes personas:

Nombre Cabeza Lista	Movimiento	Circunscripción
Lorenzo Muelas Hurtado	Autoridades Indígenas de Colombia	Especial
Gabriel Muyuy	Indígena Colombiano	Especial
Jesús Enrique Piñacué	Alianza Social Indígena	Nacional
Francisco Rojas Birry	Alianza Social Indígena	Nacional
Floro Alberto Tunubala	Autoridades Indígenas de Colombia	Nacional (folio70)

A folios 109 a 138 aparecen las actas de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de listas de candidatos para el Senado de la República, Formularios E-6, Actas de modificación, Formulario E-7 y lista definitiva, Formulario E-8, así:

– Fl. 109 a 110 Formulario E-6, cabeza de lista Agreda Chicunque Andrés, circunscripción nacional, Partido Liberal Colombiano, 20 de enero de 1994.

– Fls. 111 y 112 Formulario E-6, cabeza de lista Fajardo Gómez Remedios Nicolaza, circunscripción especial por comunidades indígenas, partido liberal colombiano, movimiento indígena, 20 de enero de 1994.

– Fls. 113 a 115 Formulario E-6, cabeza de lista Piñacué Achicué Jesús Enrique, circunscripción nacional, alianza Social Indígena, 19 de enero de 1994, Formulario E-8, 25 de enero de 1994.

– Fls. 116 a 120 Formulario E-6, cabeza de lista Rojas Birry Francisco, circunscripción nacional, alianza Social Indígena, así, 19 de enero de 1994, Formulario E-7, 25 de enero de 1994, Formulario E-8, 25 de enero de 1994.

– Fls. 121 y 122 Formulario E-6, cabeza de lista Muyuy Jacanamejoy Gabriel, circunscripción especial por comunidades indígenas, movimiento indígena colombiano, 20 de enero de 1994.

– Fls. 123 y 124 Formulario E-6, cabeza de lista Muelas Hurtado Lorenzo, circunscripción especial por comunidades indígenas, movimiento autoridades indígenas de Colombia, 18 de enero de 1994.

– Fls. 125 a 129 Formulario E-6, cabeza de lista Floro Alberto Tunubala Paja, circunscripción nacional, movimiento de autoridades indígenas de Colombia, 20 de enero de 1994, Formulario E-7, 25 de enero de 1994, Formulario E-8, 25 de enero de 1994.

– Fls. 130 a 138 Formulario E-6, cabeza de lista Bonifacio Chicunque Juajibioy, circunscripción nacional, partido liberal colombiano, 6 de enero de 1994, Formulario E-7, 21 de enero de 1994, Formulario E-7, 25 de enero de 1994, Formulario E-8, 25 de enero de 1994.

– Constancias expedidas por la Directora Nacional Electoral (E) sobre la forma de elección de las siguientes personas para las elecciones del 13 de marzo de 1994 y la votación obtenida:

– (Fl. 102) Floro Alberto Tunubala Paja, cabeza de lista para el Senado por la circunscripción nacional por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia, 12.413 votos, no fue elegido.

– (Fl. 103) Remedios Nicolaza Fajardo Gómez por la Circunscripción Especial de Comunidades Indígenas por el partido liberal colombiano – Movimiento Indígena, 7.222 votos, no fue elegida.

–(Fl. 104) Andrés Agreda Chicunque por la circunscripción nacional por el Partido Liberal Colombiano, 3.468 votos, no fue elegido.

–(Fl. 105) Gabriel Muyuy Jacanamejoy elegido por la circunscripción especial de comunidades indígenas por el Movimiento Indígena Colombiano M.I.C., 14.245 votos.

– (Fl. 106) Lorenzo Muelas Hurtado, elegido por circunscripción especial de comunidades indígenas, 28.366 votos.

–(Fl. 107) Francisco Rojas Birry cabeza de lista, por la circunscripción nacional por el movimiento Alianza Social Indígena, 20.453 votos, no fue elegido.

–(Fl. 108) Jesús Enrique Piñacué Achicué circunscripción nacional por el Movimiento Alianza Social Indígena, 16.173 votos, no fue elegido.

De conformidad con los documentos anteriores, los señores Lorenzo Muelas Hurtado, Gabriel Muyuy Jacanamejoy y Remedios Nicolaza Fajardo Gómez, se inscribieron como candidatos para ser elegidos como Senadores por la circunscripción especial de las comunidades indígenas.

Los señores Francisco Rojas Birry, Jesús Enrique Piñacué, Flor Alberto Tunubala Paja, Bonifacio Chicunque Juajibioy y Andrés Agreda Chicunque, se inscribieron para las mismas elecciones pero como aspirantes para ser elegidos como senadores por la circunscripción nacional.

Se observa, entonces, que no fue el Consejo Electoral el que señaló a los candidatos la circunscripción, sino que estos mismos lo hicieron, inscribiéndose, unos, para la circunscripción de las comunidades indígenas y otros para la circunscripción ordinaria.

Ahora bien, de la comparación del ejemplar de tarjetón que obra a folio 71 del cuaderno principal con el Art. 258 de la C.N., ya transcrito, se deduce que no hay enfrentamiento alguno, más si se tiene en cuenta que para el caso en estudio no hay reglamentación legal que ordene especificaciones concretas.

En relación con la utilización del cuociente electoral, para la sala es claro que se cumplieron las normas atrás indicadas y transcritas por lo que no se configura la causal de nulidad de que trata el Art. 223-4 del C.C.A., tal como quedó modificado por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988.

Para el efecto, se tuvo en cuenta la voluntad de los candidatos; quienes se inscribieron por la circunscripción ordinaria, fueron incluidos en los escrutinios generales para esta circunscripción y se aplicó el sistema del cuociente electoral y quienes se inscribieron por las comunidades indígenas fueron incluidos en los respectivos escrutinios que se realizaron por separado y se utilizó también el sistema del cuociente electoral. En cada caso se respetó la libertad de inscripción de los candidatos y se siguió el sistema de cuociente electoral para llenar las curules.

Es decir, de la manera como fuera inscrito el candidato se derivaba el régimen al cual quedaba sujeto y para definir quién debía acceder a las curules, en cada uno de los supuestos, se aplicó el sistema del cuociente electoral (Art. 171 y 263 de la C. N.).

Así las cosas, no hay razón para afirmar que los escrutinios para determinar quienes debían ocupar las dos curules correspondientes a la circunscripción especial para comunidades indígenas no tuvieran en cuenta a quienes se inscribieron en dicha circunscripción, que era a los únicos que podía tener en cuenta la organización electoral para tales efectos y que son los que aparecen en el acto acusado para determinar el cuociente electoral.

De lo anterior se desprende que las disposiciones invocadas como violadas no lo fueron en el presente caso, conforme se explicó.

Es claro, también, conforme a lo visto, que la actuación de las autoridades electorales le da vigencia al principio de la eficacia del voto, en cada una de las circunscripciones previstas, por lo que no hay violación de la disposición invocada.

Se aclara que por no presentarse identidad de situaciones tampoco hay lugar a dar aplicación de las sentencias invocadas en la demanda y los alegatos de conclusión.

Por las anteriores consideraciones la Sala concluye que no aparece configurada ni demostrada la causal de nulidad en los hechos en los cuales se fundamenta la demanda, a más de que no se observa irregularidad alguna que haya sido invocada como configurativa de causal de nulidad diferente a la analizada, por lo que las súplicas de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

Por último la Sala debe denegar la solicitud elevada por la Procuradora colaboradora en el sentido de considerar que en el presente caso existe temeridad por parte del señor apoderado del demandante, por cuanto, analizada la actuación de dicho apoderado no puede concluirse que esté incursa en alguno de los presupuestos establecidos al efecto por el Art. 74 del C. de P.C.

EXPEDIENTE NO. 1140. ACTOR: NICOLÁS FRANCISCO CURI VERGARA.

ASPECTO PREVIO.

La parte impugnadora propone la que denomina excepción por ineptitud de la demanda por las razones reseñadas en su momento.

La Sala debe remitirse a las consideraciones hechas en el expediente 1135 y, con fundamento en las mismas, proceder a analizar si hay lugar al pronunciamiento de mérito en el caso en estudio.

Para la Sala es claro que no hay lugar a la inhibición de la Corporación con fundamento en los hechos planteados. En efecto, el Art. 137 de la C.C.A. establece que

la demanda contendrá, entre otras, la mención de las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación y ese requisito aparece cumplido en el libelo. Ahora bien, si dichas disposiciones o concepto son o no suficientes para declarar nulo el acto acusado son cuestiones de fondo, que tocan con la prosperidad de las pretensiones, no presupuestos de la demanda y, por lo mismo, constituyen aspectos ajenos a la admisión de la misma.

En este orden de ideas se concluye que la demanda está ajustada a derecho y, por lo mismo procede el estudio del fondo del asunto.

EL FONDO DEL NEGOCIO

Las normas que se invocan como infringidas son los artículos 263 de la C.N., 223-4 del C.C.A., tal como fue modificado por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988 y el 14 de la ley 84 de 1993, por las razones que se dejaron relacionadas atrás.

La Sala aclara que las disposiciones invocadas como infringidas fueron transcritas y analizadas al estudiar los cargos planteados en los radicados 1138 y 1139, apartes a los que se remite.

Ahora bien, concretamente sobre el problema propuesto en el presente caso, debe agregarse que el mismo se trato por la Corte Constitucional cuando declaró inexequible el Art.14 de la ley 84 de 1993.

Dijo al respecto dicha Corporación:

> "La Corte considera, en primer término, que esta norma regula un aspecto trascendental de las funciones electorales como es el alcance del voto en blanco, por lo cual su regulación corresponde a la ley estatutaria. Por ello el artículo será declarado inexequible por razones de forma".

Pero, continúa la Corte:

> "De otro lado, desde el punto de vista material, esta corporación comparte el criterio de los demandantes y del señor Procurador en considerar que al disponerse en la parte cuestionada que el voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral, se violan los artículos 1, 13, 40, 103, 258 y 263 de la Constitución Política conforme a los cuales el voto como manifestación genuina del sentimiento político de un ciudadano y como expresión del pensamiento político que se traduce, en el ejercicio del derecho fundamental al sufragio, debe en todos los casos en que sea válidamente emitido tenerse en cuenta para los efectos de la determinación de los cuadros del Estado y por ende en la determinación electoral. "Restarle, como lo hace la norma en examen, validez al voto en blanco, equivale a ser nugatorio el derecho de expresión política de disentimiento, abstención o inconformidad que también debe tutelar toda democracia.

"Ciertamente desconocerle los efectos políticos al voto en blanco, comporta un desconocimiento del derecho de quienes optan por esa alternativa de expresión de su opinión política. No existiendo razón constitucionalmente atendible que justifique tal determinación, dicha negación acarrea desconocimiento del núcleo esencial del derecho al voto que la Carta Fundamental garantiza a todo ciudadano en condiciones de igualdad, con prescindencia de la opinión política, y violación a los principios de valores que subyacen en la concepción misma del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, en que por decision del constituyente se erige en Estado Colombiano (CP. Preámbulo, artículos 1, 2 y 3 entre otros).

"Por las anteriores razones, la expresión "voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral" será declarada inexequible también por razones materiales".

Así lo estableció la Corporación en el punto segundo de la parte resolutiva.

De otra parte, la sentencia en estudio previó en la parte resolutiva que sus efectos "rigen hacia el futuro y no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, y que, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento constitucional, se restauran ipso jure las normas que habían sido derogadas por los apartes de la ley 84 de 1993 declarados inconstitucionales en esta sentencia".

Ahora bien, de la anterior transcripción se deduce que la H. Corte Constitucional declaró inexequible por razones de forma y de fondo la disposición que excluía el voto en blanco por violación de, entre otras disposiciones constituciones, el art. 263 de la Carta.

También señaló que debían respetarse las situaciones consolidadas. Es decir, que las etapas surtidas con anterioridad a la vigencia de la sentencia quedaban cobijadas por la disposición que declaró inexequible.

En el texto de la disposición declarada inconstitucional se precisaba qué debía entenderse por voto en blanco y que el mismo no se tendría en cuenta para establecer el cuociénte electoral.

La disposición no prohibía, ni suprimía ni, menos, establecía que no se verificara la votación en blanco, sino que este voto no se tendría en cuenta para efectos de obtener el cuociente electoral.

Pero, debe recordarse, igualmente, que el Consejo Nacional Electoral decidió tener en cuenta los votos en blanco, tal como lo reseña la Resolución 0191 acusada, conforme al concepto del 8 de abril de 1994, dando aplicacion prevalente al Art. 4o. de la C. N. frente al art. 14 de la ley 84 de 1993, que fue declarado inexequible posteriormente por la H. Corte Constitucional cuyos apartes pertinentes se transcribieron antes.

En tales condiciones, la votación en blanco debía incluirse en los escrutinios.

La sentencia de la H. Corte Constitucional fue dictada el 23 de marzo de 1994 y su notificación conforme a las pruebas allegadas se realizó mediante edicto fijado el 19 de abril de 1994 a las 8:00 a.m. y desfijado el 21 de abril del mismo año a las 6:00 p.m. (ver folio 71)

Ahora bien, la obtención misma del cuociente electoral se hizo por parte del Consejo Nacional Electoral, el 14 de junio de 1994, porque solo hasta esa fecha correspondía aplicar la disposición constitucional (Arts. 263 y 271) y, por lo mismo, es esa la fecha en la debía adelantarse el cálculo correspondiente, lo que hizo el Consejo Nacional Electoral conforme al procedimiento que no se discute en el presente juicio.

Así las cosas resulta claro que la obtención del cuociente no era una de las denominadas por la H. Corte, "situaciones consolidadas", por lo que había recuperado vigencia, *ipso jure*, como también lo dice la H. Corte, la norma que había sido reemplazada por la declarada contraria a la Constitución.

Tampoco y conforme con el texto de la providencia de la Corte, puede decirse que el voto en blanco fuera contra los preceptos constitucionales de 1991, sino que, por el contrario, estaría precisamente en la línea de garantizar los derechos y los fines que señala la Corporación citada.

En tales condiciones es claro que el Consejo Nacional Electoral obró conforme a derecho al incluir los votos en blanco para efectos de obtener el cuociente electoral y que, por lo mismo, no se configura la causal invocada.

Por las razones anteriores **los cargos planteados deben ser despachados desfavorablemente y en consecuencia las súplicas de la demanda deben denegarse.**

EXPEDIENTE NO. 1141. ACTOR. JORGE BÁEZ HERNÁNDEZ.

Procede la Sala a analizar los cargos formulados:

Primero: Señala como normas violadas. Art. 7o. de la ley 84 de 1993 y causal 2a. del Art. 223 del C.C.A., por las razones expuestas ya reseñadas.

El cargo propuesto guarda identidad con el planteado en el expediente 1138. Al aparte pertinente se remite la Sala para concluir, como en tal oportunidad, que no prospera el cargo.

Segundo: Señala como infringidos los Arts. 14 de la ley 84 de 1993 y 223-2 y 4 del C.C.A. porque se contabilizaron los votos en blanco.

Este punto fue analizado y resuelto cuando se hizo el análisis de cargos del expediente No. 1140 y a tales consideraciones se remite la Sala al igual que a los planteamientos generales sobre la causal realizados al estudiar uno de los cargos propuestos en la demanda radicada con el número 1138.

Con base en lo anterior debe concluirse que no prospera el cargo.

Debe agregarse que no es competencia de la Sala analizar la legitimidad o no de las declaraciones de elección, ni demás aspectos de trámite del procedimiento seguido para establecer los aspirantes que alcanzaron una curul en la Cámara de Representantes por no ser objeto del debate del presente proceso en el cual se impugna la elección de Senadores de la República; en tales condiciones solo si en la demanda contra la elección de Representantes a la Cámara se expone el mismo como cargo, podra hacerse el análisis correspondiente, si a ello hay lugar.

No prospera el cargo.

Tercero: Violación del Art. 9o. de la ley 84 de 1993 por cambio en los sitios de votación en la forma que se dejó vista en otro acápite de esta providencia por lo que se configura la causal prevista en el Art. 223-4 del C.C.A..

Este punto fue analizado al estudiar uno de los cargos planteados en el expediente 1138 y a dicho aparte se remite la Sala para concluir que el cargo es improcedente.

Cuarto: De manera general se dice que hubo candidatos que eran inelegibles y que participaron apelando al parágrafo 6o. de la ley 84 de 1993.

El aspecto fue analizado cuando se estudió uno de los cargos planteados en el radicado 1138 al cual se remite la Sala llegando a la misma conclusión. Por lo allí expuesto, debe rechazarse el cargo.

Quinto: Se plantea la inhabilidad del señor Héctor Helí Rojas para ser elegido como Senador por participar en el certamen electoral rivalizando en contra de sus denunciantes, denunciados y violar el conflicto de intereses previsto en los Art. 182, 183 de la C. N., 333, 334, 339, 341, 353 y 366 de la ley 5a. de 1992 y los Art. 197 y 179-8 de la C. N. por cuanto los períodos coinciden.

Al respecto debe precisarse que el punto atinente a la inhabilidad del señor Héctor Helí Rojas se trató por haber sido propuesta en la misma forma en la demanda radicada con el No. 1138 a cuyos apartes se remite la Sala.

En la misma forma se estudiaron las demás disposiciones, debiendo la Sala repetir lo siguiente:

El Art. 197 de la C. N., no es aplicable por cuanto se refiere a inhabilidades para ser elegido Presidente de la República y no Senador de la misma por lo cual se rechaza por este aspecto el cargo.

El Art. 179-8 de la C. N. no es aplicable al caso por cuanto en el presente, los períodos no coinciden, sino que suceden, pues el correspondiente a 1992-1994 terminó el 19 de julio de 1994 y el día siguiente, 20 de julio, comenzó el correspondiente a 1994-1998.

Los Arts. 182, 183 de la C. N. no son aplicables al presente proceso pues no se trata de analizar una pérdida de investidura que es el aspecto regulado por las disposiciones invocadas.

Respecto a los Arts. 333, 334, 339, 341, 353, 366 de la ley 5a. de 1992 para la Sala está claro que no son aplicables al caso, por cuanto, como ya se explicó, los miembros del Congreso no pueden considerarse como funcionarios judiciales y, por lo mismo, como se precisó al estudiar el negocio 1138, no hay desempeño simultáneo de cargos por el señor Héctor Helí Rojas, quien no puede considerarse como funcionario judicial.

Así las cosas, no hay violación de las disposiciones y, por lo mismo, debe rechazarse el cargo.

De lo anterior se concluye que **no prosperan los cargos por lo que las pretensiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.**

La misma constancia final que se dejó respecto de la demanda radicada con el No. 1138, debe dejarse en relación con el presente libelo, al que se dio curso por las razones allí expuestas a las cuales se remite la Sala.

EXPEDIENTE NO. 1142. ACTOR: MARÍA CRISTINA RIVERA DE HERNÁNDEZ.

Primer cargo. Fundamentado en el segundo hecho de la demanda se refiere a la violación de los Arts. 160 y 177 del Decreto 2241 de 1986 que, en concepto de la demanda, trae como consecuencia la configuración de la causal 2ª del Art. 223 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 17-2 de la ley 62 de 1988.

Al respecto la Sala debe analizar, en primer término, si los elementos de la causal aparecen configurados en el presente caso, tomando como parámetros de interpretación los que ya se dejaron explicados al analizar uno de los cargos propuestos en el expediente 1138.

El hecho de que las fechas o las horas de contabilización de los votos se hubieran cambiado, no es asunto que pueda considerarse por si solo, como aspecto que de a los registros o a los elementos que sirven para su conformación, el carácter de falsos o apócrifos. No se allega, tampoco, prueba en tal sentido.

En el caso en estudio se predica el vicio de los registros por cuanto algunos de los escrutinios departamentales se realizaron después del 23 de marzo de 1994; no obstante, el hecho mismo de haber sido efectuados en fechas distintas no los convierte en apócrifos o falsos, entendidos tales fenómenos en la forma que ya se dejó explicada.

En consecuencia solo por esta razón debe desecharse el cargo.

Ahora bien, en cuanto a que debió aplicarse la norma del código electoral y no la de la ley 84 de 1993, que se considera por la parte actora, había perdido su vigencia para

el momento en el cual se efectuaron los escrutinios departamentales, para la Sala es claro, conforme a lo probado en el expediente, que la Sentencia de la Corte Constitucional por la cual se declaró inexequible la disposición en cita tiene, efectivamente, como fecha de aprobación 23 de marzo de 1994 pero no se ha demostrado que esa misma fecha fuera la de su vigencia, que en principio tendría que seguir los principios generales de publicación, que fue realizada mediante edicto fijado el 19 de abril de 1994 y desfijado el 21 del mismo mes y año, cuando ya se había surtido la etapa que el demandante considera irregular.

Debe recordarse lo afirmado por la Sala al analizar uno de los cargos propuestos en la demanda radicada con el No. 1140 que vale para el presente, sobre la vigencia de la declaratoria de inexequibilidad

De otra parte, aún sin tener en cuenta lo anterior, los hechos alegados no encajan en los presupuestos de la causal de nulidad alegada porque no aparecen demostrados los aspectos falsos o apócrifos que se afirma existen, ni cuál la alteración de los resultados electorales producida, como consecuencia, conforme a la interpretación repetida de la Sala.

En estas condiciones, **la Sala debe desechar el cargo.**

Segundo.- Con base en el hecho tercero y por las razones que se dejaron reseñadas en otro aparte de la providencia, la demanda considera se configura la causal 4a. de nulidad del art. 223 del C.C.A. como fue modificada por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988 por violación del Art. 14 inciso 2o. de la ley 84 de 1993.

Las disposiciones mencionadas ya transcritas al analizar uno de los cargos planteados, expediente 1138 y, concretamente en cuanto al tema del voto en blanco en el expediente 1140, aparte a los cuales se remite la Sala, para concluir que la inclusión de los votos en blanco estuvo ajustada a derecho.

Ahora bien, se precisa que en el presente, no se impugna la no inclusión de los votos en blanco de manera teórica sino su omisión en la práctica al hacer las operaciones correspondientes.

Al respecto, se observa que en el caso de los autos es claro, como lo pone de presente la Procuradora Delegada colaboradora, que los votos en blanco se tuvieron en cuenta para determinar el cuociente electoral tanto desde el punto de vista considerativo como numérico, consignadas en el acto acusado y que la Sala tuvo oportunidad de constatar, encontrando que cuando se anota el total de votos válidos se incluye el total de votos en blanco.

Por lo expuesto, la Sala concluye que **no prospera el cargo.**

Tercero.- Se invoca en este cargo la configuración de la causal 2a. del art. 223 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 17-2 de la ley 62 de 1988, con remisión a la situación que plantea en el hecho cuarto reseñado en acápite anterior de esta providencia.

Esta causal ya se estudió en cuanto a la parte teórica, cuando se analizó uno de los cargos planteados en un negocio anterior, 1138, y a él se remite la Sala.

Solo basta agregar que un error aritmético no puede volverse causal de nulidad cuando no se dan los elementos que la configuran. Al respecto la Sala considera del caso transcribir los apartes de la sentencia de esta Sección de fecha 28 de noviembre de 1991 con ponencia del H. Consejero Dr. Jorge Penén Deltieure del cual se procede a transcribir los siguientes apartes:

> "Cuando el Legislador eliminó como causales de nulidad en los procesos electorales"... los eventos previstos en las causales de reclamación", tuvo en cuenta que carecía de lógica llevar al proceso electoral situaciones que deben ser corregidas en la etapa de los escrutinios y que de ser aducidas a través de la acción pública electoral alargan los procesos electorales con menoscabo del principio de la brevedad y celeridad que informan el juicio electoral con el objeto de garantizar la corrección oportuna de aquellos hechos que desvirtúan la transparencia electoral y el derecho a acceder a los cargos de elección popular en guarda de los principios de imparcialidad y de la eficacia del voto. El Código Electoral, que fue expedido con el objeto de "... perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas" (art. 1o.), tiene establecidos los mecanismos que durante la etapa administrativa electoral garantizan la corrección de errores y situaciones que en un momento dado podrían desvirtuar durante los escrutinios la verdad electoral expresada en las urnas. Es así como el Código Electoral en sus artículos 122, 164, 166, 167, 172, 187, 192, 193, entre otros, y la Ley 6a. de 1990 en su artículo 11, consagran el derecho de los candidatos y de sus representantes y de los testigos electorales a formular reclamaciones con el objeto de corregir el error aritmético que se presente al computar los votos escrutados y a pedir "... el recuento de papeletas..", reclamaciones que según lo preceptúan las normas atrás relacionadas "...serán atendidas en forma inmediata por los jurados de votación o por quienes llevan a cabo los escrutinios distritales, municipales y zonales y, finalmente, por quienes hacen los escrutinios del Consejo Nacional Electoral. Los miembros del Consejo Nacional Electoral y sus Delegados "... tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho y 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...". Entre los motivos de reclamación consagrados al respecto en el artículo 192 del Código Electoral, numeral 11, está el hecho de aparecer "...de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en las actas". Y en todo caso las reclamaciones por error aritmético resulten fundadas "...en el mismo acto decretarán también su corrección correspondiente".

Así pues, la oportunidad de corregir el "error aritmético" al cual se refieren los demandantes en estos procesos acumulados la tuvieron tanto los candidatos inscritos como sus representantes y los testigos durante el escrutinio llevado a cabo por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral. Y con anterioridad la misma oportunidad se les presentó durante el escrutinio hecho por la Comisión Escrutadora Municipal. En todo caso en ninguno de los procesos obra prueba que indique que se hicieron reclamaciones durante los escrutinios para corregir el error aritmético a que se refieren los demandantes, ni de las resoluciones que se hubieren proferido en caso de reclamación.

Pretender hacer derivar el "error aritmético" en las causales de nulidad descritas en los numerales 2 y 4 del art. 223 del C.C.A., para obtener la nulidad de actas de escrutinio, carece de fundamento porque, como quedó dicho, el error aritmético está expresamente consagrado en las disposiciones del Código Electoral como motivo de reclamación ante las Comisiones Escrutadoras. Y en todo caso para que el error aritmético pueda encuadrarse en la causal 2 de nulidad del mencionado art. 223 del C.C.A., es necesario demostrar que en la alteración de los resultados numéricos de la votación hubo dolo o malicia, demostración que indicaría que la alteración se debió no a un error sino a la voluntad de adulterar el resultado de la votación. Entonces si cabría invocar la causal 2 sobre la base de haberse falseado la verdad electoral. Y en estos procesos en ningún momento se aportó prueba de que tal cosa hubiera sucedido.

Tampoco puede aceptarse que el "error aritmético" al que se refieren los demandantes haya traído como consecuencia la violación del artículo 172 de la Constitución Nacional entonces vigente, porque al no haberse hecho durante los escrutinios la reclamación correspondiente, como lo prevé el Código Electoral, la operación aritmética que realizaron los escrutadores para obtener el "cuociente electoral" sobre hizo sobre los votos válidos, por manera que no es la acción pública electoral la vía para corregir supuestos errores en el cómputo de los votos. Como tampoco lo es para obtener el "recuento de votos" que pretenden los demandantes, porque, según ellos en los escrutinios difieren los resultados electorales entre los votos que aparecen en el formulario E-17 y los consignados en los formularios E-24 y E-28, "... errores que no se corrigieron en el acta general..." como ellos mismos lo afirman en sus demandas...".(4)

En el presente caso, lo manifiesta la parte actora, en su criterio hubo un error aritmético no alegado en oportunidad; pero la consecuencia de los anterior no es convertir la causal de reclamación en causal de nulidad de manera automática y, mucho menos, que los hechos relatados generen unos elementos o registros apócrifos o falsos porque

(4) Expediente No. 0548, Actores: Efraín Castro López y otros, Consejero Ponente: Dr. Jorge Penen Deltieure, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 28 de noviembre de 1991.

no hay prueba que así lo demuestre, siguiendo los parámetros de interpretación de la causal a los que se remite la Sala.

Por lo expuesto, **no prospera el cargo.**

Cuarto.- Con base en el hecho quinto de la demanda invoca el Art. 163 del C.E. y al Art. 11 de la ley 62 de 1988 pero no señala la disposición que erige la actuación o la omisión correspondiente en causal de nulidad puesto que las disposiciones mencionadas no lo hacen.

Es claro que para que una irregularidad sea considerada como causal de nulidad dentro del proceso electoral, el supuesto de hecho debe aparecer erigido como presupuesto de derecho en tal sentido e invocarse en la demanda, lo que no sucede en esta oportunidad.

En tales condiciones la Sala se limita a remitirse a la transcripción hecha en el punto anterior en el cual se hace mención al art. 11 de la ley 62 de 1988, citada en el presente libelo.

Así las cosas el cargo debe ser rechazado sin mayor análisis.

Quinto.- Configuración de la causal prevista en el Art. 223-2 del C.C.A. por violación del Art. 14 del C.E.

El Art. 14 del C.E. es del siguiente tenor:

> "Artículo 14: Consejo Nacional Electoral – Audiencias Públicas – Decreto oficioso de pruebas documentales.
>
> Los actos que dicte el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de la atribución 8a. del artículo 12 se denominarán "Acuerdos", irán numerados y fechados, serán debidamente motivados y después de votada legalmente la decisión no podrá modificarse o revocarse.
>
> El Consejo Nacional Electoral antes de resolver en ejercicio de dicha atribución, podrá solicitar de urgencia al Funcionario correspondiente la prueba documental pública que eche de menos para que sus decisiones sean justas y acertadas como las sentencias judiciales.
>
> El Consejo antes de resolver oirá a las partes en audiencia pública para la sustentación de sus recursos y estas podrán dejar un resumen escrito de sus intervenciones. Oídas las partes, el Consejo convocará a audiencia pública para notificar en estrados su acuerdo una vez que haya sido discutido y aprobado en audiencias privadas por sus miembros".

En este punto deben repetirse las reflexiones que hizo la Sala al estudiar el cargo anterior y referirse al acápite en el cual se estudió la causal alegada.

Ahora bien, el Art. 14 del C. E. no establece como consecuencia de la errónea denominación de un acto, la nulidad del mismo y menos puede pensarse que la sola denominación lo hace falso o apócrifo sin atender a su contenido y, más, cuando en el Art. 192 del mismo Código Electoral, cuyo encabezamiento fue transcrito en anterior oportunidad, expediente 1138, emplea el término "Resolución" para referirse a las decisiones sobre reclamaciones.

Al no aparecer demostrados los elementos que componen la causal ni su influencia en un resultado electoral efectivamente alterado, el cargo debe ser rechazado.

Sexto.- Con base en el hecho séptimo de la demanda considera se violó el Art. 9o. de la ley 84 de 1993, que contiene una prohibición, y por lo mismo se configura la causal 2a. del art. 223 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 17-2 de la ley 62 de 1988, con los fundamentos que se dejaron vistos en otro acápite de esta providencia.

Al respecto se observa:

La Sala tuvo ocasión de precisar el alcance de las normas citadas al analizar uno de los cargos planteados en los expedientes 1138 y 1140 por lo que a tales consideraciones se remite.

Debe agregarse que, como también se dijo antes, las causales de reclamación no pueden convertirse en causales de nulidad de manera automática, sino cuando el legislador les asigne tal consecuencia o cuando el hecho encuadre en una causal, lo que no sucede en el presente por lo que el cargo debe desecharse.

Al respecto vale la pena transcribir los apartes pertinentes de la sentencia del 17 de febrero de 1995, exp. 1102, 1111, Actor Jorge Quintero Sagre, con ponencia del H. Consejero Dr. Luis Eduardo Jaramillo, en la cual dijo la Sala:

> "Estando demarcado el campo de aplicación de las causales de reclamación, a la vía administrativa, a estas como bien lo expone la colaboradora del Ministerio Público no darse dárseles la entidad jurídica que pretende el apoderado judicial del actor, "quien con fundamento en criterios de su propia interpretación" eleva los supuestos fácticos previstos en los numerales 1 y 11 del art. 192, a las condiciones de causales de nulidad encuadrándolas en el numeral 2 del art. 223 del C.C.A.
>
> Del simple hecho que en las elecciones del 13 de marzo de 1994, se instalaron las mesas de votación en lugares o sitios distintos a donde funcionaron en las elecciones de 1992, no es válido deducir que los registros de esas mesas son falsos o apócrifos, estos conceptos están bien definidos por la jurisprudencia y la doctrina al fijar el sentido y alcance de la norma que los consagra como causal de nulidad. Ahora quien esta causal corre con la carga de probar en qué sentido se deformó la verdad electoral, o donde radica la falsedad de los hechos o en que forma estos son simulados, adulterados u ocultos; el actor se limita a afirmar un supuesto desacato del art. 9 de la ley 84 de 1993 en la instalación de las mesas de votación, sin hacer

referencia a la existencia de algún sistema de engaño o artificio empleado en detrimento de la pureza del sufragio, con relación a las actas de escrutinio de las mesas acusadas".

Con base en lo anterior y no habiendo hechos ni razones para variar lo afirmado, la Sala concluye que las peticiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

EXPEDIENTE NO. 1144. ACTOR: PABLO TATTAY BENISCH.

Conforme a la reseña que se hizo en otro acápite de esta providencia, las disposiciones que se invocan como infringidas son las mismas que se analizaron al estudiar los cargos planteados en la demanda radicada con el número 1139, por lo que se aprovecha el estudio que aparece realizado en tal oportunidad, así como el seguimiento y verificación del procedimiento adelantado.

El estudio a que se alude lleva a la Sala a unas conclusiones completamente contrarias a las expuestas por el actor en la presente demanda.

En efecto, para la Sala es claro que en las elecciones del 13 de marzo de 1994, si hubo una circunscripción electoral especial para las comunidades indígenas.

La voluntad de los candidatos fue la que señaló por cuál de las circunscripciones quería participar el candidato, como en efecto sucedió y no puede afirmarse que se vulneró la voluntad del elector pues tuvo oportunidad de votar libremente por el candidato de sus preferencias.

El cuociente electoral fue utilizado para efectos de adjudicar las curules correspondientes a cada una de las circunscripciones por lo que la causal alegada no aparece configurada.

Por lo mismo, no hay lugar a realizar un nuevo cómputo de votos.

No existe tampoco duda alguna de que no ha habido violación de las disposiciones constitucionales ni se ha producido el evento de que trata el Art. 129 del C.E. por lo que no hay lugar a analizar el acápite de la demanda marcado como "normas violadas y concepto de violación" con el número 2.

En consecuencia **las súplicas de la demanda deben recibir despacho desfavorable.**

EXPEDIENTE NO. 1145. ACTOR: FÉLIX SALCEDO BALDIÓN.

En primer término, la Sala debe precisar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, como se ha dicho en repetidas oportunidades, por lo que el análisis que se lleve a cabo debe estar circunscrito al marco de litis señalado en la demanda.

Para efectos de adelantar el presente estudio, la Sala debe recordar cuales son las disposiciones que se estiman como infringidas en la demanda:

Ellas son:

Arts. 1, 2, 4, 6, 29, 40, 83, 258, 265-inc. 5, de la C. N.

Arts. 1 inciso 3, 122, 166, 188, 189, 192, 193 del C. E.

Arts. 56, 57, 58, 223-4o. del C.C.A.

Arts. 4, 140-9 inciso 2o., 142, 245 y 246 del C. de P. C.

De lo anterior se deduce que la nulidad de los actos acusados se fundamenta, únicamente, en la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A. Por lo tanto a ella debe referirse la Sala.

Para un cabal entendimiento de la situación, la Sala debe precisar, en primer término, que la causal invocada no aparece en el Art. 223 del C.C.A. La misma, fue introducida por el Art. 65-4 de la ley 96 de 1985 y conservada por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988, que subrogó la anterior y que es la vigente a la ocurrencia de los hechos, que por lo mismo, debe entenderse como la invocada, conforme se desprende de la lectura de la demanda en la cual se hace mención de la violación del sistema de cuociente electoral y de las disposiciones anteriores.

En este orden de ideas, cuando se habla de la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A. por violación del sistema del cuociente electoral, debe entenderse invocado, como en efecto lo está, el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988, vigente a la fecha de los hechos que dan origen a la presente demanda y que establece la nulidad que se plantea.

En segundo lugar, debe precisarse, también, que la previsión del numeral 6o. del Art. 65 de la ley 96 de 1985, citada, que considera como causal de nulidad, la ocurrencia de cualquiera de los eventos previstos como causales de reclamación en el Art. 42 de la misma ley 96 de 1985, quedó modificada por el Art. 17 ya citado en la ley 62 de 1988 que estableció el nuevo texto, y por ende, las causales de nulidad sin reproducir la que apareció bajo el numeral inicialmente citado del Art. 65 de la ley 62 de 1988.

Debe precisarse, igualmente, que las disposiciones que establecen nulidades son, como ya se ha dicho anteriormente en esta providencia, taxativas y, por lo mismo de interpretación restrictiva por lo que no admiten aplicación extensiva o por analogía.

La causal alegada en el presente caso, ya fue transcrita y analizada en esta misma providencia (aparte al cual se remite la Sala), con el siguiente agregado:

Su configuración se produce cuando se utilice un sistema diferente del cuociente electoral, en los casos en que la Constitución o la ley prescriban este último o se cometan errores al aplicarlo.

La restricción fáctica de la causal a la violación del sistema del cuociente electoral, deja por fuera aspectos anteriores en el tiempo a la situación contemplada por la norma,

cuya discusión pueda hacer por la vía gubernativa con invocación y demostración de las causales de reclamación que la ley establece y, por la vía judicial, mediante la acción de nulidad de carácter electoral, con invocación y demostración de la ocurrencia de por lo menos una causal de nulidad.

Ahora bien, en el presente caso los aspectos que se traen con fundamentos de la causal son anteriores a la determinación del cuociente electoral por lo cual de ninguna manera pueden considerarse como elementos que configuren la contemplada en el numeral invocado.

En efecto, la circunstancia alegada, contabilizar como nulos votos válidos, es aspecto que fue discutido en la vía gubernativa y que, se repite no contempla la causal invocada por la parte actora, como sí lo hacía la ley 96 de 1985, que preveía como causal nulitante del acto, la violación del sistema electoral y al cual se refiere la interpretación de la sentencia invocada del 27 de marzo de 1987, anterior a la expedición de la ley 17 de 1988.

Al no demostrarse la violación de la disposición especial de nulidad invocada, las irregularidades alegadas con relación a las disposiciones del Código Electoral aun si aparecieran probadas, no tienen la entidad suficiente para producir la nulidad del acto acusado por no encajar en ella.

En relación con las violaciones del procedimiento, que se endilgan a los funcionarios de la organización electoral que decidieron las reclamaciones interpuestas, la Sala recalca que las mismas no encajan en los presupuestos establecidos en la causal de nulidad alegada, por lo que el cargo resulta improcedente; tampoco se invoca una causal de nulidad diferente para efectos de realizar el estudio correspondiente.

De otra parte, y con base en las mismas consideraciones anteriores, no puede estimarse que haya violaciones a la Constitución Nacional porque las disposiciones generales que aparecen en la Carta, solo se concentran para el caso del proceso electoral en las normas especiales que establecen las nulidades de las actas de escrutinio de los jurados de votación o de toda corporación electoral, de las cuales se invocó la causal 4a. de la ley 17 de 1988 cuya configuración, como ya se vio, no se encuentra demostrada.

Asi las cosas, **las pretensiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.**

EXPEDIENTE NO. 1150. ACTOR: ANTONIO YEPES PARRA

De la reseña inicial visible en otra parte de esta providencia la Sala observa que las disposiciones violadas y el concepto de violación que se plantean en esta demanda coinciden con los propuestos en la demanda radicada con el número 1142, respectivamente bajo los cargos enumerados como primero, segundo, quinto y sexto, con las correspondientes variaciones fácticas.

En tales condiciones la Sala debe remitirse a las consideraciones correspondientes hechas al estudiar los cargos en el expediente mencionado.

La causal 4a. del Art. 223 del C.C.A., tal como fue subrogado por el Art. 17-4 de la ley 62 de 1988, que se adiciona en la corrección de la demanda para cobijar los cargos planteados, ya fue analizada al estudiar los formulados en el radicado 1138 y en el 1142 ya citado, a tales consideraciones se remite la Sala para concluir que los presupuestos fácticos alegados en esta demanda no encuadran en los supuestos normativos y por lo mismo, por este aspecto, **no prosperan los cargos.**

Como consecuencia de todo lo anterior, para la Sala **no prosperan las súplicas de la demanda.**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de el Procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Deniéganse las súplicas de las demandas radicadas con los números 1135, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1144, 1145 y 1150.

Reconócese al Dr. Danilo Valbuena Ussa como apoderado sustituto del señor Lorenzo Muelas Hurtado en los términos del memorial obrante al fl. 423.

Háganse las comunicaciones de ley.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente de Sala

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS/NEGRITUDES/CONGRESISTA-Inhabilidades/**REPRESENTACIÓN LEGAL DE ENTIDAD ADMINISTRADORA TRIBUTOS O CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**

La inhabilidad prescrita en el art. 179-3 de la C.P. se presenta, en cualquiera de estas tres circunstancias: por intervenir en la gestión de negocios con entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas, en su propio interés o en el de terceros o por haber sido representante legal de las entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, todo ello dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que tuvo ocurrencia la elección. A la fecha de elección habían transcurrido 9 meses y 6 días contados a partir del momento en que dejó de ejercer esa representación, quedando sin soporte en el tiempo el cargo respecto de quien representó a una organización que gestionó con el Estado y administró contribuciones parafiscales. Para esta conclusión no obsta el hecho de que la demandante hubiera recibido con fechas 16 y 24 de noviembre de 1993 algunas cantidades de dinero por cuenta del convenio de cooperación No. 065, cuando ya no era representante legal de OBAPO, pues que eso no la inviste de esa representación así se la haga figurar como tal en los comprobantes de pago. Su conducta sería simplemente la de la colaboradora oficiosa para el buen desarrollo del convenio en caso de que hubiera puesto el dinero oportunamente en manos del representante legal de la Organización de Barrios Populares; en caso contrario se configuraría conducta investigable de oficio por autoridades distintas de la que conoce este proceso.

CONGRESISTA-Inhabilidades/CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS/EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Entre las fechas de celebración de esos contratos y la de su elección como representante a la Cámara medió un lapso que supera en mucho el establecido por la norma para sustentar la causal invocada, siendo irrelevante el período de ejecución del contrato o de la orden de servicio como lo tiene definido la Sala desde tiempo atrás con estricta sujeción al texto de la norma y al carácter restrictivo de todas las inhabilidades electorales.

CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Creación/CANDIDATO ELECTORAL-Requisitos/AVAL DE PARTIDO POLÍTICO/ETNIAS

El Art. 55 transitorio de la Carta Fundamental, que ordenó expedir una ley que reconociera a las comunidades negras sus derechos y la protección de su identidad cultural. En cumplimiento de este mandato fue expedida la ley 70 de 1993, que acorde con el art. 176 inciso 4o. de la Carta Política creó la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras, asegurando la participación de éstas en la Cámara de Representantes con dos miembros, y delegando en el Consejo Nacional Electoral la reglamentación de todo lo atinente a la elección. Para implementar esa Circunscripción Nacional Especial con miras a las elecciones para Cámara de Representantes del 13 de marzo de 1994, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución No. 71 del 1o. de diciembre de 1993, que en su art. 1o. señaló la calidad especial, la de pertenecer a la etnia negra, que debían tener los candidatos. Además el art. 2o. dispuso que ellos también debían reunir las calidades establecidas para quienes aspiraran a la Cámara de representantes por las circunscripciones territoriales. De acuerdo con la Resolución 71 de 1993, art. 2o., además de pertenecer a la etnia negra únicamente reclamó como requisitos que se tuviera las mismas calidades establecidas para quienes aspiraran a esa investidura por las circunscripciones territoriales, esto es, ser ciudadano en ejercicio y con mas de veinticinco años de edad en la fecha de elección (art.177 C.P.), exigencia que en su caso llenaron los precitados Mena García y Valencia Mosquera. Además, para la inscripción el art. 108, incisos 3o. y 4o., de la Carta Fundamental, faculta a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida para inscribir candidatos a elección sin otro requisito que el de aval expedido por su representante legal o quien él delegue.

ACTO DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO-Naturaleza/ACTO PREPARATORIO/ACTO DE TRÁMITE/ACCIÓN PÚBLICA ELECTORAL-Improcedencia/RECLAMACION ELECTORAL

La inscripción de candidatos a elección política es acto preparatorio o de simple trámite, no acusable mediante ejercicio de la acción publica electoral

porque su manejo corresponde al régimen señalado en el Decreto 2241 de 1986. Arts. 192 y 193. Las posibles irregularidades que se hubieren presentado en la inscripción de candidatos para la Circunscripción Especial Nacional de Comunidades Negras solo admitían como objeción la causal de reclamación establecida en el numeral 9o. del artículo primeramente nombrado, pero propuesta en las oportunidades que estatuye el art. 193 y no ante el Consejo Nacional Electoral.

NULIDAD ELECTORAL-Causales/**REGISTRO FALSO/REGISTRO APÓCRIFO/CARGA PROBATORIA**

Solicitar la nulidad tomando como causal la presumible falsedad o apocrifidad de un registro, según el numeral 2o. del citado art. 223 del C.C.A., implica satisfacer una carga procesal, la de probar que los elementos fácticos de conformación del registro son falsos o supuestos, o que los sufragios depositados lo fueron. En el caso que a la Sala ocupa la prueba aportada nada demuestra al respecto.

SUPLENTES-Inexistencia/**CONSTITUCIÓN POLÍTICA**-Vigencia/**VACANCIA ABSOLUTA/VACANCIA TEMPORAL**

No cabe la aplicación estricta que pretenden los actores de la previsión legal en mención, el art. 92, inciso 2o. del C. Electoral, a los comicios realizados con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política, por cuanto esa norma era valedera cuando se elegían principales y suplentes a las corporaciones públicas pero no ahora cuando, desaparecida la institución de los suplentes, las vacantes temporales o absolutas de los miembros de las Corporaciones Públicas "...serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral..." (art. 1o. del Acto Legislativo No. 03 de 1993). De aplicarse el criterio de los demandantes, en caso de haber elegido una lista los dos cupos para la Cámara por la Circunscripción Especial Nacional de las Comunidades Negras, las vacantes no habría con quien suplirlas del modo previsto en la Carta Fundamental.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá D.C., mayo doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

Referencia: Procesos Electorales Acumulados Nos. 1146, 1148 y 1149. Actor: Daniel Mosquera y otros.

Los señores Daniel Mosquera Mosquera, Margarita Prieto Sandoval y Justiniano Quiñones Angulo, cada uno en proceso separado, el primero y el tercero mediante apoderados y la segunda en forma personal, pretenden, en ejercicio de la acción pública

electoral, la declaración de nulidad del Acuerdo No. 08 del 8 de junio de 1994, proferido por el H. Consejo Nacional Electoral, con el cual se declaró la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial para las Comunidades Negras para el período Constitucional 1994-1998.

Con auto del 9 de diciembre próximo pasado, dictado en el expediente No. 1146, se dispuso la acumulación de los procesos mencionados con fundamento en que concurren las causales previstas en el Art. 238 del C.C.A.

En diligencia de sorteo del consejero conductor de los procesos acumulados correspondió al suscrito ponente continuar la tramitación. Satisfecha ésta con los alegatos de los actores, de los opositores, uno de ellos fuera del término y recibido el concepto de la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, no encontrando motivo alguno que invalide lo actuado se decide lo que en derecho corresponde, previa relacion de los antecedentes generales de los procesos y de cada uno de ellos de manera individual.

ANTECEDENTES GENERALES:

Es la nulidad electoral una acción pública o popular, por lo que, todo ciudadano tiene legitimidad para ejercerla y capacidad de postulación.

Las demandas de que se trata fueron interpuestas antes de que transcurriera el término de caducidad de la acción, establecida en veinte (20) días contados a partir del siguiente al 15 de junio de 1994, fecha de la notificación en estrados del acto acusado, pues lo fueron el 14 de julio siguiente ante la Secretaría de la Sección.

Por reunir los requisitos exigidos en el Art. 137 y siguientes del C.C.A. y estar acompañada cada demanda con la copia del acuerdo que declaró la elección acusada, se admitieron las mismas oportunamente.

ANTECEDENTES PARTICULARES DE CADA PROCESO.

Expediente 1146. Actor: DANIEL MOSQUERA.

Solicita el actor, mediante apoderado judicial, la nulidad de los artículos tercero, cuarto y quinto del Acuerdo No. 08 del 8 de junio de 1994, mediante el cual el H. Consejo Nacional Electoral declaró electos a Zulia María Mena García y Agustín Hernando Mosquera Valencia representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras para el período 1994-1998.-

Como consecuencia de lo anterior pide la rectificación de los escrutinios, para que con las actas generales de los mismos se computen los votos válidos emitidos en ésa circunscripción, se expidan credenciales para la Cámara de Representantes y de acuerdo con la Constitucion y la ley se anulen los que deban serlo.

Fundamenta la pretensión expresando que una vez efectuadas las elecciones para miembros del Congreso Nacional el 13 de marzo de 1994 y practicados los escrutinios,

el Consejo Nacional Electoral declaró elegidos a todos los miembros del Congreso, entre ellos a Zulia María Mena García y Agustín H. Mosquera Valencia, quienes estaban inhabilitados. Al respecto expresa:

> "Zulia María Mena García ha sido representante legal de entidades que administran contribuciones parafiscales y como tal ha contratado con entidades públicas o de economía mixta y percibido y administrado recursos de organismos oficiales. Por lo demás, se inscribió para intervenir en el proceso electoral por el Movimiento Social Indígena (A.S.I.), pero no para representar a las comunidades negras.

En cuanto a Agustín H. Valencia Mosquera, afirma que contrató asesoría jurídica con el Municipio de Puerto Tejada (C.), el 1o. de abril de 1993 y por el término de 9 meses, acuerdo de voluntades modificado el 18 de mayo del mismo año para elevar el monto de su valor y forma de cancelación. Como normas violadas señaló los numerales 2o. y 3o. del Art. 179 de la C. Política y 4o. y 5o. del Art. 223 del C.C.A. con la modificación del artículo 17 de la ley 62 de 1993.

Desarrolla el concepto de violación partiendo de la Resolución No. 71 del 1o. de diciembre de 1993, expedida por el Consejo Nacional Electoral con fundamento en el Art. 66 de la ley 70 de 1993, para sustentar la que denomina indebida inscripción y aceptación de la candidatura de Zulia María Mena García en representación de un movimiento político diferente a la etnia de las Comunidades Negras, pues recibió el aval de la Alianza Social Indígena, siendo claros que éstos, los indígenas, eligen a dos (2) senadores de la República, en tanto que por Circunscripción Nacional Especial las Comunidades Negras y sus etnias postulan y eligen dos representantes a la Cámara.

Dice que con el tratamiento dado a esta elección se ha violado el Inc. 3o. del Art. 171 de la Constitución Nacional, el 176 *ibídem,* y el 66 de la ley 70 de 1993, al dar un alcance interpretativo diferente del real a los incisos 3o. y 4o. del Art. 108 de la Carta Fundamental, cuando se debe armonizar el Inc. 3o. del Art. 176 con el 4o. del Art. 108 de la Constitución Política para concluir que la resolución 71 de 1993, del Consejo Nacional Electoral, no autorizó avales para inscribir candidatos a la Cámara en la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras. Por lo tanto, con dicho aval se violó la C. Política y la ley, careciendo, en consecuencia, de valor y efectos jurídicos la inscripción, así el Registrador Nacional del Estado Civil mediante una circular, manifiestamente inconstitucional, lo haya autorizado. Además, que por ese aspecto su votación es nula y no debió computarse en los escrutinios, pues al hacerlo se violó el sistema del cuociente electoral. (Art. 263 C.P.).

Respecto del Dr. Agustín H. Valencia Mosquera, por la celebración de contratos con el Municipio de Puerto Tejada alega vulneración del Num. 3o. del Art. 179 de la Carta, por lo que carecía de calidades constitucionales y legales para ser electo Congresista.

El auto admisorio de la demanda fue notificado debidamente, habiendo transcurrido en silencio la oportunidad para contestar el libelo y aportar pruebas.

Expediente No. 1148. Actor: MARGARITA PRIETO SANDOVAL.

La ciudadana de la referencia, en su propio nombre, demandó la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 08 de junio 8 de 1994 del Consejo Nacional Electoral, declaratorio de la elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras de la candidata Zulia María Mena García para el período 1994-1998. Solicita, en consecuencia, se excluya de los registros electorales la votación computada en los escrutinios por la lista inscrita por el movimiento Alianza Social Indígena que encabezó la citada Zulia María, se disponga la práctica de nuevos escrutinios y se haga nueva declaratoria de elección y expedición de la credencial correspondiente.

Para fundamentar la pretensión afirma que en cumplimiento de los artículos 55 transitorio y 176 de la C.P. el Congreso expidió la ley 70 de 1993, que en su Art. 66 fijó en dos el numero de representantes a la Cámara elegibles por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras, norma en cuyo desarrollo el Consejo Nacional Electoral con la Resolución No, 71 de 1993, Art. 5o., fijó incompatibilidad en la inscripción de candidatos de esta etnia con la de otros movimientos políticos.

Sostiene que la inscripción de Zulia María Mena García por el Movimiento Alianza Social Indígena como candidata a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Nacional Especial para las Comunidades Negras, conforme a lo previsto en el Art. 93 del Código Electoral no pertenece a ningún movimiento de comunidades negras sino a la Circunscripción Especial de las Comunidades Indígenas al Senado, por lo cual los votos depositados por dicha lista no deben computarse en la elección de candidatos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Nacional Especial para las Comunidades Negras.

Señala, como disposiciones transgredidas, el Art. 176 de la C.N., el Art. 66 de la ley 70 de 1993 y el Art. 5o. de la Resolución No. 71 del Consejo Nacional Electoral. Explica el concepto de la violación argumentando que con la inscripción para la circunscripción especial de las Comunidades Negras a través del Movimiento Alianza Social Indígena se desvirtúa la finalidad que tuvo el constituyente en el Art. 176 de la C.P., de dar participación a las minorías en el Congreso a través de una Circunscripción Nacional Especial, propósito desarrollado en el Art. 66 de la ley 70 de 1993, pues quedó desplazada por el movimiento indigenista que es totalmente distinto e independiente del de las Comunidades Negras. Concluye aseverando que de acuerdo con el Art. 5o. de la Resolución 71 de 1993, del Consejo Nacional Electoral, dicha inscripción es incompatible con otra que no tenga origen en dicha etnia.

En tiempo presentó corrección de la demanda para hacer extensiva la pretensión al Dr. Agustín Hernando Valencia Mosquera y ampliar los fundamentos de la misma con nuevos hechos, así resumidos:

– El Movimiento Alianza Social Indígena, que inscribió la candidatura de Zulia María Mena García, únicamente representa a esa comunidad y fue solicitante y beneficiaria de

los dineros que por reposición de gastos electorales correspondía a la señorita Mena García.

– Esta se inscribió estando inhabilitada para ser elegida congresista, por ser representante legal de la Organización de Barrios Populares del Chocó (OBAPO) y haber administrado dineros del Estado al contratar con la Fiduciaria Popular S.A. en los seis (6) meses anteriores a la elección. En idéntica situación se halla Agustín Hernando Valencia Mosquera, por haber firmado contrato de servicios profesionales con el Municipio de Puerto Tejada.

– Además, ambas listas al ser inscritas incluyeron un número de personas superior al elegible por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras, la de Zulia María con tres (3) candidatos y la de Agustín Hernando con seis (6).

Se invoca, como otras normas violadas, las de los artículos 265, 263, 179, 108 y 55 transitorio, de la C.N.; los artículos 92, 93 y 192 del Código Electoral; los artículos 4o. y 5o. de la Resolución 71 de 1993 expedida por el Consejo Nacional Electoral y los numerales 4o. y 5o.del Art. 223 del C.C.A.

Se modificó y adicionó el concepto de violación para sostener que las reclamaciones fueron presentadas en oportunidad y el Consejo Nacional Electoral eran competentes para conocerlas; que las actas de inscripción de candidatos vulneraron la ley por exceder las listas cuestionadas el número de personas a elegir y, finalmente, ratificar las inhabilidades predicadas de los candidatos elegidos.

Admitida la demanda y su corrección, el apoderado de Zulia María Mena García compareció al proceso para oponerse a las pretensiones, que considera carentes de fundamento, aportar pruebas y solicitar la practica de otras. Igual posición asumió respecto al escrito de corrección de la demanda.

Expediente No. 1149 Actor: JUSTINIANO QUIÑONES ANGULO.

Pide el actor, mediante apoderado judicial, la nulidad del Acuerdo No. 08 del 8 de junio de 1994, del Consejo Nacional Electoral por el cual se hizo la declaratoria de elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras para el período 1994-1998.

Simultáneamente solicita la nulidad de los respectivos actos de trámite electoral (actos de inscripción, registros electorales o actas de escrutinio de jurados de votación o cualquier otra corporación electoral) y, en consecuencia, que se disponga la práctica por el Consejo de Estado de nuevo escrutinio para elegir por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras dos (2) representantes a la Cámara con base en los registros no afectados; que se expidan nuevas credenciales en reemplazo de las que deban declararse, y el envío de comunicaciones a las autoridades que deban conocer la novedad.

Sustenta la solicitud argumentando:

a) En vigencia de la ley 84 de 1993, Art. 1o., el 13 de marzo de 1994 se llevaron a efecto las elecciones populares de senadores por las Circunscripciones Nacional e indígena, y de representantes a la Cámara por las Circunscripciones Territoriales y por la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras.

b) En desarrollo del Art. 176 de la Carta Política y 55 transitorio se expidió la ley 70 de 1993, que en su artículo 66 creó la Circunscripción Especial para elegir a dos (2) miembros de las Comunidades Negras como representantes a la Cámara, por lo que en ejercicio de facultades legales el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución No. 71 de 1993, que reglamentó la aludida circunscripción.

c) En el término de ley se inscribieron doce (12) listas de candidatos a la Cámara de Representantes por la susodicha circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras, inscripciones en su mayoría irregulares. Entre otras razones y concretamente respecto a las de los elegidos anotó:

"a).....

b) La lista encabezada por AGUSTÍN HERNANDO VALENCIA MOSQUERA se inscribió en nombre del MOVIMIENTO NACIONAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, con Póliza de Seguros de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. para prestar caución conforme al artículo 19 de la ley 84 de 1993, con Tarjeta Electoral No. 02.

c) .....

.....

h) La listas (sic) encabezadas por ZULIA MARÍA MENA GARCÍA se inscribió en nombre de la ALIANZA SOCIAL INDÍGENA –ASI–, con AVAL otorgado por Pablo Tattay B. como su representante legal.- Tarjeta Electoral No. 09.- "

Invoca como normas violadas el Art. 66 de la ley 70 de 1993; 1°., 88 y 93 del Código Electoral y el numeral 2o. del Art. 223 del C.C.A.

Explica el concepto de violación aludiendo a la creación de la Circunscripción Nacional Especial para elegir dos miembros de las Comunidades Negras como representantes a la Cámara, previa definición de lo que debe entenderse como comunidades negras. Formula críticas y precisiones respecto de lo que debe entenderse por Inscripción y aval y comenta que en el presente caso todas las listas que figuran en nombre las Comunidades Negras solo hay una legalmente inscrita, la del actor, en tanto que las demás surgen viciadas y tendrán que anularse.

Reduce el análisis a la situación de Zulia María Mena García, porque inscribió en nombre de la Alianza Social Indígena –ASI–, con el aval de la misma comunidad indígena

y de Agustín Hernando Valencia Mosquera, por inscribirse por la "circunscripción denominada MOVIMIENTO NACIONAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS" que no corresponde a la especial creada por el artículo 66 de la ley 70 de 1993. Por ello, en lo que califica como un fraude por los vicios de ilegalidad de las respectivas inscripciones pide la nulidad del acto que los declaró elegidos.

Proferido auto admisorio, en tiempo se corrigió la demanda para precisar normas violadas y el concepto de violación respecto del Art. 176 de la Constitución Política, inciso ultimo; Art. 6o. de la Resolución 71 de 1993; Art. 263 de la propia Carta Política y numeral 4o. del Art. 223 del C.C.A.

El libelo demandatorio obtuvo respuesta del apoderado de Zulia María Mena García para oponerse a las pretensiones, aportar pruebas y solicitar la práctica de otras.

ALEGATOS DE LAS PARTES

a) El representante judicial del actor Justiniano Quiñones Angulo, luego de hacer transcripción casi completa de su demanda (Exp. 1149), orienta su alegato en la interpretación que le merecen las disposiciones que aduce transgredidas para sostener que de todas las listas inscritas únicamente la del actuante se ajusta a lo preceptuado en derecho, esto es, al Art. 66 de la ley 70 de 1993, porque las demás "... fueron inscritas con avales o certificaciones de representantes legales de movimientos o partidos políticos....." que en todo caso no pertenecen a la etnia de las Comunidades Negras.

Agrega que para esta circunscripción especial algunas listas inscritas contenían mas candidatos que el número de personas a elegir, por lo que dicha inscripción se hizo de manera ilegal, contándose entre ellas las que versan con los tarjetones 02 y 09, que a la postre obtuvieron las curules asignadas con la Resolución No.08 de junio 8 de 1994.

Concluye que al no efectuarse las inscripciones de manera correcta debe demandarse la nulidad del acto demandado y, por ende, de las "inscripciones" de listas de candidatos que no se ajustaron a la ley, "..., pues esas inscripciones siendo ILEGALES no son legítimas ni auténticas, sino apócrifas, y por tanto deberán anularse....", para en su lugar disponer que las curules sean adjudicadas al tarjetón 04 encabezado por su representado Quiñones Angulo.- (fl. 281-296).

b) El apoderado del demandante Daniel Mosquera reitera las pretensiones de la demanda, se ratifica en lo que allí expuso sobre las disposiciones violadas y el concepto de violación y analiza cada una de las normas que se estima vulneradas con el acto acusado.

Considera evidente, con las pruebas allegadas al plenario, la existencia de las inhabilidades atribuidas a los precitados Mena García y Valencia Mosquera.

De la primera, porque al inscribirse con el aval del movimiento político Alianza Social Indígena –ASI– con su firma sobre el formulario E-6 juró pertenecer a dicho movimiento

o partido (Art. 93 Dto. 2241 de 1986) y porque no se observa que bajo cualquiera otra forma hubiera manifestado hacer parte de las Comunidades Negras.- Por esa circunstancia se transgredió el inciso 4o. del artículo 108, de la C. Política, como también el inciso 3o. del Art. 176 *ibídem* y el 66 de la ley 70 de 1993 en armonía con la Resolución 71/93 del Consejo Nacional Electoral, porque su inscripción se llevó a cabo bajo las premisas que regulaban las de las Circunscripciones Territoriales sin que pueda pretenderse legalmente inscrita para la circunscripción especial nacional de las Comunidades Negras, por lo que su votación es nula y no debió computársela en los escrutinios; al hacerlo se vulneró el cuociente electoral (Art. 263 de la C.N.) originando de paso el motivo para alegar la causal 4a. del Art. 223 del C.C.A.

Respecto del segundo, anota que por celebrar contratos con el municipio de Puerto Tejada incurrió en la violación del Numeral 3o. del Art. 179 de la Carta Fundamental y, consecuentemente, del Numeral 5o. del Art. 223 del C.C.A. por haber "... intervenido en gestión de negocios ante entidades públicos". Concluye que la conducencia del recaudo probatorio determinará el preferimiento de sentencia que acoja las peticiones de la demanda. (fl. 298-311).

c) La opositora Zulia María Mena García, mediante nuevo apoderado, contradice los fundamentos de la acusación con razonamientos producto de su interpretación de las normas que se alega infringidas, e invoca otras disposiciones que considera aplicables al caso (fl. 313-322).

d) Margarita Prieto Sandoval, en su condición de parte actora, basa su alegato en el mérito que le merecen las pruebas aportadas con las reclamaciones presentadas ante el Consejo Nacional Electoral, de las que sostiene fueron propuestas en tiempo y sobre las que debió pronunciarse dicho organismo. Analiza los motivos que tiene para reclamar la nulidad de las actas de inscripción de los candidatos electos, por el exceso del número de personas a elegir; la violación de la ley 70 de 1993 y de la Resolución que la desarrolla por la inscripción de Zulia María Mena García como candidata de la Asociación Social Indígena –ASI–. También le atribuye inhabilidad para ser elegida representante a la Cámara por haber tramitado cuentas y cobrado dineros de origen oficial a nombre de OBAPO, pese a no ser su representante legal como lo demuestran los documentos allegados.

Finalmente aduce inhabilidad del elegido Agustín Hernando Valencia Mosquera por su vínculo contractual con el municipio de Puerto Tejada, atribuyéndole la calidad de empleado semi-oficial (Art. 323-329).

e) En forma extemporánea presentó su alegato el apoderado del opositor Agustín Hernando Valencia Mosquera (fl. 332-345).

CONCEPTO DE LA PROCURADORA NOVENA DELEGADA EN LO CONTENCIOSO

La colaboradora del Ministerio Público hace la sinopsis de los procesos acumulados con plena identificación de los cargos que sustentan las respectivas demandas, y tras

evaluar las pruebas allegadas frente a las normas que se dicen violadas solicita se denieguen las pretensiones (fl. 347-364).

CONSIDERACIONES:

Como se trata de procesos acumulados, coincidentes en las disposiciones que se presumen transgredidas y similitud en los respectivos conceptos de violación, por método se hará el estudio integral de los cargos deducidos en forma correlacionada.

Con las acciones propuestas se pide la nulidad del Acuerdo No. 08 de junio 8 de 1994, emanado del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se hizo la declaratoria de elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras para el período Constitucional 1994-1998 y, por consecuencia, de prosperar dicha pretensión, que se decrete la nulidad de los tramites de esa elección, se rectifiquen los escrutinios, se cancelen credenciales y se efectúe nueva declaratoria de elección correspondiente al cómputo de los votos legalmente depositados.

Del estudio de las demandas y sus correcciones se colige que los cargos que se formulan son los siguientes:

1.- La elección de Zulia María Mena García y Agustín Hernando Valencia Mosquera viola el Numeral 3o. del Art. 179 de La C.P.- La primera, por haber sido representante legal de "OBAPO" (Organización de Barrios Populares del Chocó), institución que administra fondos y contribuciones de carácter parafiscal y, además, por haber contratado como tal con entidades públicas de economía mixta; el segundo, por haber prestado asesoría jurídica mediante celebración de contratos con el Municipio de Puerto Tejada, Cauca, todo ello dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.

2.- La elección de los precitados Mena García y Valencia Mosquera vulnera los artículos 108, inciso 4o., y 176 de la Carta Fundamental, en consonancia con el Art. 66 de la ley 70 de 1993 y la Resolución 71 de 1993, dando lugar a las causales 4o. y 5o. del Art. 223 del C.C.A. en cuanto a la primera, y 2o. y 4o. *ibídem* la del segundo. La acusación se sustenta con el argumento de que Zulia María inscribió su candidatura con el aval del Movimiento Alianza Social Indígena –ASI– y, por tanto, no representa la etnia de las Comunidades Negras. En tanto que Agustín Hernando protocolizó su inscripción por el Movimiento Nacional de las Comunidades Negras, que corresponde en todo caso a uno totalmente diferente del consagrado en la ley 70 de 1993, Art. 66.

3.- Las listas inscritas en el encabezamiento tanto de Zulia María Mena García como de Agustín Hernando Valencia Mosquera infringieron los artículos 90 inciso 2o. y 92 del Dto. 2241 de 1986 (Código Electoral), porque las mismas superan el número de personas a elegir por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras.

De las pruebas allegadas. Los documentos que obran en los expedientes como elementos probatorios acreditan lo siguiente:

a) El Acuerdo No. 08 de junio 8 de 1994 del Consejo Nacional Electoral, da cuenta de su abstención a resolver reclamaciones concernientes a las votaciones para la Cámara de Representantes por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras y de otras peticiones, de la realización del escrutinio general de esa circunscripción, con la consolidación de la votación y declaración de la elección, por lo que se ordenó expedir las credenciales a los elegidos Zulia María Mena García y Agustín Hernando Valencia Mosquera. Fue aportado en copia auténtica y certificación de su notificación en estrados.

b) Copia de la solicitud de inscripción y constancia de aceptación de Zulia María Mena García a su candidatura a la Cámara por la Circunscripción Nacional de las Negritudes, con el aval del Movimiento Alianza Social Indígena –ASI–.

c) Copia de la misma solicitud por el Movimiento de las Comunidades Negras de la lista que encabezó el Sr. Agustín Hernando Valencia Mosquera para la Circunscripción Especial aludida.

d) Certificación expedida por la Secretaría de Gobierno y Desarrollo Comunitario del Departamento del Chocó, sobre la vigencia de la personería jurídica de la Organización Barrios Populares del Chocó y que Zulia María Mena García fue su representante legal desde 1988 hasta el 18 de mayo de 1993.

e) Constancia expedida por la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre el nombre de las personas que resultaron elegidas Representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras para el período 1994-1998.

f) Copia auténtica de las órdenes de servicio y/o gastos del municipio de Puerto Tejada, Cauca, al Sr. Agustín Hernando Valencia Mosquera, de fechas 1o. de abril y 18 de mayo de 1993.

g) Copia auténtica de la Resolución No. 71 de diciembre 1o. de 1993, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

h) Copia auténtica de la circular No. 003 del 6 de enero de 1994, suscrita por el Registrador Nacional del Estado Civil y la Directora Nacional Electoral.

i) Certificación expedida por la Directora del Instituto Nacional de Antropología, Colcultura, según la cual Zulia María Mena García fue integrante de la comisión especial del Art. 55 transitorio de la C. Política.

j) Certificación de la Directora Nacional Electoral respecto a la inscripción de la candidatura de Zulia María Mena García como Representante a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras, con el lleno de los requisitos de la ley 84 de 1993 y la Resolución 071 de 1993 del Consejo Nal. Electoral.

k) Copia del convenio administrativo de cooperación No 065 de fecha 18 de septiembre de 1992, celebrado entre la Fiduciaria Popular y la Organización de Barrios Populares del Chocó "OBAPO".-

También obra abundante documentación concerniente a otras inscripciones de candidaturas para la Circunscripción especial aludida; otros atañederos a la Organización de Barrios Populares del Chocó; certificaciones de funcionarios judiciales pertinentes a representaciones judiciales ejercidas por el señor Valencia Mosquera, lo mismo que material documentario irrelevante para los fines de los procesos.

Evaluando dicho acervo documental frente al primer cargo se tiene:

El Num. 3o. del Art. 179 de la C. Política, preceptúa:

"No podrán ser congresistas:

1- .....

2- .....

3.- Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección."

La inhabilidad prescrita en el Art. 179-3 de la C. P. se presenta, en cualquiera de estas tres circunstancias: por intervenir en la gestión de negocios con entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas, en su propio interés o en el de terceros o por haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, todo ello dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que tuvo ocurrencia la elección.

En el caso en examen se pregona la inhabilidad de la elegida congresista Zulia María Mena García por haber sido representante legal de la Organización de Barrios Populares del Chocó (OBAPO), persona colectiva con personería jurídica vigente y de la que evidentemente aquella fue representante legal desde el año 1988 hasta el 18 de mayo de 1993, según certificación vista a foja 198 del expediente 1148, circunstancia que de por sí ya libera a la señora Mena García de la causal puesto que a la fecha de elección habían transcurrido 9 meses y 6 días contados a partir del momento en que dejó de ejercer esa representación, quedando sin soporte en el tiempo el cargo respecto de quien representó a una organización que gestionó con el Estado y administró contribuciones parafiscales.

Para esta conclusión no obsta el hecho de que la citada Zulia María hubiera recibido con fechas 16 y 24 de noviembre de 1993 algunas cantidades de dinero por cuenta del convenio de cooperación No. 065, cuando ya no era representante legal de OBAPO, pues que eso no la inviste de esa representación así se la haga figurar como tal en los comprobantes de pago. Su conducta sería simplemente la de colaboradora oficiosa para el buen desarrollo del convenio en caso de que hubiera puesto el dinero oportunamente en manos del representante legal de la Organización de Barrios Populares; en caso contrario se configuraría conducta investigable de oficio por autoridades distintas de la que conoce este proceso.

Lo propio puede decirse respecto al Sr. Agustín Hernando Valencia Mosquera, quien en su condición de profesional del derecho celebró contrato de prestación de servicios o recibió órdenes de servicio del municipio de Puerto Tejada para que lo representara en varios procesos y le prestara asesoría jurídica, según se desprende de la prueba documentaria contenida en las fotocopias de las órdenes de servicio y/o gastos (fl. 61 a 63 del cuaderno No. 2, expediente 1146) de fechas 1o. de abril y 18 de mayo de 1993, toda vez que entre las fechas de celebración de esos contratos y la de su elección como representante a la Cámara medió un lapso que supera en mucho el establecido por la norma para sustentar la causal invocada, siendo irrelevante el período de ejecución del contrato o de la orden de servicio como lo tiene definido la Sala desde tiempo atrás con estricta sujeción al texto de la norma y al carácter restrictivo de todas las inhabilidades electorales.

En el alegato de fondo el apoderado del actor, en el proceso 1146, alude al supuesto de la previsión constitucional que corresponde a gestión de negocios ante entidades públicas por parte de Valencia Mosquera, con fundamento en las certificaciones expedidas por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada y el Tribunal Administrativo del Cauca, que dan cuenta de su actividad litigiosa ante esas instancias judiciales después de la elección. El momento procesal en el que aparece la modificación del fundamento fáctico de lo pretendido, que impidió al demandado ejercer su defensa al respecto, hace que el análisis de ese planteamiento deba dejarse de lado porque el cargo se contrajo únicamente a la celebración de contrato y en torno a ello se trabó la relación procesal, independiente de que ante lo rogado de la jurisdicción no se pueda entrar a definir si por el hecho del contrato hubo o no gestión de negocios.

En cuanto al segundo motivo de acusación deducido de los procesos acumulados ha de precisarse que su estudio parte del Art. 55 transitorio de la Carta Fundamental, que ordenó expedir una ley que reconociera a las comunidades negras sus derechos y la protección de su identidad cultural. En cumplimiento de ese mandato fue expedida la ley 70 de 1993, que acorde con el art. 176 Inc. 4o. de la Carta Política creó la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras, asegurando la participación de éstas en la Cámara de Representantes con dos miembros, y delegando en el Consejo Nacional Electoral la reglamentación de todo lo ateniente a la elección.

Para implementar esa Circunscripción Nacional Especial con miras a las elecciones para Cámara de Representantes del 13 de marzo de 1994, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución No. 71 del 1o. de diciembre de 1993, que en su artículo 1o. señaló la calidad especial, la de pertenecer a la etnia negra, que debían tener los candidatos. Además, en el art. 2o. dispuso que ellos también debían reunir las calidades establecidas para quienes aspiraran a la Cámara de Representantes por las circunscripciones territoriales.

De allí infieren los demandantes el cargo contra la elección de la opositora Zulia Ma. Mena García, pues se inscribió con el aval del Movimiento Alianza Social Indígena –ASI– por lo cual es de entender que no representa a las Comunidades Negras. Y el deducido

contra la elección de Agustín Hernando Valencia Mosquera procede de la denominación dada a la inscripción de su candidatura, por el Movimiento Nacional Comunidades Negras, que no por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras.

La ley 70 de 1993 prevé en su artículo 66:

> "De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional, establécese la circunscripción especial para elegir dos (2) miembros de las comunidades negras del país asegurando su participación en la Cámara de Representantes".
>
> El Consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección....".

El sentido de la norma es el de garantizar y asegurar en el Congreso la representación y participación, en la Cámara de Representantes de las comunidades negras que como etnia se encuentran reconocidas constitucionalmente.

La inscripción de la candidatura para las elecciones de marzo de 1994 por los aspirantes de las Comunidades Negras a una curul en la Cámara de Representantes, de acuerdo con la precitada Resolución 71 de 1993, art. 2o., además de la de pertenecer a la etnia negra únicamente reclamó como requisitos que se tuviera las mismas calidades establecidas para quienes aspiraran a esa investidura por las circunscripciones territoriales, esto es, ser ciudadano en ejercicio y con más de veinticinco años de edad en la fecha de elección (art. 177 C. P.), exigencias que en su caso llenaron los precitados Mena García y Valencia Mosquera.

Además, para la inscripción el art. 108, incisos 3o. y 4o., de la Carta Fundamental, faculta a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida para inscribir candidatos a elección sin otro requisito que el del aval expedido por su representante legal o quien él delegue.

Las pruebas asumidas en los procesos acumulados acreditan que la inscripción de la lista encabezada por Zulia María Mena García para la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras fue avalada por el Movimiento Alianza Social Indígena –ASI– con personería jurídica reconocida (Exp. 1149, fol. 19).

Pero ese aval no implica que los inscritos por la lista en mención representen organizaciones indígenas sino también a las étnicas, sociales y políticas, porque de ese movimiento hacen parte "... personas y sectores sociales de iguales características...", por ser "un movimiento de naturaleza política, con carácter democrático, participativo..." (Art. 1°. de los Estatutos ASI – Fol.274, exp. 1148).

También, porque la inscripción se hizo para la circunscripción nacional NEGRITUDES, etnia a la cual juraron pertenecer los candidatos (fols. 100 y 101. Exp. 1146).

Por lo demás, si en la Resolución 003 del 6 de enero de 1994 el Registrador Nal. del Estado Civil dispuso la forma de hacer las inscripciones para la circunscripción especial

de las comunidades negras, autorizando el aval de partido o movimiento político con personería jurídica reconocida, quienes se acogieron a esas instrucciones obraron conforme a la legalidad, pues ella se presume de todo acto administrativo en tanto no halla perdido fuerza ejecutoria. En autos no obra prueba de que se haya dado cualquiera de los casos previstos en el Art. 66 del C.C.A.

No sobra agregar que el régimen de inscripción aludido no limitó el otorgamiento del aval a partido o movimiento político de las comunidades negras, pues de ser así ninguna lista hubiera podido ser inscrita con aval en atención a que no existían movimientos o partidos políticos de esa etnia con personería jurídica reconocida para la fecha de las inscripciones (fls. 13 a 22 Exp. 1149).

En cambio, nadie puede dudar que quienes conforman esa etnia han sido miembros de los partidos y movimientos políticos que han tenido figuración en los anales electorales del país, por lo que la forma como los actores conciben la situación de la inscripción de la lista que encabezó Zulia María Mena implicaría que esta habría tenido que renunciar a bien precisas libertades políticas consagradas en el Art. 40 de la C.P. y a la libertad de opinión.

La inscripción de candidaturas con el aval así obtenido tampoco debe calificarse como circunstancia invalidante de acuerdo con el artículo 5o. de la Resolución 71 de 1993, porque la disposición solo se orientó a impedir que quien se inscribiera como candidato por la etnia de las Comunidades Negras para la Cámara de Representantes simultáneamente lo hiciera para participar en los mismos comicios por otra circunscripción.

Presentado así el panorama del asunto es evidente que a inscripción de Zulia María Mena García como candidata para la Circunscripción Nacional Especial de las comunidades negras se allanó a derecho y, por ende, la declaratoria de su elección como representante a la Cámara no se ve afectada por la causal de inelegibilidad que estatuyó la ley, porque no está en tela de juicio que ella sea de etnia diferente a la de las comunidades negras para cuya circunscripción electoral se inscribió conforme a lo observado en e expediente 1148, fl. 19 y 20 No. 1149, fl. 160 y 161. Esa condición también la acredita el hecho de haber actuado como delegada de dichas comunidades en el Comité especial de apoyo para el estudio y desarrollo del artículo 55 transitorio de la Carta Política, de acuerdo con la certificación pertinente a tal reglamentación que aparece en el expediente No. 1148, folio 179.

En cuanto al Dr. Agustín Hernando Valencia Mosquera, el acopio probatorio da razón de su inscripción conforme a las disposiciones legales, pues se efectuó bajo los parámetros de la entonces vigente ley 84 de 1993 en armonía con la ley 70 de 1993, art. 66. y la satisfacción de la resolución que la desarrolla.

Por si lo anterior no bastara para desestimar el cargo en examen conviene precisar que la inscripción de candidatos a elección política es acto preparatorio o de simple trámite, no acusable mediante el ejercicio de la acción pública electoral porque su manejo

corresponde al régimen señalado en el Decreto 2241 de 1986, artículos. 192 y 193. Las posibles irregularidades que se hubieren presentado en la inscripción de candidatos para la Circunscripción Especial Nacional de las Comunidades Negras solo admitían como objeción la causal de reclamación establecida en el numeral 9o. del artículo primeramente nombrado, pero propuesta en las oportunidades que estatuye el art. 193 y no ante el Consejo Nal. Electoral.

Por el mismo aspecto cabe observar que la pretensión de nulidad por la presunta irregular inscripción con base en las causales de los numerales 4. y 5. del Art. 223 del C.C.A. respecto a la señora Mena García, y 2. y 4. en lo atinente a Valencia Mosquera, no es acertado, porque el motivo alegado para deprecar la anulación de la declaratoria de elección está fuera del contexto de las normas constitucionales (Art. 176, 177, 179, y 263) y legales (arts. 66 de la ley 70 de 1993 y 1o. y 2o. de la Resolución No. 71 de 1993 del Consejo Nacional Electoral), habida cuenta que esas inscripciones no fueron apócrifas sino auténticas y que los escrutinios condujeron a la extracción del cuociente electoral con fundamento en los votos válidos depositados en los aludidos comicios, cuociente aplicado en debida forma por el Consejo Nal. Electoral en el acto declaratorio de la elección acusada y porque, finalmente, por pertenecer a la etnia negra y reunir los requisitos del Art. 177 de la Constitución Política los elegidos reúnen "...las calidades constitucionales o legales para ser electos...".

Solicitar la nulidad tomando como causal la presumible falsedad o apocrifidad de un registro, según el numeral 2o. del citado artículo 223 del C.C.A., implica satisfacer una carga procesal, la de probar que los elementos fácticos de conformación del registro son falsos o supuestos, o que los sufragios depositados lo fueron. En el caso que a la Sala ocupa la prueba aportada nada demuestra al respecto.

Tampoco resulta afortunado aludir el numeral 4o. como causal de la implorada nulidad, porque la prueba documental traída a los procesos acumulados no está acreditando que el procedimiento determinado por el artículo 263 de la C. Política para efectos de establecer el cuociente hubiera sido omitido o indebidamente aplicado, como tampoco se probó su alteración en la representación asignada a las listas inscritas a nombre de la etnia de las comunidades negras.

La misma crítica cabe hacer cuando se estudia el numeral 5o. de la referida normatividad frente al acervo probatorio acercado a los procesos.

En conclusión, erigir cargos para demandar la declaratoria de nulidad de un acto de elección popular con fundamento en presuntas irregularidades de una inscripción de candidaturas no corresponde a la naturaleza del proceso de nulidad electoral, cuya función está en salvaguardar la legalidad del acto y no de los actos preparatorios o de trámite que lo anteceden, como en el presente caso (Art. 229 del C.C.A.). Como queda dicho, este segundo cargo, erigido mediante el ejercicio de una compleja interpretación de normas

y con base a hechos que no alteraron los escrutinios no se apoyaron en supuestos o falsos cómputos no puede prosperar.

Por último, el cargo esgrimido como motivo de inelegibilidad en contra de la declaratoria de elección de representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras, con fundamento en que la inscripción de todos los aspirantes a esas dos curules, a excepción de la del actor en el expediente No. 1149, infringieron el Art. 92 inciso 2o. del Dto. 2241 de 1986 porque sus listas excedieron en número el cupo de personas a elegir, no configura ninguna de las causales de nulidad de los registros y actas de escrutinio previstas taxativamente en el Art. 223 del C.C.A. (Subrogado por el Art. 17 de la ley 62 de 1988).

En gracia de discusión solo configuraría motivo de reclamación, por tratarse de aspectos propios de la inscripción. No sobra anotar, por este aspecto, que no cabe la aplicación estricta que pretenden los actores de la previsión legal en mención, el art. 92, inc. 2o. del C. Electoral, a los comicios realizados con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política, por cuanto esa norma era valedera cuando se elegían principales y suplentes a las Corporaciones públicas pero no ahora cuando, desaparecida la institución de los suplentes, las vacantes temporales o absolutas de los miembros de las Corporaciones Públicas "...serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral..." (art. 1o. del Acto Legislativo No. 03 de 1993). De aplicarse el criterio de los demandantes, en caso de haber elegido una lista los dos cupos para la Cámara por la Circunscripción Especial Nal. de las Comunidades Negras, las vacantes no habría con quien suplirlas del modo previsto en la Carta Fundamental.

Por todo ello tampoco prospera el cargo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, obrando en total acuerdo con el concepto de la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados No. 1146, 1148 y 1149 propuestas con petición de nulidad del acto declaratorio de la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Negras para el período constitucional 1994-1998, proferido por el Consejo Nacional Electoral y contenido en el Acuerdo No. 08 del 8 de junio de 1994.

Reconócese al abogado Antonio Hernández Blanco personería suficiente para intervenir en representación de Zulia María Mena García en los términos del memorial visto a foja 297 del expediente No. 1146.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE y una vez ejecutoriado, archívese el expediente.

Esta sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

LUIS EDUARDO JARAMILLO M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

GOBERNADOR-Inhabilidades/**AUTORIDAD ADMINISTRATIVA/VACÍO NORMATIVO/NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal

Como muchas de las disposiciones consignadas en la Carta Fundamental no podían iniciar su vigencia de inmediato, sin que se hiciera su reglamentación, dado el corto tiempo que medió entre la fecha de la expedición de la Constitución y las elecciones de octubre 23 de 1991, se hizo indispensable proferir normas de naturaleza temporal, con aplicación restringida únicamente a esa ocasión. Este fenómeno se dió, dentro del tránsito de normas constitucionales, para las elecciones populares de gobernadores, hecho determinante de la expedición del Art. 18 transitorio de la C.P. Cumplidos dichos comicios la norma perdió aplicabilidad y, en consecuencia, correspondía al Congreso, en ejercicio de la expresa facultad reglamentadora de la materia, proferir las leyes que en forma permanente suplieran las necesidades de futuras elecciones. Como ello no ha acontecido aparece un vacío normativo al respecto, porque al estar definido que las normas que establecen inhabilidades son por naturaleza de interpretación restrictiva, a su ves se está dando a entender que está proscrita su aplicación por extensión o analogía. Definido que no existen causales legales de inhabilidad para la elección de gobernadores, la Sala se declara relevada de analizar si Carlos Miguel Buelvas Aldana efectivamente ejerció autoridad administrativa cuando se desempeñó como Director del Hospital San Juan de Sahagún, establecimiento público del orden departamental.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ.

Referencia: Expediente No. 1179. Actor: Alberto Rivera Devia.

El ciudadano Alberto Rivera Devia, en ejercicio de la acción pública electoral, demanda la nulidad del acto declaratorio de la elección del Dr. Carlos Miguel Buelvas Aldana como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período Constitucional de 1995 a 1997, contenido en el acta parcial de escrutinios expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 8 (sic) de noviembre de 1994.

Rituado en legal forma el trámite procesal y conocido el concepto del Ministerio Público, desfavorable a las pretensiones, procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponde, previo examen de los siguientes

ANTECEDENTES

Dentro del término del Art. 7o. de la ley 14 de 1988 fue presentada la demanda fundamentada en el hecho de que el Dr. Carlos Miguel Buelvas Aldana, elegido gobernador en las elecciones del 30 de octubre de 1994, ejerció funciones de Director del Hospital San Juan de Sahagún, establecimiento público departamental, hasta el dos (2) de agosto de ese año y que entre otras funciones, como representante legal de la entidad, contrataba, nombraba y removía colaboradores y las demás propias de una autoridad administrativa.

Además, que a dicho cargo renunció el 29 de julio de 1994 con el ánimo de aspirar a la Gobernación del Departamento para la que finalmente resultó elegido, conforme al acto acusado. También, que el Dr. Buelvas Aldana fue comisionado para adelantar estudios de Post-grado y no obstante su renuncia continúa en uso de la comisión.

Para el actor, el acto declaratorio de la elección del Gobernador de Córdoba es violatorio de la C.P. en su artículo transitorio 18, numeral 2o., y 5o. del Art. 223 del C.C.A. con las modificaciones introducidas a este por las leyes 96 de 1985, Art. 65 y 62 de 1988, Art. 17.

Sustenta el concepto de violación de la norma argumentando que, como el legislador no ha expedido la ley que señale las inhabilidades para la elección de gobernadores, aún esta vigente el aludido artículo 18 transitorio de la Carta y, en consecuencia, el elegido está incurso en la causal de inelegibilidad del numeral en cita, porque habiendo ejercido autoridad administrativa como director de un establecimiento público departamental no se retiró antes de los seis (6) meses previstos en la disposición.

Implementa su aserto en la manifestación de que si bien el régimen de inhabilidades para gobernadores no puede ser menos exigente que el de Presidente de la República (art. 304 Carta Fundamental), no por ello debe considerarse que la disposición aplicable es el Art. 197 de la misma y no el 18 transitorio.

Por conducto de su procurador judicial la parte opositora se pronunció respecto de la demanda, negando los hechos y solicitando la desestimación de las pretensiones.

En tiempo se recibió como pruebas las documentales aportadas con el libelo demandatorio y su contestación, además se recepcionaron las solicitadas por las mismas partes.

Del término para alegar solo hizo uso el representante judicial del opositor, quien aduce que el acto demandado no es el definitivo toda vez que se interpusieron recursos por la vía administrativa, resolviendo finalmente el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución No. 015 de 14 de diciembre de 1994, que confirmó el acto recurrido.

También, que el artículo 18 transitorio de la C.P. solo tuvo vigencia y aplicabilidad para las elecciones del 27 de octubre de 1991, constituyéndose a partir de entonces en una norma inoperante. Y en cuanto a las disposiciones que correspondería aplicar al asunto, que ellas giran en torno a los artículos 303 y 304 de la C.N., que el legislador aún no ha desarrollado, lo que a su vez implica que, como no hay ley, cabe aplicar otras por analogía, porque en derecho público es imperativo que las inhabilidades e incompatibilidades estén expresamente señaladas en la Constitución y la ley.

CONCEPTO DE LA COLABORADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO

De modo similar a lo expuesto por el opositor conceptuó la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso al descorrer el traslado.

CONSIDERACIONES

En atención a lo preceptuado en el Num. 16 del Art. 128 del C.C.A., subrogado por el Art. 2o. del Decreto-Ley 597 de 1988, la competencia para conocer del asunto radica en esta Corporación y particularmente en esta Sala conforme lo ordena la Ley 14 de 1988 en su artículo 6o. (Art. 231 del C.C.A.).

La acción pública electoral de nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Carlos Miguel Buelvas Aldana como Gobernador del Departamento de Córdoba, que se afirma materializado en el acta parcial de escrutinios de votos, forma E-26 AG., acompañado a la demanda, se fundamenta en la presunta violación del Art. 18 transitorio, numeral 2o. de la Constitución Política, y del numeral 5o. del Art. 223 del C.C.A.

La acusación erigida dimanda de un solo cargo: haber sido el Dr. Buelvas Aldana Director del Hospital San Juan de Sahagún, establecimiento público del orden departamental, del cual como su representante ejerció funciones revestidas de autoridad administrativa, cargo al que dimitió el 29 de julio de 1994 y que efectivamente entregó el 2 de agosto siguiente.- Ello implica que no habiendo renunciado seis (6) meses antes de la fecha de la elección, quedó incurso en la causal de inhabilidad señalada en la norma constitucional transitoria en cita.

Preceptúa la disposición invocada:

"Art. 18 Transitorio: Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales:

1.....

2.- Quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección hubieren ejercido como empleados públicos jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar a nivel nacional o en el respectivo departamento.

4.....

5.....

La prohibición establecida en el numeral dos de este artículo no se aplica a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

Como muchas de las disposiciones consignadas en la Carta Fundamental no podían iniciar su vigencia de inmediato, sin que se hiciera su reglamentación, dado el corto tiempo que medió entre la fecha de la expedición de la Constitución y las elecciones de octubre 27 de 1991, se hizo indispensable proferir normas de naturaleza temporal, con aplicación restringuida únicamente a esa ocasión.

Ese fenómeno se dio, dentro del tránsito de normas constitucionales, para las elecciones populares de gobernadores, hecho determinante de la expedición del Art. 18 transitorio de la C.P. Cumplidos dichos comicios la norma perdió aplicabilidad y, en consecuencia, correspondía al Congreso, en ejercicio de la expresa facultad reglamentadora de la materia, proferir las leyes que en forma permanente suplieran las necesidades de futuras elecciones.

Como ello no ha acontecido aparece un vacío normativo al respecto, porque al estar definido que las normas que establecen inhabilidades son por naturaleza de interpretación restrictiva, a su vez se está dando a entender que está proscrita su aplicación por extensión o analogía.

Del texto constitucional invocado como violado se establece claramente que la causal de inelegibilidad allí prescrita, especial para los empleados públicos, reclama el ejercicio de autoridad (política, civil, administrativa o militar), pero con aplicación exclusiva para las elecciones del 27 de octubre de 1991, que no para los siguientes.

Visto así el asunto y definido que no existen causales legales de inhabilidad para la elección de gobernadores, la Sala se declara relevada de analizar si Carlos Miguel Buelvas Aldana efectivamente ejerció autoridad administrativa cuando se desempeñó como Director del Hospital San Juan de Sahagún, establecimiento público del orden departamental. Tampoco cabe examinar si el acto acusado es precisamente el que correspondía

demandar, puesto que no obra prueba en contrario y solo así lo vino a dar a entender el apoderado del opositor en su alegato de conclusión.

En esas condiciones no es de recibo que se estime configurada la causal de nulidad electoral del numeral 5o., Art. 223 del C.C.A. modificado por el Art. 65 de la ley 96 de 1985 y el 17 de la ley 62 de 1988.

En consecuencia, el cargo imputado carece de sustento en derecho al observar que la norma constitucional invocada como infrigida no pudo transgredirse con el acto declaratorio de la elección del Sr. Buelvas Aldana como Gobernador de Córdoba para el período 1995-1997.

Por último, la solicitud elevada por el señor Julio Elias Francis Pantoja, obrante a folios 97 a 102 del expediente, con el ánimo de prohijar las pretensiones de la demanda como tercero interviniente ha de ser rechazada por tratarse de petición que se sale del marco del Art. 235 del C.C.A., pues la intervención de terceros en el proceso electoral solo procede "...hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar".

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

FALLA:

1.- Deniéganse las pretensiones de la demanda.

2.- Por extemporánea, recházase la solicitud del tercero interveniente Julio Elías Francis Pantoja.

3.- En firme esta providencia, archívese el proceso

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

LUIS EDUARDO JARAMILLO M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Elección/**VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**-Elección/**LEY ELECTORAL**-Inexequible/**SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**-Efectos/**INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA/SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS**

La inscripción de todos los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, en las pasadas elecciones, se cumplió cuando estaba vigente la ley 84 de 1993, cuyo artículo 6o., inciso segundo establecía que dicha inscripción se haría "...a más tardar cuarenta (40) días antes de la elección.". En la sentencia de inconstitucionalidad del 23 de marzo de 1994, al referirse al contenido del art. 6o., sobre inscripción de candidaturas dijo la Corte: "...este fallo solo tiene efectos hacia el futuro y no afecta las situaciones jurídicas ya consolidadas durante la vigencia de las normas declaradas inexequibles –por las razones que se señalarán posteriormente– debe entenderse que la inscripción de candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República para las elecciones de 1994 ya se encuentra cerrada por cuanto el término previsto para este año electoral ya transcurrió". Con lo anterior la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades, precisó los alcances temporales de la sentencia respecto de situaciones consolidadas, y señaló los efectos de la misma poniendo a salvo la inscripción de las candidaturas de Presidente y Vicepresidente de la República para el período que se inició el 7 de agosto de 1994, y es lógica esta determinación, por cuanto tal inscripción se había realizado legítimamente bajo el imperio de las disposiciones jurídicas que entonces regían. Por consiguiente, resulta baladí e inocuo argumentar que debía llevarse a cabo una inscripción de las candidaturas pues la que se efectúo es capaz de producir válidamente los efectos a que

estaba destinada. En estas condiciones, en lo que respecta al planteamiento de nulidad del acto de elección acusado, por considerar los demandantes que participaron candidatos sin estar legalmente inscritos y, por lo tanto no podían ser válidamente elegidos, es totalmente infundado, amén de que el supuesto alegado no está erigido en causal de nulidad. Por tanto el cargo debe desecharse.

ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Fecha/**ELECCIÓN DEL VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**-Fecha/**SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**-Efectos/**NULIDAD ELECTORAL**-Improcedencia

Con la declaratoria de inexequibilidad deben regir las antiguas disposiciones, pero condicionado a que las mismas se ajusten al ordenamiento constitucional en razón a la prevalencia de la constitución sobre la ley, que es el sistema institucional que nos rige. El art. 190 de la Carta consagra el mecanismo para la elección de Presidente de la República señalando que debe ser elegido por la mitad mas uno de los votos que depositen los ciudadanos, y en caso de no obtener dicha mayoría se celebrará una nueva votación tres (3) semanas mas tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. También, el citado precepto defirió al legislador la facultad de señalar la fecha de tal elección, la cual, se anota, es la misma para la elección de Vicepresidente, de conformidad con el art. 202 *ibídem*. El Congreso de Colombia, expidió la ley 84 de 1993, cuyo art. 1o. señaló como fecha de las elecciones del Presidente y Vicepresidente de la República el segundo domingo de mayo, y en caso de celebrarse nueva votación será tres (3) semanas después. Pero, como ya se explicó, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia de 23 de marzo de 1994, publicada el 21 de abril del mismo año, en razón de lo cual, recuperó su vigencia el art. 207 del decreto 2246 de 1986. En los aspectos de la controversia queda claro, entonces, que la elección de Presidente y Vicepresidente de la República se efectuó en la fecha prevista en el art. 207 del Código Electoral, esto es, el último domingo del mes de mayo, que correspondió al 29 de mayo de 1994, y que, en razón de que ninguno de los candidatos obtuvo la mitad mas uno de los sufragios depositados por los ciudadanos, se realizó una nueva votación tres (3) semanas mas tarde, el 19 de julio de 1994, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 190 de la Constitución, que no podía incumplirse por el hecho de no prever el art. 207 del decreto 2241 de 1986 la segunda votación. Por consiguiente, no se observa la violación de ninguno de los preceptos que los demandantes citan en sus libelos, sino por el contrario que el acto acusado está en perfecta armonía con la Constitución y la ley. Cabe finalmente advertir que las exigencias en torno a la fecha de elección no son causales de nulidad en el evento de que no se cumplan, siendo conveniente relievar al respecto lo expresado en forma reiterada por el Consejo de Estado en el

sentido de que no todas las irregularidades son constitutivas del acto de elección, sino solo aquellas que por su evidente gravedad estén contempladas en la ley como causales de nulidad.

NULIDAD ELECTORAL-Improcedencia/**REGISTRO APÓCRIFO**-Inexistencia/**CUOCIENTE ELECTORAL**

Es indudable que en lo tocante a los vicios que según los actores afectan el acto de elección, las demandas adolecen de falta de técnica, pues es impropio hacer una imputación genérica de cargos a 365 mesas de votación en Cali, 7 puestos en Barranquilla y "otros puestos de votación" también en Barranquilla, invocando sin distinción alguna los numerales 2 y 4 del art. 223 del C.C.A.. Tales normas instituyen en causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral hechos distintos, cada uno de los cuales puede producirse por diferentes razones, cuya demostración exige determinadas pruebas. En efecto, el numeral 2 del art. 223 del C.C.A. consagra como causal de nulidad "Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación". Como lo puntualizó la señora Procuradora Delegada ante esta corporación en su vista de fondo, la jurisprudencia de esta Sección Quinta ha precisado el sentido y el alcance de la norma expresando que surgen elementos falsos o apócrifos cuando media la intención de disfrazar la realidad en procura de alterar el verdadero resultado electoral. Y quien alega esta causal de nulidad no puede basarse en simples hipótesis sino que corre con la carga de demostrar donde radica la falsedad y de que manera se alteró el resultado, de lo cual no se ocuparon ninguno de los demandantes en el presente caso. En cuanto al numeral 4 del citado art.223 del C.C.A. "Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado la Constitución Política y las leyes de la República", no se ve cómo podría darse esta causal de nulidad en el *sub-lite* en que se controvierte el acto de elección de Presidente y Vicepresidente de la República y de acuerdo con el art. 263 de la Carta, el sistema del cuociente electoral se emplea siempre que se vote por dos o más individuos en elección popular, con el fin de asegurar la representación proporcional de los partidos.

NULIDAD ELECTORAL-Improcedencia/**MESA DE VOTACIÓN**-Ubicación/**RECLAMACIÓN ELECTORAL/NULIDAD ELECTORAL**-Inexistencia

Aún en el evento de que hubieran funcionado mesas de votación en lugares o sitios no autorizados por la ley, tal circunstancia no constituye causal de nulidad, sino de reclamación de conformidad con el art. 192 numeral 1 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, que debió ser formulada en la debida oportunidad ante las respectivas autoridades electorales.

DEBER DE LAS PARTES/EXPRESIONES INJURIOSAS-Improcedencia/**RESPETO AL JUEZ.**

En cuanto a los comentarios desobligantes que hace en el mismo escrito el demandante en relación con los Magistrados de esta Sección Quinta, son meramente apreciaciones muy subjetivas del actor, a quien se le recuerda el deber que en un proceso tienen las partes de abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y guardar el debido respeto al juez, de conformidad con el art. 71 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expedientes (acumulados) Nos. 1151-1154-1155 y 1157. Actores: Guillermo Alemán – Hildebrando Ortiz Lozano – Jaime Rafael Pedraza y José Ignacio Vives Echeverría.

Procede la Sala de la Sección Quinta del Consejo de Estado a dictar sentencia de única instancia en los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

Los ciudadanos Guillermo Alemán, Hildebrando Ortiz Lozano, Jaime Rafael Pedraza y José Ignacio Vives Echevarría, en demandas separadas, solicitaron la nulidad del Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se comunican los resultados de los escrutinios, se hace la declaratoria de elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional 1994 a 1998 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales.

Mediante auto de fecha 10 de noviembre de 1994, se ordenó la acumulación de los procesos Nos. 1151, 1154, 1155 y 1157 por encontrar reunidos los presupuestos del artículo 238 del C.C.A. (fls. 47 a 52 Exp. 1151).

LOS PROCESOS

1. Proceso No. 1151

1.1. Solicita el doctor Guillermo Alemán la nulidad del acto administrativo por medio del cual se hizo la declaratoria de la elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional 1994 a 1998, consignado en el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 expedido por el Consejo Nacional Electoral.

1.2. Como fundamento de hecho, aduce que el día 11 de noviembre de 1993 se expidió y entró en vigencia la ley 84 de 1993, cuyo artículo primero señaló en forma específica el segundo domingo de mayo como fecha para la realización de las elecciones

de Presidente y Vicepresidente de la República. Y en caso de celebrarse nueva votación la fecha sería tres semanas después de conformidad con lo dispuesto por el artículo 190 de la Constitución Política.

Las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República fueron fijadas para el día 8 de mayo de 1994, o sea, el segundo domingo de mayo de 1994, habiéndose inscrito la totalidad de las dieciocho candidaturas –fórmula a dichos cargos, entre los días 16 - 17 - 18 y 19 de marzo de 1994 bajo las siguientes condiciones específicas:

a) Que las elecciones tuvieran lugar en la fecha indicada.

b) Que en caso de no celebrarse, se realizaran tres semanas después.

c) Que la inscripción de las candidaturas se efectuara a más tardar cuarenta (40) días antes de la elección, conforme al artículo 6 de la ley 84 de 1993.

d) Que las mesas de votación se instalarán donde funcionaron para las elecciones del 8 de marzo de 1992 (ART. 9 ley 84 de 1993).

e) Que los escrutinios generales se efectuarán por el Consejo Nacional Electoral.

f) Que las inhabilidades de los candidatos contempladas en los artículos 197 y 179-8 de la Constitución se aplicaran y cumplieran.

g) Que todos los candidatos cumplieran los requisitos de ley en cuanto a inscripciones y modificaciones estipulados en el Decreto No. 2241 de 1986.

h) Que en forma rigurosa se cumplieran los artículos 116, 117, 192-1 y 207 del Decreto No. 2241 de 1986.

i) Que se permitieran las oportunidades para ejercer el derecho de defensa, los recursos de reposición y apelación, impedimentos o réplicas y aún súplica y nulidad, conforme a la ley y la Constitución.

j) Que los impedimentos y recusaciones contemplados en el artículo 24 del Código Electoral y también en los Códigos Civil, Penal y Administrativo fueran aceptados, atendidos y resueltos en su oportunidad legal.

La ley 84 de 1993 que determinó lo relacionado con las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República fue declarada inexequible y, por lo tanto, inaplicable desde el día 23 de marzo de 1994, quedando exequibles solamente los artículos 9, 16, 17, y 25 de la misma.

Habiendo sido declarado inexequible el artículo primero de la citada ley 84 de 1993, por sustracción de materia, quedaron sin soporte legal las inscripciones de los candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República. Como es apenas lógico, revivieron *ipso jure* las normas contempladas en el Decreto No. 2241 de 1986, de forzoso cumplimiento

desde el día 24 de marzo de 1994 y desde ese día, debían inscribirse legalmente los dieciocho (18) candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia, pero ninguno lo volvió a hacer.

Luego hubo las elecciones presidenciales en primera vuelta protagonizadas por candidatos no inscritos legalmente.

Además, al revivir el Código Electoral a partir del 23 de marzo de 1994, era forzoso dar cumplimiento al artículo 207 del Decreto No. 2241 de 1986 según el cual, las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República deben celebrarse el último domingo del mes de mayo que para este caso era el 29 de mayo de 1994. Luego la primera vuelta debió celebrarse el 8 de mayo de 1994, segundo domingo, para que las elecciones se realizaran el último domingo, o sea, el 29 de mayo de 1994.

Los escrutinios tenían que hacerse directamente por el Consejo Nacional Electoral, según el artículo 265-7 de la Constitución Nacional y no con base en las actas de los delegados del citado Consejo como así se hizo.

A la Senadora Regina Betancourt de Liska el Consejo Nacional Electoral le permitió participar en la elección para Presidente y Vicepresidente de la República sin renunciar a su cargo de Congresista.

365 mesas de votación en la ciudad de Cali, y 7 puestos de votación en Barranquilla que funcionaron el 8 de marzo de 1992, fueron cambiadas de sitio por medio de Circular 05 de febrero 5 de 1993 y por Oficio 282 de 18 de marzo de 1992 emitido por la Dirección Nacional Electoral.

El Consejo Nacional Electoral reincidió al ordenar la celebración de la segunda vuelta para la elección el día 19 de junio de 1994, que solo podía efectuarse el último domingo del mes de mayo, con solo dos candidatos que luego de una preselección jamás se inscribieron y por tanto eran inelegibles. Y el Consejo Nacional electoral no quiso resolver los impedimentos y recusaciones interpuestos oportunamente por los señores Hildebrando Ortiz Lozano y Guillermo Alemán; *"CON UNA DECLARACIÓN DE SALVAMENTO DE VOTO que constituye una CONFESIÓN DE PARTE y una acusación contra el mismo Consejo Nacional Electoral..."* (fl. 32).

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación que el actor aduce están intercalados con los hechos, así:

Los artículos 92 y 93 del Decreto No. 2241 de 1986 se estiman quebrantados por cuanto en las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República participaron candidatos sin haberse inscrito legalmente.

El artículo 207 *ibidem*, puesto que no se celebraron las elecciones el último domingo de mayo como lo ordena la norma, sino apenas la preselección de candidatos de la fórmula para Presidencia y Vicepresidencia de la República.

El artículo 265 numeral 7 de la Constitución, porque los escrutinios de la votación nacional tenían que efectuarse directamente por el Consejo Nacional Electoral.

Los artículos 197 y 179 numeral 8o. de la Carta, en razón a que se le permitió a la señora Regina Betancourt de Liska participar como candidata a la Presidencia de la República sin renunciar a su cargo de Congresista, lo cual es también violatorio del derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 *ibídem* y es causal de nulidad contemplada en el artículo 223, numeral 5 del C.C.A.

El artículo 9 de la ley 84 de 1993, que dispone que las mesas de votación funcionarán en el mismo lugar de las elecciones del 8 de marzo de 1992, y en los pasados comicios se cambiaron de sitio algunas mesas de votación en Cali y Barranquilla, *"... lo cual tipifica un FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL, pues tal artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-145/94 del 23 de marzo de 1994..."* (fl. 32). Agregando, que con la violación del artículo 9o. de la ley 84 de 1993 se incurrió en la transgresión automática del artículo 243 de la Carta. Que dentro de un rango inferior, la violación del citado artículo 9o. de la ley 84 de 1993 se tipifica en el artículo 192 numeral 1o. del Código Electoral que constituye una incursión en las causales de nulidad indicada en los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A., además de violar el debido proceso ordenado en el artículo 29 de la Constitución.

Cita además como violado el artículo 228 del C.C.A., el artículo 31 de la Carta Política *"... concordante con el derecho a interposición de recursos LEGALES y amplios dentro de los términos para una reposición o una apelación ante el Consejo de Estado después de las elecciones del 29 de mayo/94, CON UNA INOBSERVANCIA de los impedimentos y recusaciones interpuestos por los señores HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO y GUILLERMO ALEMÁN en forma OPORTUNA antes del acto administrativo celebrado el 15 de junio de 1994 y basados los impedimentos en el art. 24 del Código Electoral, que no quisieron resolver los señores del Consejo Nacional Electoral..."* (fl. 32).

1.4. La demanda no fue contestada.

2. PROCESO No. 1154

2.1. El ciudadano Hildebrando Ortíz Lozano solicita la nulidad del Acto administrativo por medio del cual *"...se hace la declaratorio de elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional 1994-1998 y se ordena la expedición de credenciales, acto consignado en el texto del Acuerdo 12 de 1994 expedido el 13 de julio por el Consejo Nacional Electoral..."* (fl.6).

Que como consecuencia, se cancelen las respectivas credenciales.

2.2. Los hechos que sirven de fundamento a la demanda en su mayoría son los mismos del proceso No. 1151 relacionado, resumidos así:

El artículo 9o. de la Ley 84 de 1993 dispuso que para las elecciones de Presidente, Vicepresidente, etc, se instalarán las mesas de votación en los mismos sitios donde funcionaron el 8 de marzo de 1992. Como el Registrador mediante la circular Postal No. 05 del 5 de febrero de 1993 cambió de sitio 365 mesas de votación en Cali y otras en Barranquilla, los votos en ellas depositados fueron computados ilegalmente.

El Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional a sabiendas de que la Senadora Regina Betancourt de Liska estaba inhabilitada, le permitieron participar como candidata a la Presidencia de la República, con lo cual pudo obtener votos, y estos fueron computados.

Las inscripciones de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República se hicieron basadas en el artículo 1o. de la ley 84 de 1993, pero dicha norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional desde el 23 de marzo de 1994 por sentencia C-145/94, por lo tanto, ninguno de los aspirantes a dicho cargo quedó inscrito, por desaparicimiento de la disposición, luego tenían que inscribirse otra vez. Como no lo hicieron carecían de la calidad legal de candidatos para ser electos.

Los votos en blanco no fueron contabilizados para los escrutinios de la Cámara de Representantes pero sí lo fueron para la votación de Presidente y Vicepresidente de la República. Por tanto, pregunta el actor: *"... Es que hay dos Constituciones? O es que las leyes son diferentes para los liberales, los conservadores, los altos políticos, y para el pueblo raso?*

Según el artículo 207 del Decreto No. 2241 de 1986 la elección de Presidente tenía que realizarse el último domingo del mes de mayo, que para el caso en estudio correspondía al 29 de mayo.

Pero en esta fecha no se celebraron las elecciones sino tan solo una preselección presidencial, realizándose la verdadera elección el 19 de junio de 1994.

2.3. Las normas jurídicas que se estiman violadas y el concepto de la violación que, como en el proceso anterior, están intercalados con los hechos se explican así:

El artículo 9 de la ley 84 de 1993 y el artículo 192 numeral 1o. del Decreto No. 2241 de 1986, al ordenar el señor Registrador el cambio de lugar de las mesas de votación en Cali y Barranquilla, lo cual hace que los sufragios depositados en dichas mesas debieron descontarse del total de la votación, pero fueron computados ilegalmente violando los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A.

El numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., por cuanto los votos de la candidata Regina Betancourt de Liska se computaron no obstante de que no reunía las calidades constitucionales y legales para ser electa.

"... Se violó el DEBIDO PROCESO y se cometió FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL pues el día 23 de marzo de 1994 la Corte Constitucional en los folios 64,

65 y 66 de la Sentencia C-145/94 declaró INEXEQUIBLE la AUSENCIA DE INHABILIDAD que permitía a los Congresistas su participación como candidatos a la Presidencia de la República por el artículo 22 de la 84 de 1993".

El artículo 192 numerales 2 y 9 del Decreto No. 2241 de 1986, puesto que las elecciones se celebraron en días distintos de los señalados en el artículo 207 del Decreto No. 2241 de 1986.

Los numerales 2 y 5 del artículo 223 del C.C.A., porque son falsos los registros de inscripción, ya que perdieron soporte legal por sentencia de la Corte Constitucional de fecha 23 de marzo de 1994.

Los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A. porque los votos en blanco no fueron contabilizados para los escrutinios de la Cámara de Representantes como sí lo fueron para los de Presidente y Vicepresidente de la República.

Y los artículos 88, 192 y 207 del Decreto No. 2241 de 1986, pues la elección de Presidente tenía que llevarse a cabo el último domingo del mes de mayo y se realizó el 19 de junio de 1994, incurriéndose en violación del numeral 2 del artículo 223 del C.C.A.

La parte demandada guardó silencio.

3. PROCESO No. 1155

3.1. El doctor Jaime Rafael Pedraza demandó la nulidad del Acuerdo No. 12 expedido el 13 de julio por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se declaró la elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional de 1994 a 1998 y se ordenó la expedición de las respectivas credenciales.

3.2. Los fundamentos de hecho son en esencia los mismos de los procesos No. 1151 y 1154, relativos a la pérdida de vigencia de la inscripción de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República por la declaratoria de inexequibilidad del artículo 1o. de la ley 84 de 1993 y al hecho de que ni un solo candidato se inscribió nuevamente por lo que estaba desierta la contienda electoral. El cambio de lugar de 365 mesas de votación en la ciudad de Cali. No haberse realizado las elecciones el último domingo de mayo. No haber resuelto el Consejo Nacional Electoral los impedimentos y recusaciones interpuestos por Guillermo Alemán e Hildebrando Ortíz Lozano, además de no haber expedido oportunamente las copias y diligencias autenticadas para reclamar. No haber contabilizado los votos en blanco en los escrutinios para la Cámara de Representantes pero sí en los de Presidente y Vicepresidente de la República. Y no haber descontado los votos que obtuvo Regina Betancourt de Liska del total obtenido en la primera vuelta. *"... para definir el cuociente electoral"*. (fl. 34).

3.3. En cuanto a las normas violadas y el concepto de violación, como en las anteriores demandas, se intercalaron con los hechos en un solo capítulo, así:

Los numerales 2 y 9 del artículo 192 del Decreto No. 2241 de 1986 en razón a que no hubo candidatos legalmente inscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, por lo que ninguno era elegible siendo nula la elección como lo ordenan los artículos 223 numeral 5o. y 228 del C.C.A.

El artículo 9 de la ley 84 de 1993 por cuanto desde el día 5 de febrero de 1993 el Registrador Nacional por medio de la Circular Postal 05, y la Directora Nacional Electoral mediante oficio 282, habían permitido el cambio de lugar de las 365 mesas de votación en Cali, cometiendo además fraude a resolución Constitucional contraviniendo la Sentencia C-145/94 de la Corte Constitucional, y, por ende, violando el artículo 192 numeral 1o. del Decreto No. 2241 de 1986, y el artículo 234 de la Constitución, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 223 y 228 del C.C.A.

El numeral 1o. del artículo 223 del C.C.A. y el artículo 24 del Código Electoral, puesto que no se efectuó la elección el último domingo de mayo conforme a lo ordenado por el artículo 207 del Decreto 2241 de 1986, y las autoridades electorales no resolvieron los impedimentos y recusaciones ni expidieron oportunamente las copias y diligencias autenticadas para poder reclamar, lo cual viola el artículo 29 de la Constitución que consagra el debido proceso y constituye violencia contra testigos *".. que harían de ESCRUTADORES, como en el caso de Guillermo Alemán que ASISTIÓ A CUIDAR SUS VOTOS Y EL ESCRUTINIO, y NO LO DEJARON"* (fl. 33)

El artículo 223 del C.C.A. en sus numerales 4 y 5, por cuanto se computaron los votos de Regina Betancourt de Liska quien era inelegible por estar inhabilitada.

3.4. Dentro del término del traslado la parte demandada guardó silencio.

4. PROCESO No. 1157

4.1. El Doctor José Ignacio Vives Echeverría demandó la nulidad del Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 expedido por el Consejo Nacional Electoral por el cual se declaró la elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período constitucional de 1994 a 1998 y se ordenó expedir las correspondientes credenciales.

Solicitó también que se declaren nulos los actos de trámite del proceso electoral en el que se eligieron Presidente y Vicepresidente de la República, especialmente las Resoluciones Nos. 161 de mayo 25 de 1994 y 190 de junio 14 de 1994 expedidas por el Consejo Nacional Electoral, así como *"... las actas de escrutinios municipales, auxiliares y distritales correspondientes a las elecciones presidenciales efectuadas el 29 de mayo de 1994 y el 19 de junio de 1994, de TODOS los municipios, distritos y zonas del país, como también deberán ser ANULADAS las actas de escrutinios generales practicados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en las mismas DOS elecciones antes mencionadas y en relación con los citados escrutinios de TODAS las Circunscripciones Electorales de TODOS los Departamentos de la República, lo*

mismo que los demás actos proferidos dentro del mismo proceso electoral y actas de escrutinio de las citadas elecciones que resultaren contrariando las normas Constitucionales y legales pertinentes..."

Como consecuencia de lo anterior pidió que se ordene comunicar al Congreso Nacional, para que proceda a dar aplicación a los artículos 194, 195, 202, 203, 204, 205 de la C.P. y pertinentes a fin de que ocupe el cargo de Presidente de la República quien corresponda en estos casos según la ley.

Y que las decisiones que se profieran se comuniquen mediante sendos oficios a los Presidentes de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Nacional de la Judicatura, Presidentes del Senado, de la Cámara de Representantes, Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Ministro de Gobierno, y a los señores Presidente y Vicepresidente de la República que se encuentren desempeñando sus funciones al momento de dictarse la sentencia correspondiente.

4.2. Los supuestos fácticos de la demanda son:

Por efecto de la declaratoria de inexequibilidad de la ley 84 de 1993 recuperó su vigencia en pleno el Código Electoral y de acuerdo con su artículo 207 las fechas para las elecciones quedaron señaladas para el último domingo de mayo siguiente, que recayó en el 29 de mayo de 1994.

En relación con las fechas de los escrutinios de las votaciones cumplidas el 29 de mayo y el 19 de junio de 1994 la ley resultó violentamente lesionada pues los escrutinios auxiliares, municipales, distritales y los generales o departamentales se realizaron en días distintos a los señalados en la ley vigente y, por tanto son ilegales e inválidos. En efecto, los escrutinios distritales, municipales y auxiliares, debieron comenzar el martes 31 de mayo a las 9 a.m. según el artículo 160 del Código Electoral, pero se iniciaron a las 11 a.m. del lunes 30 de mayo conforme al artículo 12 de la ley 84 de 1993 que por haberse declarado inexequible había dejado de regir.

Los escrutinios generales, según el artículo 177 del Código Electoral, debían comenzar en todo el país el domingo 5 de junio de a las 9 a.m., pero se iniciaron a las 8 a.m. del martes 31 de mayo como lo ordenaba el artículo 12 de la ley 84 de 1993 que había dejado de regir.

Similar situación se presentó en relación con la segunda vuelta presidencial que tuvo lugar el domingo 19 de junio de 1994 de acuerdo con lo ordenado por el artículo 190 de la Constitución, pues para esta segunda elección presidencial y vicepresidencial, el artículo 160 del Decreto No. 2241 de 1986 dispone que los escrutinios distritales, municipales y auxiliares comenzarán a las 9 de la mañana del martes siguiente a las elecciones, o sea que en este caso debieron comenzar el 21 de junio a las 9 a.m., pero se iniciaron en todo el país a las 11 a.m. del 20 de junio conforme al artículo 12 de la ley 84 de 1993 declarado inexequible.

Y en cuanto a los escrutinios generales que según el artículo 177 del Código Electoral deben iniciarse a las 9 de la mañana del domingo siguiente a las elecciones, en el presente caso, debieron comenzar en todo el país el día domingo 26 de junio a las 9 a.m., pero se iniciaron a las 8 a.m. del 21 de junio, de acuerdo con el artículo 12 de la ley 84 de 1993 que había perdido vigencia.

El Consejo Nacional Electoral expidió las Resoluciones Nos. 161 y 190 de mayo 25 y 14 de junio de 1994, respectivamente, por las cuales se dictan unas disposiciones sobre escrutinios presidenciales, y mediante ellas pretendió modificar los artículos 160 y 177 del Código Electoral que señalan las fechas de iniciación de los escrutinios distritales, municipales y auxiliares, en cambio en dichas Resoluciones se señalaron fechas distintas, y en igual forma procedieron para los escrutinios generales. Por tanto tales escrutinios *"... no son legítimos, ni auténticos, sino ilegales, y lo que es contrario a la LEY no es válido porque es apócrifo, y por ende nulo por la causal segunda del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, o por lo menos son apócrifos los elementos que hayan servido y sirvieron para la formación de las actas de escrutinio a nivel nacional para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, lo que da al traste con la legalidad de todo el proceso electoral"*. (fl.20).

Además, en dichas Resoluciones se invocan supuestas facultades conferidas por el artículo 190 del Código Electoral y tal disposición no hace referencia a los escrutinios auxiliares, municipales, distritales o departamentales, sino solamente a los escrutinios presidenciales o nacionales que corresponde practicar al Consejo Nacional Electoral.

El Consejo Nacional Electoral al expedir la citadas Resoluciones Nos. 161 y 190 de 1994, asumió funciones de órgano legislativo, pues una ley no se modifica por una resolución de una autoridad administrativa, y tal conducta pudo constituir la infracción penal sancionada por el artículo 149 del Código Penal.

La actitud del Consejo Nacional Electoral en relación con las fechas para adelantar los escrutinios fue diferente frente a la fecha para la realización de las elecciones presidenciales, pues respecto a estas, al desaparecer la ley 84 de 1993 por su declaratoria de inexequibilidad, no se produjo Resolución alguna fijando las fechas de tales elecciones, sino que se aceptó lo ordenado por el Código Electoral.

Las respectivas candidaturas de los doctores Ernesto Samper Pizano y Humberto de la Calle Lombana a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, fueron inscritas conforme a lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 84 de 1993 que fijaba un término de 40 días antes de la fecha de la elección, que se había fijado para el 8 de mayo. Por lo que contados hacia atrás, en días hábiles únicamente, los 40 días llegan a la fecha del 9 de marzo de 1994 a las 6 p.m. luego hasta esa fecha había plazo para la inscripción. Pero habiéndose inscrito las candidaturas Samper - De la Calle el día 18 de marzo de 1994, es claro que a la luz de la ley 84 de 1992 entonces vigente, tal inscripción se hizo extemporáneamente.

Posteriormente, a partir del 21 de abril de 1994 a las 6 p.m. en que comenzó a regir el fallo de inexequibilidad, perdiendo vigencia la ley 84 de 1993, volvió a tener existencia jurídica el artículo 88 del Decreto 2241 de 1986 que fijó el término para la inscripción de candidatos a la Presidencia de la República a las 6 p.m. del último lunes del mes de abril, pero los doctotes Samper y De la Calle no volvieron a inscribir sus candidaturas.

En el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994, impugnado, en su parte resolutiva se comunica los resultados de los escrutinios y se ordena la expedición de las respectivas credenciales a los doctores Samper y De la Calle, pero inexplicablemente se omitió hacer la declaratoria de la elección de los prenombrados ciudadanos como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, para el período constitucional 1994 a 1998.

Siendo la entrega de credenciales consecuencia de la declaratoria de elegidos, no podía hacerse la entrega de las credenciales.

Las normas violadas y el concepto de violación se resumen así:

El artículo 207 del Decreto No. 2241 de 1986, por cuanto la Constitución Política no fijó la fecha de elección de Presidente y Vicepresidente sino que defirió a la ley esta función. Como la ley 84 de 1993 que había señalado la fecha para tales elecciones perdió vigencia, a partir del 21 de abril de 1994, volvió a regir el artículo 207 del Código Electoral que señala el último domingo de mayo, pero las elecciones se efectuaron el 29 de mayo de 1994.

El mismo criterio debió tenerse en cuenta para otras etapas del proceso electoral como la inscripción de las candidaturas y los escrutinios, pero no se hizo así incurriéndose en graves violaciones legales que conducen a la nulidad del proceso electoral cumplido el 29 de mayo y el 19 de junio de 1994.

Los artículos 160 y 177 del Decreto No. 2241 de 1986, que respectivamente señalan cuándo deben comenzar los escrutinios por parte de las comisiones escrutadores distritales, municipales y auxiliares, y los generales por los delegados del Consejo Nacional Electoral, en razón a que esta competencia para regular funciones electorales está atribuida al órgano legislativo mediante leyes.

Sin embargo el Consejo Nacional Electoral al ser declarada inexequible la ley 84 de 1993 resolvió legislar expidiendo las Resoluciones Nos. 161 y 190 de mayo 15 y junio 14 de 1994, por medio de las cuales pretendió modificar los citados artículos 160 y 177 del Código Electoral, cambiando las fechas de los escrutinios.

El artículo 190 del Código Electoral, por cuanto esta norma fue invocada para proferir las citadas Resoluciones Nos. 161 y 190 de mayo 15 y junio 14 de 1994, no siendo pertinente al caso, pues su último inciso que se refiere a la facultad que tiene el Consejo Nacional Electoral para señalar y publicar la fecha de iniciación de los escrutinios

presidenciales hace relación a los escrutinios finales que practica el Consejo conforme a la ley, que no son los escrutinios distritales, municipales, auxiliares o generales.

Por tanto dichas Resoluciones Nos. 161 y 190, así como todos los escrutinios de todos los distritos, municipios y zonas electorales del país y todos los escrutinios generales de todos los departamentos que se realizaron en fechas distintas a las previstas en la ley, son actos ilegales, ilegítimos y apócrifos que deben declararse nulos por la causal 2a. del artículo 223 del C.C.A., ya que tales actas de escrutinio son elementos indispensables que sirvieron para la formación de los correspondientes registros electorales.

El artículo 6 de la ley 84 de 1993, que estuvo vigente hasta el 21 de abril de 1994, según el cual la inscripción de fórmulas para candidatos a Presidente y Vicepresidente se realizará a más tardar cuarenta días antes de la elección, puesto que en los términos de días se contabilizan solamente los que son hábiles, y resulta que dicho término de 40 días antes de la elección llegaba hasta el 9 de marzo de 1994, pero los ciudadanos Samper Pizano y De la Calle Lombana inscribieron su candidatura el 18 de marzo de 1994, esto es, extemporáneamente. Por tanto esta inscripción es ilegal, y por esta razón es un acto inexistente que no puede producir efectos jurídicos. Y como la ley 84 de 1993 fue declarada inexequible quedaron sin efecto los actos como los de inscripción de candidaturas fundamentados en dicha ley. Por tanto debieron inscribirse nuevamente, pero como no lo hicieron y la inscripción es requisito previo indispensable para que le sean escrutados los votos de esos candidatos, no podían serle computados pues habría ese elemento ilegal, inexistente y por tanto apócrifo que produciría la nulidad de la elección por la causal segunda del artículo 223 del C.C.A.

El numeral 7o. del artículo 265 de la Constitución porque el Consejo Nacional Electoral, al expedir el Acuerdo No. 12 de 1994 demandado, incumplió la obligación de hacer la declaratoria de elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período 1994 a 1998, así como el párrafo segundo del artículo 191 del Código Electoral según el cual el Consejo Nacional Electoral declarará la elección del candidato que hubiere obtenido la mayoría de los sufragios, por la misma razón.

El hecho de haberse posesionado los doctores Samper Pizano y De la Calle Lombana sin título legítimo los convierte en funcionarios de facto, *"... y ello hace que los documentos con los cuales tomaron posesión de sus cargos, por no figurar entre ellos el título legítimo que los hubiere declarado elegidos conforme así lo disponía el numeral 7 del artículo 265 de la Carta, sean apócrifos como elementos que eran indispensables para la formación de los títulos que daban derecho a la posesión de los cargos, por lo que se impone la nulidad de los documentos que sirvieron de fundamento para asumir el cargo, todo con fundamento en la causal segunda del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tal como ésta disposición fue subrogada por el artículo 17 de la ley 62 de 1988"*. (fls. 42 y 43).

4.4. La demanda no fue contestada.

LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión presentaron escritos, el doctor José Ignacio Vives Echavarría quien manifiesta que todo lo que tenía que decir está expresado en la demanda. El señor Presidente de la República Dr. Ernesto Samper Pizano, quien por conducto de apoderado hace un análisis de las cuestiones jurídicas de las demandas refiriéndose a cada uno de los cargos en ellas formuladas y solicita que se deniegue la totalidad de las pretensiones. El doctor Guillermo Alemán quien reitera los argumentos de su demanda y hace las siguientes peticiones:

Que no se acepten como pruebas las actas de escrutinio escrutadas por personas distintas a los miembros del Consejo Nacional Electoral porque, según dice, las comisiones escrutadoras no eran competentes para ello. Que tampoco se acepten como pruebas todas las fotocopias anexadas a los procesos del Consejo de Estado expedidas por Registradores y otras autoridades, autenticadas por la señora Carmen Alicia Espinosa de Díaz en su calidad de Directora Nacional Electoral, porque no es notario público y no puede dar fe de fotocopias de documentos expedidos por otras oficinas.

Que no se tenga en cuenta los documentos expedidos, firmados, sustentados contestados, aseverados o autenticados por el doctor Luis Camilo Osorio Isaza a partir del 1o. de octubre de 1994, pues su período Constitucional terminó el 30 de septiembre del mismo año.

Que se declaren nulos y espúreos todos los documentos, autenticaciones, actas, conceptos y demás actuaciones y decisiones del Consejo Nacional Electoral que presidía el Dr. Bernardo Florez posteriores al 1o. de septiembre de 1994, porque dicho Consejo terminó sus labores y período en esa fecha.

Que se declare impedido el doctor Miguel Viana Patiño quien fue recusado en anterior ocasión por el doctor Jaime Rafael Pedraza y se encuentra en plena investigación penal, y también se declaren impedidos "ocho" magistrados que se encuentran vinculados al proceso penal, entre ellos los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo y Amado Gutiérrez Velásquez de la Sección Quinta.

Agrega que los veinte (20) días permitidos para impugnar electoralmente el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 vencieron el 11 de agosto de 1994 a las 6 p.m. pero en el proceso 1157 la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff le recibió al doctor José Ignacio Vives la corrección de la demanda el 12 de agosto de 1994, lo cual es una adición extemporánea. Y pregunta si los términos son diferentes para los abogados y más cortos para los que no lo son, señalando que ésta es una violación al debido proceso.

Manifiesta que no le gusta que habiendo sido el primero en decir que el Presidente Samper *"...no firmó su inscripción como candidato..."* (fl.72), días después el doctor Vives Echeverría presentó su demanda y salió muy sonriente en televisión con el Magistrado Amado Gutiérrez Velásquez, llevándose el fruto de su investigación *"... el*

cual es propiedad intelectual de quien INVESTIGÓ PRIMERO, pero el triunfo público se lo dan al más amigo de la casa. Será que el Dr. Amado Gutiérrez Velásquez aspira al Senado de la República en 1998? O sería por eso que asistió a la posesión del Sr. Presidente Ernesto Samper el 7 de agosto en la Plaza de Bolívar? A CONVALIDAR LA POSESIÓN DEL DR. SAMPER Y A PREJUZGAR, a sabiendas de que él mismo estaba haciendo las veces de JUEZ, pues ya estaba puesta la demanda en contra de la elección del Primer Mandatario?.

Eso es UNA INHABILIDAD, y exijo que moralmente se declare impedido de participar en este juicio Contencioso Administrativo, pues desde el principio, el Dr. Amado Gutiérrez Velásquez COADYUVÓ LA ELECCIÓN DE ERNESTO SAMPER AL ASISTIR A LA POSESIÓN DE SU DEMANDADO..." (fl. 72).

Anexo fotocopia simple de la denuncia penal No. 384 presentada en la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por el Dr. Jaime Rafael Pedraza.

El ciudadano Hildebrando Ortíz Lozano también presentó alegato de conclusión en el cual hace un recuento de los hechos, solicitando que además se tengan en cuenta otros hechos que se han suscitado por la conducta de las partes en este proceso así como los impedimentos, recusaciones *"... y posibles suplantaciones que se hayan sucedido dentro de la parte demandada, y hasta INCOMPETENCIAS por actuaciones que hayan efectuado funcionarios y/o ex-funcionarios que ya no debían de participar en este proceso ACTIVAMENTE"*. (fl. 84).

Reitera las peticiones formuladas por el señor Guillermo Alemán en su alegato de conclusión.

EL MINISTERIO PÚBLICO

En escrito de la Señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso ningún cargo prospera y, por tanto, solicita que se denieguen las pretensiones de las demandas que originaron estos procesos acumulados, razonando respecto a cada uno de dichos cargos, en la siguiente forma:

La Sección Quinta del Consejo de Estado como la Procuraduría han repetido exhaustivamente que ésta jurisdicción sólo examina cargos que den lugar a las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A., que son taxativas y de aplicación restrictiva y bajo este criterio debe hacerse el estudio de los cargos formulados por los demandantes.

Ciertamente la ley 84 de 1993, por la cual se expidieron algunas disposiciones en materia electoral regulando, entre otros eventos, la fecha de las elecciones, la inscripción de candidaturas, la instalación de mesas de votación, los escrutinios, el voto en blanco y el voto nulo a excepción de los artículos 9, 16 y 17, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia proferida el 23 de marzo de 1994, quedando

ejecutoriada el 21 de abril del mismo año, recuperando vigencia las normas del Decreto No. 2241 de 1986 o Código Electoral.

De acuerdo con el artículo 192 del Código Electoral, la falta de inscripción de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el funcionamiento de mesas de votación en lugares no autorizados por la ley y el hecho de que la elección para Presidente de la República no se hubiere realizado el último domingo del mes de mayo como lo ordena la ley, son motivos de reclamación por parte de los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales ante el Consejo Nacional Electoral o sus Delegados, mas no ante esta Jurisdicción.

Advierte la Agente del Ministerio Público que según el artículo 88 del Código Electoral, el término para la inscripción de candidatos a la Presidencia de la República vence a las 6 p.m. del primer lunes del mes de abril, y el Presidente y Vicepresidente electos inscribieron sus candidaturas el 18 de marzo de 1994.

Señala que no tiene sentido aseverar que al declararse la inexequibilidad de la ley 84 de 1993 los candidatos inscritos bajo esa ley debían hacerlo nuevamente, porque ese acto de inscripción sigue teniendo validez y no hay norma legal que disponga que debía hacerse una nueva inscripción.

Tampoco lo tiene afirmar que la elección de Presidente y Vicepresidente de la República se efectuó un día distinto al que señala el artículo 207 del Código Electoral, *"...ya que esta disposición es anterior al artículo 290 de la Constitución Nacional que estableció el mecanismo de la doble vuelta, que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que participan solo los dos candidatos que hubieren obtenido las mas altas votaciones, luego no puede hablarse de preselección y selección".*

El hecho de que el Consejo Nacional Electoral, ante la inexequibilidad de la ley 84 de 1993, resolvió legislar expidiendo las Resoluciones Nos. 161 de mayo 15 y 190 de junio 14 de 1994, cambiando las fecha de los escrutinios, no encaja dentro de los supuestos fácticos de la causal segunda de nulidad del artículo 223 del C.C.A. que se alega. Pero sí es del caso precisar que tal autoridad no desbordó su competencia al proferir las mencionadas Resoluciones, puesto que el artículo 190 del Código Electoral le da facultad para señalar y publicar la fecha de iniciación de los escrutinios presidenciales, como excepción a la regla general contemplada en el artículo 177 *ibidem.*

En cuanto a que no aparece declarada la elección en el acto acusado, de la lectura del texto se concluye inequívocamente que los doctores Ernesto Samper Pizano y Humberto de la Calle Lombana resultaron respectivamente electos Presidente y Vicepresidente de la República por haber obtenido la mayoría de los votos para ser elegidos y como consecuencia les fueron expedidas sus credenciales.

Respecto al cargo que se le imputa a la señora Regina Betancourt de Liska señaló el Ministerio Público que es irrelevante, porque si bien la susodicha ciudadana fue candidata a la presidencia, no resultó elegida.

Por lo que hace a la inaplicación del sistema del cuociente electoral consagrado en el artículo 263 de la Constitución, manifestó que solo tiene apariencia tratándose de elecciones pluripersonales como en las corporaciones públicas que no en las unipersonales como en la Presidente respecto a la cual se aplica el principio de la mayoría, "... *es decir, que gana la elección quien alcanza mayor número de votos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190 de la Carta.*

En cuanto a que los votos en blanco no fueron contabilizados en los escrutinios de la elección de Representantes a la Cámara, pero sí para la elección de la Presidencia de la República, tales supuestos no encajan dentro de los de las invocadas causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A. Y observa que los votos en blanco, en relación con la elección de los Representantes a la Cámara, no se contabilizaron porque así lo disponía el artículo 14 de la ley 84 de 1993, vigente para dichas elecciones, que luego fue declarada inexequible, restableciéndose las normas que habían sido derogadas por dicho estatuto, siendo una de ellas el artículo 137 del Código Electoral que ordena tener en cuenta el voto en blanco" para obtener el cuociente electoral.

Respecto a la afirmación que se hace en el sentido de que se violó el derecho a la defensa en la interposición de los recursos de ley, luego de la primera vuelta, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no aceptó los memoriales de impedimento y recusación interpuestos por los señores Guillermo Alemán e Hildebrando Ortíz Lozano, señaló la señora Procuradora que tales hechos no encajan dentro de la alegada causal segunda de nulidad del artículo 223 del C.C.A.

Finalmente, en cuanto a lo que tiene que ver con el supuesto de que los escrutinios tenían que hacerse directamente por el Consejo Nacional Electoral, dijo el Ministerio Público que como no se invocó causal de nulidad alguna para apoyar este cargo, no tiene vocación de prosperidad. Pero consideró conveniente observar que entre las facultades del Consejo Nacional Electoral previstas en el artículo 187 del Código Electoral, le corresponde hacer el escrutinio general de los votos emitidos para Presidente de la República, con base en las actas y registros de los escrutinios practicados por sus delegados y los jurados de votación en el exterior.

LAS RECUSACIONES

En memorial presentado el 2 de febrero de 1995, el demandante Guillermo Alemán, con apoyo en las causales 6 y 7 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil formuló recusación contra los Magistrados de la Sección Quinta de ésta Corporación, quienes, luego de surtido el trámite correspondiente, rechazaron, separadamente dicha recusación.

En traslado al Magistrado de la siguiente Sala de decision del Consejo de Estado, mediante auto de fecha 16 de marzo del año en curso, resolvió inadmitir por improcedente el incidente de recusación propuesto contra los Magistrados de la Sección Quinta, por cuanto había precluido la oportunidad procesal para ello, conforme al artículo 242, inciso 4o. del C.C.A.. (cuaderno No. 1A)

CONSIDERACIONES

De conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en los libelos demandatorios, la controversia se desenvuelve en torno a la elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional comprendido entre el 7 de agosto de 1994 al 7 de agosto de 1998, recaída en los doctotes Ernesto Samper Pizano y Humberto de la Calle Lombana, respectivamente.

Como ya hubo de advertirse, los demandantes Guillermo Alemán, Hildebrando Ortiz Lozano, Jaime Rafael Pedraza y José Ignacio Vives Echeverría impretan la nulidad del Acuerdo No. 12 del 13 de julio de 1994 proferido por el Consejo Nacional Electoral o acto declaratorio de la referida elección y, como consecuencia, la cancelación de las correspondientes credenciales.

El doctor José Ignacio Vives Echeverría pide, además, la declaratoria de nulidad de los actos de trámite del proceso electoral en que se eligieron Presidente y Vicepresidente de la República para el mencionado período, especialmente las Resoluciones Nos. 161 y 190 de 25 de mayo y junio 14 de 1994, en su orden, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, así como las de las actas de escrutinios municipales, auxiliares y distritales correspondientes a la s elecciones presidenciales efectuadas el 29 de mayo y 19 de junio de 1994, de todos los municipios, distritos y zonas del país, la de las actas de escrutinios generales practicadas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en las dos elecciones mencionadas y en relación con los escrutinios de todas las circunscripciones electorales de todos los Departamentos, y la de los demás actos y actas de escrutinio proferidos dentro del mismo proceso electoral.

También, como ya se señaló en los antecedentes, son similares las demandas de Guillermo Alemán, Hildebrando Ortíz Lozano y Jaime Rafael Pedraza, quienes formulan cargos comunes, coinciden en las disposiciones que estiman infringidas como también en el concepto de su violación, por lo cual es procedente y práctico aludir a ellos en forma conjunta y primordial.

EXPEDIENTES Nos. 1151-1154 y 1155

PRIMER CARGO

Los demandantes Guillermo Alemán, Hildebrando Ortíz Lozano y Jaime Rafael Pedraza, en los hechos 4, 3 y 1 de sus respectivos libelos, relatan que los dieciocho (18) aspirantes a la fórmula de Presidencia y Vicepresidencia de la República para las pasadas elecciones, se inscribieron en vigencia de la ley 84 de 1993. Dicha ley fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, excepción hecha de los artículos 9, 16, 17 y 25, mediante sentencia C-145/94 de 23 de marzo de 1994 y, por lo tanto, tales inscripciones quedaron sin soporte legal por simple sustracción de materia, pues desapareció el artículo primero de la citada ley.

Que es apenas lógico que revivieron *ipso jure* las normas contempladas en el Decreto No. 2241 de 1986 y era de forzoso cumplimiento que, a partir del 24 de marzo de 1994, tenían que inscribirse legalmente todos los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, en cumplimiento del artículo 93 del Código Electoral, pero no lo hicieron y participaron en las elecciones sin haberse inscrito.

Según los demandantes Ortíz Lozano y Pedraza se violó el artículo 92, en sus numerales 2 y 9, del Decreto No. 2241 de 1986 puesto que no hubo ningún candidato legalmente inscrito a la Presidencia y Vicepresidencia de la República. Y se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A. ya que los candidatos no podían ser elegidos. El señor Ortíz Lozano agregó que se violó el numeral 2 *ibídem* porque los *"...REGISTROS DE INSCRIPCIÓN son falsos pues perdieron su soporte legal el 23 de marzo de 1994 por sentencia de la Corte Constitucional..."* (fl. 7 exp. No. 1154)

Al respecto observa la Sala que la ley 84 de 1993, por la cual se expidieron algunas disposiciones en relación con las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, entre otros, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad por presuntos vicios de procedimiento en su formación y por razones de fondo.

Mediante sentencia C-145/94 de fecha 23 de marzo de 1994, con ponencia del H. Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró inexequibles, *"por vicios de procedimiento, por contener materias que deben ser reguladas por medio de ley estatutaria"*, los artículos 1, 2, 3, 4 salvo el inciso segundo, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 23 y 24, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 6o., el inciso segundo del artículo 14 y parte de su inciso primero.

Declaró inexequibles tanto por vicios de procedimiento como por razones de contenido normativo el parágrafo del artículo 6o., parcialmente el artículo 14 y los artículos 20 a 22.

Y declaró exequibles los artículos 9, 16, 17 y 25.

En esa misma decision la Corte Constitucional, en el numeral 5 de la parte resolutiva expresó que *"... los efectos de esta sentencia rigen hacia el futuro y no afectan las actuaciones jurídicas consolidadas, y que, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento Constitucional, se restauran ipso jure las normas que habían sido derogadas por los apartes de la ley 84 de 1993 declarados inconstitucionales en esta sentencia"*.

Dicha sentencia fue publicada el 21 de abril de 1994.

En relación con la inscripción de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República para las pasadas elecciones, de conformidad con el artículo 6 de la citada ley 84 de 1993, debía realizarse a más tardar cuarenta (40) días antes de la fecha de

elección que, según el artículo 1o. de la misma ley estaba prevista para el segundo domingo de mayo.

En caso de celebrarse nueva votación, de acuerdo con el artículo 190 de la Constitución Política, la elección tendría lugar tres (3) semanas más tarde.

Obran de folios 9 a 26 del expediente No. 1155, las actas de inscripción de los dieciocho (18) candidatos de la fórmula para Presidencia y Vicepresidencia de la República para el período Constitucional 1994-1998, realizadas entre los días 16 a 19 de marzo de 1994.

En el caso particular de los doctores Ernesto Samper Pizano y Humberto de la Calle Lombana, consta que lo hicieron el 18 de marzo de 1994 (fl. 18 exp. No. 1155 y fl. 7 cuaderno No. 3 exp. No. 1157).

De los referidos documentos se desprende que la inscripción de todos los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, en las pasadas elecciones, se cumplió cuando estaba vigente la ley 84 de 1993, cuyo artículo 6o., inciso segundo establecía que dicha inscripción se haría *"...a más tardar cuarenta (40) días antes de la elección."*.

En la sentencia de inconstitucionalidad de 23 de marzo de 1994, al referirse al contenido del artículo 6o. sobre inscripción de candidaturas, dijo la Corte:

> *"... este fallo solo tiene efectos hacia el futuro y no afecta las situaciones jurídicas ya consolidadas durante la vigencia de las normas declaradas inexequibles –por las razones que se señalarán posteriormente– debe entenderse que la inscripción de candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República para las elecciones de 1994 ya se encuentra cerrada por cuanto el término previsto para este año electoral ya transcurrió".*

Con lo anterior la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades, precisó los alcances temporales de la sentencia respecto de situaciones consolidadas, y señaló los efectos de la misma poniendo a salvo la inscripción de las candidaturas de Presidente y Vicepresidente de la República para el período que se inició el 7 de agosto de 1994, y es lógica esta determinación, por cuanto tal inscripción se había realizado legítimamente bajo el imperio de las disposiciones jurídicas que entonces regían. De consiguiente, resulta baladí e inocuo argumentar que debía llevarse a cabo una inscripción de las candidaturas pues la que se efectúo es capaz de producir válidamente los efectos a que estaba destinada.

En síntesis, quedó demostrado, en el presente caso, que los dieciocho (18) candidatos a la fórmula para Presidencia y Vicepresidencia de la República, período 1994-1998, cumplieron a cabalidad con el requisito de la inscripción de sus respectivas candidaturas, y que esta formalidad conserva plena validez conforme al fallo de la Corte Constitucional de 23 de marzo de 1994.

En estas condiciones, en lo que respecta al planteamiento de nulidad del acto de elección acusado, por considerar los demandantes que participaron candidatos sin estar

legalmente inscritos y, por tanto no podían ser válidamente elegidos, es totalmente infundado, amén de que el supuesto alegado no está erigido en causal de nulidad. Por tanto el cargo debe desecharse.

SEGUNDO CARGO

Los demandantes Guillermo Alemán, Hildebrando Ortíz Lozano y Jaime Rafael Pedraza en los hechos 1 y 8, 3 y 5, y 1 y 4 de sus respectivos libelos, argumentan que la ley 84 de 1993, en su artículo primero, señaló en forma específica que la fecha de elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República se realizaría el segundo domingo de mayo y en caso de que debiera celebrarse nueva votación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución, tendría lugar tres (3) semanas más tarde.

Pero el citado artículo primero de la ley 84 de 1993 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia de 23 de marzo de 1994, reviviendo *ipso jure* el Código Electoral, luego era forzoso dar cumplimiento al art. 207 del mismo que ordena celebrar las elecciones para Presidente el último domingo del mes de mayo, que, en el presente caso correspondió al 29 de mayo de 1994.

Sin embargo, en esa fecha, no se realizaron las elecciones sino solamente la preselección de candidatos de la fórmula para Presidencia y Vicepresidencia de la República y la verdadera elección se hizo el 19 de junio de 1994.

Según el señor Ortíz Lozano, sí debía darse cumplimiento al artículo 190 de la Carta, la preselección tenía que haberse hecho el segundo domingo de mayo y la elección el último domingo del mismo mes. En su criterio, ello constituye violación al numeral 2 del artículo 192 del Decreto No. 2241 de 1986, concordante con los artículos 88 y 207 *ibídem*, *"...INCURRIÉNDOSE en violación del art. 223-2 del C.C.A."* (fl. 7 exp. No. 1154)

Los demandantes Guillermo Alemán y Jaime Rafael Pedraza coinciden en la violación al artículo 207 del Código Electoral, agregando el doctor Pedraza que se violó flagrantemente el artículo 9 de la ley 84 de 1993.

Al respecto observa la Sala que aciertan los demandantes en cuanto a que con la declaratoria de inexequibilidad deben regir las antiguas disposiciones, pero condicionado a que las mismas se ajusten al ordenamiento constitucional en razón a la prevalencia de la Constitución sobre la ley, que es el sistema institucional que nos rige.

El artículo 190 de la Carta consagra el mecanismo para la elección de Presidente de la República señalando que debe ser elegido por la mitad más uno de los votos que depositen los ciudadanos, y en caso de no obtener dicha mayoría se celebrará una nueva votación tres (3) semanas más tarde, en la que solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones.

También, el citado precepto defirió al legislador la facultad de señalar la fecha de tal elección, la cual, se anota, es la misma para la elección de Vicepresidente, de conformidad con el art. 202 *ibídem.*

El Congreso de Colombia, expidió la ley 84 de 1993, cuyo artículo 1o. señaló como fecha de las elecciones del Presidente y Vicepresidente de la República el segundo domingo de mayo, y en caso de celebrarse nueva votación será tres (3) semanas después. Pero, como ya se explicó, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia de 23 de marzo de 1994, publicada el 21 de abril del mismo año, en razón de lo cual, recuperó su vigencia el artículo 207 del decreto 2246 de 1986, que es del siguiente tenor:

> *"ART. 207 Las elecciones para integrar corporaciones públicas se realizarán el segundo domingo de marzo del respectivo año y las de Presidente de la República el último domingo del mes de mayo siguiente".*

Ahora bien, la violación de dicho precepto que expresan las demandas, se hace depender de que la elección de Presidente y Vicepresidente de la República no se realizó el último domingo de mayo, que para el caso *sub-exámine* correspondía al 29 de mayo de 1994, ya que en esta fecha se hizo una preselección de candidatos, mientras que la elección se efectuó un día diferente, esto es, el 19 de junio del mismo año.

Sobre este asunto cabe señalar que, de conformidad con el citado artículo 207 del Decreto No. 2246 de 1986, se convocó a elección, que no a preselección, para Presidente y Vicepresidente de la República el 29 de mayo de 1994, correspondiente al último domingo de mayo, fecha en la cual se llevó a cabo, según se desprende del contenido de los distintos documentos que obran en el expediente, como son, el tarjetón (fl. 7 exp. No. 1151), la Resolución No. 188 de 14 de junio de 1994 (fl. 29 exp. No. 1154), el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 (fl. 1 exp. No. 1154), y los formularios E-26 P o Acta parcial de escrutinio de votos para Presidente y Vicepresidente de la República obrantes en el cuaderno de pruebas No. 1.

Pero es evidente que por no haber obtenido ninguno de los candidatos la mitad más uno de los votos que exige el artículo 190 de la Constitución, fue necesario celebrar una nueva votación tres (3) semanas después, esto es, el 19 de junio de 1994, en cumplimiento a lo establecido en el citado artículo 190 de la Carta, tal como dan cuenta las Resoluciones arriba citadas así como los múltiples formularios E-26 P visibles en el cuaderno de pruebas No. 2 y el ejemplar del voto que obra al folio del expediente No. 1151.

En los aspectos de la controversia que se dejan analizados queda claro, entonces, que la elección de Presidente y Vicepresidente de la República se efectuó en la fecha prevista en el art. 207 del Código Electoral, esto es, el último domingo del mes de mayo, que correspondió al 29 de mayo de 1994, y que, en razón de que ninguno de los candidatos obtuvo la mitad más uno de los sufragios depositados por los ciudadanos, se realizó una nueva votación de tres (3) semanas mas tarde, el 19 de junio de 1994, en acatamiento

a lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución, que no podía incumplirse por el hecho de no prever el artículo 207 del Decreto No. 2241 de 1986 la segunda votación.

Por consiguiente, no se observa la violación de ninguno de los preceptos que los demandantes citan en sus libelos, sino por el contrario que el acto acusado esta en perfecta armonía con la Constitución y la ley.

Cabe finalmente advertir que las exigencias en torno a la fecha de la elección no son causales de nulidad en el evento de que no se cumplan, siendo conveniente relievar al respecto lo expresado en forma reiterada por el Consejo de Estado en el sentido de que no todas las irregularidades son constitutivas de nulidad del acto de elección, sino solo aquellas que por su evidente gravedad estén contempladas en la ley como causales de nulidad.

El cargo, pues, no prospera.

TERCER CARGO

Sostienen los demandantes Guillermo Alemán, Hildebrando Ortíz Lozano y Jaime Rafael Pedraza, en los hechos 12, 1 y 3 de sus respectivos libelos que al cambiar de sitio 365 mesas de votación en la ciudad de Cali, y 7 mesas en Barranquilla del lugar donde funcionaron en las elecciones del 8 de marzo de 1992, y según Ortíz Lozano *"otros puestos de votación"* en la ciudad de Barranquilla, por medio de la Circular No. 05 de febrero 5 de 1993 del señor Registrador Nacional del Estado Civil, y del Oficio No. 282 del 18 de marzo del mismo año emitido por la Dirección Nacional Electoral, se violó el artículo 9 de la ley 84 de 1993 que siempre ha estado vigente por haberlo declarado exequible la Corte Constitucional, incurriéndose, en criterio de Guillermo Alemán y Jaime Rafael Pedraza en "FRAUDE A RESOLUCIÓN JURÍDICA" por cuanto se contravino la sentencia C-145/94 de la Corte Constitucional.

También estiman violados el numeral 1o. del artículo 192 del Código Electoral y los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A., pues los votos obtenidos en sitios diferentes a los lugares donde funcionaron las mesas de votación son nulos y, por tanto, falsos los registros o actas que los contienen.

Guillermo Alemán cita además como normas violadas los artículos 29 y 243 de la Carta y Jaime Rafael Pedraza el artículo 234 *ibídem.*

Es indudable que en lo tocante a los vicios que según los actores afectan el acto de elección, las demandas adolecen de falta de técnica, pues es impropio hacer una imputación genérica de cargos a 365 mesas de votación en Cali, 7 puestos en Barranquilla y *"otros puestos de votación"* también en Barranquilla, invocando sin distinción ninguna los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A.. Tales normas instituyen en causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral hechos distintos, cada uno de los cuales puede producirse por diferentes razones, cuya demostración exige determinadas pruebas.

En efecto, el numeral 2) del artículo 223 del C.C.A. consagra como causal de nulidad *"Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación"*.

Como lo puntualizó la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación en su vista de fondo, la jurisprudencia de esta Sección Quinta ha precisado el sentido y el alcance de la norma expresando que surgen elementos falsos o apócrifos cuando media la intención de disfrazar la realidad en procura de alterar el verdadero resultado electoral. Y quien alega esta causal de nulidad no puede basarse en simples hipótesis sino que corre con la carga de demostrar donde radica la falsedad y de qué manera se alteró el resultado, de lo cual no se ocuparon ninguno de los demandantes en el presente caso.

En cuanto al numeral 4) del citado artículo 223 del C.C.A., *"Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y las leyes de la República"*, no se ve cómo podría darse esta causal de nulidad en el *sub-lite* en que se controvierte el acto de elección de Presidente y Vicepresidente de la República y de acuerdo con el artículo 263 de la Carta, el sistema del cuociente electoral se emplea siempre que se vote por dos o más individuos en elección popular, con el fin de asegurar la representación proporcional de los partidos.

En cuanto al artículo 9 de la ley 84 de 1993, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia No. C-145/94 de marzo 23 de 1994, que establece que para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, entre otros, que se realicen en 1994, *"... se instalarán mesas de votación en los mismos sitios donde funcionaron para las elecciones del 8 de marzo de 1992"*, no se observa la violación por la circular No. 05 de 5 de febrero de 1993 del señor Registrador del Estado Civil (fl. 132 exp. No. 1154) que se limita a responder las inquietudes formuladas por algunas delegaciones relacionadas con *"extension de la zonificación"* señalando procedimientos para su ejecucion.

Tampoco se aprecia la supuesta transgresión que alegan los demandantes en el sentido de que por medio del Oficio 282 de 18 de marzo de 1993 (fl. 197 exp. No. 1154) se autorizó el cambio de mesas de votación a otros lugares diferentes, porque en tal documento dirigido a los señores Delegados del Registrador del Estado Civil de Cali se les informa que en relación con la ciudad de Cali se recibió el Oficio No. 0430 de 1o. de marzo *"... quedando pendiente el nombre del puesto donde funcionó el voto automático en las pasadas elecciones"*. Que en Palmira se aprobó la creación de la zona 5 restando por aclarar el nombre de la zona 3 puesto 1 del denominado Jardín Infantil Santa Teresita que para 1994 figura con otro nombre. Y en Yumbo, no se encontró fundamento para aprobar la zona 3. Y se autoriza la creación de 4 puestos con el fin de descongestionar los que tienen mayor afluencia de votantes.

Por tanto, carecen de todo fundamento las aseveraciones de los demandantes y por lo mismo no puede hablarse de violación de ninguna de las disposiciones por ellos citadas.

Además, hay que señalar, que aún en el evento de que hubieran funcionado mesas de votación en lugares o sitios no autorizados por la ley, tal circunstancia no constituye causal de nulidad, sino de reclamación de conformidad con el artículo 192 numeral 1) del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, que debió ser formulada en la debida oportunidad ante las respectivas autoridades electorales.

Por consiguiente el cargo se desecha.

CUARTO CARGO

En los hechos 11, 2 y 6, respectivamente, de las demandas de Guillermo Alemán, Hildebrando Ortíz Lozano y Jaime Rafael Pedraza se plantea que el Consejo Nacional Electoral le permitió a la señora Regina Betancur de Liska participar como candidata a la Presidencia de la República sin haber enunciado a su cargo de Congresista, no obstante haber sido declarado inexequible el artículo 22 de la ley 84 de 1993, violando los artículos 13, 178 numeral 8 y 197 de la Constitución, incurriéndose en las causales de nulidad establecidas en los numerales 4 y 5 del artículo 223 del C.C.A.

La Sala se abstiene de examinar este cargo, en primer lugar, porque las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A. están referidas al acto de elección, el cual comprende solamente al elegido o elegidos que no a los demás candidatos.

Y en segundo lugar, porque en el *sub-lite* no se discuten inhabilidades de ningún Congresista sino que la controversia gira en torno al acto declaratorio de elección de Presidente y Vicepresidente de la República.

Por tanto, se desecha el cargo.

EXPEDIENTES Nos. 1154 y 1155

QUINTO CARGO

Los demandantes Hildebrando Ortíz Lozano y Jaime Rafael Pedraza, en los hechos 4 y 5 de sus respectivos libelos plantean que los votos en blanco no fueron contabilizados para los escrutinios de la Cámara de Representantes pero sí para la votación del Presidente y Vicepresidente de la República. Y preguntan si hay dos constituciones? Si son diferentes las leyes para los liberales y los conservadores los altos políticos, y el pueblo raso? Si no hay una sola jurisprudencia al respecto? Si la sentencia de la Corte Constitucional (C-145/94) es solo aplicable a la votación del Senado y del Presidente pero no a la Cámara? Y si hay dos Códigos Electorales?.

Según el señor Ortíz Lozano *"Tal actitud viola el artículo 223 del C.C.A. en los numerales 2 y 4"* (fl. 7 exp. No. 1154). Por su parte, el doctor Jaime Rafael Pedraza se limita a citar el artículo 14 de la ley 84 de 1993.

Observa la Sala que no se concretó el cargo contra el acto acusado, pues el simple hecho de afirmar que no se computaron los votos en blanco para la elección de

Representantes a la Cámara pero sí para la de Senadores y Presidente de la República no hace presumir ningún vicio amén de que en el *sub-lite* no son objeto de debate las elecciones de Representantes a la Cámara y Senadores.

El demandante Ortíz Lozano cita los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A. como violados sin respaldo alguno, y como esta jurisdicción es rogada y no oficiosa, es deber del actor o actores señalar en forma precisa el concepto de violación, porque de no ser así, al definir la cuestion, la Sala no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron planteados. De forma, pues, que resulta inaceptable que con el acto acusado hayan sido infringidos los numerales 2 y 4 del artículo 223 del C.C.A., y, por tanto, se rechaza el cargo.

Respecto a los interrogantes que plantean los dos demandantes, que no se refieren al asunto controvertido, anota la Sala que la respuesta pueden hallarla en la Constitución y en las leyes.

EXPEDIENTES Nos. 1151 y 1155

SEXTO CARGO

Los demandantes Guillermo Alemán y Jaime Rafael Pedraza en los hechos 14 y 4 de sus respectivos libelos, manifiestan que se violó el derecho a la defensa y a interponer los recursos de ley, luego de la primera vuelta, pues el Consejo Nacional Electoral no aceptó los memoriales de impedimentos y recusaciones oportunamente interpuestos por Guillermo Alemán e Hildebrando Ortíz, *"...CON UNA DECLARACIÓN DE SALVAMENTO DE VOTO que constituye una CONFESIÓN DE PARTE y una acusación contra el mismo Consejo Nacional Electoral emitida por los Magistrados Guillermo Aníbal Ortega y José María Obando Garrido..."* (fl. 32 exp. No. 1151).

Además, no fueron expedidas las copias y diligencias para reclamar oportunamente. Según Jaime Rafael Pedraza ello constituye violencia contra testigos que "harían de escrutadores", como es el caso de Guillermo Alemán quien asistió a cuidar sus votos y el escrutinio y no lo dejaron, violándose el numeral 24 del Código Electoral.

Respecto a las imputaciones que aquí se hacen, es claro que no se estructura ningún cargo contra el acto de elección de Presidente y Vicepresidente de la República.

Los supuestos narrados por los demandantes se refieren a circunstancias que pudieron tener ocurrencia en el desarrollo del proceso electoral en la etapa administrativa, sin incidencia alguna en el presente asunto, ya que de las mismas no se deriva la configuración de ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 223 del C.C.A. y menos la prevista en el numeral 1) de la citada disposición, referente a la violencia contra los escrutinios por destrucción o mezcla de las papeletas de votación, lo cual no hay prueba de su ocurrencia en el *sub-lite*.

Por consiguiente, se desecha el cargo.

EXPEDIENTE No. 1151

SÉPTIMO CARGO

El actor Guillermo Alemán en el punto 10 de su demanda sostiene que los escrutinios tenían que hacerse directamente por el Consejo Nacional Electoral y no con base en las actas de los Delegados, como en efecto se hizo utilizando una costumbre basada en normas derogadas por los artículos 380 y 59 transitorio de la Carta Política.

Tal actitud reforma *"POR ADICIÓN"* el numeral 7 del artículo 265 de la Constitución Nacional, la cual es norma de normas y ni siquiera el legislador podría establecer excepciones. *"Así se observa por analogía en el folio 65 en la sentencia C-145/94 de la Corte Constitucional emitida el 23 de marzo de 1994 y por medio de la cual se tumbó la ley 84 de 1993"*. (fl. 31 exp. No. 1151)

El artículo 265 de la Carta Política señala, en su numeral 7, entre otras atribuciones especiales que tiene el Consejo Nacional Electoral, *"Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar"*.

Según el artículo 12, inciso tercero, de la ley 84 de 11 de noviembre de 1993, corresponde al Consejo Nacional Electoral iniciar los escrutinios a partir del momento de recibo de los primeros resultados con base en las actas expedidas por sus Delegados y los datos recibidos del exterior. Dicha norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-145/94 de 23 de marzo de 1994, en la cual dijo, al respecto, lo siguiente:

> *"En primer lugar, desde el punto de vista material, considera la Corte que las funciones que el precepto en cuestion asigna al Consejo Nacional Electoral constituyen cabal concreción de las que el artículo 265-7 de la Carta le asigna para "efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar".*
>
> *"Además, debe señalarse que las actas de los escrutinios, en cuanto documentos públicos que son, están amparados por la presunción de autenticidad, en cuya virtud su contenido se reputa veraz mientras no se compruebe lo contrario, según los procedimientos previstos en la legislación electoral y por las causas que la misma establece."*
>
> *"Por esa razón, para la Corte no es de recibo el argumento de presunta inconstitucionalidad de fondo que pretende estructurarse sobre la base de la probable inexactitud de que podrían adolecer dichas actas. La circunstancia de que los escrutinios se hagan con base en las actas, no excluye en modo alguno la posibilidad de que en caso de invalidez o nulidad, se acuda al reconteo de*

votos en forma directa. Carece de todo respaldo Constitucional esta imputación, por lo cual no encuentra la Corte, desde el punto de vista material, inconstitucionalidad en esta norma."

" Sin embargo considera la Corte que el contenido normativo de este precepto es propio de la ley estatutaria, toda vez que se refiere a aspectos de contabilización y formalización de los resultados arrojados por el proceso electoral. Por ese motivo, se estima que la disposición encuadra dentro de la materia estatutaria de que trata el literal C) del artículo 152 C.P., por lo cual será declarado inexequible por vicios de procedimiento en su aprobación"

Como puede deducirse de los transcrito, la H. Corte Constitucional, desde el punto de vista material, no encontró objeción alguna a la realización del escrutinio de una votación nacional con base en las actas, por lo que no es jurídicamente procedente que ese mismo motivo pueda servir de fundamento al cargo que aquí se plantea.

Además, se observa que de muy graves consecuencias sería acoger la interpretación restrictiva que hace el demandante del numeral 7 del artículo 265 de la Carta, porque se prestaría al absurdo de que pueda anularse una elección, que representa la opinión política de los ciudadanos, tan solo porque el Consejo Nacional Electoral, al efectuar los escrutinios de los votos emitidos en todo el territorio nacional, lo haga con base en unas actas y registros de escrutinios practicados por sus propios Delegados, documento cuya autenticidad se presume mientras no se demuestre lo contrario.

Por tanto, el cargo se desecha.

EXPEDIENTE No. 1157

OCTAVO CARGO

Sostiene el doctor José Ignacio Vives Echeverría que los escrutinios distritales, municipales y auxiliares o zonales, así como los generales o departamentales, de las votaciones realizadas los domingos 29 de mayo y 19 de junio de 1994, se efectuaron en días distintos a los señalados por la ley, siendo ilegales e inválidos y por lo mismo apócrifos, debiendo ser anulados para que se restablezca el imperio de la legalidad.

Señala el demandante, que por declaratoria de inexequibilidad del artículo 12 de la ley 84 de 1993, recobró vigencia el Código Electoral que en sus artículos 160 y 177 ordenan cuándo deben realizarse los escrutinios.

Que la competencia para regular funciones electorales está atribuida al órgano legislativo, sin embargo el Consejo Nacional Electoral resolvió legislar expidiendo las Resoluciones números 161 y 190 de 15 de mayo y 14 de junio de 1994, respectivamente, actos que, en criterio del demandante, son ostensiblemente inconstitucionales e ilegales y podrían constituir prevaricato, por medio de los cuales se pretendió modificar los citados artículos 160 y 177 del Código Electoral, para cambiar las fechas de los escrutinios

distritales, municipales, auxiliares y departamentales, invocando las facultades del artículo 190 *ibídem* que no es pertinente al caso, por cuanto la norma se refiere a la fecha de iniciación de los escrutinios presidenciales que corresponde hacer al Consejo Nacional Electoral, pero no a la fecha de iniciación de los escrutinios distritales, municipales, auxiliares, generales o departamentales.

Considera violados los artículos 160 y 177 del Decreto No. 2241 de 1986 o Código Electoral que son las normas en que debió fundarse el Consejo Nacional Electoral para expedir las citadas resoluciones. Que éstas se profirieron en forma irregular y sin competencia para ello y además con falsa motivación y desviación de las atribuciones, por todo lo cual son actos administrativos ilegales, así como también lo son todos los escrutinios que se realizaron en fechas distintas a las previstas en la ley, debiendo declararse nulos por la causal segunda del artículo 223 del C.C.A., ya que tales actas de escrutinio son elementos indispensables que sirvieron para la formación de los correspondientes registros electorales.

Ya se ha dicho, de conformidad con jurisprudencia de ésta Corporación, que no todas las irregularidades que ocurran durante el proceso electoral generan nulidad. Solo los vicios graves y ostensibles que tiendan a alterar o a desconocer la voluntad popular pueden constituir causales de nulidad en los casos taxativamente contemplados en la ley.

En la demanda se afirma que todos los escrutinios en todo el territorio nacional, de las votaciones realizadas el 29 de mayo y el 19 de junio de 1994, se realizaron en días distintos a los señalados en los artículos 160 y 177 del Código Electoral.

Al respecto basta observar que de tales supuestos no se derivan las consecuencias de derecho que pretende el demandante, ya que la circunstancia de que los escrutinios distritales, municipales, auxiliares, generales o departamentales se realicen en fechas distintas a las señaladas en la ley no es causal de nulidad a tenor del artículo 223 del C.C.A.

No puede pretenderse que tal hecho, encaje dentro de los términos precisos de la causal 2a. de nulidad como parece entenderlo el demandante, para determinar la invalidez de las elecciones o de los registros, como tampoco la alegada ilegalidad de las Resoluciones Nos. 161 y 190 de 1994 que, por sí sola no conllevaría a que pueda anularse el acto declaratorio de elección, por cuanto sería necesario que estuviera demostrado que tuvo una incidencia efectiva sobre el resultado del escrutinio o que dejó dudas en cuanto al mismo, lo cual no es el caso en el *sub-lite*.

De lo dicho se concluye que el cargo no puede prosperar.

NOVENO CARGO

Afirma el doctor José Ignacio Vives Echeverría, que los doctores Ernesto Samper Pizano y Humberto de la Calle Lombana se inscribieron respectivamente a la Presidencia y Vicepresidencia de la República para el período Constitucional 1994-1998, según consta en el Acta No. 013 de 18 de marzo de 1994, en vigencia de la ley 84 de 1993 que en su

artículo 6° expresaba que la inscripción debía realizarse a más tardar cuarenta (40) días antes de la elección.

Como los términos de días, según el artículo 62 de la ley 4 de 1913 se cuentan como días hábiles, ése término de cuarenta (40) días antes de la elección, fijada para el segundo domingo de mayo, que cayó en el día 8 de mayo de 1994, contado hacia atrás, llega a la fecha del 9 de marzo de 1994 a las 6 p.m., de modo que la inscripción de las candidaturas SAMPER-DE LA CALLE se hizo extemporáneamente y por tanto es un acto inexistente.

Luego de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 6o. de la citada ley 84 de 1993, volvió a tener vigencia el artículo 88 del Código Electoral el cual señala que el término para la inscripción de candidatos a la Presidencia de la República vence a las seis de la tarde del primer lunes del correspondiente mes de abril, pero los Drs. Samper Pizano y De la Calle Lombana no se volvieron a inscribir.

Como no puede ser válida la primera inscripción y la nueva inscripción no se hizo, siendo éste un requisito previo indispensable para poder ser elegido y para les sean escrutados los sufragios que resulten por esos candidatos, no se les pueden computar, pues habría ese elemento ilegal, inexistente y por tanto apócrifo, que por lo mismo produce la nulidad de la elección por la causal segunda del artículo 223 del C.C.A.

Sobre la imputación aludida en el sentido de que no hubo candidatos válidamente inscritos, la Sala ya dijo lo suficiente al referirse al primer cargo (exp. Nos. 1151, 1154 y 1155) en que se formularon las mismas acusaciones. Por tanto no parece procedente repetir lo ya dicho.

En consecuencia, se desecha el cargo.

DECIMO CARGO

Según el doctor José Ignacio Vives Echeverría, en el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 acusado, se omitió inexplicablemente hacer la declaratoria de la elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período 1994-1998 por lo que dicho acto es violatorio del numeral 7 del artículo 265 de la Constitución Política y del segundo párrafo del artículo 191 del Código Electoral.

El haberse posesionado los doctores Samper Pizano y De la Calle Lombana como Presidente y Vicepresidente de la República sin título legítimo los convierte en funcionarios de facto, y ello hace que los documentos con los cuales tomaron posesión de sus cargos, sean apócrifos, imponiéndose la nulidad con fundamento en la causal 2) del artículo 223 del C.C.A.

Este planteamiento no tiene asidero toda vez que el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994 en su encabezamiento dice: *"Por el cual se comunican los resultados de los*

escrutinios, se hace la declaratoria de elección de Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional de 1994 a 1998 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales".

En los considerandos se explica lo ocurrido en la primera y segunda vuelta, y se relaciona el resultado del escrutinio de los votos obtenidos por cada una de las fórmulas.

Y finalmente en la parte resolutiva, se lee en el artículo primero, que se declara la votación total obtenida en las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República período 1994-1998 celebrada el 19 de junio de 1994.

En el artículo segundo se declara *"que la fórmula integrada por los Drs. ERNESTO SAMPER PIZANO y HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA inscritos por el Partido Liberal Colombiano, obtuvo la mayoría de los votos para ser elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, con un total de 3.733.336"* (fl. 3 exp. No. 1157)

En el artículo tercero se ordena expedir las respectivas credenciales y en el artículo cuarto comunicar el Acuerdo, entre otros a los elegidos.

Por consiguiente no queda duda de que el Acuerdo No. 12 de julio 13 de 1994, proferido por el Consejo Nacional Electoral, es el acto declaratorio de la elección de Ernesto Samper Pizano y Humberto de la Calle Lombana como Presidente y Vicepresidente de la República para el período Constitucional 1994-1998.

Consiguientemente, el cargo se descarta.

Resta agregar, que la petición formulada por los señores Guillermo Alemán e Hildebrando Ortíz Lozano en sus alegatos de conclusión, para que no se tengan en cuenta como pruebas algunos documentos electorales alegados al proceso, resulta improcedente, pues debieron hacerla en la forma y oportunidad legales.

En cuanto a los comentarios desobligantes que hace en el mismo escrito el demandante en relación con los Magistrados de esta Sección Quinta, son meramente apreciaciones muy subjetivas del actor, a quien se le recuerda el deber que en un proceso tienen las partes de abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y guardar el debido respeto al Juez, de conformidad con el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

Por todo lo dicho se denegarán las pretensiones de las demandas.

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

FALLA:

1. Deniéganse las pretensiones de las demandas correspondientes a los procesos acumulados Nos. 1151, 1154, 1155 y 1157.

2. Reconócese personería al doctor Augusto Hernández Becerra, con tarjeta profesional No. 11.958 del Ministerio de Justicia para actuar en representación del doctor Ernesto Samper Pizano en los términos y para los efectos del poder conferido.

3. Hágase las comunicaciones de ley.

4. En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesion del once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

ALCALDE-Inhabilidades/**CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL**-Funciones/**GESTIÓN FISCAL**

Según criterio del actor, conforme al artículo 156 de la ley 136 de 1994 en los municipios donde no existe Contraloría, la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la respectiva Contraloría Departamental, razón por la cual los revisores fiscales de las contralorías departamentales que ejercen funciones en los municipios en donde no existen las contralorías municipales se encuentran incursos en las incompatibilidades que establece el artículo 164 *ibídem* que a la letra dice. La causal de incompatibilidad en examen, contenida en el artículo 164 de la ley 136 de 1994 se predica respecto a los contralores municipales, supuesto que de ninguna manera se da en el *sub-lite,* puesto que el señor Jorge Eliécer Rojas Flórez, tal como aparece acreditado en autos, se desempeñó en la Contraloría Departamental del Cesar en los cargos de Auditor Especial y Revisor Fiscal ante el municipio de Pelaya, que no como Contralor en la citada localidad. Siendo claro el tenor y espíritu de la norma en mención, no puede entenderse como pretende el actor que ella cobija también a los Auditores Especiales y Revisores Fiscales de las Contralorías Departamentales cuando quiera que ejercen funciones en los municipios donde no existe Contraloría Municipal, ya que tales eventos no los contempla la ley y, no cabe hacer interpretaciones para acomodarla a situaciones como la aquí escrita. Además, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibi-

ciones, las normas que la consagran son restrictivas no pudiendo ser aplicadas por extensión analógica.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contecioso Administrativo. - Sección Quinta. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente No. 1266. Actor: Rodrigo Rojas Rodríguez

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 1995 por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El ciudadano RODRIGO ROJAS RODRÍGUEZ, en ejercicio de la acción electoral, demandó la nulidad del acto de fecha 30 de octubre de 1994 emanado de la comisión escrutadora municipal del municipio de Pelaya mediante el cual se declaró la elección del señor JORGE ELIÉCER ROJAS FLÓREZ como Alcalde de ese municipio para el período 1995-1997.

Sostiene el demandante que el Alcalde electo fue inscrito, dentro de los términos legales que establece el Código Laboral, como candidato para la Alcaldía Municipal de Pelaya, habiendo sido Revisor Fiscal de ese Municipio hasta el día 18 de noviembre de 1993, fecha de posesión de su remplazo. Que se le aceptó la renuncia mediante resolución No. 000385 de 2 de noviembre de 1993, emanada de la Contraloría General del Departamento del Cesar.

Que como Revisor Fiscal del Municipio de Pelaya, ejercía las funciones de Contralor Municipal pues según lo dispone el último párrafo del artículo 156 de la ley 136 de 1994, *"en los municipios en los cuales no haya contraloría, la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la respectiva contraloría departamental"*.

Que los revisores fiscales de las contralorías departamentales que ejercen funciones en los municipios en donde no existen las contralorías municipales se encuentran incursos en las incompatibilidades que establece el artículo 164 de la misma ley que a la letra dice:

> *"Los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 96 y 97 de esta ley en lo que le sea aplicable no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones"*.

El actor concluye este raciocinio afirmando que el señor JORGE ELIÉCER ROJAS FLÓREZ no podía inscribirse como candidato a la Alcaldía de Pelaya antes del 2 de noviembre de 1994, fecha en la cual cumplía un año de desvinculación del control fiscal en el municipio. Estima por tanto violado el artículo 164 de ley 136 de 1994.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Alcalde electo, a través de apoderado judicial, contestó la demanda en su oportunidad, señalando que su renuncia al cargo de Revisor Fiscal del Municipio de Pelaya con carácter irrevocable fue presentada el día 30 de octubre de 1993, siendo aceptada mediante resolución No. 000385 del 2 de noviembre de 1993, luego no es cierto, cuando dice el actor, que laboró en ese cargo hasta el día 18 de noviembre de 1993.

Manifiesta que jamás cumplió las funciones de Contralor Municipal de Pelaya pues dicho cargo no ha sido creado, y que los artículos 156, 164, 96 y 97 de la ley 136 de 1994 fueron mal interpretados por el actor.

Afirma que las normas que regulen una inhabilidad deben ser aplicadas con precisión y que las señaladas en la demanda no son las exactamente aplicables pues contradicen los conceptos fundamentales del derecho, por lo que se está frente a una demanda electoral insuficiente. Propuso este hecho como excepción.

Culmina su defensa expresando que la legislación administrativa es rogada, que el actor invocó erróneamente normas que no son aplicables el caso insistiendo en que el municipio de Pelaya no existe Contraloría Municipal, y por tanto su representando no pudo haber ejercido las funciones de ese cargo y que estaba habilitado para aspirar a ser elegido popularmente Alcalde de ese Municipio para el período 1995-1997.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar denegó las súplicas de la demanda, con los mismos fundamentos que tuvo para denegar la solicitud de suspensión provisional, expresando que las incompatibilidades señaladas en el artículo 164 de la ley 136 de 1994 se refieren inequívocamente a los contralores municipales; que se tiene certeza que el señor JORGE ELIÉCER ROJAS FLÓREZ era un empleado de la Contraloría Departamental, donde desempeñaba el cargo de Auditor Especial y Revisor Especial ante el municipio de Pelaya y que a buen seguro, ante la ausencia de contralor municipal en Pelaya, el Controlador Departamental lo designó para vigilar la gestión fiscal de esa municipalidad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 156 de la ley 136 de 1994. Que en manera alguna esta situación implica que el señor Jorge Eliecer Rojas Florez fuera contralor municipal, ya que sin existir contraloría municipal en Pelaya mal podía tener un regente. No siendo contralor municipal de Pelaya, bien podía ser elegido Alcalde de ese Municipio y por tanto la prohibición establecida en el artículo 164 invocado como violado no lo cobija por este aspecto.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la anterior providencia aduciendo las siguientes razones:

Si bien es cierto que el alcalde electo no se desempeñaba como Contralor del Municipio de Pelaya, por no existir en esa localidad el cargo en cuestión, no es menos cierto que se había desempelñado como Revisor Fiscal en este Municipio hasta el 18 de noviembre de 1993, por tanto sí ejercía funciones de control bajo las órdenes del Contralor General del Departamento del Cesar, encontrándose incurso en el régimen de incompatibilidades que establece el artículo 164 de la ley 136 de 1994. Que en este caso lo que está en juego es que habiendo ejercido en cierta forma las funciones de Contralor en ese municipio no podía ser inscrito como candidato a la Alcaldía, pues son las funciones de control ejercidas sobre la ejecución presupuestal de ese municipio lo que señala la incompatibilidad para ser inscrito como candidato dado que no ha transcurrido un año de haberse retirado del cargo en el momento de su inscripción tal como lo señala la ley.

Señala que hubo una clara connotada indiferencia por parte del *a-quo* respecto a las súplicas de la demanda, al no analizar con la profundidad y objetividad que el caso amerita.

Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia impugnada dictando en su lugar la que en derecho debe reemplazarla.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Décima Delegada ante esta Corporación solicita se confirme la sentencia recurrida, pues del estudio del expediente se concluye que no existe la violación del artículo 164 de la ley 136 de 1994.

Precisa que se encuentra probado que el señor JORGE ELIÉCER ROJAS FLÓREZ se desempeñó en los cargos de Auditor Especial y Auditor Fiscal ante el Municipio de Pelaya (Cesar) durante el tiempo comprendido entre el 2 de abril de 1992 hasta el 2 de noviembre de 1993, fecha en que su renuncia fue aceptada.

Que en su reemplazo fue nombrado el 17 de noviembre de 1993 y tomó posesión del cargo el 18 de los mismos mes y año y que se acredita igualmente el acta parcial de escrutinio y la declaratoria de la elección del señor JORGE ELIÉCER ROJAS FLÓREZ como Alcalde del Municipio de Pelaya.

Considera que de la sola lectura del artículo 164 de la ley 136 de 1994, se colige, sin lugar a equívocos, que las incompatibilidades y el régimen de prohibiciones propuestas en los artículos 96 y 97 ibídem previstas para otros funcionarios y extensivas a los Contralores Municipales, hacen expresa referencia a los funcionarios que ocupan el cargo de Contralores Municipales.

Que frente a la claridad del texto del artículo 164 no puede desconocerse su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu o tomarse la prerrogativa de interpretar la norma

para acomodarla a casos no autorizados por el ordenamiento legal y menos tratándose de aquellas normas que establecen prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, las cuales por su naturaleza son de estricta aplicación, de interpretación restrictiva y en ningún caso de aplicación analógica.

CONSIDERACIONES

Ante todo se refiere la Sala a la excepción denominada *"demanda electoral insuficiente"* fundamentada en que no fueron citadas por el actor las normas exactamente aplicables al caso, propuesta por el demandado en su escrito contestatorio de la demanda, y al respecto señala que tal planteamiento toca aspectos de fondo del asunto y, por tanto, no amerita pronunciamiento distinto de la decisión misma, la cual procede hacer a continuación.

Tal como se infiere de los hechos y derechos aducidos en la demanda, la presente controversia se desenvuelve en torno al acto declaratorio de elección del señor Jorge Eliécer Rojas Flórez como Alcalde Municipal de Pelaya, Cesar, para el período 1995-1997 y a la aplicación de los artículos 156 y 164 de la ley 136 de 1994.

Sostiene el demandante que el señor Jorge Eliécer Rojas Flórez no podía ser elegido Alcalde, porque se había desempeñado como Revisor Fiscal del municipio de Pelaya dentro del año anterior, hasta el 18 de noviembre de 1993, ejerciendo las funciones de Contralor Municipal.

Según criterio del actor, conforme el artículo 156 de la ley 136 de 1994 en los municipios donde no existe Contraloría, la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la respectiva Contraloría Departamental, razón por la cual los revisores fiscales de las contralorías departamentales que ejercen funciones en los municipios en donde no existen las contralorías municipales se encuentran incursos en las incompatibilidades que establece el artículo 164 ibídem que a la letra dice:

> *"Los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 96 y 97 de esta ley, en lo que les sea aplicable, no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones".*

Para demostrar este cargo fueron allegados al proceso los siguientes documentos:

a) Certificación de fecha noviembre 2 de 1994 del Jefe Sección de Personal y Servicios Generales (E) de la Contraloría Departamental del Cesar según la cual, el señor Jorge Eliécer Rojas Flórez prestó sus servicios a esa entidad durante el tiempo comprendido entre el 2 de abril de 1992 al 2 de noviembre de 1993, desempeñándose en los cargos de Auditor Especial y Revisor Fiscal ante el Municipio de Pelaya.

b) Resolución No. 000385 de noviembre 2 de 1993 por medio de la cual el Contralor General del Departamento del Cesar acepta la renuncia presentada por el señor Jorge Eliécer Rojas Flórez como Revisor Fiscal del Municipio de Pelaya.

c) Resolución No. 000407 de 17 de noviembre de 1993 mediante la cual se nombra con carácter provisional hasta el 31 de diciembre de 1993 al señor Humberto Durán Alvernia, en el cargo de Revisor Fiscal del Municipio de Pelaya en reemplazo de Jorge Eliécer Rojas Flórez.

d) Acta de posesión de fecha 18 de noviembre de 1993 del señor Humberto Durán Alvernia en el cargo de Revisor Fiscal del Municipio de Pelaya.

e) Formulario E-26 AG mediante el cual se declara elegido Alcalde Municipal de Pelaya para el período 1995 a 1997 al señor Jorge Eliécer Rojas Flórez.

Al detallar las pruebas allegadas con la mira de acreditar el cargo endilgado al elegido, no se halló ninguna que demuestre que el señor Jorge Eliécer Rojas Flórez, se hubiere desempeñado como Contralor Municipal. Por consiguiente, la aseveración que hace el demandante en el sentido de que el susodicho ciudadano ejerció funciones de Contralor Municipal carece de sustento probatorio y desde este punto de vista es inoperante la imputación.

La causal de incompatibilidad en examen, contenida en el artículo 164 de la ley 136 de 1994 se predica respecto a los contralores municipales, supuesto que de ninguna manera se da en el *sub-lite*, puesto que el señor Jorge Eliécer Rojas Flórez, tal como aparece acreditado en autos, se desempeñó en la Contraloría Departamental del Cesar en los cargos de Auditor Especial y Revisor Fiscal ante el municipio de Pelaya, que no como Contralor en la citada localidad.

Siendo claro el tenor y espíritu de la norma en mención, no puede entenderse como pretende el actor que ella cobija también a los Auditores Especiales y Revisores Fiscales de las Contralorías Departamentales cuando quiera que ejercen funciones en los municipios donde no existe Contraloría Municipal, ya que tales eventos no los contempla la ley y, no cabe hacer interpretaciones para acomodarla a situaciones como la aquí descrita. Además, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, las normas que las consagran son restrictivas no pudiendo ser aplicadas por extensión analógica.

Por manera que el cargo tampoco tiene fundamento jurídico y en estas condiciones no puede prosperar, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada sin necesidad de más explicaciones.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 8 de febrero de 1995 por el Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PREJUDICIALIDAD/PLEITO PENDIENTE-Diferencias

La prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge cuestion sustancial que deba ser decidida en causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquel, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido. Por su parte, el pleito pendiente constituye una de las excepciones previas que aparecen relacionadas en el art. 97 del C. de P.C. y se configura cuando quiera que existan dos procesos con identidad de partes y de objeto. Ahora bien, la decisión que se adopte en uno de los procesos, en tratándose de la prejudicialidad, tan solo incide en la que deba tomarse en el segundo, mientras que en pleito pendiente, la que se produzca en uno, afecta directamente al otro proceso, en la medida que para éste constituye cosa juzgada.

PROCESO EJECUTIVO-Trámite/**SUSPENSIÓN DEL PROCESO/PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA/JURISDICCIÓN COACTIVA**

El art. 561 inc. Prim. del C. de P. C. señala que en la ejecución para el cobro de deudas fiscales a favor de las entidades públicas se seguirá, según el caso y en cuanto no se oponga a lo dispuesto en el capítulo que regula dicha ejecución, el trámite señalado para el proceso ejecutivo de mayor, menor, o de mínima cuantía, razón por la cual, las normas aplicables a la suspensión de procesos como el presente son los arts. 170 y 171 ibídem, que no los arts. 64 y 66 del C.C.A.. Puesto que estos últimos tienen que ver con las consecuencias que se derivan de la firmeza de los actos administrativos, una vez cumplido el trámite que precede su expedición. El art. 170 del C. de P.C.

transcrito, señala los siguientes eventos en los que el proceso civil se suspende: a) Por prejudicialidad penal (num. 1o.) b) por prejudicialidad civil o, de proceso civil a proceso civil (num. 2o.), en este caso, siempre y cuando, el asunto no sea de los que se puedan resolver en el primero de ellos. En relación con este evento, el inciso segundo, numeral segundo de la norma precitada, consagra una salvedad, según la cual, en los procesos de ejecución no se puede decretar la suspensión cuando exista un proceso ordinario que verse sobre la validez del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción. Al respecto vale aclarar, que el proceso ordinario referido, corresponde al previsto en el libro Cuarto, título XXIV, arts. 206 y s.s. del C.C.A. puesto que en parte alguna la primera de las codificaciones referidas remite a la segunda de ellas. La suspensión del litigio también opera por prejudicialidad administrativa (arts. 170-2 C. de P. C.) y esta se presenta cuando existe un proceso contencioso administrativo en el que se controvierte la nulidad del acto administrativo que, como en el *sub-júdice,* es de alcance particular y además, sirve de fundamento a la presente acción, sin que para el caso cuente, si además de la nulidad, en aquella causa se pide el restablecimiento del derecho. Ahora bien, habiendo quedado establecido que las acciones ejecutivo coactivas admiten la figura de la suspensión del proceso por prejudicialidad, corresponde ahora determinar si se cumplen las condiciones necesarias para su decreto. Según dispone el art. 171 del C. de P. C. la suspensión del proceso por prejudicialidad administrativa se decretará cuando el que deba suspenderse (ejecutivo) se encuentra en estado de dictar sentencia y siempre y cuando se demuestre la existencia del proceso que la determina.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 488. Actor: Canal Regional de Televisión del Caribe (Telecaribe) C/Producciones Telemundo Ltda. y/o Seguros Comerciales Bolívar S.A. APELACIÓN DE AUTO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la ejecutada, contra el proveído que el 23 de enero de 1995 dictara la Oficina Jurídica de TELECARIBE.

ANTECEDENTES

La providencia objeto de alzada (fls. 110-112 cdo. ppl.).

Mediante la providencia apelada, el despacho ejecutor resolvió la solicitud de suspensión del proceso que, con fundamento en el artículo 170 del C. de P.C. y en la existencia de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó el apoderado de la demandada.

El *a-quo* consideró que aún cuando la primera parte de la norma prealudida establece la suspensión del proceso por razones de prejudicialidad, su inciso segundo, numeral segundo, plantea una clara excepción a tal previsión, en el sentido de que el proceso ejecutivo no se suspende porque exista uno ordinario, iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o autenticidad del título, si en éste es procedente alegar los mismos hechos con excepción; mandato perfectamente concordante con lo expuesto en los artículos 64 y 66 del C.C.A., que tratan sobre el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos y sobre la pérdida de fuerza ejecutoria de los mismos.

El citado artículo prevé claramente que, cuando el acto administrativo que en firme, por concluir su procedimiento administrativo, aquel será suficiente por sí mismo, para que la Administración lo pueda ejecutar de inmediato, lo cual debe entenderse independientemente de los procesos contenciosos que pretenden adelantarse contra la legalidad de tales actos. Por su parte, el también citado artículo 66 del C.C.A., señala los casos especiales que sirven de excepción al anterior principio, ninguno de los cuales se presenta en el *sub-judice*.

Finalmente sostiene que operan los fundamentos, reiterados por esta Corporación, sobre la excepción de pleito pendiente, en el sentido de que dicho medio exceptivo se configura cuando en dos procesos, se presentan identidad de partes y el asunto que en el fondo deba decidirse es el mismo.

En tratándose de un proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva y otro de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay coincidencia de partes ni de objeto, por el hecho de que los actos administrativos que constituyen el título ejecutivo en aquél, sean el objeto de las pretensiones en éste.

Con base en lo anteriormente resumido, el despacho ejecutor negó la petición de suspensión del proceso y como consecuencia ordenó continuarlo.

Fundamentos del recurso de apelación (fls. 113-115 cdo. ppl.).

Contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de reposición y subsidiario de apelación, para cuyo efecto el apoderado de la ejecutada presentó los argumentos que se resumen así:

La providencia recurrida definió la petición planteada considerando dos aspectos, la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad administrativa y, la excepción de pleito pendiente que no fue planteada por el memorialista, pero en relación con la cual precisa, citando al tratadista Hernando Devis Echandía, que cuando se trata de relaciones procesales, el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto al derecho sustancial discutido, o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado.

En relación con la afirmación contenida en la providencia impugnada, en el sentido de que la solicitud de suspensión del proceso no es viable por virtud de lo dispuesto en

el art. 170-2 –inc. 2o.– del C. de P. C., el recurrente sostiene que tal apreciación jurídica contraría las disposiciones que señalan cuáles son las únicas excepciones que pueden proponerse en los procesos de ejecución, tal como señala el art. 509-2 del C. de P. C.

En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al establecer que en los procesos de ejecución fiscal, las únicas excepciones que pueden proponerse son aquellas enunciadas en la norma procedimental señalada, concluyendo que, por esta razón, se admite la prejudicialidad administrativa.

Al tenor del artículo 68 del C.C.A., los actos administrativos ejecutoriados que impongan a favor de la nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, constituyen providencias que conllevan ejecución.

También ha dicho el Consejo de Estado que en los procesos de ejecución fiscal no pueden proponerse excepciones relativas a los defectos sustantivos de los actos administrativos, en la medida que esas discusiones deben adelantarse a través de la acción respectiva, en la que se ataca la nulidad de los títulos por diferentes motivos. La jurisprudencia ha señalado además que, a fin de evitar que se produzcan decisiones encontradas, el proceso ejecutivo se suspenderá cuando se adelante uno en el que se discuta la nulidad de los actos administrativos que sirven de fundamento a la ejecución.

En las acciones contractuales iniciadas contra los actos administrativos expedidos por TELECARIBE, se discute su nulidad por violación de disposiciones legales atinentes al cumplimiento del contrato; a la ausencia de normas que soporten las sanciones impuestas en dichos actos; al desequilibrio financiero del contrato; a la legalidad de la liquidación, etc.

Por mandato de las normas antes mencionadas, los hechos referidos no pueden proponerse como excepción dentro del proceso de ejecución, razón por la cual resulta jurídicamente viable y procedente la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, adecuándose la situación a lo previsto en el artículo 170-2 del C. de P. C., tal como establece la jurisprudencia del 21 de octubre de 1991, exp. 0124, Sección Quinta, H. Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

Con base en lo antes resumido, el recurrente solicitó la revocatoria del auto y en subsidio la concesión de la alzada.

Mediante providencia calendada el 14 de febrero de 1995 (fls. 116-119 cdo. ppl.), el despacho ejecutor confirmó la decisión recurrida y concedió el recurso de apelación.

Los fundamentos de la decisión confirmatoria se concretan en los siguientes aspectos:

Según dice el Consejo de Estado, en el ejecutivo fiscal la administración persigue el pago de una obligación consolidada y en el otro proceso, la nulidad del acto contentivo

de la obligación, lo que en su sentir, sirve para entender que existe "diferencia sustancial entre los procesos", diferencia que "impide suponer que el uno no puede adelantarse sin el resultado del otro" y ello constituye una cuestión que interesa a la situación de prejudicialidad planteada.

Por disposición del art. 64 del C.C.A., los actos administrativos que queden en firme son suficientes por si mismos para que la Administración pueda ejecutarlos de inmediato; por su parte, el artículo 66 *ibídem*, señala los casos en los que tales actos pierden su fuerza ejecutoria, hay que entender que por fuera de tales eventos nos es posible buscar motivos de suspensión de la "ejecución material de esos efectos", especialmente, porque la única suspensión del "carácter de ser ejecutados" la contempla el artículo 66-1 del C.C.A. y la denomina suspensión provisional, situación prevista en el inciso primero del art. 651 del C. de P.C., cuando declara que al proceso de ejecución fiscal le son aplicables las normas sobre el proceso ejecutivo que trae el Código de Procedimiento Civil *"si fuere el caso"* es decir, siempre que por la naturaleza de los asuntos le sean aplicables en forma idónea.

El art. 170 del C. de P. C. prevé que un proceso se suspende cuando la sentencia que deba dictarse en él dependa de dos cosas: a) de otro proceso civil y b) del resultado de un proceso contencioso administrativo de nulidad de un acto.

No se trata del caso a) porque no es civil el proceso que se quiere suspender ni el otro que existe, tampoco se trata del caso b) porque la única sentencia que pudiera dictarse en el proceso ejecutivo, que es la de seguir adelante con la ejecución , solo depende de la ejecutoriedad del título que ya está plenamente establecida o de la orden del Tribunal en el proceso contencioso, mediante una providencia de "suspensión provisional", que tampoco se ha expedido, por lo que la continuidad de la ejecución es procedente, independientemente de los resarcimientos que llegaren a producirse si después de la efectivización del título, la justicia llegare a declarar que era inidóneo.

Si, cada vez que un acto administrativo que se empieza a ejecutar es demandado ante la justicia administrativa y sin existir orden de suspensión provisional se suspende, *"solo por la eventualidad de que el resultado de dicho proceso ordinario pudiera ser el de declarar la inidoneidad de dicho acto la administración se paralizaría"* lo cual sería contrario a la regularidad y continuidad del servicio.

Dentro del término del traslado ordenado en auto del 9 de marzo de 1995 (fl 122 cdo. ppl.), el apelante presentó memorial ampliando los fundamentos de su recurso (fls. 124-125 cdo. ppl.).

CONSIDERACIONES

Competencia

Por disposición de los arts. 171 *in fine* y 351-6 del C. de P.C., la providencia recurrida es apelable en el efecto disolutivo y esta Sala es competente para conocer de él, por

mandato de los artículos 129-3 y 265 del C.C.A., en concordancia con el art. 1o. del acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

Prejudicialidad y pleito pendiente

Ante todo la Sala considera necesario precisar la diferencia que existe entre las figuras de la prejudicialidad y del pleito pendiente, tomando en consideración que una y otra son indistintamente mencionadas por el funcionario ejecutor, mientras que la parte recurrente expresa que no se invoca la segunda.

La prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge cuestión sustancial que deba ser decidida en causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquel, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido. Por su parte, pleito pendiente constituye una de las excepciones previas que aparecen relacionadas en el art. 97 del C. de P. C. (num. 10) y se configura cuando quiera que existan dos procesos con identidad de partes y de objeto.

Ahora bien, la decisión que se adopte en uno de los procesos, en tratándose de la prejudicialidad, tan sólo incide en la que deba tomarse en el segundo, mientras que en el pleito pendiente la que se produzca en uno, afecta directamente el otro proceso, en la medida que para éste constituye cosa juzgada.

Refiriéndose a la diferencia que existe entre las dos figuras mencionadas, el tratadista Hernando Devis Echandía expresa:

> *"La cuestión prejudicial existe aún cuando no se haya intentado el proceso donde deba ser decidida, al paso que el pleito pendiente exige que esté en curso otro proceso. Por otra parte, si bien cuando existe prejudicialidad y se está tramitando el proceso, puede alegarse tal circunstancia como pleito pendiente en excepción previa, no siempre que haya pleito pendiente existe prejudicialidad, porque el primero generalmente se refiere a que la misma cuestión litigiosa se está ventilando en otro proceso, y en cambio, la segunda radica en otra cuestión sustancial diferente a la planteada en el proceso donde se alega, pero conexa con ella y cuya solución previa es indispensable para adoptar una resolución en la sentencia.*
>
> *"Cuando en materia civil se permite alegar la cuestión prejudicial como excepción previa, para impedir el trámite del nuevo proceso, como ocurre en nuestro código..., se tiene prejudicialidad a la acción, y cuando solo suspende la sentencia existe la prejudicialidad a la sentencia* [1].

---

1 DEVIS ECHANDÍA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Teoría General del Proceso, página 479.

El caso concreto.

El art. 561 –inc. prim.– del C. de P. C. señala que en la ejecución para el cobro de deudas fiscales a favor de las entidades públicas se seguirá, según el caso y en cuanto no se oponga a lo dispuesto en el capítulo que regula dicha ejecución, el trámite señalado para el proceso ejecutivo de mayor, menor, o de mínima cuantía, razón por la cual, las normas aplicables a la suspensión de procesos como el presente son los arts. 170 y 171 *ibídem,* que no los arts. 64 y 66 del C.C.A., puesto que estos últimos tienen que ver con las consecuencias que se derivan de la firmeza de los actos administrativos, una vez cumplido el trámite que precede su expedición.

Los citados artículos 170 y 171 del C. de P.C. son del siguiente tenor:

"Suspensión del proceso. El Juez decretará la suspensión del proceso:

"1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponde dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión civil, a juicio del juez que conoce de éste.

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los códigos civil y de comercio y en cualquiera otra ley.

No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

3. Cuando las partes la piden de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda.

"Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquél será excluido de la acumulación, para continuar el trámite de los demás.

"También se suspenderá el trámite principal del proceso en los casos previstos en este código, sin necesidad del decreto del juez.

"ART. 171. Decreto de la suspensión y sus efectos. Corresponderá al juez que conoce del proceso, resolver sobre la procedencia de la suspensión.

"La suspensión a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo precedente, solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre es estado de dictar sentencia.

"La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir del hecho que la genera o de la ejecutoria del auto que la decrete, el cual es apelable en el efecto suspensivo. El que la niegue en el devolutivo" (resalta la Sala).

El art. 170 del C. de P.C., transcrito, señala los siguientes eventos en los que el proceso civil se suspende:

a) Por prejudicialidad penal (num. 1o.)

b) Por prejudicialidad civil o, de proceso civil a proceso civil (num. 2o.), en este caso, siempre y cuando, el asunto no sea de los que se puedan resolver en el primero de ellos.

En relación con este evento, el inciso segundo, numeral segundo de la norma precitada, consagra una salvedad, según la cual, en los procesos de ejecución no se puede decretar la suspensión cuando exista un proceso ordinario que verse sobre la validez del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción. Al respecto vale aclarar, que el proceso ordinario referido, corresponde al previsto en el Libro Tercero, Sección Primera, Título XXI, Capítulo I, artículos 396 y siguientes del C. de P.C., que no al consagrado en el Libro Cuarto, Título XXIV, arts. 206 y s.s. del C.C.A., puesto que en parte alguna la primera de las codificaciones referidas remite a la segunda de ellas.

La suspensión del litigio también opera por prejudicialidad administrativa (arts. 170-2 C. de P.C.) y ésta se presenta cuando existe un proceso contencioso administrativo en el que se controvierte la nulidad de un acto administrativo que, como en el *sub-júdice*, es de alcance particular y además, sirve de fundamento a la presente acción, sin que para el caso cuente, si además de la nulidad, en aquella causa se pide el restablecimiento del derecho.

Ahora bien, habiendo quedado establecido que las acciones ejecutivo coactivas admiten la figura de la suspensión del proceso por prejudicilialidad, corresponde ahora determinar si se cumplen las condiciones necesarias para su decreto.

Según dispone el art. 171 del C. de P. C., la suspensión del proceso por prejudicialidad administrativa se decretará cuando el que deba suspenderse (ejecutivo) se encuentre en estado de dictar sentencia y siempre y cuando se demuestre la existencia del proceso que la determina.

En el caso a estudio, el primero de tales requisitos se cumple puesto que, según registró la providencia dictada por ésta Sala el 10 de noviembre de 1994, no se propusieron oportunamente excepciones. (fls. 95-97 cdo. ppl.), razón por la cual, el funcionario ejecutor debe dar cumplimiento al artículo 507 –inc. seg.– del C. de P. C. en cuanto prevé que *"...el juez dictará sentencia que ordene el remate y el avalúo de los bienes*

embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado.

"La sentencia se notificará..." (Resalta la Sala).

En relación con el segundo requisito que dice relación con la prueba de la existencia del proceso que determina la suspensión, la Sala observa que, para librar mandamiento de pago (fls. 31-34 cdo. ppl.), el funcionario ejecutor invocó el art. 68-4 del C.C.A., según el cual, prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, entre otros los siguientes documentos: *"4). Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final de contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso".*

Conforme con el contenido del precepto transcrito, el *a-quo* integró el título ejecutivo con los contratos Nos. 058-90 y 058A-90 (fls. 1-6 y 11-15 anexo) y con las Resoluciones Nos. 0118 y 019 de 24 de febrero de 1992 (fls. 96-98 y 99-101 anexo), aprobatorias de la liquidación de los convenios requeridos, pero además mencionó los actos administrativos que resolvieron los recursos interpuestos contra aquellas, (Resoluciones Nos. 210, 211 y 212 del 24 de abril de 1992, fls. 106-112, 113-120 y 121-128 anexo).

A folios 92 y 93, obra certificación suscrita por el Secretario General del Tribunal Administrativo del Atlántico, en la que da cuenta que en esa Corporación se encuentra radicada la demanda No. 6660-C, contra los contratos Nos. 058-90 y 058A-90, suscritos entre Telecaribe Ltda., y Producciones Telemundo Ltda. El mismo documento relaciona varios actos administrativos impugnados, diferentes de las Resoluciones Nos. 0118 y 0119 del 24 de febrero de 1992, por medio de las cuales, se liquidaron los contratos mencionados y que junto con éstos integran el título ejecutivo, base de la presente ejecución.

En tales condiciones resulta forzoso concluir que, en el presente caso no es viable disponer la suspensión del presente ejecutivo, en razón de que el expediente no aparece prueba demostrativa de la existencia de proceso alguno, instaurado contra los actos administrativos que en el evento sub-análisis forman parte del título ejecutivo integrado.

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

RESUELVE:

Confirmar el auto dictado el 23 de enero de 1995, mediante el cual la Oficina Jurídica de Telecaribe–Ejecuciónes Fiscales– resolvió negar la suspensión del proceso, solicitada por el apoderado de la empresa Seguros Comerciales Bolívar S.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, devuélvase el expediente a la Oficina de origen y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

INEPTITUD DE LA DEMANDA-Inexistencia/**CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Se alega la ineptitud de la demanda con fundamento en que las disposiciones invocadas no son causales de nulidad del acto acusado. Para la Sala es claro que no hay lugar a la inhibición de la Corporación con fundamentos en los hechos planteados. En efecto, el Art. 137 del C.C.A. establece que la demanda contendrá, entre otras, la mención de las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación y ese requisito aparece cumplido en el libelo. Ahora bien, que dichas disposiciones o conceptos sean o no suficientes para declarar nulo el acto acusado son cuestiones de fondo, que tocan con la prosperidad de las pretensiones, no con los presupuestos de la demanda y, por lo mismo, constituyen aspectos ajenos a la admisión de la misma.

NORMA EXCEPTIVA/INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA/ANALOGÍA- Improcedencia/**RÉGIMEN DE INHABILIDADES/CONSTITUCIÓN POLÍTICA-** Interpretación

Sea lo primero precisar que las normas que establecen excepciones son, por su naturaleza, taxativas y, conforme a los principios generales, de interpretación restrictiva por lo que no admite la aplicación extensiva o por analogía. De manera general, frente al tema relativo a inhabilidades se observa que el Constituyente toma tres posiciones: O bien guarda silencio al respecto, o las establece de manera directa, o bien defiere a la ley esa tarea y, en este último caso lo hace en dos formas: de manera pura y simple o señalando al legislador determinadas pautas que debe respetar en la reglamentación correspondiente. El art. 299 de la Carta prevé, entre otras cosas, que el régimen de

inhabilidades de los diputados será fijado por la ley y no podrá ser menos estricto que el de los Congresistas pero, agrega, en lo que corresponda, con lo cual, aparte de lo señalado en la Constitución, el legislador debe hacer el señalamiento e interpretación del texto fuente; el condicionamiento Constitucional impide la aplicación directa del Art. 179 *ibídem*, que señala las inhabilidades para los congresistas. El régimen de que se habla en la norma, por lo demás, venía siendo regulado por la ley, por lo que cualquier interpretación debía ceñirse a los parámetros anotados y la legislación existente aplicable, en tanto no se expidiera una nueva y siempre que no pugnara con el ordenamiento Constitucional.

GOBERNADOR-Elección/**RÉGIMEN DE INHABILIDADES/INHABILIDADES DEL PRESIDENTE**-Aplicación

En lo que respecta a elección popular de gobernadores, debe precisar que la misma solo fue introducida en la Constitución que rige al país desde 1991, por lo que no había regulación legal de inhabilidades, con miras a dicho sistema de escogimiento; por ello en el art. 18 transitorio de la C.N. se señalaron causales de inhabilidad, concretamente, para la elección que debía realizarse en 1991. Ahora bien, en el caso del régimen de inhabilidades de los aspirantes a Gobernadores sucede que el Art. 303 de la Carta, defiere a la ley la fijación de, entre otras cosas, las inhabilidades y lo hace de manera pura y simple, porque no señala pautas. Pero debe precisarse que el art. 304 Constitucional, expresamente prevé que el régimen de inhabilidades no podrá ser menos estricto que el establecido por el Presidente de la República. Ahora bien, para hacer la correspondiente interpretación del art. 304 de la C.N. y teniendo en cuenta que la disposición es taxativa y no admite interpretación extensiva o por analogía, se observa, que la norma enseña que el régimen que se establezca no será menos estricto que el de Presidente de la República. Se observa, también que hay una disposición en la constitución, el Art. 197, que efectivamente establece inhabilidades para desempeñar el cargo de Presidente de la República y, por lo mismo, no hay manera de sustraer la concordancia entre las dos, aún conforme a las pautas señaladas por los principios propios de las disposiciones de excepción. En este orden de ideas, si en el art. 304 Constitucional se defiere a la ley el establecer, entre otros, el régimen de inhabilidades para ser Gobernador, pero advierte que el mismo no podrá ser menos estricto que el señalado para el Presidente de la República, sin ningún otro condicionamiento y, por su parte, el Art. 197 de la Carta, establece de manera expresa inhabilidades para ser Presidente de la República, debe concluirse que, por lo menos, mientras una ley no señale nuevas causales de inhabilidad para ser Gobernadores, que hagan el régimen más estricto que el señalado para el Presidente de República, según la opción Constitucional, lo son, entre otras, las previstas en el Art. 197 de la C.N. por la remisión directa que se establece entre las normas y que, en

concepto de la Sala, no necesita reglamentación para su aplicación. Así las cosas para la Sala resultan aplicable el art. 197 de la C.N. para efectos de considerar que regula causales de inhabilidad para ser elegido Gobernador y, por tal razón, debe analizarse el aspecto concreto.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Inhabilidad/**DIRECTOR DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO/ADMINISTRACIÓN CENTRAL**

Entiende la Sala que la disposición contenida en el art. 197 de la C.P. sigue el criterio de que los cargos de la rama ejecutiva que inhabilitan para el desempeño de la Presidencia de la República son los del sector central, no los del descentralizado; por ello aparece el director del departamento administrativo y no el de establecimiento público.

DRI-Creación/**ESTABLECIMIENTO PÚBLICO/ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA/INHABILIDAD ELECTORAL**-Inexistencia/**GOBERNADOR**-Elección

El fondo que, concretamente se denomina, según el decreto 2132 de 1992, Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, fue creado por la ley 47 de 1985 con el nombre de Fondo de Desarrollo Rural Integrado, y clasificado conforme a los primeros estatutos, aprobados por Decreto 77 de 1987 como establecimiento público de orden nacional, naturaleza con la cual ha venido funcionando hasta el día de hoy como se desprende de las disposiciones que lo han regulado y lo regulan en forma sucesiva, inclusive cuando fue cambiada su denominación, norma que invoca la parte actora. En tales condiciones es claro que el Fondo es un establecimiento público, es decir, una entidad del sector descentralizado, razón por la cual no aparece en el art. 197 de la C.N. y, por lo mismo, no está incluido dentro de los cargos que inhabilitan al aspirante a la Presidencia de la República. Como consecuencia de lo anterior está claro que el cargo no es de los que inhabilitan para desempeñar la Presidencia de la República y, conforme a las consideraciones anteriores, tampoco la Gobernación de un departamento.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Referencia: Expediente No. 1181. Actor: Carlos Arturo Mendoza López. Única Instancia.

El señor Carlos Arturo Mendoza López, obrando en propio nombre, en acción pública de nulidad de carácter electoral solicita se declare nulo el acto del 7 de noviembre de 1994 por el cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon elegido al señor Mauricio Pimienta Barrera como Gobernador del Cesar por el período 1995-1997 y se anulen los demás actos y actas de escrutinio que se impugnan en el libelo.

Relata como hechos, los que se sintetizan a continuación:

1.- El 30 de octubre de 1994, conforme a la ley 163 de ese año, se realizaron elecciones para escoger gobernadores.

2.- Como candidatos se presentaron los señores Pimiento y Genecco Cerchar.

3.- El señor Mauricio Pimiento estaba inhabilitado para desempeñarse como Gobernador porque hasta el 29 de abril de 1994 fue Director General, Gerente y Representante Legal del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural –DRI–, cargo público nacional donde su director y representante legal ejerce autoridad administrativa en toda la República, nombra y destituye empleados, celebra contratos con personas jurídicas, naturales, con los municipios y ordena el gasto público.

El Fondo en mención es organismo oficial de nivel nacional que opera en toda la República y que cumple funciones similares a otros, como Ministerios, departamentos administrativos, organismos descentralizados nacionales, por lo tanto que su director debió retirarse un año antes de las elecciones de 1994 para aspirar a una gobernación, pero solo lo hizo en abril de 1994.

Como disposiciones violadas señala: Constitución Nacional: Arts. 197 303 y 304; Decretos 01 de 1984; Arts. 227, 228, 223-5, (tal como fue subrogado por el Art. 17 de la ley 62 de 1988), 128-1 y 4, 135 a 148, 152 a 184, 223 a 251.

Cita de manera general las siguientes normas: Ley 47 de 1985; Decreto 77 de 1987; Decreto 2004 de 1987; Decreto 2513 de 1988; Decreto 107 de 1989; Decreto 501 de 1989; Decreto 2428 de 1989; Decreto 2132 de 1992; Decreto 2585 de 1993; Ley 101 de 1993 que, manifiesta, se refieren al Fondo Rural Integrado, su creación, desenvolvimiento y transformación en Fondo de Cofinanciación para Inversión Rural –DRI–.

El concepto de violación, en síntesis, es el siguiente:

El señor Mauricio Pimienta Barrera fue gerente de la entidad antes citada hasta el 29 de abril de 1994 cuando le fue aceptada la renuncia presentada el 27 de abril de 1994.

Es cierto que el Art. 303 de la C.N. defiere a la ley, entre otras, el establecimiento de inhabilidades de los gobernadores pero el art. 304, *ibídem*, prevé que el mismo no será menos estricto que el señalado para el Presidente de la República.

Ahora bien, el Art. 197 de la C.N., señala las inhabilidades para ser Presidente de la República por lo que no es difícil ni forzado concluir que mientras el órgano legislativo no expida la ley, los gobernadores que no pueden quedar sin inhabilidades porque es norma dentro del derecho electoral, que toda elección tiene inelegibilidades que son las inhabilidades o motivos que hacen no elegibles a determinadas personas.

Toda elección, sostiene, tiene inelegibilidades y por ello el Art. 304 de la C.N. agrega a lo que decía el 303, ibídem, que al delegar a la ley fijarlas, por ningún motivo pueden ser menos que las del Presidente o sea que pueden ser más pero no menos.

El caso es distinto al de los alcaldes pues en los Arts. 311 a 321 no hay algo similar al 304 por eso solo con la expedición de la ley 136 de 1994 puede volver más severas las previstas en la ley 78 de 1986, Art. 5o.

A continuación expone que el Art. 197 dice que no puede ser Presidente quien desempeñe el cargo de director de departamento administrativo, subraya, un año antes.

Considera que tal enumeración no puede ser taxativa.

El representante de una entidad descentralizada del orden nacional que, como señaló en un principio, tiene manejo de personal y de contratos, que no es una empresa de economía mixta sino totalmente oficial y del Estado, que funciona en todo el territorio nacional, tiene que asimilarse al cargo de director de departamento administrativo con poder político y financiero.

El Art. 208 de la C.N. equipara directores y gerentes de entidades descentralizadas del orden nacional (caso del Fondo de Cofinanciación Rural DRI) con directores de Departamentos Administrativos, cuando equipara con Directores de Departamentos Administrativos al Gerente del Banco de la República, Presidente, Directores o Gerentes de entidades descentralizadas, siempre que sean del orden nacional y a otros funcionarios que puedan ser citados por comisiones permanentes del Congreso para hacerse presente en las deliberaciones.

El Art. 211 de la C.N. equipara representantes legales de entidades descentralizadas con Directores de Departamentos Administrativos, con los superintendentes, cuando dice que la ley señalará las funciones que el Presidente pueda delegar en Ministros, Representantes Legales de entidades descentralizadas, Superintendentes, Gobernadores y agentes del Estado que la ley determine, por lo que la norma equipara a directores de entidades descentralizadas con directores de departamentos administrativos.

Si esos cargos, Director de departamento administrativo o gerente de entidad descentralizada nacional están en varios artículos de la Constitución Nacional equiparados, quien ha sido director de entidad o de departamento dentro del año anterior, no podrá ser Presidente de la República y, con mayor razón, Gobernador, como sucede en el caso del señor Pimiento, que manejó los dineros, los invirtió, celebró contratos con gobernantes y alcaldes y eso no podía significarle ventaja para salir elegido porque se viola el principio de igualdad del Art. 13 de la C.N.

Hace un recuento de la creación y desarrollo del actual Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural que así se denomina la entidad por el Decreto 2132 de 1992, porque antes era Fondo Rural Integrado (DRI).

El Fondo en mención fue creado por la ley 47 de 1985, desarrollado en el decreto 77 de 1987 por el que se expidió el estatuto de la descentralización en beneficio de los municipios, por el Decreto 2004 de 1987 en su Art. 23 se aprobaron los estatutos del Fondo

y por el Decreto 2513 de 1988 por el cual se aprobó la creación de la gerencia regional del Quindío.

Por decreto 107 de 1989, continúa, se reglamentaron comités del DRI en las distintas regiones del país y por decreto 501 de 1989 reestructuró el sector agropecuario que estaba deprimido y dictó normas sobre junta directiva del DRI.

El decreto 2428 del 24 de octubre de 1989 aprobó el acuerdo que adoptó la estructura orgánica del DRI y determinó funciones de sus dependencias.

El Decreto 2132 de 1994, señala, fusionó el Fondo Nacional Hospitalario y el Fondo del Ministerio de Educación Nacional para conformar el FIS, Fondo de Cofinanciación para Inversión Social, como ente nacional a más de reestructurar el DRI cambiándole la razón social tal como hoy funciona, como entidad descentralizada nacional con función de autoridad en toda la República.

El Decreto 2585 de 1993 aprueba los estatutos del DRI.

La Ley 101 de 1993, autoriza al DRI para cofinanciar programas de desarrollo. Los objetivos son cofinanciar ejecuciónes, programas y proyectos de inversión con dineros oficiales para todas las áreas rurales y especializadas en los asuntos señalados en la norma.

Es, dice, ese Fondo del DRI, la acción del Gobierno Nacional para llegar a prestar auxilios a los campesinos de sectores agrarios deprimidos.

No puede ser inferior en categoría y rango al departamento administrativo por lo que quien fuera su gerente dentro del último año no podía ser Presidente, pero tampoco Gobernador.

El elegido se hizo parte en el juicio para oponerse a las pretensiones de la demanda y en relación con los hechos considera ciertos el primero y el segundo. Rechaza el tercero porque, afirma, carece de veracidad.

Se opone a la pretensión de nulidad del acto declaratorio de elección porque se expidió conforme al ordenamiento jurídico vigente y a las demás, porque carecen de fundamento.

Como razones de la defensa señala las que se sintetizan así:

No hay interpretación que conduzca a declarar la nulidad.

El Art. 197 de a C.N. se refiere al Presidente y no al Gobernador.

En la Constitución Nacional no hay norma que señale la inhabilidad de los Gobernadores. Las normas mencionadas en la demanda son las que defieren la ley (303) y las que señalan que las inhabilidades no pueden ser menos estrictas que las del Presidente (304). Es decir, el mismo demandante señala que no hay ley que establezca inhabilidades para ser elegido Gobernador.

No cabe para el caso interpretación analógica porque sería desconocer el principio del derecho penal *nullum crimen sine lege* del Art. 29 de la C.N.

Ante la ausencia de ley sobre inhabilidades estas no pueden resumirse, ni aplicarse por analogía porque eso corresponde al legislador y el intérprete no puede invadir tales campos.

Plantea como excepciones la ineptitud substantiva de la demanda porque se invocan normas que nada tienen que ver con inhabilidades que afecten la elección de gobernador.

Ambas partes alegaron de conclusión en la siguiente forma:

La parte impugnada.

1.- En relación con la eficacia del voto manifiesta que tal premisa supone que si hay distintas interpretaciones de una ley, debe primar la que da validez al voto.

2.- No toda irregularidad genera nulidad y los principios señalan la taxatividad y residualidad de las normas; en este caso del régimen de inhabilidades en nuestro sistema jurídico.

Como son medidas taxativas deben ser de restrictísima interpretación.

3.- El elegido reúne calidades, afirma.

4.- El Fondo en mención no es un departamento administrativo según lo dice el Art. 2o. del Decreto 2585 de 1993.

Lo que dice el Art. 304 de la C.N. no significa que sea idéntico porque ya se vio como se previó en el Art. Transitorio 18 de la C.N.; que no se requiera ley significa que el juez sustituye al legislador.

En relación con los argumentos de la demanda considera que basar la inhabilidad en el 304 de la C.N. es un supuesto falso.

Es principio del derecho Constitucional y administrativo que las categorías jurídicas se definen para precisar su régimen Constitucional y legal.

Departamento Administrativo es una dependencia con categoría similar a Ministerio, estas dependencias tienen sobre el sector descentralizado control de tutela por lo que el Fondo de Financiación para Inversión Rural DRI, entidad descentralizada, como establecimiento público, está subordinada al Ministerio o al departamento administrativo.

El subordinado no tiene la misma categoría del subordinante por ello el DRI no tiene igual categoría que un Ministerio o un departamento administrativo y por ello su gerente nombrado por el Presidente y el Ministro no tendría la misma categoría que el ministro o el director del departamento administrativo que son nombrados solo por el Presidente.

Se remite a los Arts. 1, 3 y 5 del decreto 1050 de 1968 para deducir que los establecimientos públicos tienen estructura inferior a departamentos administrativos y no pueden asimilarse a estos. Esa orientación está recogida en los Arts. 115, 205., 207 y 208 de la C.N. cuando la Carta dice "los siguientes cargos" en el 197 no es extensivo.

Como conclusión señala que el señor Pimiento se separó del cargo seis meses antes, siguiendo lo previsto en el artículo transitorio que reguló lo ateniente a gobernadores y no está inmerso en la inhabilidad que no se puede crear por vía interpretativa, por similitud en jerarquía administrativa, entre jefe de departamento administrativo y director de establecimiento público.

La parte actora, al descorrer el traslado, sostiene que no hay tal analogía porque la Constitución lo que establece son dos normas complementarias.

1) Art. 303: es a la ley a la que corresponde fijar calidades, requisitos e inhabilidades y lo puede hacer libremente excluyendo o no calidades o antecedentes culturales para determinar la inelegibilidad o no de un aspirante al puesto de gobernador.

2) Pero la libertad no es absoluta, la limita el 304 de la C.N. cuando dice que el régimen no puede ser menos estricto que el del Presidente. La ley puede aumentar pero no restar causales a la norma.

La Constitución Nacional en el art. 197, prohíbe que sea elegido Presidente de la República quien ocupe uno de los cargos de aquellos que allí aparecen, lista que transcribe.

La transcripción, en su concepto, es justificada porque no puede soslayarse el sentido ético de la norma Constitucional.

El caso de los gobernadores es distinto del de los alcaldes porque para éstos no se señaló la posibilidad de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades fuera menos estricto.

La afirmación de la Constitución Nacional es perentoria; pecaría de evasivo el argumento, primero por su claridad y, segundo porque su cumplimiento no demanda instrumentación jurídica. El reglamento, concluye, no es necesario.

La analogía dice, es otra cosa, porque en este caso la norma se basta a sí misma.

El aspirante a gobernador no puede estar incurso en el Art. 197 citado y se quiebra el principio de igualdad si se trabaja en el gobierno.

La Ley 45 de 1985, nacimiento del DRI, y el decreto 2132 de 1992, que lo convierte en Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, en especial el Art. 11, es todo un programa electoral.

El señor Pimiento era su gerente, representante legal agente del Presidente por mandato del Art. 115 de la C.N.. es parte de la rama ejecutiva.

Conforme al Art. 17 del decreto 2585 de 1993 el gerente podría hacer de su cuota de poder un caudal de poder electoral.

Invoca la aplicación de las Sentencias de la Sección Quinta de mayo 31 de 1990, expediente 0366, Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez; de junio 7 de 1989, expediente 292 Consejero Ponente Dr. Amado Gutiérrez que reitera lo expuesto en los expedientes 895, 897, 899.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó despachar favorablemente las peticiones del accionante, mediante concepto de abril de 1995, argumentando lo siguiente (fls. 312-320):

– La norma constitucional resulta de aplicación inmediata y directa, aún careciendo de su respectivo desarrollo legislativo; de no ser así sería solo un programa que quedaría sin ejecución, tesis que tan solo le reconocería a la Constitución un carácter programático.

Así las cosas, por el hecho de no haberse expedido la norma legal que regule el régimen de gobernadores, no quiere decir que éstos carezcan del mismo, ya que el artículo 304 de la C.N. ha establecido una remisión legislativa al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Presidente de la República y, en ausencia de desarrollo legal, éste se aplica en forma directa.

– Por otra parte, no se está frente a una analogía, como tampoco el juez sustituye al legislador, por cuanto aplicando el art. 304, éste no crea la norma, teniendo en cuenta que la misma ya ha sido determinada en forma previa, por lo cual se limita a aplicarla.

– No resulta de recibo lo expuesto por el actor, quien considera que frente a la inhabilidad consagrada por el constituyente, la relación de cargos es enunciativa. Al contrario, los cargos señalados en la norma son taxativos y si bien es cierto que el señor Mauricio Pimiento Barrera se desempeñó como servidor público, lo hizo en un establecimiento público que no se halla incluido en la relación de que trata el art. 197 de la Carta, por lo cual no está inhabilitado. En caso de considerar lo contrario, el intérprete no se arrogaría la función de legislador, sino la de constituyente.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer de este negocio, de acuerdo a lo previsto en el Art. 128, num. 16 del C.C.A.

ASPECTO PREVIO

La Sala debe precisar que, conforme a la derogatoria que del Art. 163 del C.C.A. hizo el Art. 68 del decreto 2304 de 1989, las excepciones previas desaparecieron como

tales del procedimiento previsto en el C.C.A. por lo que no hay lugar a pronunciamiento especial; se estudiaran como motivos de impugnación y a ello se procede.

Se alega la ineptitud de la demanda con fundamento en que las disposiciones invocadas no son causales de nulidad del acto acusado.

Para la Sala es claro que no hay lugar a la inhibición de la Corporación con fundamento en los hechos planteados. En efecto, el Art. 137 del C.C.A. establece que la demanda contendrá, entre otras, la mención de las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación y ese requisito aparece cumplido en el libelo. Ahora bien, que dichas disposiciones o concepto sean o no suficientes para declarar nulo el acto acusado con cuestiones de fondo, que tocan con la prosperidad de las pretensiones, no con los presupuestos de la demanda y, por lo mismo, constituyen aspectos ajenos a la admisión de la misma.

En este orden de ideas se concluye que la demanda está ajustada a derecho y, por lo mismo procede el estudio del fondo del asunto.

EL FONDO DEL NEGOCIO

Considera el actor que el Gobernador elegido, Dr. Mauricio Pimiento Barrera, está incurso en las causales de inhabilidad de que tratan los artículos 303 y 304 de la C.N., en concordancia con el Art. 197 *ibídem.*

Las disposiciones que se invocan, son el siguiente tenor:

"Artículo 303.-....

"La Ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y forma de llenarlas, y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos".

"Artículo 304.- El Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los gobernadores.

Su régimen de inhabilidades e incompatibilidades no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República".

Las anteriores disposiciones son, en concepto de la parte actora, concordantes con el Art. 197 de la C.N. A su turno, el Art. 197 de la C.N., dice:

"Artículo 197. ....

"Tampoco podrá ser elegido presidente de la república quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagrada en los nums. 1, 4 y 7 del Art. 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

> Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o de la Corte Constitucional, Consejero de Estado o miembro del Consejo Nacional Electoral, o del Consejo Superior de la Judicatura, ministros (sic) del despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Director de Departamento Administrativo, Gobernador de Departamento o Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá".

Sea lo primero precisar que las normas que establecen excepciones son, por su naturaleza, taxativas y, conforme a los principios generales, de interpretación restrictiva por lo que no admite la aplicación extensiva o por analogía.

Procede la Sala a analizar las anteriores normas, en lo que respecta al tema en estudio, para hacer la interpretación correspondiente, conforme a los parámetros anotados:

De manera general, frente al tema relativo a inhabilidades se observa que el Constituyente toma tres posiciones: O bien guarda silencio al respecto, o las establece de manera directa, o bien defiere a la ley esa tarea y, en este último caso, lo hace en dos formas: de manera pura y simple o señalando al legislador determinadas pautas que debe respetar en la reglamentación correspondiente.

En este último caso están el Art. 299 de la C.N. que invoca la parte impugnante y los Arts. 303 y 304 *ibídem,* que invoca la parte actora:

El Art. 299 de la Carta prevé, entre otras cosas, que el régimen de inhabilidades de los Diputados será fijado por la ley y no podrá ser menos estricto que el de los Congresistas pero, agrega, en lo que corresponda, con lo cual, aparte de lo señalado en la Constitución, el legislador debe hacer el señalamiento e interpretación del texto fuente; el condicionamiento constitucional impide la aplicación directa del Art. 179 *ibídem,* que señala las inhabilidades para los congresistas.

Solo el legislador puede establecer en qué consiste la expresión "en lo que corresponda" que parece en el texto Constitucional.

El régimen de que se habla en la norma, por lo demás, venía siendo regulado por la ley, por lo que cualquier interpretación debía ceñirse a los parámetros anotados y la legislación existente aplicable, en tanto no se expidiera una nueva y siempre que no pugnara con el ordenamiento constitucional.

En lo que respecta a elección popular de gobernadores, debe precisarse que la misma solo fue introducida en la Constitución que rige al país desde 1991, por lo que no había regulación legal de inhabilidades, con miras a dicho sistema de escogimiento; por ello en el art. 18 transitorio de la C.N. se señalaron causales de inhabilidad, concretamente, para la elección que debía realizarse en 1991.

Ahora bien, en el caso del régimen de inhabilidades de los aspirantes a Gobernadores sucede que el Art. 303 de la Carta, defiere a la ley la fijación de, entre otras cosas, las inhabilidades y lo hace de manera pura y simple, porque no señala pautas.

Pero debe precisarse que el Art. 304 Constitucional, expresamente prevé que el régimen de inhabilidades no podrá ser menos estricto que el establecido para el Presidente de la República.

Nótese que aunque los artículos 299 y 304 de la C.N. tienen un texto muy parecido en el sentido de deferir la ley el establecer un régimen de inhabilidad, se apartan en cuanto el segundo no contiene la limitación del Art. 299 citado.

Ahora bien, para hacer la correspondiente interpretación del art. 304 de la C.N. y teniendo en cuenta que la disposición es taxativa y no admite interpretación extensiva o por analogía, se observa, que la norma enseña que el régimen que se establezca no será menos estricto que el de Presidente de la República. Se observa, también, que hay una disposición en la constitución, el Art. 197, que efectivamente establece inhabilidades para desempeñar el cargo de Presidente de la República y, por lo mismo, no hay manera de sustraer la concordancia entre las dos, aún conforme a las pautas señaladas por los principios propios de las disposiciones de excepción.

En este orden de ideas, si en el Art. 304 Constitucional se defiere a la ley el establecer, entre otros, el régimen de inhabilidades para ser Gobernador, pero advierte que el mismo no podrá ser menos estricto que el señalado para el Presidente de la República, sin ningún otro condicionamiento y, por su parte, el Art. 197 de la Carta, establece de manera expresa inhabilidades para ser Presidente de la República, debe concluirse que, por lo menos, mientras una ley no señale nuevas causales de inhabilidad para ser Gobernadores, que hagan el régimen más estricto que el señalado para el Presidente de República, según la opción Constitucional, lo son, entre otras, las previstas en el Art. 197 de la C.N. por la remisión directa que se establece entre las normas y que, en concepto de la Sala, no necesita reglamentación para su aplicación.

Se trata, conforme a lo anterior, de un asunto de aplicación directa de la Constitución y no de aplicación de una disposición por analogía porque esta se excluye de la interpretación, conforme a los principios generales ya mencionados.

Así las cosas para la Sala resulta aplicable el art. 197 de la C.N. para efectos de considerar que regula causales de inhabilidad para ser elegido Gobernador y, por tal razón, debe analizarse el aspecto concreto.

Aclarado lo anterior se procede a analizar el Art. 197 de la C.N. en el cual se considera incurso a quien resultó elegido como Gobernador y conforme se hizo con las disposiciones analizadas, lo primero que se debe verificar es la naturaleza de la norma.

Es claro que la disposición establece excepciones a la regla general constituida por el derecho fundamental de ser elegido.

En consecuencia siguiendo los principios generales ya anotados, la interpretación es restrictiva por lo que no debe hacerse aplicación extensiva o por analogía.

De la transcripción de la disposición hecha al comienzo de estas consideraciones se deduce, de manera general, que entre los cargos que generan inhabilidad, no aparece el desempeñado por el candidato elegido como gobernador.

Entiende la Sala que la disposición sigue el criterio de que los cargos de la rama ejecutiva que inhabilitan para el desempeño de la Presidencia de la República son los del sector central, no los del descentralizado; por ello aparece el director del departamento administrativo y no el de establecimiento público.

Ya desde este punto de vista es claro que del texto mismo de la norma del cual no puede apartarse el intérprete, no se deduce la inhabilidad alegada.

Ahora bien, se argumenta que la inhabilidad proviene de la asimilación entre los cargos de director de establecimiento público con el de director o jefe departamento administrativo y se señalan como normas que así lo prevén el 208 y el 211 de la C.N.

Al respecto debe precisarse que el Art. 197 en estudio, que establece las inhabilidades no hace ninguna clase de asimilación de cargos por lo que tal afirmación no es de recibo.

Pero la Sala encuentra, además, que en ninguna de estas disposiciones existe asimilación para los efectos de la inhabilidad, como pasa a explicarse.

En la primera (Art. 208) se establece la posibilidad de que las Cámaras requieran la asistencia de determinados funcionarios, (Ministros) y las Comisiones de otros (Ministros, Viceministros, directores de departamentos administrativos, el gerente del Banco de la República, presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público), sin que por ello se establezca asimilación de cargos, porque, entre otras cosas, se llegaría a asimilar todos los cargos con el de "otros funcionarios de la rama ejecutiva" a los que se refiere la norma lo que desvirtúa el sentido del Art. 197.

En cuanto al Art. 211 de la C.N. citado, se observa que el mismo establece que la ley señalará las funciones que el Presidente puede delegar en los Ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores y agencias del Estado que la ley determine. Tal circunstancia no significa que se equiparen los cargos para efectos de inhabilidad alguna.

La asimilación, si alguna pudiera saber es solo para ser requerida la presencia de determinados funcionarios en la Cámara y en sus Comisiones y para recibir delegación de funciones presidenciales. No hay más consecuencias en las normas que se invocan y, menos para efectos de ser cobijados por la inhabilidad que se predica que por este aspecto no se configura.

La Sala observa que la Constitución no señala el cargo en cuestión, director del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, entre los que inhabilitan para desempeñar al cargo de Presidente de la República y, según las consideraciones iniciales el de Gobernador.

El Fondo que, concretamente se denomina, según el Decreto 2132 de 1992, Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, fue creado por la ley 47 de 1985 con el nombre de Fondo de Desarrollo Rural Integrado, y clasificado conforme a los primeros estatutos, aprobados por Decreto 77 de 1987 como establecimiento público de orden nacional, naturaleza con la cual ha venido funcionando hasta el día de hoy como se desprende de las disposiciones que lo han regulado y lo regulan en forma sucesiva, inclusive cuando fue cambiada su denominación, normas que invoca la parte actora.

En tales condiciones es claro que el Fondo es un establecimiento público, es decir, una entidad del sector descentralizado, razón por la cual no aparece en el art. 197 de la C.N. y, por lo mismo, no está incluido entre los cargos que inhabilitan al aspirante a la Presidencia de la República.

Como consecuencia de lo anterior está claro que el cargo no es de los que inhabilitan para desempeñar la Presidencia de la República y, conforme a las consideraciones anteriores, tampoco la Gobernación de un departamento.

Debe precisarse, por último, que las providencias cuya aplicación se invoca por la parte actora, contrario a lo sostenido por ella, no son aplicables en el presente caso.

En efecto, en ambas se analiza el concepto de ejercicio de la autoridad civil como causal de inhabilidad para ser elegido Alcalde municipal asuntos, ambos, ajenos al presente proceso en el que se discute la legalidad de la declaratoria de elección de un gobernador y por razón de las causales previstas en el Art. 197 de la C.N. que no contemplan la mencionada en las providencias citadas.

En tales condiciones, las súplicas de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DENIÉGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

Háganse las comunicaciones de ley.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente de Sala.

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PRINCIPIO DE NULIDAD DE MATERIA/ELECCIÓN POPULAR DE ALCALDES/CONSULTA POPULAR/ACCIÓN ELECTORAL/CADUCIDAD

Al respecto es necesario precisar que, el principio en cuestión debe entenderse como la falta de coherencia existente entre un segmento, o aparte y la materia o asunto específico que una ley regula. En la interpretación y aplicación del aludido principio, debe tenerse en cuenta que su objeto es mantener la unidad legislativa, pero también que en la acepción "materia" se entienden incorporados los diferentes aspectos de obligatoria referencia que contienen las leyes y que en todo caso deben mantener conexidad derivada, v.gr., de tema, de causa, de principio, de sistema etc. Aplicando el dicho antes al *sub-júdice* se tiene que, si bien es cierto el acto Legislativo No. 1 de 1986 estableció la elección popular de alcaldes no fue éste su único objeto, puesto que él no sólo reformó varios preceptos de la Constitución Política entonces vigentes, si no que además creó la novedosa consulta popular; más aún, su artículo 1o. menciona tanto funcionarios como miembros de Corporaciones Públicas que se eligen mediante el voto directo. La ley 14 de 1988, "por la cual se integra la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en forma permanente integrada por cuatro Consejeros, se establecen las competencias para los juicios electorales contra la elección de alcaldes y se dictan otras disposiciones, modificó mediante su artículo 7o. el artículo 28 de la Ley 78 de 1986 precisando que la acción electoral caduca en 20 días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección, o se haya expedido el nombramiento, cuya nulidad se trata.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente No. 1317. Actor: Jaime Bedoya Benavides.

Procedente del Tribunal Administrativo del Tolima, ha llegado el proceso de la referencia a fin de que se resuelva el recurso de apelación interpuesto, por la parte actora, contra el auto dictado por esa Corporación el 31 de marzo de 1995, mediante el cual se rechazó la demanda instaurada por el ciudadano Jaime Bedoya Benavides, contra la elección de la señora Luz Stella Varón, como Secretaria del Concejo Municipal de Chaparral.

Los fundamentos de la decisión apelada se pueden resumir así:

De conformidad con el artículo 7o. de la Ley 14 de 1988, la elección electoral caduca en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en que haga la elección, o nombramiento, cuya nulidad se demanda.

La elección impugnada fue realizada por el Concejo Municipal y siendo una corporación administrativa, debe entenderse que el hecho se cumplió en audiencia pública (sesión del Cabildo) y su notificación se surtió en estrados el mismo día (art. 325 C.P.C.), luego, si la elección demandada se produjo el 17 de febrero de 1995, el término para instaurar la acción vencía el 17 del mes siguiente a las 6 p.m., sin embargo, la demanda fue presentada el día 21 de los mismos mes y año, cuando la acción ya estaba caducada.

Los motivos de desacuerdo con la providencia recurrida, los concreta el apelante en los siguientes puntos:

1.- Tal como demuestran los documentos aportados con la demanda, la elección impugnada se llevó a efecto el 17 de febrero del año en curso, pero como solo hasta el 21 de los mismos mes y año se comunicó a la elegida, los 20 días –para intentar la acción– comenzaron a correr a partir del 22 de febrero, extendiéndose hasta el 22 de marzo de 1995 y si la demanda fue presentada un día antes (21 de marzo) de expirado el plazo señalado, la acción aún no caducaba.

2.- En sentir del apelante, conforme a la legislación actualmente vigente la caducidad de la acción electoral quedó reservada solamente para la elección de alcaldes.

Afirma el escrito de alzada que, el artículo 136 del Decreto-Ley 01 de 1984 tenía un inciso final que decía: "La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento"; vino la Ley 78 de 1986, por medio de la cual se desarrolló el Acto Legislativo No. 1 del mismo año sobre elección popular de alcaldes y en su artículo 28 dispuso: "El término para demandar la elección de alcaldes y miembros

de corporaciones públicas es de 20 días, contados a partir de la fecha en la cual la respectiva Corporación electoral hubiere hecho la declaratoria de elección"; aquí, en forma inconstitucional se incluye la elección de corporaciones públicas, cuando la materia de la ley, como expresa claramente el título es "Por la cual se desarrolla parcialmente el acto legislativo No. 1 de 1986, sobre elección popular de alcaldes y se dictan otras disposiciones", en relación con estas últimas sostiene que solo podían referirse a la misma materia –elección de alcaldes– sin poder involucrar las corporaciones públicas (arts. 77 C.N. 1886 y 158 C.N. 1991).

De lo anterior concluye que, la Ley 78 de 1886 no podía tratar más que el tema de la elección popular de alcaldes, razón por la cual, la frase corporaciones públicas resulta ajena a la materia y por consiguiente debe desecharse por inconstitucional.

Vino luego la Ley 14 de 1988 "Por la cual se integra la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en forma permanente integrada por cuatro consejeros, se establecen las competencias para los juicios electorales contra la elección de alcaldes y se dictan otras disposiciones"; al avocar el tema electoral –dice el apelante– esta ley habla de juicios electorales contra la elección de alcaldes, con lo cual anticipa, en su artículo 7o., que al modificar el artículo 28 de la Ley 78 de 1986 se está refiriendo exclusivamente a esa elección y no a las de corporaciones y otros funcionarios.

El artículo 7o. de la ley 14 de 1988 debe dividirse en dos partes: la primera que modifica el artículo 28 de la Ley 78 de 1986 y se refiere exclusivamente a la elección de alcaldes –materia de esa ley– y la segunda se refiere a la designación o nombramiento (no elección), de funcionarios que deben ser confirmados por otras autoridades, caso en el cual, el término de caducidad se cuenta a partir de la fecha en que se hace la confirmación. Esta última parte aclara el inciso final del artículo 136 del C.C.A.

El inciso mencionado también fue modificado en el sentido de que el término no se cuenta "a partir del día siguiente a aquel en que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o nombramiento", sino a partir del día siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata".

3.- El inciso final del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 decía: La acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expida el nombramiento"; este inciso fue derogado, por el artículo 23 del Decreto Ley 2304 de 1989, dictado por el Gobierno en uso de la facultad extraordinaria que le confirió la Ley 30 de 1987. Fue voluntad del Gobierno, mediante el Decreto Extraordinario con fuerza de ley y, del propio Congreso, porque no lo ha derogado ni modificado, que desapareciera la caducidad de la acción electoral; que ésta se concretara exclusivamente a la elección de alcaldes.

CONSIDERACIONES

1.- Aun cuando en la providencia apelada el *a-quo* invocó el artículo 143 del C.C.A., señalando que ésta norma dispone no admitir "demandas" que se encuentren caducadas,

la parte resolutiva de la misma rechazó, por caducidad de la acción, la que en el *sub-júdice* presentó el señor Jaime Bedoya Benavides, razón por la cual, la Sala resolverá de plano la alzada, aplicando lo que para el efecto establece el artículo 232 del C.C.A. y como el recurso fue presentado dentro del término señalado en el mismo precepto, procede entonces analizar los motivos de desacuerdo que con dicho proveído expone el actor.

2.- En su apelación, el recurrente invoca el acto Legislativo No. 1 de 1986 y las leyes 78 del mismo año y 14 de 1988, cuya interpretación restringe la elección popular de alcaldes y sobre este límite estructura una tesis que lo conduce a afirmar que la caducidad de la acción electoral "quedó circunscrita" a la elección popular de esos funcionarios.

El actor considera que las Leyes 78 de 1986 y 14 de 1988 quebrantan el llamado principio de unidad de materia (arts. 77 C.N. 1886 y 158 C.N. 1991), en cuanto tratan temas relacionados con elecciones populares diferentes a las de alcaldes.

Al respecto es necesario precisar que, el principio en cuestión debe entenderse como la falta de coherencia existente entre un segmento, o aparte y la materia o asunto específico que una ley regula.

En la interpretación y aplicación del aludido principio, debe tenerse en cuenta que su objeto es mantener la unidad legislativa, pero también que en la acepción "materia" se entienden incorporados los diferentes aspectos de obligatoria referencia que contienen las leyes y que en todo caso deben mantener conexidad derivada, v.gr., de tema, de causa, de principio, de sistema, etc.

Aplicando lo dicho antes al *sub-júdice* se tiene que, si bien es cierto el Acto Legislativo No. 1 de 1986 estableció la elección popular de alcaldes no fue este su único objeto, puesto que en él no solo reformó varios preceptos (arts. 171, 200, 201, etc) de la Constitución Política entonces vigente, sino que además creó la novedosa consulta popular (art. 6o.); más aun, su artículo 1o. menciona tanto funcionarios como miembros de Corporaciones Públicas que se eligen mediante el voto directo.

En este orden de ideas resulta que, si la Ley 78 de 1986 desarrolló parcialmente el Acto Legislativo No. 1/86 "sobre elección popular de alcaldes", también dictó disposiciones comunes a los funcionarios señalados en el artículo 1o. del acto reformatorio de la Constitución de 1886, como la relativa al término de caducidad para demandar elecciones de alcaldes y de miembros de corporaciones públicas (art. 28), cuyo proceso en ambos casos, está sujeto a las reglas especiales contenidas en el Libro IV, Título XXVI del C.C.A. (arts. 223 y ss).

La Ley 14 de 1988, "Por la cual se integra la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en forma permanente integrada por cuatro Consejeros, se establecen las competencias para los juicios electorales contra la elección de alcaldes y se dictan otras disposiciones", modificó mediante su artículo 7o. el artículo 28 de la Ley 78 de 1986 precisando que la acción electoral (aplicable cuando se impugnan elecciones y nombramientos) caduca en 20 días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección, o se haya expedido el nombramiento, cuya nulidad se trata.

La Sala no encuentra incoherente que la ley 14 de 1988 regule diferentes aspectos electorales como son, la integración del juez colegiado competente para conocer de conflictos suscitados por actos de elección o de nombramiento (art. 3); la designación de los representantes del Ministerio Público (art. 5o.); la determinación del plazo máximo para intentar la acción electoral (art. 7o.) etc, puesto que todos estos aspectos guardan unidad de contenido dado que tratan un mismo tema, el electoral.

En consonancia con lo expuesto, se concluye que la norma vigente reguladora de la caducidad de la acción en materia electoral es el artículo 7o. de la ley 14 de 1988, que en lo pertinente expresa:

> "... La acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata.
>
> Parágrafo....."

Luego, entonces, asistió la razón al *a-quo* cuando señaló que si la elección impugnada se produjo el 17 de febrero de 1995 y la notificación se surtió, en estrados, en la misma fecha (art. 325 C.P.C.), los veinte días para instaurar la acción vencieron el 17 de marzo siguiente, en consecuencia, para el día 21 de los mismos mes y año, fecha en que se presentó la demanda, la acción había caducado.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto dictado, por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 31 de marzo de 1995, mediante el cual se rechazó, por caducidad de la acción, la demanda instaurada por el ciudadano Jaime Bedoya Benavides.

Devuélvase al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

M.A.S.A.-Naturaleza Jurídica/**CONTRALOR MUNICIPAL**-Inhabilidad

La Sala no encuentra elementos de convicción que le permitan definir con toda certeza la naturaleza jurídica de M.A.S.A., pues no se conoce el acto de creación de dicha organización de municipios ni sus estatutos, pues como se ve de las certificaciones aludidas puede tratarse de una Asociación o de un Establecimiento público. Ello impide acoger, por ahora, lo expresado en esas certificaciones en cuanto a la condición de empleado público del Director Ejecutivo de la entidad. Finalmente conviene advertir, como argumento de la mayor entidad, que la Constitución Política determinó algunas calidades "...para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal..." defiriendo a la ley la fijación de otras en cuanto expresó, en el mismo inciso del Art. 272, "...y las demás calidades que establezca la ley...". En cambio, en materia de causales de inhabilidad no aparece delegación similar, sino que el inciso 7o. del Art. 272 de la C.P. las prescribe de modo específico. - Es, pues, lo que se denomina una norma cerrada, que no podría admitir su complementación o ampliación del ámbito de aplicación de sus previsiones por el legislador. - Por este aspecto, además de la condición de empleado oficial del Director Ejecutivo de M.A.S.A., habría que establecer si como tal es empleado municipal, pues que siéndolo distrital o departamental no generaría la inhabilidad del inciso 7, art. 272 de la C.P., si es que esta previsión guarda concordancia con el inciso 8o. de la misma norma constitucional.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contecioso Administrativo. - Sección Quinta. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ.

Referencia: Expediente No. 1316. Actor: Gloria Mary Vélez Agudelo.

De plano, conforme lo prevé el inciso último del Art. 155 del C.C.A., procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la actora de la referencia contra el auto de fecha marzo veintiocho (28) del cursante año, proferido por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia, pero solo en cuanto al admitir demanda de nulidad contra el acto declaratorio de la elección del Dr. Jhon Jairo Escobar Henao como contralor del municipio de Envigado denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

ANTECEDENTES

I.- De la solicitud de suspensión provisional.

Aduce la actora, en capítulo de la misma demanda, que el acto de elección del contralor de Envigado, efectuado por el concejo de ese municipio en sesión del 5 de enero del año en curso, viola de modo manifiesto la previsión del Art. 163, literal c) de la Ley 136 de 1994, modificado por el Art. 9, literal c) de la ley 177 del mismo año que remite a las causales de inhabilidad para ser elegido o designado alcalde estatuídas en el Art. 95 de la precitada Ley 136 de 1994, entre las cuales la No. 4o. prescribe la de haberse "...desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección..."

Agrega que el elegido, Dr. Jhon Jairo Escobar Henao, se desempeñó como Director Ejecutivo de "Masa", Municipios Asociados del Valle del Aburra hasta el 31 de diciembre de 1994, condición de empleado oficial que lo hacía inelegible contralor municipal el 5 de enero siguiente conforme a la causal de inhabilidad transcrita.

II.- El *a-quo* denegó la medida precautelar solicitada tomando en cuenta no la norma invocada por la actora sino la de incompatibilidad para los contralores, prescritas en el Art. 164 de la Ley 136 de 1994, respecto de la cual argumenta que

> *"... como es bien conocido "Masa" es un establecimiento público diferente del Municipio de Envigado, razón por la cual no se da la violación alegada frente al artículo 164 del Decreto (sic) 136 de 1994..."*

Y agrega

> *"De otro lado, la naturaleza jurídica del cargo anteriormente desempeñado y su incidencia en el cargo de Contralor del Municipio de Envigado por el Doctor JHON JAIRO ESCOBAR HENAO, será asunto que analizará y dilucidará el Tribunal al momento del fallo..." (fol. 31).*

III.- La recurrente funda su inconformidad en los yerros en que incurrió el *a-quo*, no solo respecto de la norma invocada para sustentar la solicitud sino en cuanto habla del Decreto 136 de 1994 y en la transcripción del segundo apellido del elegido contralor,

amén de destacar la diferente naturaleza de las cuasales de inhabilidad y las incompatibilidades.

CONSIDERACIONES:

Para la Sala es ostensible el error en que incurrió el *a-quo* en cuanto a la disposición legal invocada para solicitar la suspensión provisional del acto acusado, concerniente a inhabilidades y no a incompatibilidades de los contralores municipales y distritales. Más precisamente, la configurada por haberse desempeñado el elegido contralor "...como empleado o trabajador oficial..." (numeral 4o. art. 95 de la Ley 136 de 1994.

No obstante, tampoco con relación a la citada disposición es dable acoger la solicitud por los siguientes custionamientos, cuya dilucidación implicaría el aporte de otros documentos públicos y el análisis de aspectos concernientes a las normas aplicables, cuestiones ambas ajenas a la que se resuelve, que solo es dable decretar cuando la infracción de la norma de superior jerarquía es manifiesta, detectable, como dicen la doctrina y la jurisprudencia, *prima facie.*

a) En efecto, obran en autos sendas certificaciones de la controladora y de la secretaria de "Municipios Asociados del Valle del Aburrá" "M.A.S.A", dando cuenta la primera que el Dr. Jhon Jairo Escobar Henao desempeñó el cargo de Director Ejecutivo de ese Establecimiento Público hasta el 30 de diciembre de 1994. De la citada "...entidad en calidad de empleado público...", dice la Secretaria. Pero la Sala no encuentra elementos de convicción que le permitan definir con toda certeza la naturaleza jurídica de M.A.S.A., pues no se conoce el acto de creación de dicha organización de municipios ni sus estatutos, pues como se ve de las certificaciones aludidas puede tratarse de una Asociación o de un Establecimiento público. Ello impide acoger, por ahora, lo expresado en esas certificaciones en cuanto a la condición de empleado público del Director Ejecutivo de la entidad.

b) La disposición que se aduce infringida en el numeral 4o. del Art. 95 de la Ley 136 de 1994, concerniente a inhabilidades para ser designado o elegido alcalde, a la cual se remite el literal c) del Art. 163 de la misma codificación modificado por el Art. 9o. de la Ley 177 de 1994, que respecto de lo que se analiza prescribe estar "... incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley (la 136 de 1994), en lo que sea aplicable...".- Por este aspecto, entonces, será necesario cuidadoso análisis para ver de determinar si la previsión del numeral 4o. del Art. 95 precitado es norma aplicable al caso de la elección de controladores municipales, lo cual solo es dable dilucidar en sentencia de mérito.

c) Finalmente conviene advertir, como argumento de la mayor entidad, que la Constitución Política determinó algunas calidades "...para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal..." defiriendo a la ley la fijación de otras en cuanto expresó, en el mismo inciso del Art. 272, "...y las demás calidades que establezca la ley...".

En cambio, en materia de causales de inhabilidad no aparece delegación similar, sino que el inciso 7o. del Art. 272 de la C. P. las prescribe de modo específico. Es, pues, lo que se denomina una norma cerrada, que podría no admitir su complementación o ampliación del ámbito de aplicación de sus previsiones por el legislador. Por este aspecto, además de la condición de empleado oficial del Director Ejecutivo de M.A.S.A., habría que establecer si como tal es empleado municipal, pues que siéndolo distrital o departamental no generaría la inhabilidad del inciso 7, art. 272 de la C. P., si es que esta previsión guarda concordancia con el inciso 8o. de la misma norma constitucional.

Las anteriores consideraciones llevan a confirmar el auto apelado, pero por lo motivos aquí consignados.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto del H. Tribunal Administrativo de Antioquia, fechado a marzo 28 del cursante año, pero solo en cuanto denegó la suspensión del acto declaratorio de la elección del Dr. Jhon Jairo Escobar Henao como contralor del municipio de Envigado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriado este proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión del veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PROCESO ELECTORAL/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA-Improcedencia/**NULIDAD**-Inexistencia/**PREJUDICIALIDAD**-Inexistencia/**PREJUDICIALIDAD**-Oportunidad

Las nulidades propuestas, según los planteamientos del demandante, se generaron dentro del curso del proceso, pero no fueron presentadas a consideración de esta Sección Quinta sino cuando se profirió la sentencia del 12 de mayo del año en curso, esto es, cuando ya habían precluido las oportunidades procesales para formularlas. Respecto de la prejudicialidad invocada por el memoralista, porque existen denuncias penales contra los Magistrados de la Sección Quinta ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes es notoriamente improcedente por cuanto tal figura jurídica está constituida como causal de suspensión del proceso cuando quiera que existe otro de carácter administrativo, penal, civil o aún laboral en el cual deba adoptarse una decisión que incida en forma directa y definitiva sobre la sentencia que vaya a adoptarse, lo cual no es el caso en el *sub-lite*. De otra parte, conforme lo dispone el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil, la prejudicilidad debe alegarse cuando el proceso se encuentre en estado de dictar sentencia y, en el presente caso ya se profirió la decisión definitiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente Nos. 1151, 1154, 1155 y 1157. Actor: Guillermo Alemán.

Procede la Sala a resolver sobre la petición formulada por el señor Guillermo Alemán en memorial visible a los folios 216 a 220, expediente No. 1151 quien manifiesta que, "...conforme a lo ordenado por el Código Contencioso Administrativo referente a que CONTRA las providencias de una Sala Procede el Recurso de Súplica, RECURSO EN SÚPLICA y pido que se revoque la Providencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado DENTRO del proceso 1151 por medio de la cual deniega la NULIDAD pedida, y que en su defecto se conceda la NULIDAD del Acto Administrativo por medio del cual se declaró la elección del señor Presidente ERNESTO SAMPER PIZANO y el Dr. HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA..." (Fl. 216 expediente No. 1151).

Aduce que no se tuvieron en cuenta las causales que invocó, ni los impedimentos solicitados y que se violó la Constitución. Ratifica los cargos que formuló en su libelo demandatorio.

Afirma que si el Consejo de Estado reproduce el contenido del artículo primero de la ley 84 de 1993, declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia No. C-145/94, se cometería fraude a resolución judicial y fraude procesal por utilizar una maniobra engañosa para lograr una decisión favorable al Presidente electo Ernesto Samper Pizano. Por tanto, pide la revocatoria de la providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y enn su lugar, que se resuelva "...Todos los argumentos esgrimidos LEGALMENTE..." por Magistrados que no estén impedidos para actuar.

Subsidiariamente solicita la nulidad de todo lo actuado porque considera que se ha incurrido en las causales de nulidad contempladas en los numerales 2, 4, 5 y 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil en razón a lo siguiente:

a) El Consejo de Estado carece de competencia para conocer el presente asunto, pues el artículo 237 de la nueva Constitución no le otorga facultad para conocer de las demandas de nulidad contra el Presidente y Vicepresidente de la República. Dicha autorización ni siquiera existe en el Código Contencioso Administrativo amparado por la Constitución de 1886, mucho menos por la de 1991, pues la figura del Vicepresidente es nueva y no hay ley que autorice la nulidad pedida.

b) Los Magistrados de la actual Sección Quinta del Consejo de Estado no han sido elegidos conforme lo ordenan los artículos 231 y 233 de la Constitución, por lo cual es ostensible la usurpación de función pública. Se amañaron en sus cargos que están ejerciendo ilegalmente ya que no han cumplido con los requisitos constitucionales que les convalidará su permanencia, pues fueron nombrados como Magistrados del Consejo de Estado antes de la reforma constitucional de 1991 y nadie, ni siquiera la Constitución los ratificó en sus cargos. Por consiguiente se configura la causal segunda de nulidad del artículo 140 del C. de P.C. por falta de competencia.

c) Al no existir una norma amaparada por la Constitución de 1991 que fije el procedimiento y la autoridad competente para fallar sobre la nulidad de la elección de

Vicepresidente de la República, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 4 del artículo 140 del C. de P.C.

d) También hay nulidad, según el numeral 5 del artículo 140 *ibídem*, porque el proceso se adelantó sin resolver las causales de "interrupción" que invocó cuando pidió que se declararan impedidos los Magistrados de la Sección Quinta por denuncias penales existentes en su contra, probado oportunamente.

e) Se violó el numeral 7 del artículo 140 del C. de P. C., pues hubo indebida representación de las partes, ya que el señor Registrador representa a la Nación y no se le citó ni se lo incluyó como parte en el litigio. Al congreso y al Presidente de la República los representa el Ministerio de Gobierno pero no se hicieron parte del proceso como tampoco contestaron la demanda "...lo cual significa una FICTA o PRESUNTA CONFESIÓN segú el artículo 210 del C. de P.C." (Fl. 218 Exp. No. 1151).

Además, en casos como el *sub-lite*, se exige que sea el Procurador General de la Nación quien intervenga directamente, pues a partir de la nueva Constitución no existe norma que autorice a los Procuradores Delegados para que asuman tales funciones y menos hay competencia definida para que la Procuraduría intervenga "...en los procesos de nulidad VICEPRESIDENCIAL..." (Fl. 218 Exp. No. 1151).

Invoca también la prejudicialidad alegando que por los mismos hechos denunciados "como falencias administrativas o electorales..." existen denuncias penales.

Para resolver

SE CONSIDERA

1.- Entiende esta Sección Quinta que el memorialista la interpuesto el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 1995 dentro del presente proceso puesto que manifiesta que el recurso de súplica procede contra las providencias de una Sala.

No se considera necesario ahondar en explicaciones acerca de la naturaleza y finalidad de dichos recursos, ya que basta observar que el artículo 231, inciso segundo del C.C.A., subrogado por el artículo 6o. de la ley 14 de 1988 dispone lo siguiente:

> "....
>
> contra las sentencias de la Sección Quinta no procedería ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo."

La norma es clara al señalar la improcedencia de recursos ante la Sala Plena contra las decisiones de la Sección Quinta y al respecto ésta ha señalado lo siguiente:

> "Por mandato expreso del art. 6 de la ley 14 de 1988, que creó esta Sección Quinta, "contra las sentencias de la Sección Quinta no procede ningún recurso ante la Sala

Plena de lo Contencioso Administrativo", y por simple lógica tampoco contra sus autos interlocutorios.

Esta norma, subrogatoria del artículo 231 del C.C.A., incluida en el capítulo sobre "juicio electoral", está vigente, pues no se ha producido su derogatoria expresa por el art. 68 del Decreto-Ley 2304 de octubre 7 de 1989, ni se puede considerar que se ha producido la derogatoria tácita por el art. 21 del mismo decreto que subrogó el art. 130 del C.C.A., por un lado, con base en facultades de la ley 30 de 1987, no se pueden derogar disposiciones de una ley posterior, como es la indicada ley 14 de 1988, más si se tiene en cuenta que no había facultad expresa en aquella –en la ley 30 de 1987– para ampliar el recurso extraordinario de súplica, ya que sólo existía esa facultad para suprimir el recurso extraordinario de anulación –lo que efectivamente se hizo en 1988–, y por cuanto, de otro lado, como se dijo en providencia anterior, el mencionado recurso extraordinario de súplica fue consagrado respecto a las sentencias y providencias dictadas por las cuatro secciones que integraban, en ese entonces la Sala de lo Contencioso Administrativo, y no opera, no puede operar, respecto a las sentencias y providencias de la Sección Quinta, a la cual el legislador quiso darle un tratamiento o regulación diferente, para evitar que, mediante el ejercicio de dicho recurso, se dilataran los procesos electorales, en forma tal, que coincidieran las sentencias definitivas con la expiración de los períodos constitucionales o legales de los elegidos o nombrados.

Pero es que, además, está expresamente establecido en el art. 10 del C.C. (art. 5 de la ley 57 de 1887), que "Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, Y SE HALLEN EN UN MISMO CÓDIGO, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior... (destacado fuera de texto).

De manera, que bien porque el art. 231 del C.C.A. constituye disposición relativa a un asunto especial por mandato de legislador, bien porque el art. 231 del C.C.A. es posterior al 130 ibídem, debe de aplicarse de preferencia la primera de las normas indicadas, o sea, el art. 231 del C.C.A., en cuanto por él se establece que el Consejo de Estado tramitará y decidirá, sin recurso alguno ante la Sala Plena de lo Contencioso, TODOS los procesos electorales de su competencia, a través de su Sección Quinta creada por la misma ley para ello". (Auto de octubre 26 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente Dr. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. Actor: GUSTAVO CERTAIN DUNCAN Y OTROS. Exp. 0323).

Al expedir el Gobierno el Decreto Legislativo No. 2304 de 1989, con base en las facultades otorgadas por la ley 30 de 1987, no derogó el artículo 6 de la ley 14 de 1988, por lo cual está plenamente vigente y por consiguiente, deberá rechazarse por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

2.- En cuanto a las nulidades propuestas en forma subsidiaria, contempladas en los numerales 2, 4, 5 y 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, son de naturaleza procesal, razón por la cual se rigen de acuerdo a su propia normatividad y a los principios que informan su ritualidad, ligados por tantò a la forma misma del acto y a las ocasiones que la ley prevé para proponerlas, antes de dictar sentencia o excepcionalmente con posterioridad a la misma si ocurrieron en ella.

De consiguiente, la oportunidad para alegarlas es de expresa consagración dentro del trámite procesal. De ahí que el artículo 242 inciso final del C.C.A. indique de manera concreta y clara que vencido el término para alegar no se admitirá incidente de nulidad distinto al de falta de competencia, sobre el cual una vez decidido no cabrá recurso alguno.

En el presente caso, las nulidades propuestas, según los planteamientos del demandante, se generaron dentro del curso del proceso, pero no fueron presentadas a consideración de esta Sección Quinta sino cuando se profirió la Sentencia el 12 de mayo del año en curso, esto es, cuando ya habían precluido las oportunidades procesales para formularlas.

En estas condiciones, es obvio que su alegación resulta improcedente debiendo ser rechazadas de plano.

3.- Y respecto a la prejudicialidad invocada por el memorialista, porque existen denuncias penales contra los Magistrados de la Sección Quinta ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes es notoriamente improcedente por cuanto tal figura jurídica está instituida como causal de suspensión del proceso cuando quiera que exista otro de carácter administrativo, penal, civil o aun laboral en el cual deba adoptarse una decisión que incida en forma directa y definitiva sobre la sentencia que vaya a adoptarse, lo cual no es el caso en el *sub-lite*. De otra parte, conforme lo dispone el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil, la prejudicialidad debe alegarse cuando el proceso se encuentre en estado de dictar sentencia y, en el presente caso ya se profirió la decisión definitiva.

Por lo expuesto, la Sección Quinta, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1.- Rechazar por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 1995.

2.- Rechazar de plano las nulidades planteadas por el señor Guillermo Alemán.

3.- Rechazar por improcedente la prejudicialidad invocada.

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

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera el auto del 26 de octubre de 1989, expediente 0323, Magistrado Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez.

PROCESO ELECTORIAL/NULIDAD ELECTORAL-Inexistencia/**NULIDAD ELECTORAL**-Causales

El demandante no invocó ninguna de las causales de nulidad del artículo 223 del C.C.A., siendo claro que el contenido literal de la norma no puede deducirse que los hechos descritos por el actor encajan dentro de los términos precisos de la disposición transcrita. Si los Delegados del Consejo Nacional Electoral no permitieron el acceso a los documentos electorales, resolvieron las reclamaciones mediante auto, leído en estratos por uno de los secretarios de la comisión escrutadora, denegaron un recurso de apelación y no resolvieron en estratos los recursos interpuestos, tales anomalías no pueden determinar la nulidad del acto de elección, sencillamente porque el citado artículo 223 del C.C.A., no enuncia siquiera dichas circunstancias como motivos de invalidez y, es bien sabido que las causales de nulidad de un acto administrativo electoral están expresamente señaladas por el legislador y no permitan interpretaciones extensivas y analógicas. En la demanda el actor invoca el numeral 5o. del artículo 223 del C.C.A., que consagra como causal de nulidad "Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electo" Pero es evidente que el hecho aducido por el demandante no encuadra dentro de los supuestos de la disposición transcrita por cuanto el mandamiento que ordena que debe acompañarse la constancia de aceptación escrita de los candidatos no puede entenderse como una calidad legal para ser elegido sino como una formalidad, que ciertamente tiene importancia para efectos de garantizar que los candidatos que se inscriban van a participar en el debate electoral.

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

Consejera Ponente: DRA. JOSÉ GONZALO PRADA GONZÁLEZ.

Referencia: Expediente No. 1184. Actor: José Gonzalo Prada González

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1.- El doctor José Gonzalo Prada González, por conducto de apoderado "...presentó demanda de nulidad electoral contra el acta parcial del escrutinio de los votos para Gobernador y la correspondiente declaratoria de elección del Doctor SERGIO ENTRENA LÓPEZ como Gobernador del Departamento Norte de Santander, para que en su lugar haga nuevo escrutinio y de los votos emitidos verificando cada mesa que hubiese sido cuestionada por los testigos electorales acreditados por el Doctor JOSÉ GONZALO PRADA G. y su apoderado, la correspondiente declaratoria de elección conforme a los datos que se obtengan del escrutinio de los votos emitidos para Gobernador en las elecciones celebradas el 30 de octubre de 1994..." (Fls. 63 y 64).

Los hechos narrados por el demandante lo explica así:

Durante el escrutinio para Gobernador de Norte de Santander, el doctor Miguel Guillermo Lamk Valencia, en su condición de testigo electoral, presentó reclamaciones con base en las causales 5 y 9 del artículo 192 del Código Electoral, sobre los escrutinios realizados en los municipios de Sardinata, Salazar, Tibú, Ocaña, Lourdes, Villa Caro y Los Patios, especialmente por el alto número de votos nulos en los municipios donde el Candidato José Gonzalo Prada González tenía mayoría de simpatizantes.

El día 7 de noviembre de 1994, el señor Lamk Valencia solicitó a los Delegados del Consejo Nacional Electoral que antes de resolver sobre las reclamaciones presentadas se procediera a efectuar la revisión, constatación y exhibición de los documentos electorales correspondientes a los municipios de Lourdes, Ocaña, Villa Caro, Sardinata, Salazar y Tibú, petición que fue resuelta negativamente por auto de la misma fecha, en el sentido de que los Delegados sólo conocen del recuento de votos por vía de apelación y que en los escrutinios que ellos realizan no se puede pedir recuento de votos.

Negadas las reclamaciones presentadas por el señor Guillermo Lamk Valencia y el señor José de Jesús Barbosa Mercado durante los escrutinios que realizan los Delegados, el primero interpuso el recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral contra la decisión de los Delegados, adoptada por auto que no por resolución, recurso que por ministerio de la ley procede en el efecto suspensivo y que, por consiguiente, suspende de derecho la competencia de los Delegados radicándose en el Consejo Nacional Electoral que debe continuar el escrutinio y hacer la correspondiente declaratoria de elección.

Sin embargo, los Delegados procedieron contra la ley y otorgaron la credencial de Gobernador al doctor Sergio Entrena López.

Mediante auto de fecha 8 de noviembre de 1994 los Delegados del Consejo Nacional Electoral negaron las peticiones del señor Lamk Valencia, alegando falta de sustentación, ignorando que esta se debe hacer durante el trámite del recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral.

Además, el doctor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, en su condición de apoderado del doctor José Gonzalo Prada González, con fecha 6 de noviembre de 1994 presentó reclamaciones con fundamento en el artículo 164 del Código Electoral relacionado anomalías en los municipios de Cúcuta en las Zonas Nos. 01, 02, 03, puestos 02, 03, 04, 05, 06. Los corregimientos de Agua Clara mesas 1, 2, 3 y 4; Bocono mesas 5 y 6; El Escobal mesas 1, 2 y 3; Banco de Arenas mesa 1; Carmen de Tonchalá mesa 1; El Cerrito mesa 1; Guaramito mesas 1 y 2; Buena Esperanza mesas 1, 2, 3 y 4; Limoncito mesa 1; Palmarito mesa 1; Puero Villamizar mesa 1; Ricaurte mesas 1 y 2; San Faustino mesas 1 y 2. Y los municipios de Chinácota, Zulia, Ocaña, Puerto Santander, Ragonvalia, Tibú, Toledo, Salazar y Pamplona.

El doctor Sergio Entrena López no aceptó la inscripción de su nombre como candidato a la Gobernación de Norte de Santander que hicieron las ciudadanos Jorge Cristo Sahiun, Carlos Augusto Celis Gutiérrez y Basilio Villamizar Trujillo en los términos del artículo 92 del Código Electoral según el cual la constancia escrita de aceptación de los candidatos debe acompañarse a la solicitud de inscripción o antes del vencimiento de la misma. En consecuencia, la ausencia de la aceptación, en documento escrito y separado que debe agragarse a la inscripción, constituye la falta de un requisito legal para ser elegido.

El 6 de noviembre de 1994 los doctores Lamk Valencia, Nelly Serrano de Peña y Eduardo Cortés presentaron una reclamación ante los Delegados para que se exhibiera la constancia de aceptación escrita que el candidato Entrena López acompañó con la solicitud de inscripción y en caso de no existir dicha constancia solicitaron la exclusión de las actas o registros afectados con dicha omisión del cómputo de votos y de los escrutinios respectivos.

Dicha constancia de aceptación jamás fue exhibida.

Los Delegados del Consejo Nacional Electoral por auto de fecha 7 de noviembre de 1994 no resolvieron las reclamaciones mediante resolución motivada como lo prescribe el numeral 12 inciso quinto del artículo 192 del Código Electoral, sino que lo hicieron por un simple auto de cumplimiento, leído en estrados a las 4:35 p.m. de la misma fecha. Cinco minutos más tarde el doctor Lamk Valencia presentó memorial interponiendo recurso de apelación contra la providencia anterior.

Los Delegados no resolvieron en estrados los recursos interpuestos por el señor Lamk Valencia, "...ya que estando suspendido el escrutinio, día 8 de noviembre dictaron

un AUTO manifestando que no podía promoverse una reclamación (sic) ya resuelta, cuando en verdad se trataba de un recurso de apelación no concedido por ellos..." (Fls. 72 y 73). El señor Lamk presentó un memorial en el cual insiste sobre el recurso de apelación.

Los Delegados no suspendieron el escrutinio ni ordenaron el envío de toda la actuación al Consejo Nacional Electoral, como era su deber, sino que procedieron a resolver los recursos de apelación, negándolos, sin competencia para ello.

Los señores Delegados, con fecha 10 de noviembre de 1994 concluyeron el escrutinio y otorgaron la credencial al doctor Sergio Entrena López.

3.- Los fundamentos de derecho aducidos por el actor y el concepto de violación se sintetizan así:

El artículo 192 numeral 12, inciso final y el artículo 193 inciso segundo del Código Electoral fueron quebrantados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral porque no concedieron el recurso de apelación contra las resoluciones que resolvieron las reclamaciones presentadas por primera vez ante dichos funcionarios.

También el artículo 187, literal b) *ibídem* que asigna al Consejo Nacional Electoral la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones de sus Delegados, y el artículo 164 de la misma codificación, "...fundamento de las reclamaciones que presentó oportunamente el Doctor RAFAEL DE JESÚS BARBOSA MERCADO" (Fl. 76).

Igualmente se quebrantaron los artículos 89, 92, 93 y 94 del Código Electoral porque no se acompañaron las constancias escritas de aceptación del candidato, cuya firma presume el juramento de pertenecer al partido político que lo inscribe. El artículo 180 *ibídem* por cuanto se presentó apelación contra las decisiones de los Delegados y, en consecuencia, la declaratoria de elección y expedición de credenciales correspondía al Consejo Nacional Electoral.

Y el artículo 223, numeral 5 del C.C.A. porque el candidato Sergio Estrena López no aceptó "...la inscripción en los términos prescritos por los artículos 5 de la ley 62 de 1988 que adicionó el artículo 93 del Código Electoral y 192 de la misma obra, numeral 9o...." (Fl. 82) en concordancia con el artículo 198 del C.C.A..

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Durante el término de fijación en lista, la parte demandada guardó silencio.

LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del actor presentó memorial en el cual reitera los argumentos esbozados en el libelo demandatorio. También el demandado, a través de representante judicial,

alegó de conclusión, señalando que el verdadero acto administrativo que contiene la declaratoria de elección de Sergio Entrena López como Gobernador del Departamento de Norte de Santander es el acta de escrutinio general suscrita por los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

Que la demanda adolece de un defecto radical pues no individualiza debidamente el acto acusado puesto que la acción se endereza contra un acta parcial en lugar del acta del escrutinio general del Departamento, circunstancia que ya no puede enmendarse "... y que, por referirse a la falta de requisitos para poder demandar, enerva a la jurisdicción para pronunciarse en el fondo de la *litis*" (Fl. 132).

Y con respecto a los cargos señala que no tienen sustento en las causales de nulidad electoral y por tanto no pueden prosperar, por lo que solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso precisó, en primer término, que desestima las argumentaciones de la parte demandada en el sentido de que deba proferirse fallo inhibitorio, pues claramente en la demanda se expresa que se persigue la nulidad de la elección del doctor Sergio Entrena López como Gobernador del Departamento de Norte de Santander, habiéndose acompañado el acto contentivo de la declaratoria de dicha elección.

Y en segundo término señaló que el cargo referente a que los Delegados del Consejo Nacional Electoral denegaron varias reclamaciones y el recurso de apelación, procediendo a hacer la declaratoria de elección sin competencia para ello, no se fundamenta en causal alguna de las de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A. y por tanto, resulta improcedente invocar tales hechos como motivos de nulidad.

Agrega que los Delegados negaron el recurso de apelación aduciendo que no fue sustentado y por consiguiente no puede afirmarse que no tenía competencia para hacer la declaratoria de elección.

En cuanto al cargo relacionado con la aceptación de la candidatura del doctor Sergio Entrena López, tal supuesto no encaja dentro del numeral 5 del artículo 223 del C.C.A. invocado por el actor y, por lo mismo, no puede prosperar.

Observó el Ministerio Público que el demandado sí aceptó su candidatura tal como está demostrado en el formulario E-6AG. Además la circunstancia alegada es apenas causal de reclamación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9o. del artículo 192 del Código Electoral.

Con base en lo anteriormente explicado solicitó que fueran denegadas las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Se contrae la presente demanda a que se delacre la nulidad del acto de elección del doctor Sergio Entrena López como Gobernador del Departamento de Norte de Santander para el período comprendido del 2 de enero de 1995 al 1 de enero de 1998.

En atención a que el señor apoderado de la parte demandada argumenta que la demanda no individualiza el acto acusado conforme lo exige el artículo 229 del C.C.A. y, por tanto, esta jurisdicción debe inhibirse de fallar, comienza la Sala por advertir que procede dictar el pronunciamiento de fondo toda vez que, en el presente caso, la mencionada demanda cumple a cabalidad dicho requisito, puesto que en ella se dice que se instaura para obtener la nulidad del "...acta parcial de escrutinio de los votos para Gobernador y la correspondencia declaratoria de elección del Doctor SERGIO ENTRENA LÓPEZ, como Gobernador del Departamento Norte de Santander..." (Fl. 63). Además, se acompañó a la misma el formulario E-26 o Acta parcial del Escrutinio de los Votos para Gobernador, en fotocopia del original autenticada, de fecha 10 de noviembre de 1994 suscrita por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, en la cual aparece que se declara elegido Gobernador del Departamento de Norte de Santander al doctor Sergio Entrena López, para el período del 2 de enero de 1995 al 1 de enero de 1998, que no cabe duda es el acto de elección acusado.

Por consiguiente no es de recibo tal argumento de la parte demandada.

LA CUESTIÓN DE FONDO

Conforme ha quedado expuesto, el demandante pretende la nulidad del acto declaratorio de la elección de Gobernador del Departamento de Norte de Santander, recaída en el doctor Sergio Entrena López, con fundamento en circunstancias que tienen que ver, por una parte, con la actuación en el proceso administrativo electoral de los Delegados del Consejo Nacional Electoral y, por otra parte, con la aceptación de la candidatura del elegido Entrena López.

1.- En lo referente a la actuación de las mencionadas autoridades electorales, se observa que el actor menciona diferentes aspectos, a saber:

a) Los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral no permitieron el acceso a los documentos electorales, tales como la lista de sufragantes y el número de votantes y actas de las mesas de votación, a las personas que tenían derecho a ellos por ser testigos de las candidatos o de los partidos.

b) Los Delegados, mediante auto que no resolución motivada, decidieron negando las reclamaciones que presentaron durante los escrutinios generales los señores Guillermo Lamk Valencia y José de Jesús Barbosa Mercado.

c) Los Delegados negaron indebidamente un recurso de apelación interpuesto por el señor Lamk Valencia en relación con una reclamación, recurso que procede en el efecto suspensivo ante el Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, los Delegados otorgaron la

credencial al señor Sergio Estrena López como Gobernador de Norte de Santander usurpando la competencia del Consejo Nacional Electoral a quien correspondía hacer la declaratoria de elección y entregar la respectiva credencial.

d) Los Delegados del Consejo Nacional Electoral mediante auto de fecha 7 de noviembre de 1994, en forma improcedente e ilegal, resolvieron las reclamaciones dentro de un simple auto de trámite, que sólo fue leído en estrados por uno de los Secretarios de la Comisión Escrutadora.

e) Los Delegados no resolvieron en estrados los recursos interpuestos por el doctor Guillermo Lamk Valencia, "...ya que estando suspendido el escrutinio, día 8 de noviembre dictaron un AUTO manifestando que no podía promoverse una reclamación ya resuelta, cuando en verdad se trataba de un recurso de apelación..." (Fls. 72 y 73).

Según el demandante se violaron los artículos 192, numeral 12 inciso final 193, 187 literal b), 164, 92 y 180 del Código Electoral.

Al respecto reiterada la Sala que, de conformidad con jurisprudencia de esta Corporación, no todas las irregularidades que ocurran durante el proceso electoral generan nulidad. Sólo los vicios graves y ostensibles que tiendan a alterar o a desconocer la voluntad popular pueden constituir causales de nulidad en los casos taxativamente señalados en la ley.

En efecto, el artículo 223 del C.C.A., dispone lo siguiente:

"Art. 223.- Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

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.

5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadores sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará al acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición".

El demandante no invocó ninguna de dichas causales de nulidad, siendo claro que del contenido literal de la norma no puede deducirse que los hechos descritos por el actor encajan dentro de los términos precisos de la disposición transcrita. Si los Delegados del Consejo Nacional Electoral no permitieron el acceso a los documentos electorales, resolvieron las reclamaciones mediante auto, leído en estratos por uno de los secretarios de la comisión escrutadora, denegaron un recurso de apelación y no resolvieron en estratos los recursos interpuestos, tales anomalías no pueden determinar la nulidad del acto de elección, sencillamente porque el citado artículo 223 del C.C.A. no enuncia siquiera a dichas circunstancias como motivos en invalidez y, es bien sabido que las causales de nulidad de un acto administrativo electoral están expresamente señaladas por el legislador y no permiten interpretaciones extensivas y analógicas.

De otra parte, es pertinente señalar que el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 le otorga al Consejo Nacional Electoral o sus Delegados plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados a los testigos electorales legalmente constituidos.

Del texto legal se infiere que los Delegados del Consejo Nacional Electoral tenían plena competencia para valorar puntos de hecho o de derecho frente a las reclamaciones que presentaron los señores Guillermo Lamk Valencia y José Gonzalo Prada González. "En cuanto a los recursos de apelación, interpuestos por el primeramente nombrado, consta que mediante "Auto" de fecha 8 de noviembre de 1994 proferido por los señores Delegados, fueron denegados en razón a que carecían "...de las sustentaciones exigidas por la Ley, tal como lo señala el mismo apelante al pretender sustentarlo futuramente, cuando dicha sustentación debe ser la base de la apelación y como consecuencia es improcedente considerar un recurso de apelación cuando este no es sustentado por quien lo interpone (Acuerdo No. 9 de 1988) del Consejo Nacional Electoral.

Además el auto apelado es de simple trámite o impulso, contra el cual no procede el recurso" (Fl. 58).

También con respecto a la solicitud de fecha 8 de noviembre de 1994 presentada por el mismo ciudadano, en la cual insiste que se le resuelva el recurso de apelación, por "AUTO" de 10 de noviembre de 1994 manifiestaron los Delegados que ya "...se pronunciaron en auto de fecha 8 de noviembre de 1994, debidamente notificado en estrados" (Fl. 10).

No estando demostrado que se concedió recurso alguno de apelación en el efecto suspensivo ante el Consejo Nacional Electoral, una vez concluido el escrutinio y hecho el cómputo total de los votos, los Delegados procedieron como correspondía, a hacer la declaratoria de elección de Gobernador del Departamento de Norte de Santander, por lo cual el argumento tendiente a demostrar que se usurpó la competencia no tiene fundamento.

En consecuencia, por lo que a las anteriores imputaciones respecta, la demanda no puede prosperar.

2.- En relación con el hecho de que el señor Sergio Estrena López no aceptó su candidatura en legal forma, porque no lo hizo en documento separado del de la incripción, conforme lo prescribe el artículo 92 del Código Electoral, tampoco se consagra como motivo de nulidad esta circunstancia.

En la demanda el actor invoca el numeral 5o. del artículo 223 del C.C.A. que consagra como causal de nulidad "Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electo".

Pero es evidente que el hecho aducido por el demandante no encuadra dentro de los supuestos de la disposición transcrita por cuanto el mandamiento que ordena que debe acompañarse la constancia de aceptación escrita de los candidatos no puede entenderse como una calidad legal para ser elegido sino como una formalidad, que ciertamente tiene importancia para efectos de garantizar que los candidatos que se incriban van a particular en el debate electoral.

Por lo demás, en el *sub-lite,* ningún reparo cabe hacer al respecto, puesto que obra en el expediente el formulario E-6AG- o "Acta de Solicitud, Constancia de Aceptación e Inscripción" de Sergio Entrena López como candidato a Gobernador de Norte de Santander, de fecha 26 de agosto de 1994, visible al folio 16 del expediente.

Por tanto no prospera el cargo.

Las anteriores razones son suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1.- Deniéganse las pretensiones de la demanda encaminada a obtener la declaratoria de nulidad del acto de elección del doctor Sergio Entrena López como Gobernador del Departamento de Norte de Santander, para el período comprendido del 2 de enero de 1995 al 1 de enero de 1998.

2.- En firme esta providencia archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

PROCESO ELECTORAL/LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA/ INTERVINIENTE ADHESIVO/ELECCIÓN-Prueba/**PRUEBA TESTIMONIAL**-Improcedencia/**AUTO ADMISORIO DE DEMANDA/NOTIFICACIÓN/ ELEGIDO**

En la acción de nulidad de carácter electoral conforme a lo establecido por el artículo 233 del C.C.A, la relación jurídico procesal solo se traba con la persona nombrada o elegida por Junta, Consejo o Entidad Colegiada, pues es a aquella únicamente a quien según la norma se le debe notificar personalmente el auto admisorio de la demanda. Es decir, que a la entidad productora del acto administrativo acusado, no es necesario citarla como sujeto pasivo de la acción, en este sentido es reiterativa la jurisprudencia de la sección, según la cual, existiendo norma especial que regula la notificación de la demanda en estos procesos, se hace inaplicable el artículo 150 del C.C.A. Ahora la entidad que actúa como parte, bien puede hacerlo en calidad de interviniente adhesivo conforme a lo dispuesto por el artículo 235 *ibídem,* calidad que es la dada por el ponente en el auto motivo de inconformidad. El interrogatorio de parte también se estima bien denegado, por cuanto no se enuncia el objeto de la prueba, siendo este indispensable para determinar si aquella se relaciona con la materia del proceso. Además, debe tenerse en cuenta que los actos demandados fueron expedidos por un a entidad pública y los hechos en que se sustenta la demanda están consignados con todos sus pormenores en prueba documental, que es la idónea llamada a sustentar la confrontación de los actos acusados con la normatividad que se estima violada, por ello resulta superflúo este medio probatorio solicitado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 1254. Actor: LUIS EMIRO PERALTA Solano. ELECTORAL ÚNICA INSTANCIA.

Contra el auto que decretó pruebas en este proceso, calendado el 16 de mayo de 1995, visible a folios 144 y ss., dentro del término previsto en el artículo 183 del C.C.A., y con el lleno de las demás formalidades establecidas en esta norma, el apoderado de los demandados, en escrito visto a folios 150 y 151, interpuso recurso de súplica ordinario bajo los siguientes planteamientos:

"En primer término disiento de la decisión en cuanto a que dio por contestada la demanda de mi representada Corporación Autónoma Regional de la Guajira como si se tratara de un tercero interveniente, lo cual constituye un desconocimiento de la circunstancia de contener la demanda una pretensión resarcitoria frente a dicha entidad, (tal formulación significa una indebida acumulación de pretensiones que no fue corregida en la oportunidad jurídico procesal debida).

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 150 del C.C.A., las entidades públicas son partes en todos los procesos que se instauren contra ellas o contra los actos que expidan".

En relación con las pruebas denegadas aduce de acuerdo a la jurisprudencia de la Corporación, la pertinencia es la relación lógica o jurídica que debe existir entre el medio de prueba y los hechos que se deban probar.

"En el caso presente la declaración sobre los hechos ocurridos durante la sesión del Consejo Administrativo celebrado el 22 de diciembre de 1994 constituyen la causa y la finalidad del acto de revocatoria del nombramiento del actor, acto enjuiciado extremos que por constituir elementos esenciales de todo acto administrativo, aseguran la plena pertinencia del medio probatorio solicitado.

De otra parte –agrega– el requerimiento legal de enunciar "sucintamente" el objeto de la prueba se cumplió en la medida en que se requirío el testimonio sobre los hechos ocurridos en la referida sesión del Consejo Directivo".

Surtido el traslado a la parte contraria (art. 183 inciso 3 C.C.A.) se pasa a resolver mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES

No está de acuerdo el recurrente con la calificación de parte interveniente que se le da a la Corporación Autónoma Regional de Guajira en el auto suplicado, pues estima que

una de las pretensiones de la demanda es resarciatoria frente a dicha entidad. Además indica que de conformidad con el artículo 150 del C.C.A., las entidades públicas son partes en todos los procesos que se instauren contra ellas o contra los actos que se expidan.

Cabe recordar al respecto, que en la acción de nulidad de carácter electoral conforme a lo establecido por el artículo 233 del C.C.A., la relación jurídico procesal solo se traba con la persona nombrada o elegida por la Junta, Consejo o Entidad Colegiada, pues es a aquella únicamente a quien según la norma se le debe notificar personalmente al auto admisorio de la demanda. Es decir, que a la entidad productora del acto administrativo acusado, no es necesario citarla como sujeto pasivo de la acción, en este sentido es reiterativa la jurisprudencia de la sección, según la cual, existiendo norma especial que regula la notificación de la demanda es estos procesos, se hace inaplicable el artículo 150 del C.C.A. Ahora la Entidad que actúa como parte, bien puede hacerlo en calidad de interveniente adhesivo conforme a lo dispuesto por el artículo 235 *ibídem*, calidad que es la dada por el ponente en el auto motivo de inconformidad.

A lo anterior, debe agregarse; que la indebida acumulación de pretensiones alegada no convierte en *litis* consorcio necesario a la premencionada entidad, ello, por ser la pretensión cuestionada a todas luces inocua para los efectos de la acción de simple nulidad electoral impetrada.

Respecto a la prueba testimonial la Sala considera que fue bien denegada, puesto que los hechos acaecidos en desarrollo de la sesión del Consejo Directivo de Corpoguajira celebrada el 22 de diciembre de 1994, en la cual se eligió al actor como Director General de la misma, son susceptibles de acreditarse en forma directa con la grabación magnetofónica de dicha sesión, y con las copias del acta correspondiente obrantes en el expediente, prueba decretada al ordinal B) del auto a solicitud del apoderado recurrente.

Respecto al interrogatorio de parte también se estima bien denegado, por cuanto no se enuncia el objeto de la prueba, siendo éste indispensable para determinar si aquella se relaciona con la materia del proceso. Además, debe tenerse en cuenta que los actos demandados fueron expedidos por una entidad pública y los hechos en que se sustenta la demanda, están consignados con todos sus pormenores en prueba documental, que es la idónea llamada a sustentar la confrontación de los actos acusados con la normatividad que se estima violada, por ello resulta superflujo este medio probatorio solicitado.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto recurrido en súplica,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DENISE DUVIAU DE PUERTA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

JURISDICCIÓN COACTIVA/NOTIFICACIÓN PERSONAL-Inexistencia/**MANDAMIENTO DE PAGO**-Inexistencia

En el sub-lite, no existe evidencia alguna de haberse cumplido las exigencias que señala la ley para la notificación personal del acto administrativo al interesado, antes de proceder la Administración a notificarlo por edicto. Siendo que el artículo 48 del C.C.A. dispone que, sin el cumplimiento de los requisitos previstos no se tendrá por hecha la notificación ni surtirá efectos legales, el acto administrativo carece de ejecutoriedad, y es obvio que no presta mérito ejecutivo (art. 68 C.C.A.) por lo que no podía librarse mandamiento de pago con base en el mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente No. 0436. Actor: SUPERINTENDENCIA DE CABMBIOS C/ ÁLVARO JIMÉNEZ LÓPEZ.

Decide la Sala las excepciones de mérito propuestas por el apoderado del ejecutado, contra el auto de mandamiento de pago proferido el 9 de mayo de 1994 por el Grupo Coactivo, Subsecretaría Jurídica, Secretaría Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

El Jefe de Grupo Cobro Coactivo de la Secretaría Administrativa Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante auto calendado a 9 de

mayo de 1994 (fl.19), libró mandamiento de pago en favor del Tesoro Nacional y en contra del señor ÁLVARO JIMENEZ LÓPEZ por la suma de $24.500.000 más las costas que se causaren y los intereses si hubiere lugar a ellos.

El título ejecutivo es la resolución No. 00212 de 28 de febrero de 1992 mediante la cual la Superintendencia de Control de Cambios impuso al señor Álvaro Jiménez López una sanción pecuniaria en cuantía de $24.500.000 por violación del artículo 246 del Decreto 444 de 1967.

El auto de mandamiento de pago fue notificado personalmente al ejecutado (fl.25) quien por medio de apoderada, propuso las excepciones que denominó INEFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO BASE DE LA EJECUCIÓN POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN Y CARENCIA DE CONDICIONES DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO BASE DEL MANDAMIENTO EJECUTIVO.

En cuanto a la primera excepción, afirma que la resolución No. 00212 de febrero 28 de 1992 no puede producir efectos legales toda vez que la administración al expedirla no cumplió con los siguientes principios:

El de la eficacia procesal, pues aunque existe una constancia secretarial sobre la ejecutoriada de dicho acto (fl.10, no se agotó el procedimiento para su notificación al implicado, lo que originó este proceso de cobro coactivo que va a culminar con un fallo inhibitorio con evidente perjuicio de la eficacia procesal. El de la publicidad pues a su representado no se le dio a conocer el acto a través de la notificación personal a pesar de que su nombre y dirección aparecen en el directorio telefónico de Bogotá en donde tiene su domicilio hace 20 años, como tampoco se hizo diligencia alguna ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá ante la cual ha presentado sus declaraciones de renta y donde aparece registrada su dirección, y a pesar de que al consultar la Superintendencia a la Administración de Impuestos Nacionales de Santa Marta se constató que su prohijado aparecía como declarante en la Administración de Bogotá.

Y el de contradicción por cuanto se le negó la posibilidad de controvertir la acusación hecha en su contra y de interponer los recursos legales contra dicho acto; jamás tuvo conocimiento de la investigación adelantada y cuando vino a enterarse a través de la Oficina de Cobro Coactivo, ya la resolución se encontraba en firme, había sido notificada por intermedio de curador *ad-litem*, por la negligencia de la Administración que no intentó practicar la notificación personal en su domicilio real.

En cuanto a la segunda excepción, invoca la doctrina según la cual las condiciones de ejecutoriedad del acto administrativo son: a) la existencia del acto, b) que este acto sea perfecto, c) que tenga condiciones de exigibilidad, o sea, capacidad de producir y d) que oredene positiva o negativamente al particular y este no le acate voluntariamente.

Afirma que, en concordancia con ello, no puede predicarse que la resolución No. 0212 de febrero 28 de 1992 se aun acto perfecto ya que no cumple con la condición del

literal b) pues si bien es cierto nació a la vida jurídica,, no puede producir efectos respecto de su representando toda vez que se violaron los principios antes señalados. No se puede tener como ejecutoriado con base en hechos contrarios a la realidad y menos aún cuando por indebida notificación se viola ostensiblemente el derecho de defensa.

El funcionario ejecutor, madiante auto de 17 de agosto de 1994, dispuso el envío a esta Corporación del expediente respectivo con el fin de darle el trámite correspondiente al escrito de excepciones.

Durante el traslado de la excepciones propuestas, el Ejecutor, a través de apoderado, (fls. 73-78) manifestó que se refieren a la indebida notificación del acto administrativo que sirvió de base para proferir el mandamiento de pago, argumento que, afirma, no cabe esgrimir ante la jurisdicción coactiva y que conforme al artículo 509 numeral 2 del C. de P.C., las excepciones propuestas no son procedentes.

En consecuencia, solicita se declare su improcedencia, o en caso de encontrarlas procedentes sean declaradas como no probadas y se ordene seguir adelante la ejecución, condenado en costas a la parte ejecutada.

CONSIDERACIONES

La apoderada judicial del señor Álvaro Jiménez López propone las excepciones de ineficacia del acto administrativo y de carencia de condiciones de ejecutoriedad las cuales, en realidad tienen como fundamento los mismo hechos, ésto es, que la Resolución No. 0212 de 28 de febrero de 1992, proferida por la Superintendencia de Control de Cambios, que sirve de base a la presente ejecución, se notificó personalmente el 5 de marzo de 1992 a la curadora ad litem designada para representar el señor Jiménez López, y luego por edicto desfijado el 10 de abril del mismo año, sin que previamente se hubiera dado cumplimiento al procedimiento que establece la ley.

Si bien las mencionadas excepciones no están comprendidas dentro de las taxativamente enunciadas en el artículo 509 del código de Procedimiento Civil, oponibles en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, la condición ejecutoria del acto administrativo consagra en el artículo 68 del C.C.A., es presupuesto necesario para la procedibilidad de la ejecución por la vía coactiva, razón por la cual la Sala examina las excepciones propuestas para establecer si el presente proceso tiene su razón de ser.

Como lo explica la Jefe de División de Cambios, Subdirección de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en Oficio No. DDC-213-95 de 23 de marzo del año en curso, tal Organismo "asumió las funciones de la SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS, que no fueron asignadas a las Superintendencias de Sociedades y Bancaria..." (Fl. 90). En cuanto al procedimiento utilizado para imponer la multa al ejecutado, mediante la Resolución No. 0212 de 28 de febrero de 1992, fue el previsto en el Decreto Ley 444 de 1967, cuyo artículo 222 dispone que terminada la investigación, se correrá traslado al interesado para que dentro del término de cinco (5) días siguientes presente las pruebas que considere necesarias. El artículo 223 *ibídem* el cual señala que

vencido el término indicado se decidirá mediante Resolución motivada, la cual debe notificarse al infractor en la forma prevista por el Código Contencioso de Administración. Y el artículo 224 del mismo ordenamiento que prevé que si durante la investigación no se halla al presunto infractor, se le emplazará por edicto fijado por el término de diez (10) días en la Secretaría, transcurrido el cual, sin que el investigado concurra, se le nombrará curador *ad-litem.*

Manifiesta la funcionaria en el Oficio citado que, en el caso concreto del señor Álvaro Jiménez López, luego de proferida la Resolución No. 0212 de febrero 28 de 1992 por la antigua Superintendencia de Cambios, "...fue notificada a la Curadora *Ad-litem* en marzo 5 de 1992 (...) quien no interpuso recurso de reposición, quedando ejecutoriada la decisión en marzo 12 de 1992" (Fl. 92).

Como se puede apreciar de la documentación obrante en el expediente, la citada Resolución No. 0212 de febrero 28 de 1992 fue notificada personalmente al curador *ad-litem,* designado para el efecto en la actuación administrativa, y posteriormente por edicto desfijado el 10 de abril de 1992, según constancia de la Secretaría General de la Superintendencia de Cambios, visible al folio 10.

Es claro, entonces, que la Administración no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 223 del Decreto 444 de 1967, que como lom explicó la funcionaria del DIAN, ordena notificar la decisión administrativa conforme al procedimiento señalado en el artículo 44 del C.C.A., norma que dispone que debe notificarse personalmente al interesado, a su representante o apoderado y si no hay otro medio más eficaz de informarlo, "...para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto...".

De otra parte, el artículo 45 *ibídem* expresa que si no pudiere hacerse la notificación personal, al cabo de cinco (5) días del envío de la citación se fijará edicto en lugar público del respectivo Despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la respectiva providencia.

En el *sub-lite,* no existe evidencia alguna de haberse cumplido las exigencias que señala la ley para la notificación personal del acto administrativo al interesado, antes de proceder la Administración a notificarlo por edicto. Siendo que el artículo 48 del C.C.A. dispone que, sin el cumplimiento de los requisitos previstos no se tendrá por hecha la notificación ni surtirá efectos legales, el acto administrativo carece de ejecutoriedad, y es obvio que no presta mérito ejecutivo (Art. 68 C.C.A.), por lo que no podía librarse mandamiento de pago con base en el mismo.

Resulta claro que los hechos alegados, referentes a carencia de ejecutoriedad de la Resolución No. 0212 de fecha 28 de febrero de 1992, se encuentran plenamente probados

razón por la cual están llamadas a prosperar las excepciones propuestas con fundamento en dicha circunstancia.

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

FALLA:

1o. Decláranse probadas las excepciones de "Ineficacia del Acto Administrativo Base de la Ejecución por Indebida Notificación" y de "Carencia de Condiciones de Ejecutoriedad del Acto Administrativo Base del Mandamiento Ejecutivo", fundadas en unos mismos hechos, propuestas por la apoderada del señor Álvaro Jiménez López.

2o. Declárese terminado el proceso.

3o. En firme esta providencia vuelva el expediente a la Oficina 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

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

CONCEJAL-Inhabilidad/EMPLEADO PÚBLICO/NULIDAD ELECTORAL/LEY EN EL TIEMPO/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

El principio imperante en nuestra legislación es que la ley rige hacia el futuro salvo en materia penal cuando sea permisiva o favorable (art. 29 C.N.) o cuando en su texto se disponga lo contrario; de tal manera que la nueva ley 177 de 28 de diciembre de 1994, que no se encontraba vigente en la época en que se realizó la elección, el 30 de octubre de 1994, no se le pueden atribuir efectos que alcancen hechos ocurridos con anterioridad a su expedición. El señor Córdoba Maturana estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 43-3 de la Ley 136 de 1994, puesto que no solo dentro de los tres meses, sino en la fecha de su inscripción como candidato al Cabildo local de Pereira, se desempeñaba como docente oficial, toda vez que la referida inscripción se llevó a cabo el 25 de agosto de 1994, su renuncia le fue aceptada a partir del 28 de octubre siguiente y la condición que ostentaba, era la de empleado público. En efecto, por disposición de parágrafo segundo, del artículo 105 de la Ley 115 de febrero 8 de 1994 "Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial". Por su parte, el artículo 123 de la C. N. divide en tres categorías los servidores públicos así: funcionarios de elección popular, trabajadores oficiales y empleados públicos, éstos últimos -como el demandado en este proceso- son nombrados por una autoridad competente y su vinculación es estatutaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expediente No. 1281. Actor: MARCO MARÍN VÉLEZ.

El Tribunal Administrativo de Risaralda remitó el proceso de la referencia, a fin de que se surta el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por esa Corporación el 24 de febrero de 1995.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS, (FLS. 16-22 CDO. NO. 2).

Aduciendo la calidad de Agente del Ministerio Público, el doctor Marco Marín Vélez demandó del Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad del acto declaratorio de elección del señor Atilano Córdoba Maturana, como Concejal de Pereira, para el período 1995-1997.

El demandante considera que el acto impugnado es violatorio del artículo 43-3 de la Ley 136 de 1994 en razón de que, para la fecha de su inscripción, el señor Córdoba Maturana se desempeñaba como docente y, al decir del artículo 3o. del Decreto No. 2277 de 1979, registraba la condición de empleado oficial; en consecuencia, se hallaba inhabilitado "para el acto de inscripción y consecuencialmente salir electo concejal". En el mismo escrito introductorio, el actor solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, invocando para el efecto, el artículo 43-3 de la Ley 136 de 1994.

Por auto calendado el 29 de noviembre de 1994 (fls. 24-27 cdo. No. 2), el *a-quo* admitió la demanda y declaró parcialmente la suspensión provisional del acto impugnado –en lo referente a la elección del señor Atilano Córdoba Maturana– considerando que los documentos aportados con el libelo demostraban que, al momento de incribir su candidatura, el elegido se encontraba inhabilitado, lo que a su vez evidenciaba el quebrantamiento del artículo 43-3 de la Ley 136 de 1994. Esta última decisión fue recurrida por la vía de apelación (fls. 31-32 cdo. No. 2) y confirmaba en esta instancia, mediante providencia fechada el 3 de febrero de 1995 (fls. 36-43 cdo. No. 2).

LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN

(FLS. 51-64 CDO. PPL).

El fallo recurrido declaró la nulidad de la elección demandada, fundamentando su decisión en las razones que la Sala concreta en los siguientes puntos:

a) Inicialemente, el *a-quo* reiteró los argumentos que le sirvieron de fundamento para adoptar la suspensión provisional de la elección impugnada.

b) Las normas de la Ley 136 de 1994 fueron compiladas en el Decreto 2626 del 29 de noviembre de 1994 y el numeral 3o. del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificado por el artículo 11 de la Ley 177 del 28 de diciembre de 1994, en el sentido

de establecer el término de los tres (3) meses previos, no a la fecha de la inscripción sino de la elección. Este cambio para nada vino a modificar la situación objeto de análisis, pues el funcionario laboró hasta el 28 de octubre de 1994 y las elecciones se realizaron el día 30 de los mismos mes y año.

c) Se adujo que la condición de docente del señor Atilano Córdoba Maturana, regido por un estatuto propio, le permitía, no obstante su condición de funcionario, acceder como servidor estatal a la corporación administrativa municipal de Pereira y, además que cuando se inscribió estaba en licencia.

En relación con este aspecto el *a-quo* observó, si el artículo 127 de la Constitución Nacional ha dicho que los empleados no contemplados en la prohibición expresamente señalada en esa norma pueden participar en las actividades y controversias políticas, también ha dejado preceptuado que ello se hará "en las condiciones que señale la ley" y esta fue expedida, precisamente la No. 136 de 1994, indicando que la inhabilidad para ser elegido concejal "queda registrada" a los docentes de primeria y secundaria, más no en tratándose de universitarios. Tal norma no dejó establecida como excepción al estar en licencia, situación ésta que no le quita al servidor estatal su condición de tal; pues la licencia suspende pero no termina la relación laboral.

En relación con el tema, el *a-quo* transcribió apartes de las providencias emanadas de esta Sala el 6 de noviembre de 1992, expediente No. 0779, Consejero Ponente Dr. Jorge Penen Deltieure; el 3 de febrero de 1995, Consejero Ponente Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía y la que en este proceso resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de suspensión provisional (fls. 36-43 cdo. No. 2).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

(FLS. 66-67 Y 75-84 CDO. PPAL).

Las siguientes, son las razones por las que el apoderado del demandado discrepa de la sentencia que recurre:

a) La Ley 177 del 28 de diciembre de 1994 reformó la Ley 136 de 1994, haciendo desaparecer la inhabilidad por las que fue acusado el acto de elección del Concejal Atilano Córdoba Maturana, luego, no podía el *a-quo*, motu propio, extralimitarse en el ejercicio de sus funciones y fallar por fuera de lo que pidió el actor, pues con ello se estaría transgrediendo el principio de congruencia, señalado en el artículo 305 del C.P.C..

b) La sentencia recurrida carece de motivación frente a principios constitucionales como la prevalencia de la norma constitucional consagrada en el artículo 4 de la Carta.

c) El apelante remite a los argumentos expuestos en su alegato de conclusión, relacionados con el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional y al respecto transcribe el siguiente aparte:

"La razón de ser radica en que para el estado de derecho lo importante es la igualdad jurídica de los ciudadanos, y sólo de eso se ocupa. Para el estado es indiferente que una persona sea muy pobre y otra muy rica, siempre que formalmente, en abstracto, sean iguales ante la ley. Para el Estado social, en cambio, es necesario aceptar que esa igualdad jurídica tiene que aproximarse a una igualdad material, que se debe intervenir en favor del más débil y en procura de ir eliminando la iniquidad (sic) real y por esto el estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

A juicio del apelante, en el *sub-júdice* se desconoció el derecho de igualdad que tiene cualquier ciudadano, de aspirar a una corporación de elección popular, colocándolo en el plano de las desigualdades por el hecho de ser profesor de escuela, cuando normas de inferior jerarquía reservan este derecho a docentes de educación superior.

d) Finalmente, sostiene que las leyes 136 y 177 de 1994 son inconstitucionales, pues en su sentir violan el artículo 153 de la C. N., ya que en su trámite no cumplió la revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

La señora Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado encuentra que los documentos públicos allegados al proceso, demuestran que el señor Atilano Córdoba Maturana, estuvo vinculado como maestro, al servicio del Centro de desarrollo Vecinal de Pereira, hasta el 28 de octubre de 1994, fecha de aceptación de la renuncia voluntariamente presentada; que se inscribió como candidato para el Concejo de Pereira el 25 de agosto de 1994 y salió electo Concejal el día 3 de noviembre del mismo año.

El artículo 43-3 de la Ley 136/94, que el demandante considera violado, dispone que "...No podrá ser concejal...Quien dentro de tres (3) meses anteriores a la fecha de la inscripción haya sido empleado público o trabajador oficial, salvo que desempeñe funciones docentes de Educación Superior". Dicha norma comenzó a regir desde la fecha de su publicación, el 2 de junio de 1994 (art. 203 L. 136 de 1994). Por otra parte, el numeral 3 del citado artículo 43 fue modificado por el artículo 11 de la Ley 177 de 1994, pero esta ley inició su vigencia a partir de la fecha de su sanción (28 de diciembre de 1994) derogando las disposiciones que le fueran contrarias lo cual significa que el artículo 43-3 de la Ley 136 de 1994 estuvo vigente hasta el 27 de diciembre de 1994 y hasta esa fecha su cumplimiento era obligatorio.

En tales circunstancias, no cabe duda que se violó la disposición precitada, pues el elegido no estaba cobijado por la excepción consagrada en la misma norma y habiéndose desempeñado, hasta el 28 de octubre de 1994, como docente en el Centro de Desarrollo Vecinal de Pereira, no podía inscribirse válidamente como candidato al concejo, por cuanto se encontraba incurso en la causal de inhabilidad anotada, dado que su inscripción se realizó el 25 de agosto de 1994.

Lo Procuraduría comparte los criterios del Tribunal, relacionados con la posibilidad de participar en política que tienen algunos funcionarios estatales; y con la afirmación en el sentido de que la licenciá suspende pero no termina la relación laboral de un servidor público. Por otra parte encuentra que la sentencia recurrida no vulneró los principios consagrados en los artículos 4o. y 13 de la Carta Política ni el de la congruencia, señalado en el artículo 305 del C.P.C.

En relación con la inconstitucionalidad de las Leyes 136 y 177 de 1994, la Representante del Ministerio Público transcribió apartes de la sentencia dictada por esta Sala el 14 de octubre de 1994 expediente 1097, en la cual se señala que el Consejo de Estado "...no puede adelantar un análisis por fuera de tales parámetros por no tener competencia para actuar en Sede Constitucional".

CONSIDERACIONES

Conforme ha quedado expuesto, la presente controversia se desenvuelve en torno a la elección del señor Atilano Córdoba Maturana como Concejal del Municipio de Pereira para el período constitucional 1995-1997.

Según el actor, la disposición transgredida en el acto de elección acusado es el artículo 43-3 de la Ley 136 de 1994, que a la letra dice:

> "...INHABILIDADES: no podrá ser concejal:
>
> 1.....
>
> 3) Quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de inscripción haya sido empleado público o trabajador oficial, salvo que desempeñe funciones docentes de educación superior.".

El *a-quo,* en la providencia apelada anotó que el artículo 11 de la ley 177 de 1994 modificó el transcrito numeral 3) de la Ley 136 de 1994, así:

> "3) Quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de elección haya sido empleado público o trabajador oficial, salvo que desempeñe funciones docentes de educación superior" (Subrayas de la Sala).

Con fundamento en ello el recurrente manifiesta que la inhabilidad, por la que se acusa el acto de elección del Concejal Atilano Córdoba Maturana, desapareció con la mencionada reforma introducida por la ley 177 de 1994 al numeral 3 del artículo 43 de la ley 136 de 1994, que es el precepto que el demandante estima violado con el acto acusado.

Al respecto señala la Sala que el principio imperante en nuestra legislación es que la ley rige hacia el futuro salvo en materia penal cuando sea permisiva o favorable (art. 29 C. N.) o cuando en su texto se disponga lo contrario; de tal manera que la nueva ley

177 de 28 de diciembre de 1994; que no se encontraba vigente en la época en que se realizó la elección, el 30 de octubre de 1994, no se le puede atribuir efectos que alcancen hechos ocurridos con anterioridad a su expedición.

En cuanto a la mencionada ley 136 de 1994, entró a regir desde su promulgación en el Diario Oficial No. 41377 el 2 de junio del mismo año, por tanto, quienes aspiraban a los cargos de Concejales Municipales, debían tener en cuenta las inhabilidades señaladas en el artículo 43 de ese estatuto.

Dentro de este orden de ideas, la legalidad del acto demandado debe analizarse, como lo hizo el *a-quo* en relación con la norma legal vigente al momento en que aquel se produjo, y que en el *sub-lite*, es el artículo 43, numeral 3) de la ley 136 de 1994 que invoca el demandante, referente a la causal de inhabilidad atrás descrita.

El hecho de que el Tribunal de primera instancia hubiera hecho mención a la reforma introducida al citado precepto observando que "...Este cambio, para nada vino a modificar la situación que nos ocupa; pues el funcionario laboró, como está dicho, hasta el 28 de octubre de 1994 y las elecciones fueron el 30 de octubre del mismo año..." (Fl. 59 cuaderno principal), no significa, como lo sugiere el apelante, que el *a-quo* se extralimitó en el ejercicio de sus funciones proferiendo un fallo por fuera de lo pedido por el actor, como tampoco que exista incongruencia entre los supuestos de derecho señalados en el libelo y lo resuelto por el Tribunal.

Ahora bien, en relación con el aspecto que dio origen a la presente controversia se tiene que la prueba documental traída al proceso permite establecer los siguientes hechos:

a) Mediante Decreto No. 02219 del 26 de febrero de 1974 (fls. 1-4 cdo. No. 1), el Gobernador del Departamento de Risaralda nombró al demandado, señor Atilano Córdoba Maturana, como maestro sin escalafón a seccional de la Escuela Rural San Pedro Claver de Pueblo Rico; la posesión subsiguiente se llevó a efecto el 7 de marzo de 1974, según la cuenta la copia del acta de posesión No. 00696, visible al folio 7 del cuaderno No. 1.

b) Por Decreto No. 1186 del 27 de febrero de 1978 (fls. 5-6 cdo. No. 1), el Gobernador de Risaralda resolvió trasladar al mencionado docente, del cargo de Director de la Escuela Rural Santa Bárbara en Santa Rosa de Cabal, a seccional de la Escuela Urbana Juvenal Cano Moreno, en Pereira.

c) Por Decreto 0688 del 19 de junio de 1979 (fls. 8-10 cdo. No. 1), el Gobernador del departamento de Risaralda, trasladó al señor Córdoba Maturana, maestro escalafonado en 2a. categoría, seccional en la Escuela Urbana Juvenal Cano Moreno, a igual cargo en el Centro de Desarrollo Vecinal en el Municipio de Pereira.

d) Por Decreto No. 749 del 28 de octubre de 1994 (fl. 11 cdo. No. 1), el Alcalde de Pereira aceptó, a partir de la misma fecha, la renuncia presentada por Atilano Córdoba

Maturana, del cargo de directivo docente que desempeñaba en el Centro de Desarrollo Vecinal mencionado.

e) Según da cuenta la copia del acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de lista de candidatos (fls. 12 cdo. No. 1), el señor Atilano Córdoba Maturana se inscribió, el 25 de agosto de 1994, como candidato al Concejo Municipal de Pereira.

Los hechos referidos demuestran que el señor Córdoba Maturana estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 43-3 de la ley 136 de 1994, puesto que no solo dentro de los tres meses, sino en la misma fecha de su inscripción como candidato al Cabildo local de Pereira, se desempeñaba como docente oficial, toda vez que la referida inscripción se llevó a cabo el 25 de agosto de 1994, (fl. 12 vto. cdo. No. 1), su renuncia le fue aceptada a partir del 28 de octubre siguiente (fl. 11 cdo. No. 1) y la condición que ostentaba, era la de empleado público.

En efecto, por disposición del parágrafo segundo, del artículo 105 de la Ley 115 de febrero 8 de 1994 "Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial" (se subraya). Por su parte, el artículo 123 de la C. N. divide en tres categorías los servidores públicos así: funcionarios de elección popular, trabajadores oficiales y empleados públicos, estos últimos –como el demandado en este proceso– son nombrados por una autoridad competente y su vinculación es estatutaria.

En cuanto a los argumentos del apelante que hace derivar de la aplicación de la ley en el tiempo, los considera la Sala irrevelantes con fundamento en lo que anteriormente expresó en el sentido de que la ley rige hacia el futuro, quedando así mismo descartado el planteamiento en lo que respecta a la inaplicación del principio consagrado en el artículo 4o. de la Constitución que se refiere a la excepción de inconstitucionalidad.

De otra parte, observa la Sala que no podría desconocerse un derecho como el que invoca el actor consagrado en el artículo 13 *ibídem,* cuando como, en el presente caso, la inhabilidad alegada está señalada expresamente en la ley y fue plenamente demostrada en el proceso.

El Juez administrativo, al resolver las pretensiones de la demanda, se limita a confrontar si el acto acusado viola o no norma de rango superior invocada en el libelo demandatorio y, si así lo encuentra, procede mediante el fallo respectivo al restablecimiento de la legalidad. Por manera que sobre este aspecto no se observa violación al derecho de igualdad como lo plantea el recurrente, como tampoco de ninguna de las demás disposiciones por él citadas.

Finalmente, en cuanto al argumento de que las leyes 136 y 177 de 1994 son inconstitucionales por defectos en su trámite, no es asunto que pueda debatirse ante esta jurisdicción, pues ello es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 241 de la Carta Política.

En síntesis asistió la razón al *a-quo* en su desición de declarar nulo el acto impugnado y, en consecuencia, será confirmada la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él.

FALLA:

Confírmase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 24 de febrero de 1995.

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

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

EDILES-Inhabilidades/**PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD/CARGO PÚBLICO**-Destitución/**SERVIDORES PÚBLICOS/EDUCADORES/ACTO DE ELECCIÓN**-Nulidad/**VACANCIA/JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL**-Presidente

Encuentra la Sala que prosperan todos los cargos formulados en la demanda, ya que aparecen configuradas en cabeza del elegido las dos causales de inhabilidad referidas de acuerdo con los elementos probatorios que obran en el expediente, que no dejan duda que al señor Wilson Parra Vanegas, dentro de los diez (10) años anteriores al 30 de octubre de 1994, fecha de su elección como miembro de la Junta Administradora Local de la Comuna La Bella, fue condenado a pena privativa de la libertad, y también sancionado con destitución del cargo público de Inspector Rural de Policía de la misma comuna. En conclusión, su elección como miembro de la citada Junta Administradora Local bajo cualquiera de dichas circunstancias de inhabilidad en el artículo 228 del C.C.A., debiendo ser declarada la nulidad de dicho acto, como así habrá de disponerse. Por disposición del artículo 105 de la ley 115 de febrero 8 de 1994, "los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial". A su turno el artículo 123 de la Constitución clasifica los servidores públicos así: Funcionarios de elección popular, trabajadores oficiales y empleados públicos. Demuestra lo anterior, que la prenombrada, en la fecha de la elección era servidora pública al servicio del Municipio de Pereira en calidad de docente, y, es obvio, que en estas condiciones no podía ser validamente elegida como miembro de Junta Administradora Local, por prohibirlo expresamente el citado numeral 3 del artículo 124 de la ley 136 de 1994. En cuanto a las demás pretensiones del actor, anota la Sala que la vacancia que

produce la declaratoria de nulidad de los actos de elección de Wilson Parra Vanegas, María Edith Rúa Arias y Fernando de Jesús Fernández Henao, como miembros, respectivamente, de las Juntas Administradoras Locales de las comunas La Bella, Olímpica y Tribunas del Municipio de Pereira, deberá ser provista por el respectivo Presidente de dichas Juntas Administradoras Locales, en la forma como lo dispone el artículo 129 de la ley 136 de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DENISE DUVIAU DE PUERTA.

Referencia: Expedientes Nos. 1187-1188-1189. Actor: MARCO MARÍN VÉLEZ. ACUMULADOS.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia en los procesos acumulados de la referencia.

ANTECEDENTES

1.- PROCESO No. 1187.

LA DEMANDA

El doctor Marco Marín Vélez, agente del Ministerio Público ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, en ejercicio de la acción electoral, solicitó la nulidad del acta de escrutinio de fecha 3 de noviembre de 1994 mediante la cual se declaró la elección del señor Wilson Parra Vanegas como miembro de la Junta Administradora Local Comuna La Bella de Pereira para el período Constitucional 1995-1997. Como consecuencia de lo anterior, se proceda a su reemplazo en los términos señalados por el artículo 129 de la ley 136 de 1994.

Afirma el demandante que el señor Wilson Parra Vanegas, para la fecha de inscripción y elección como edil se hallaba inhabilitado, toda vez que "....registra sanción de destitución impuesta en Resolución No. 015 de junio 24 de 1992 de la Procuraduría Provincial de Pereira, debidamente confirmada a través de Resolución Nro. 445 de agosto 19 de 1993 de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa; además, aparece condenado a 16 meses de prisión por el delito de falsedad en documentos, según sentencia de junio 1 de 1994 y julio 29 de 1994 proferidas por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira" (fls. 53 y 54 exp. No. 1187), con el agravante de haber sido inhabilitado por el término de tres (3) años para ejercer funciones públicas según Resolución No. 725 de junio 8 de 1994 de la Alcaldía Municipal de Pereira y veintidós (22) meses de interdicción para ejercer derechos y funciones públicas, acorde a la pena impuesta por el Juzgado Séptimo Penal y Tribunal Superior mencionados.

Considera el actor quebrantado el artículo 124 numerales 1 y 2 de la ley 136 de 1994, que preceptúan que no podrán ser elegidos miembros de las Juntas Administradoras Locales quienes hayan sido condenados a pena privativa de libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección o sancionados con destitución de cargo público.

En capítulo separado del mismo libelo solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la que fue decretada por auto de fecha enero 12 de 1995 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Durante la oportunidad legal para contestar la demanda, la parte demandada guardó silencio.

2.- PROCESO No. 1188

LA DEMANDA

El doctor Marco Marín Vélez, agente del Ministerio Público, en ejercicio de la acción electoral, solicitó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad del acta de escrutinio de fecha 3 de noviembre de 1994, mediante la cual se declaró la elección de la señora María Edith Rúa Arias como miembro de la Junta Administradora Local Comuna Olímpica de Pereira para el período 1995-1997. Como consecuencia pidió que se proceda a su reemplazo en los términos que ordena el artículo 129 de la ley 136 de 1994.

Sostiene el actor que la elegida se hallaba inhabilitada porque para la fecha de inscripción de su candidatura y posterior elección era empleada oficial en calidad de docente de tiempo completo en el Colegio Gimnasio Risaralda de Pereira.

Considera violado el artículo 124, numeral 3, de la ley 136 de 1994 el cual dispone que los servidores públicos no pueden ser elegidos miembros de Junta Administradora Local, "... limitación que, se reitera por la cita 130 inciso 1o. *ibídem.*" (Fl.12 exp. 1188).

Solicitó también la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue decretada mediante proveído de fecha 20 de enero del presente año proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El término de fijación en lista venció sin manifestación alguna de la demandada.

3.- PROCESO No. 1189

LA DEMANDA

El doctor Marco Marín Vélez, en ejercicio de la acción electoral, solicitó la nulidad del acta de escrutinio calendada a 3 de noviembre de 1994, mediante la cual se declaró

la elección del señor Fernando de Jesús Fernández Henao como miembro de la Junta Administradora Local Comuna Tribunas de Pereira para el período Constitucional 1995-1997. Como consecuencia, se proceda a su reemplazo conforme a lo dispuesto por el artículo 129 de la ley 136 de 1994.

Explica el actor que el elegido en la fecha de inscripción y elección se hallaba inhabilitado toda vez que fue condenado a seis meses de arresto y multa de $10.000. por el delito de inasistencia alimentaria, mediante sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pereira el 8 de junio de 1992.

La norma que estima transgredida es el numeral 1o. del artículo 124 de la ley 136 de 1994 según el cual, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes hubieren sido condenados a pena privativa de libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección.

El actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado y así fue decretado por auto de fecha 12 de enero de 1995 dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado se abstuvo de contestar la demanda.

LA ACUMULACIÓN

Decretadas y practicadas las pruebas, mediante auto de fecha 30 de marzo de 1995 se decretó la acumulación de los procesos electorales Nos. 1187, 1188 y 1189 para ser fallados en una misma sentencia.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado, luego de examinar detenidamente las pruebas allegadas a los procesos encontró, que está debidamente demostrado que los señores Wilson Parra Vanegas, Maria Edith Rúa Arias y Fernando de Jesús Fernández Henao, elegidos ediles, estaban incursos en las causales de inhabilidad que respecto de cada uno señala el demandante y, en consecuencia, solicitó que las pretensiones de las demandas deben ser despachadas favorablemente.

CONSIDERACIONES

PROCESO No. 1187

Se formulan cargos al señor Wilson Parra Vanegas quien fue elegido miembro de la Junta Administradora Local Comuna La Bella de Pereira, en las elecciones del 30 de octubre de 1994.

Se afirma que el mencionado ciudadano se hallaba inhabilitado para ser electo, toda vez que fue sancionado con destitución en el ejercicio del cargo de Inspector Rural de la Bella del Municipio de Pereira e igualmente, inhabilitado por tres (3) años para el ejercicio de funciones públicas. Y condenado a pena privativa de la libertad por el delito de falsedad en documento, con pena accesoria de interdicción para ejercer derechos y funciones públicas.

En el caso de autos está demostrado que en el proceso disciplinario seguido en contra del señor Wilson Parra Vanegas, en su condición de Inspector Rural de la Vereda La Bella, mediante Resolución No. 015 de 24 de junio de 1992, el Procurador Provincial de Pereira lo sancionó con destitución del cargo (Fls. 1 a 6).

Que la decisión anterior fue confirmada por Resolución No. 445 de 19 de agosto de 1993 de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa (Fls. 8 a 13), quedando ejecutoriada una vez notificada personalmente al señor Parra Vanegas el 25 de agosto de 1993, tal como aparece constancia de ello en el documento visible al folio 14.

Y que por Resolución No. 725 de 8 de junio de 1994 el Alcalde del Municipio de Pereira, dando cumplimiento a lo ordenado por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, hizo efectiva la sanción de destitución del cargo del señor Wilson Parra Vanegas, y lo inhabilitó por el término de tres (3) años para el ejercicio de funciones públicas. (Fl. 15).

También aparece comprobado que contra el mismo Wilson Parra Vanegas se adelantó proceso penal por delito de falsedad en documento público, habiendo sido condenado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, a la pena principal de dieciséis meses de prisión y pena accesoria de interdicción para ejercer derechos y funciones públicas por igual término, mediante proveído de fecha 1°. de junio de 1994, visible de folios 23 a 29.

Recurrido en apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en providencia de julio 29 de 1994, confirmó el anterior fallo condenatorio en contra de Wilson Parra Vanegas, modificándolo en cuanto a la pena privativa de la libertad, quedando definitivamente en veintidós meses de prisión y la accesoria en la misma proporción. (Fls. 31 a 50).

Dicho fallo, según informe de fecha 30 de agosto de 1994, de la Secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal, se encuentra debidamente ejecutoriado. (Fl. 51).

Las causales de inhabilidad invocadas por el demandante son las consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 124 de la ley 136 de 1994, del siguiente tenor:

> "ARTÍCULO 124 – INHABILIDADES: Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la Ley, no podrán ser elegidos miembros de junta administradora local quienes:

1) 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.

2) Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados mas de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público.

....."

Encuentra la Sala que prosperan todos los cargos formulados en la demanda, ya que aparecen configuradas en cabeza del elegido, las dos causales de inhabilidad referidas de acuerdo con los elementos probatorios que obran en el expediente, que no deja duda de que el señor Wilson Parra Vanegas, dentro de los diez (10) años anteriores al 30 de octubre de 1994, fecha de su elección como miembro de la Junta Administradora Local de la Comuna La Bella, Municipio de Pereira, para el período 1995-1997, fue condenado a pena privativa de la libertad, y también sancionado con destitución del cargo público de Inspector Rural de Policía de la misma Comuna.

En conclusión, su elección como miembro de la citada Junta Administradora Local bajo cualquiera de dichas circunstancias de inhabilidad resulta inválida a la luz de lo establecido en el artículo 228 del C.C.A., debiendo ser declarada la nulidad de dicho acto, como así habrá de disponerse.

PROCESO No. 1188

Se atribuye a la señora María Edith Rúa Arias, que para la época de su inscripción como candidata a miembro de Junta Administradora Local por la Comuna Olímpica de Pereira y posterior elección en esa dignidad el 30 de octubre de 1994, era empleada oficial como docente de tiempo completo en el Colegio Gimnasio Risaralda de Pereira estando, por tanto, inhabilitada a tenor de lo previsto en el numeral 3 del artículo 124 de la ley 136 de 1994, se dispone que no podrán ser elegidos miembros de junta administradora local, quienes:

".....

3) Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las juntas y consejos directivos de las entidades públicas."

De conformidad con los documentos traídos a los autos, aparece que la señora María Edith Rúa Arias, tomó posesión el 11 de junio de 1976 en la Secretaría de Educación Pública de Risaralda, del cargo de profesora de cuarta categoría para el bachillerato nocturno del Colegio Bernardo Arias Trujillo de La Virginia. (fl. 1).

Mediante Resolución No. 0201 de 22 de febrero de 1983, el Gobernador del Departamento de Risaralda trasladó a la susodicha docente al Gimnasio Risaralda de Pereira. (Fl. 5).

Y según lo informa el Jefe Sección Recurso Humano de la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, en oficio 1941 de 11 de noviembre de 1994, en esa fecha, María Edith Rúa Arias, aún se desempeñaba como docente en el Colegio Gimnasio Risaralda. (Fl.9).

Por disposición del artículo 105 de la ley 115 de febrero 8 de 1994, "los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial". A su turno el artículo 123 de la Constitución clasifica a los servidores públicos así: Funcionarios de elección popular, trabajadores oficiales y empleados públicos.

Demuestra lo anterior, que la prenombrada, en la fecha de la elección era servidora pública al servicio del Municipio de Pereira en calidad de docente y, es obvio, que en estas condiciones, no podía ser válidamente elegida como miembro de Junta Administradora Local, por prohibirlo expresamente el citado numeral 3 del artículo 124 de la ley 136 de 1994.

En consecuencia de lo razonado, la Sala debe reconocer que el cargo prospera y, por lo mismo, se impone declarar la nulidad del acto de elección de María Edith Rúa Arias como miembro de la Junta Administradora Local de la Comuna Olímpica del Municipio de Pereira para el período constitución 1995-1997.

PROCESO No. 1189

Se demandó la acción del señor Fernando de Jesús Fernández Henao como miembro de la Junta Administradora Local Comuna Tribunas del municipio de Pereira para el período constitucional 1995-1997, por haber sido condenado a pena de arresto dentro del término indicado en el pretranscrito numeral 1o. del artículo 124 de la ley 136 de 1994, disposición que el actor considera quebrantada.

Al examinar la documentación obrante en el expediente se pudo constatar que, contra Fernández Henao, se adelantó proceso de inasistencia alimentaria en el Juzgado Quinto Penal Municipal, habiendo sido condenado a la pena principal de seis (6) meses de arresto y multa de diez mil pesos ($10.000), mediante sentencia No. 024 de junio 8 de 1992. (Fls. 2 a 15).

Dicha providencia se notificó por edicto desfijado el 16 de junio del citado año (Fls. 18 y 19).

En auto de fecha junio 19 de 1992, la Juez Quinta Penal Municipal de Pereira declaró legalmente ejecutoriada la sentencia mencionada porque en su contra no se interpuso ningún recurso. (Fl. 20).

La Sala acoge la pretensión de nulidad del acto de elección acusado porque los supuestos de la inhabilidad invocada se dan en el *sub-lite,* toda vez que, efectivamente, dentro de los diez (10) años anteriores a la elección de Fernando de Jesús Fernández Henao, como edil de la Comuna Tribunas de Pereira, fue condenado a pena privativa

de libertad durante seis (6) meses por la comisión del delito contra la familia de inasistencia alimentaria, previsto en el artículo 263 del Código Penal, no comprendido dentro de las dos excepciones que contempla el citado numeral 1o. del artículo 124 de la ley 136 de 1994. Por consiguiente tal situación inhabilitante torna inválida la elección sin que se requiera mas raciocinio para concluir que debe ser declarada la nulidad del correspondiente acto.

En cuanto a las demás pretensiones del actor, anota la Sala que la vacancia que produce la declaratoria de nulidad de los actos de elección de Wilson Parra Vanegas, María Edith Rúa Arias y Fernando de Jesús Fernández Henao, como miembros, respectivamente de las Juntas Administradoras Locales de las Comunas La Bella, Olímpica y Tribunas del Municipio de Pereira, deberá ser provista por el respectivo Presidente de dichas Juntas Administradoras Locales, en la forma como lo dispone el artículo 129 de la ley 136 de 1994-.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1.- Declárase la nulidad de los actos por medio de los cuales se declararon elegidos a los señores Wilson Parra Vanegas miembro de la Junta Administradora Local Comuna La Bella, María Edith Rúa Arias miembro de la Junta Administradora Local Comuna Olímpica y Fernando de Jesús Fernández Henao miembro de la Junta Administradora Local Comuna Tribunas, del Municipio de Pereira, para el período 1995-1997.

2.- Lo resuelto en esta sentencia comuníquese a los Presidentes de la Juntas Administradoras Locales Comunas La Bella, Olímpica y Tribunas del municipio de Pereira, para los fines correspondientes.

3.- En firme esta providencia, archívense los procesos acumulados Nos. 1187, 1188 y 1189.

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

DENISE DUVIAU DE PUERTA

LUÍS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

JURISDICCIÓN COACTIVA/EXCEPCIONES A TÍTULO EJECUTIVO/CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN/CERTIFICACIÓN/TÍTULO EJECUTIVO/COBRO DE LO NO DEBIDO-Improcedencia

Reiteradamente ha dicho esta Sala que en procesos ejecutivos, tan sólo son admisibles los medios exceptivos previstos en el artículo 509-2 del C.P.C. En este orden de odeas resulta forzoso concluir que, la excepción de "cobro de lo no debido", propuesta por el apoderado de la ejecutada es improcedente en la medida que no aparece dentro de las taxativamente señaladas en la norma transcrita, razón por la cual, la Sala se abstendrá de hacer análisis alguno en relación con dicho medio exceptivo. Del contenido de la certificación aludida se infiere que, el monto de la contribución asignada a la firma ejecutada fue determinado, según la Resolución No. 04 de noviembre de 1993, de acuerdo al beneficio recibido y si dicho acto administrativo adquirió firmeza desde el 31 de diciembre de 1993, la administración municipal de Villavicencio estaba obligada a realizar, tal como ordena el artículo 64 del C.C.A., todos los actos necesarios para su cumplimiento. Ello explica que, con el objeto de obtener la prestación señalada, expidiera la certificación No. 029 del 25 de julio de 1994. Luego, si el art. 241 Decreto 1333 de 1986 no condiciona la validez ni la exigibilidad de la certificación sobre la existencia de deuda al ejercicio de recursos administrativos, o a su eficacia del instrumento que en el *sub-lite* sirve de fundamento de la pretensión coercitiva (Certificación No. 0029 del 25 de julio de 1994) ni de su contenido obligacional a cargo de la sociedad demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ.

Referencia: Expediente No. 0494. Actor: INSTITUTO DE VALORIZACIÓN MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO C/ PERILLA DURÁN Y CIA. S. EN C.S.

Se resuelven las excepciones propuestas, por el apoderado de la ejecutada, contra el mandamiento de pago proferido el 12 de agosto de 1994 por la División de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Valorización Municipal de Villavicencio en contra de la firma "Perilla Durán y Cía. S. en C.S", por la cantidad de dieciocho millones setecientos veintiseis mil quinientos veintidós pesos ($18.726.522) M/cte. más los intereses y costas que se causaren en el proceso.

El título de recaudo es la certificación No. 0029 de julio 25 de 1994 por medio del cual se certifica la existencia de la deuda fiscal exigible de la contribución de valorización en mora de pago a cargo de la sociedad Perilla Durán y Cía. S. en C.S., según lo aprobado en la Resolución No. 04 de noviembre 29 de 1993 (Fls. 1 y 2 cuaderno 2 y 20 a 26 cuaderno 1).

El mandamiento ejecutivo de pago fue notificado personalmente el 5 de octubre de 1994 a la representante legal de la sociedad ejecutada (fl. 6 cuaderno 1) quien por conducto de apoderada propuso dos excepciones que denominó falta de requisitos legales y formales del título de recaudo y, cobro de lo no debido.

El primero de tales medios exceptivos lo fundamentó en que el título de recaudo (certificación No. 0029 del 25 de julio de 1994) no fue notificado ni publicado antes de dictarse el mandamiento de pago, resultando una nulidad que debe ser declarada, de conformidad con lo ordenado en el artículo 141 del C.P.C.; el segundo de ellos se hizo consistir en que, para fijar el monto del gravamen impuesto al predio "Concordia", de propiedad de la ejecutada, se acogió como área cierta la cantidad de 358.364 metros cuadrados, sin tener en cuenta que el globo de terreno presenta graves fallas geológicas y naturales, factores que de haberse tomado en cuenta habrían determinado que el monto no alcanzara el 20% del valor del impuesto.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 128-13 del C.C.A., en concordancia con el 265 *ibídem* y lo. del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado, esta Sala es competente para resolver las excepciones propuestas por la parte demandada. Según advierte el auto fechado el 8 de noviembre de 1995 (sic), mediante el cual el funcionario ejecutor remitió el proceso a esta Corporación (fl. 8 cdo. ppl.), las excepciones se propusieron "dentro del término".

Reiteradamente ha dicho esta Sala que en procesos ejecutivos como el presente, tan solo son admisibles los medios exceptivos previstos en el artículo 509-2 del C.P.C., que a la letra dice:

"...Excepciones que pueden proponerse.

.....

Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida. Cuando la ejecución se adelante como lo dispone el inciso primero del artículo 335, no podrán proponerse excepciones previas."

En este orden de ideas resulta forzoso concluir que, la excepción de "cobro de lo no debido", propuesta por el apoderado de la ejecutada es improcedente en la medida que no aparece dentro de las taxativamente señaladas en la norma transcrita, razón por la cual, la Sala se abstendrá de hacer análisis alguno en relación con dicho medio exceptivo.

La segunda excepción se hace consistir en que el título de recaudo no fue notificado ni publicado antes de dictarse el mandamiento de pago lo cual conduce a una nulidad que debe ser declarada conforme al artículo 141 del C.P.C..

El motivo de nulidad alegado corresponde al previsto en la norma transcrita y teniendo en cuenta que el hecho aducido, como medio exceptivo, apunta a desvirtuar la eficacia y exigibilidad del documento que sirve de recaudo, la Sala procederá a analizar la segunda excepción planteada por el ejecutado.

La certificación No. 0029 del 25 de julio de 1994, expedida por el Instituto de Valorización Municipal de Villavicencio (fl. 1 cdo. No. l), da cuenta de los siguientes hechos:

a) Que por medio de los Acuerdos Nos. 43 del 29 de agosto de 1990; 04 del 5 de marzo de 1993 y 38 del 27 de mayo del mismo año, el Concejo Municipal de Villavicencio determinó el estudio y realización del plan integral de obras para ese municipio, por el sistema de valorización "P.I.O.".

b) Que mediante Resolución No. 4 del 29 de noviembre de 1993, expedida por el Instituto de valorización Municipal de Villavicencio, se aprobaron las zonas de influencia, el presupuesto y el cuadro de distribución de las obras ejecutadas. Dicho acto administrativo quedó ejecutoriado el 31 de diciembre de 1993.

c) Que al bien inmueble catastrado bajo el número 010700950001000, con matrícula inmobiliaria No. 230-0048524, ubicado en "Concordia, vereda Ocoa", con un área de 358.364 metros cuadrados, que aparece a nombre de la ejecutada, se le asignó una contribución de diez y ocho millones setecientos veintiséis mil quinientos veintidós pesos ($18.726.522), acorde con el beneficio recibido.

d) Y que desde la fecha de ejecutoria de la citada Resolución No. 4 de 1993, el demandado se encontraba en mora de pagar la contribución asignada.

Del contenido de la certificación aludida se infiere que, el monto de la contribución asignada a la firma ejecutada fue determinado, según la Resolución No. 04 del 25 de noviembre de 1993, de acuerdo al beneficio recibido y si dicho acto administrativo adquirió firmeza desde el 31 de diciembre de 1993, la administración municipal de Villavicencio estaba obligada a realizar, tal como ordena el artículo 64 del C.C.A., todos los actos necesarios para su cumplimiento. Ello explica que, con el objeto de obtener la prestación señalada, expidiera la certificación No. 029 del 25 de julio de 1994. En relación con esta clase de documentos el artículo 241 del Decreto 1333 de 1986 expresa:

> "....Para el cobro por jurisdicción coactiva de las contribuciones de valorización nacionales, departamentales **municipales** y del Distrito Especial de Bogotá, se seguirá el procedimiento especial fijado por el decreto-ley 1 de 1984, artículo 252, **y prestará mérito ejecutivo la certificación sobre la existencia de la deuda fiscal exigible que expida el jefe de la oficina a cuyo cargo está la liquidación de estas contribuciones** o el reconocimiento hecho por el correspondiente funcionario recaudador ..." (subraya y resalta la Sala).

Luego, si la norma transcrita no condiciona la validez ni la exigibilidad de la certificación sobre existencia de deuda al ejercicio de recursos administrativos, o a su notificación o publicación, no existe razón para dudar de la eficacia del instrumento que en el *sub-lite* sirve de fundamento a la pretensión coercitiva (Certificación No. 0029 del 25 de julio de 1994) ni de su contenido obligacional a cargo de la sociedad demandada.

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

FALLA:

1.- Declárase improcedente la excepción de cobro de lo no debido.

2.- Declárase no probada la excepción de falta de requisitos legales y formales del título de recaudo.

3.- Continúe la ejecución.

4.- Condénase en costas al ejecutado, y liquídense de acuerdo a la ley.

Devuélvase el expediente a la oficina 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

MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ

MIRÉN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Ausente con excusa legal

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**PERSONERO MUNICIPAL**-Término de Elección/**PERSONERO MUNICIPAL**-Inhabilidades

Estando determinadas expresamente en los artículos 173 y 174 de al ley 136 de 1994 las calidades e inhabilidades para ser elegido Personero Municipal y no hallándose comprendida en tales disposiciones la situación que pone de presente el peticionario, considera la Sala que sólo mediante un amplio y dilatado raciocinio puede establecerse si el hecho de haber sido elegido en dicho cargo por fuera de los términos que señala la ley afecta la validez del acto, lo cual no es propio hacer en esta oportunidad procesal donde no cabe hacer otras consideraciones distintas a la ostensible violación de las disposiciones jurídicas invocadas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ.

Referencia: Expediente No. 1359. Actor: MARCELO ORDÓÑEZ HURTADO.

De plano, conforme lo ordena el último inciso del artículo 155 del C.C.A., modificado por el artículo 33 del Decreto 2304 de 1989, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra el auto proferido el 14 de marzo de 1995 por el Tribunal Administrativo del Cauca, pero sólo en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

El ciudadano Marcelo Ordóñez Hurtado, por conducto de apoderado, presentó demanda el 23 de febrero de 1995 ante el Tribunal Administrativo del Cauca para que

sea declarada la nulidad del Acta No. 003 de febrero lo. de 1995 expedida por el Concejo Municipal de Rosas, Cauca, mediante la cual fueron elegidos como Personero el señor Ciro Jesús Cerón Ordóñez y como Personero suplente la señorita Leby Patricia Agredo Rivera.

Argumenta que la elección se realizó por fuera de los términos que señala el artículo 170 de la ley 136 de 1994 y que los elegidos se encuentran inhabilitados pues el primero se desempeña como Personero Municipal de La Vega y la segunda como funcionaria de la Corporación para la Reconstrucción y Desarrollo del Cauca C.R.C.

En forma subsidiaria, solicitó que se ordene la cancelación de las respectivas credenciales de Personero Municipal de Rosas y de Personero Suplente de la citada localidad, así como también se decrete el restablecimiento automático del derecho del señor Ordóñez Hurtado "...en el sentido de que su cargo de Personero Municipal de Rosas (Cauca) que viene desempeñado, se prorroga automáticamente para el período comprendido entre el primero (1o.) de marzo de 1995 y el último día del mes de febrero de 1998, según el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, disponiendo su reintegro y el pago de todo lo dejado de devengar..." (Fl. 15).

En capítulo separado del mismo libelo, solicitó la suspensión provisional del acto acusado por violación manifiesta, ostensible y evidente de las siguientes disposiciones: Artículos 35 y 170 de la ley 136 de 1994 y los artículos 60 y 227, inciso 2o. del decreto ley 2626 de 1994. Explica que es flagrante la incompetencia del Concejo Municipal de Rosas (Cauca) por cuanto debió efectuar la mencionada elección dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero, "...y como consta en el acto impugnado que se adjunta a la demanda, la susodicha elección de Personeros Municipales de Rosas (Cauca) se llevó a cabo el día (1oo) (sic) de febrero de 1995". (Fl. 17).

EL AUTO APELADO

En proveído de fecha 14 de marzo de 1995, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y no accedió a la suspensión provisional solicitada, aduciendo en esencia que según consta en el Acta No. 003 de febrero 1o. de 1995 se hizo la elección de Personeros, pero se observa que el Acta que antecedió fue la No. 02 de 9 de enero del año en curso y para entrar a verificar si se presenta o no transgresión de las disposiciones invocadas "...se requiere de una contabilización y confrontación de las fechas, porque se debe tener en cuenta que la norma citada, también regula que la elección de personero se podrá hacer en cualquier período de sesiones ordinarias y extraordinarias, cuando se presente faltas absolutas, y no se halla demostrado que este evento no se hubiere presentado; es decir no existe prueba documental que certifique que el cargo fue desempeñado por el actor, en forma continua e ininterrumpida de su período legal, hasta el 28 de febrero de 1995" (Fls. 28 y 29).

EL RECURSO

Oportunamente, el demandante recurrió en apelación, argumentando que la prueba documental que el *a-quo* busca con tanto afán e insistencia se encuentra en el texto del

Acta No. 003 de 1o. de febrero de 1995 emanada del Concejo Municipal de Rosas, en la cual aparecen las manifestaciones de los concejales Telmo Garzón y Jesús Salazar que prueban que en el período legal de 1992 a 1995 no se presentó falta absoluta en el cargo de personero municipal puesto que su representado se encontraba desempeñando dicho cargo, y que en el evento de haberse presentado la falta, los Concejales no tendrían razón para expresar su temor por una elección irregular.

Señala que la jurisprudencia se encarga de la suspensión provisional de los actos administrativos que han sido expedidos con flagrante violación de la ley, y solicita que se reforme el auto recurrido, para en su lugar, acceder a decretar la suspensión provisional del acto acusado.

Acreditado como está que el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Rosas para la vigencia de 1995 asciende a la suma de quinientos diez millones de pesos ($510.000.000.oo), es competente esta Corporación para conocer del presente asunto.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, tratándose de acciones de nulidad, es procedente la suspensión provisional del acto acusado ante la infracción manifiesta de una de las disposiciones jurídicas invocadas como fundamento de la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el presente caso, en la petición de suspensión provisional, el demandante se concreta a señalar que es flagrante la incompetencia del Concejo Municipal de Rosas al momento de realizar la elección de Personero porque se efectuó por fuera del término legal, aduciendo la ostensible violación de los artículos 35 y 170 de la ley 136 de 1994 y los artículos 60 y 227, inciso segundo del Decreto 2626 de 1994, los cuales señalan que los Concejos deben elegir Personeros dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero y, en el *sub-lite,* tal elección se llevó a cabo el 1o. de febrero de 1995.

En relación con el hecho de no estar demostrada la falta absoluta en el cargo de quien se desempeñaba como Personero en el período anterior que aduce el *a-quo,* y que, según el apelante, se halla comprobado que no se presentó, de acuerdo con las manifestaciones de los Concejales Telmo Garzón y Jesús Salazar, contenidas en la mencionada Acta No. 003, observa la Sala que lo controvertido en el *sub-lite* es el acto de elección de Personero Municipal y de Personero Suplente de Rosas, Cauca, realizada el 1o. de febrero de 1995 y que de conformidad con él artículo 228 del C.C.A. en ejercicio de la acción electoral puede pedirse ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de la elección cuando haya sido hecha en favor de un candidato que no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido.

Por tanto, estando determinadas expresamente en los artículos 173 y 174 de la ley 136 de 1994 las calidades e inhabilidades para ser elegido Personero municipal y no

hallándose comprendida en tales disposiciones la situación que pone de presente el peticionario, considera la Sala que sólo mediante un amplio y dilatado raciocinio puede establecerse si el hecho de haber sido elegido en dicho cargo por fuera de los términos que señala la ley afecta la validez del acto, lo cual no es propio hacer en esta oportunidad procesal donde no cabe hacer otras consideraciones distintas a la ostensible violación de las disposiciones jurídicas invocadas.

Lo anteriormente dicho descarta los argumentos del apelante, y por las razones anotadas, será confirmado el auto apelado.

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

RESUELVE:

1o.- Confirmar por las razones anotadas, el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 14 de marzo de 1995, en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional del acto acusado.

2o.- En firme esta providencia, remítase 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 VELÁZQUEZ
Presidente

MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Ausente con excusa legal

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

TRASTEO DE VOTOS/VOTANTE/DOMICILIO/RESIDENCIA/CENSO ELECTORAL/FALSEDAD/APOCRIFIDAD/NULIDAD ELECTORAL-Improcedencia/ **CORRUPCIÓN DEL ELECTOR/SANCIÓN PENAL/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.**

Respeto al denominado "trasteo de votos", figura que en materia electoral resulta de la interpretación del artículo 316 de la C.N., la jurisprudencia de la Sala ha sido constante y unánime al expresar que el propósito del constituyente al exigir en este canon la condición de residente para sufragar en los comicios de autoridades locales, es el de impedir el acarreo de electores de una circunscripción a otra, para evitar que personas ajenas al respectivo municipio, influyan en las decisiones que en éste deban adoptarse a nivel político administrativo, constituyéndose en un obstáculo para el desarrollo de estos entes territoriales. Se halla vigente el artículo 4 de la Ley 163 de agosto 31 de 1994 que dispone: "Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral. Se entiende que, con la inscripción, el volante declara, bajo la gravedad de juramento residir en el respectivo municipio. Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción..." Queda claro entonces, que en la legislación existente a partir de la Carta Política de 1991 el denominado "trasteo de votos" no fue establecido como causal de nulidad si que sea valido pretender que a falta de esta connotación legal los hechos que dan lugar a esa figura, caprichosamente se les ubique dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral

2 del artículo 223 del C.C.A., "cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación", pues es constante la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la noción de falsedad entraña la intención de engañar de disfrazar la realidad. Y la apocrifidad es lo supuesto, lo inexistente, pero en ambos debe producir una alteración del resultado electoral, que requiere comprobación mediante medios de convicción idóneos. El cargo no prospera. La compra de votos no constituye causal de nulidad en materia electoral, pero esa conducta esta tipificada como punible en el artículo 251 del Código Penal bajo la denominación de "corrupción del elector", con sanción de prisión tanto para quien paga como para quien acepta. La sanción pues es de carácter penal y no es viable buscarla mediante la acción especial de nulidad electoral, por cuanto ésta, debe fundarse en precisas causales determinadas en la ley, o sea, que en esta materia rige el principio de la taxatividad reiterativamente aplicado por la jurisprudencia de la Sala.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 1304. Actor: CERVANDO CÓRDOBA CÓRDOBA. ELECTORAL - SEGUNDA INSTANCIA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El ciudadano Cervando Córdoba Córdoba obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública, demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad del acto por medio del cual, se declaró la elección del señor Wilson Antonio Chaverra González como alcalde de Vigía del Fuerte en el departamento de Antioquia para el período de 1995-1997.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Señala el actor que en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994 para el alcalde del antecitado Municipio, se presentó trasteo de votos desde Quibdó a los corregimientos PaloBlanco, Buchadó y San Antonio de Padua.

"Dicho trasteo incidió en el resultado electoral del Municipio de Vigía del Fuerte al punto que sin el mismo el resultado electoral hubiere sido otro..."

Además hubo compra masiva de votos por parte de los señores Wilson Antonio Chaverra y Reinerio Palacio Arias, hecho denunciado oportunamente por los testigos electorales.

Respecto a este punto textualmente se afirma en el hecho 7:

"Héctor Rentería Cuesta informa por escrito que en Paloblanco que el señor Wilson Chaverra trajo 15 muchachos de Quibdó con el compromiso de darles $ 15.000. por cada voto y como no tenía la plata Porfirio Arango le prestó $ 145.000, pues los muchachos gritaban "si no me da la plata no votamos nada ". Wilson les decía que votaran que él respondía por la plata. Al fin el señor Wilson sacó la plata debajo de un palo de marañon los reunió y empezó a darles $ 5.000. de eso hay muchos testigos al decir de Héctor Rentería".

Aduce que el Registrador Municipal de Estado Civil conoció el trasteo de votos y se quedó callado. Los delegados que nombró fueron todos del grupo contrario de Cervando Córdoba Córdoba. En las mesas de elecciones todos los jurados eran del grupo de otro candidato.....".

En el capítulo de normas violadas y concepto de violación se dice que el acto impugnado está afectado de dos causales de anulación: Ser los registros falsos y apócrifos lo mismo que los elementos que hayan servido para su formación.

"En efecto, –se explica–, si la voluntad electoral resultó falseada en el municipio de Vigía del Fuerte por que a muchos electores se les compró su conciencia y su voluntad para que votaran por determinado candidato (Wilson Chaverra), está falseada la elección y el elemento humano que sirvió para la formación de los registros es apócrifo.

También son apócrifos los elementos que sirvieron a la formación de los registros por cuanto mandato de la Constitución Nacional (art. 316) en las elecciones de autoridades locales solo pueden participar los residentes. Esta noción está definida en la ley 136 de 1994.

También está definida la presencia de personas residentes en otros municipios (sic) en la elección de autoridades locales como un delito y como una causal de anulación del acto electoral....."

Cita el demandante los nombres de las personas que fueron llevadas a la jurisdicción de Vigía del Fuerte en trasteo de votos, algunas de las cuales identifica con la cédula de ciudadanía.

En síntesis estima violados los artículos 316 del Código Electoral y las leyes 136 y 163 artículo 4 de 1994.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por medio de apoderado, el demandado a folios 28 y s.s., respondió los hechos de la demanda, oponiéndose totalmente a las pretensiones de la misma y propuso excepciones señalando al respecto que no es causal de nulidad de la elección demandada que eventualmente algún elector haya cometido un ilícito penal con el trafico de votos, ya que ello se hizo sin el consentimiento de su mandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Precluido el período de pruebas, al descorrer el traslado para alegar, solo lo hizo el apoderado del demandado a folios 111 y s.s., sus planteamientos consisten en una crítica a la prueba testimonial recaudada en el proceso, de la cual infiere que no existe ninguna declaración que explique claramente cuál o cuáles personas fueron trasladadas desde otro municipio al de Vigía del Fuerte a votar. Estima que las versiones de los testigos son simples rumores de los que siempre corren en épocas de elecciones para desprestigiar una campaña seria.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante fallo calendado el 23 de marzo de 1995 visto a folios 185 y s.s., denegó las pretensiones de la demanda con fundamentos en las siguientes consideraciones: " 4.1. Si bien es cierto se acreditó que se efectuó inscripción de ciudadanos en los corregimientos de Buchadó, Paloblanco y San Antonio de Padua, del municipio de Vigía del Fuerte (fl. 176 y s.s.), en forma alguna se demostró que no fueran residentes en el citado municipio.

4.2. La Ley 2 de 1992, en su artículo 1o. solo dispuso que quien votara en las elecciones del 8 de marzo de 1992 declaraba bajo juramento residir en el municipio respectivo y se refirió a consecuencias penales para quien faltare a la verdad.

Fuera de que su vigencia quedó restringida a las mencionadas elecciones (marzo 8 de 1992), no previó que realizar tal conducta (votar en municipio diferente a aquel donde reside) viciara el acto de elección del alcalde.

4.3. Tampoco el artículo 5o. de la ley 84 de 1993 incluye como causal de nulidad de la elección la circunstancia de que participen ciudadanos no residentes.

Solo establece que, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes, si se comprueba, mediante procedimiento breve, sumario, que el inscrito no reside en el municipio respectivo, ".....el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción", como efectivamente ocurrió en varios municipios del país.

4.4. Aún si se aceptara que los inscritos no son residentes en el municipio de Vigía del Fuerte y que participaron (en todo o en parte) en las elecciones para alcalde, en razón del principio del secreto del voto no se podía establecer si realmente votaron por Wilson Antonio Chaverra González (como se afirma en la demanda), o por otro candidato.....".

Como no se observan motivos de nulidad procesal que invaliden lo actuado se pasa a la decisión previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La excepción propuesta sin denominación específica por el apoderado del demandado, se refiere a hechos que serán objeto del examen de fondo por tanto, no se entra a considerar emprendiéndose tal estudio como sigue.

Indica la demanda que el acto acusado está viciado de nulidad, por cuanto tanto los registros como los elementos que sirvieron para su formación son falsos o apócrifos.

La acusación de basa en un supuesto trasteo de votos realizado desde el municipio de Quibdó a los corregimientos de Buchadó, San Antonio de Padua y Paloblanco pertenecientes a la jurisdicción de Vigía del Fuerte para las elecciones de octubre 30 de 1994, hecho que tuvo incidencia para que fuera electo como alcalde de ésta localidad el señor Wilson Antonio Chaverra González.

Además, señala el actor que por parte de este ciudadano y su patrocinador Reinerio Palacio, hubo compra de votos. Sobre estos hechos presenta algunos casos concretos afirmando que fueron oportunamente denunciados por los testigos electorales y la investigación la adelanta el Juzgado Municipal de Vigía del Fuerte.

Son dos cargos en consecuencia los que el *sub-lite* se hacen al acto administrativo impugnado.

Respecto al denominado "trasteo de votos" figura que en materia electoral resulta de la interpretación del artículo 316 de la C.N., la jurisprudencia da la Sala ha sido constante y unánime al expresar que el propósito del constituyente al exigir en este canon la condición de residente para sufragar en los comicios de autoridades locales, es el de impedir el acarreo de electores de una circunscripción a otra, para evitar que personas ajenas al respectivo municipio, influyan en las decisiones que en éste deban adoptarse a nivel político administrativo, constituyéndose en un obstáculo para el desarrollo de éstos entes territoriales.

Pero si bien esta práctica fue señalada como vicio político por el artículo 316 de la Carta de 1991, la disposición no consagra una sanción nulitiva del voto para quienes infrinjan, como tampoco ha sido consagrada en las leyes dictadas en relación con la organización del proceso electoral, en los cuales sí se establecen sanciones pero de tipo penal o de carácter administrativo, v.gr., la ley 2 de 1992 dictada de manera transitoria con relación específica a las elecciones del 8 de mayo de ese año, mediante el cual, en su artículo 1 se impuso para los infractores una sanción penal; la Ley 84 de 1993 que en su artículo 5 contempla una sanción pero de tipo administrativo, al atribuirle competencia al Consejo Nacional Electoral para dejar sin efectos las inscripciones realizadas en desacato de la norma superior. Esta disposición fue declarada inexequible mediante sentencia No. C-145 de marzo 23 de 1994 de la H. Corte Constitucional.

Se halla vigente el artículo 4o. de la ley 163 de agosto 31 de 1994 que dispone: "Para efecto de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentra registrado el votante en el censo electoral. Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio.

Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio el Consejo Nacional electoral declarará sin efecto la inscripción...".

Queda claro entonces, que en legislación existente a partir de la Carta Política de 1991 el denominado "trasteo de votos" no fue establecido como causal de nulidad sin que sea válido pretender que a falta de ésta connotación legal los hechos que dan lugar a esa figura caprichosamente se le ubique dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 223 del C.C.A., "cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación", pues es constante la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la noción de falsedad entraña intención de engañar de disfrazar la realidad. Y la apocrifidad es lo supuesto, lo inexistente, pero en ambos debe producir una alteración del resultado electoral, que requiere comprobación mediante medios de convicción idóneos. El cargo no prospera.

En lo que atañe con el cargo sobre compra de votos que se atribuye al señor Wilson Antonio Chaverra González y su patrocinador, se presenta la misma situación anterior, puesto que el hecho no cabe dentro de los conceptos de falsedad o apocrifidad como lo predica el actor, estos conceptos tienen bien definidos sus elementos característicos en la jurisprudencia como atrás se anotó.

La compra de votos no constituye causal de nulidad en materia electoral, pero esa conducta está tipificada como punible en el artículo 251 del Código Penal bajo la denominación de "corrupción del elector", con sanción de prisión tanto para quien paga como para quien acepta. La sanción pues es de carácter penal y no es viable buscarla mediante la acción especial de nulidad electoral, por cuanto ésta, debe fundarse en precisas causales determinadas en la ley, o sea, que en esta materia rige el principio de la taxatividad reiterativamente aplicado por la jurisprudencia de la Sala.

En síntesis, siendo imprósperos los cargos el fallo apelado deberá ser confirmado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta - administrando justicia en nombre de la República, de acuerdo con su colaboradora fiscal y por autoridad de la ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 23 de marzo de 1995 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se denegaron las peticiones de la demanda.

En firme este proveído vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

Presidente

LUÍS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ

OCTAVIO GALINDO CARRILLO

Secretario

JURISDICCIÓN COACTIVA/TÍTULO EJECUTIVO-Inexistencia/**OBLIGACIÓN CLARA Y EXIGIBLE**-Inexistencia/**OBLIGACIÓN CLARA Y EXIGIBLE**-Inexistencia/**CONTRATO DE MANDATO**-Prueba

La calidad en que se actúa en el proceso debe probarse, no basta la sola afirmación. Si el recurrente mediante un contrato de mandato está autorizado para pagar a nombre de mandante, suscribiendo cheques como girador, su afirmación deben estar respaldada con la prueba de dicho acto. En el evento sub-exámine se hecha de menos esa prueba y por ello es obvio que se tenga al recurrente como principal obligado en su condición de librador, pues siendo el cheque un título valor el suscriptor se obliga autónomamente conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia, como bien lo indican los artículos 526 y 627 del C. de Co. Los títulos que dieron origen al mandamiento de pago, carecen de uno de los presupuestos que según el artículo 68 del C.C.A., los hace exigibles. En efecto, los títulos no contienen obligaciones claras a cargo del apelante, puesto que son dos cheques por valor de $2.000.000.oo y $3.000.000.oo de pesos m/cte cada uno, y según aparece del fax No. 2565173 del 5 de diciembre de 1994 visto a folio 15 se dice que de tales documentos son giradores los señores Humberto Arango y Jorge Alberto Uribe Angel, pero sin que se especifique cuál es el cheque que corresponde a cada girador, para poder determinar por qué valor debe darse la orden de pago, habida cuenta de que son valores diferentes con distinto suscritor de título.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: DR. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 0526. JURISDICCIÓN COACTIVA. Actor: MUNICIPIO CIUDAD BOLÍVAR (ANTIOQUIA) C/SOCIEDAD ARANGO GÓMEZ Y JORGE ALBERTO URIBE ÁNGEL

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto en tiempo contra el auto mediante el cual, el Tesorero de ciudad Bolívar (Antioquia) libró mandamiento de pago en contra de Jorge Alberto Uribe Ángel y Humberto Arango Restrepo, por la suma de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo) m/cte, más intereses moratorios a la tasa del 4.3% mensual, y decretó medidas cautelares afectando bienes del primero de los nombrados, quien fue notificado de la providencia del 23 de diciembre de 1994 (fls. 30 y s.s.), recurriéndolo en reposición con apelación subsidiaria.

Se basa la acción ejecutiva en los cheques números 8255143 y 8255144 por las sumas de $3.000.000.oo y $2.000.000.oo millones de pesos que el girado Banco Cafetero devolvió protestados por carencia absoluta de fondos.

En auto de mayo 15 de 1995 visible a folios 33 y 34, se negó el recurso de reposición correspondiendo en esta oportunidad, estudiar el de apelación interpuesto por el ejecutado Jorge Alberto Uribe mediante apoderado.

Aduce éste que su poderdante desde hace cinco meses se desempeña como mandatorio del señor Humberto Arango Restrepo, y de la Sociedad Arango Gómez S.C.S., personas a las que administra sus bienes en forma general, y que en desarrollo del respectivo mandato, está facultado para girar cheques en las cuentas corrientes números 102-01347-1 y 102-01563-3 del Banco Cafetero, registradas a nombre de las personas natural y jurídicas citadas.

Obrando en tal condición y para cancelar una obligación a la administración de Bolívar (Antioquia), giró un cheque sobre la cuenta corriente No. 102-01563-3 que resultó sin fondos, pero por tener la calidad de mandatorio, simplemente, no es el obligado a responder por la deuda, pues el llamado a asumirla es el titular de la cuenta señor Humberto Arango Restrepo. Solicitó en consecuencia se revoque la medida.

CONSIDERACIONES

A lo largo del memorial de sustentación de la apelación, enfatiza el apoderado que su representado Uribe Ángel, no es deudor del municipio de Bolívar y que al girar uno de los cheques en que se basa el auto de mandamiento de pago, actuó previas las facultades conferidas en un contrato de mandato otorgado por el señor Humberto Arango Restrepo, quien es el titular de la respectiva cuenta y por tanto, la persona que debe responder como sujeto pasivo de la acción ejecutiva. Por estas razones –agrega– no ha debido embargársele bienes sin reparar en los consecuentes perjuicios que esta medida ocasiona.

Al respecto cabe recordar que la calidad en que se actúa en el proceso debe probarse, no basta la sola afirmación. Si el recurrente mediante un contrato de mandato está

autorizado para pagar a nombre del mandante, suscribiendo cheques como girador, su afirmación debe estar respaldada con la prueba de dicho acto.

En el evento *sub-exámine* se echa de menos esa prueba y por ello es obvio que se tenga el recurrente como principal obligado en su condición de librador, pues siendo el cheque un título valor el suscriptor se obliga autónamente conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia, como bien lo indican los artículos 526 y 627 del C. de Co.

La falta, entonces, del indicado medio probatorio impide el examen del hecho planteado por el recurrente, lo que conduciría a la confirmación del auto apelado, pero estima la Sala, que esta decisión no es la que en el caso a estudio se ajusta a derecho, por cuanto los títulos que dieron origen al mandamiento de pago, carecen de uno de los presupuestos que según el artículo 68 del C.C.A., los hace exigibles.

En efecto, los títulos no contienen obligaciones claras a cargo del apelante, puesto que son dos cheques por valor de $2.000.000.oo y $3.000.000.oo de pesos m/cte cada uno, y según aparece del fax No. 256.5173 del 5 de diciembre de 1994 visto a folio 15 se dice que de tales documentos son giradores los señores Humberto Arango y Jorge Alberto Uribe Ángel, pero sin que se especifique cuál es el cheque que corresponde a cada girador, para poder determinar por qué valor debe darse la orden de pago, habida cuenta de que son valores diferentes con distinto suscriptor de título.

El auto de mandamiento de pago no da claridad en este sentido y por el contrario, se libró contra cada uno de los giradores por la cantidad de $5.000.000.oo más intereses del 4.3% mensual en la mora, como si se tratara de obligados por un mismo título y en un mismo grado, cuando en realidad se trata de dos obligaciones independientes.

Además debe tenerse en cuenta que con fecha diciembre 3 de 1994 fue librado un mandamiento de pago por $13.218.811 contra la sociedad Arango Gómez y/o Jorge Alberto Uribe Ángel, y es bien sabido que en un proceso ejecutivo solo puede darse un mandamiento de pago.

Consecuente con las anteriores consideraciones, la decisión deberá ser revocada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, –Sección Quinta–.

RESUELVE:

PRIMERO: Revócase el auto de mandamiento de pago apelado.

SEGUNDO: En consecuencia, ordénase el levantamiento de las medidas cautelares decretada en el mismo.

En firme este proveído vuelva el expediente a su lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Presidente

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Ausente con excusa legal

MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ

OCTAVIO GALINDO CARRILLO
Secretario

CONSEJO DE ESTADO

ÍNDICE DE ACTORES

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1995

(Segunda Parte)

	Página
ACTIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES LTDA.	478
AEROEXPRESO BOGOTÁ S.A.	78
ALBERTO RIVERA DEVIA	748
ALFONSO JAVIER MEJÍA OLARTE	407
ALMACÉN ESTÁ DE MODA LTDA.	248
ALMACENES ÉXITO S.A.	52
ÁLVARO BOTERO MACÍA	184
ANDRÉS ARIAS DE ANGULO	605
ASHE Y CÍA. S.A.	337
BANCO COLPATRIA - SUPERINTENDENCIA CONTROL DE CAMBIOS	227, 237
BANCO DE BOGOTÁ	94
BANCO DE LA REPÚBLICA	88
BANCO DE LA REPÚBLICA	175
BANCO DE OCCIDENTE	275
BANCO DE OCCIDENTE	309

	Página
BANCO DEL COMERCIO (HOY BANCO DE BOGOTÁ)	521
BANCO TEQUENDAMA	443
CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR FENALCO, CONFENALCO, SECCIONAL ANTIOQUIA	363
CAMILO E. RAMÍREZ BAQUERO Y ÁLVARO H. GAMA BELTRÁN	470
CANAL REGIONAL DE TELEVISIÓN DEL CARIBE - TELECARIBE	793
CARLOS ARTURO MENDOZA LÓPEZ	804
CARLOS EMILIO PÁEZ LADINO	545
CERVANDO CÓRDOBA CÓRDOBA	876
CIRO ALFONSO SANGUINO VILA	220
COLOMBIAN BAGS (HOY CATALCÓN LTDA.)	156
COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A. - CONFIANZA Y OTROS	267
COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. - COLTABACO	528
COMPAÑÍA DE ASISTENCIA MÉDICA COLSANITAS S.A.	60
CRISTIAN ALBERTO MEJÍA TRUJILLO	419
DANCO FACTORING S.A.	374
DANIEL CUÉLLAR TOLEDO	620
DANIEL MOSQUERA Y OTROS	730
DISTRIBUIDORA DE ACEITES Y GRASAS BUCARAMANGA - DACEGRA S.A.	10
EDUARDO RUJANA QUINTERO	595
ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A.	512
FABIO ARANGO OSORIO	462
FIDUCIARIA ALIANZA S.A.	392
FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ	505
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN	264, 293, 299

	Página
GLORIA MARY VÉLEZ AGUDELO	823
GONZALO GÓMEZ OSSA Y CÍA. S. EN C.	349, 352
GUILLERMO ALEMÁN	826
GUILLERMO ALEMÁN, HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO, JAIME RAFAEL PEDRAZA Y JOSÉ IGNACIO VIVES ECHEVERRÍA	755
HUGO PALACIOS MEJÍA	283
IGNACIO CASTILLA CASTILLA	21, 330, 344
INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. - MAIZENA S.A.	128
INDUSTRIAS GARMA LTDA.	258
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO (I.D.U.)	572
INSTITUTO DE VALORIZACIÓN MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO	867
ISIDORO ARÉVALO BUITRAGO	402
JAIME BEDOYA BENAVIDES	818
JAIME LASCAR POSADA	558
JAVIER CANO GARCÍA	383
JOHN RESTREPO Y CÍA. DE BOGOTÁ LTDA.	170
JOSÉ GONZALO PRADA GONZÁLEZ	833
LASMO OIL (COLOMBIA) LIMITED	411
LUCY CRUZ DE QUIÑÓNES	196, 333, 427
LUIS EMIRO PERALTA SOLANO	842
MANUEL ARMANDO GONZÁLEZ CAÑÓN	18
MARCELO ORDÓÑEZ HURTADO	871
MARCO MARÍN VÉLEZ	851, 859
MARINA GÓMEZ VERA	584
MARINO SALAZAR HURTADO	355
MARTHA CECILIA PÁEZ GALLO	163
MAURICIO CARVAJAL PUERTA	590

	Página
MUNICIPIO CIUDAD BOLÍVAR (ANTIOQUIA)	882
MUNICIPIO DE ABEJORRAL - CEMENTOS EL CAIRO S.A.	576
ÓSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO	452
PANAMERICAN INVESTMENT CO. INC.	535
RAFAEL URIBE PERALTA	68
RAMIRO CALDAS BERNAL	600
RODRIGO ROJAS RODRÍGUEZ	786
ROSAS COLOMBIANAS S.A.	489
SEGURANZA LTDA.	140
SEMILLAS CECORA LTDA.	239
SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES RENAULT S.A. - SOFASA RENAULT	103
SOCIEDAD DESTILERÍAS Y BODEGAS DE LOS ANDES LTDA.	500
SOCIEDAD OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.	114
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	549, 609
SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS	845
TECNICENTRO LOS COMUNEROS LTDA.	320
WALTER CAICEDO URREGO	26

CONSEJO DE ESTADO

ÍNDICE TEMÁTICO

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1995

(Segunda Parte)

Página

- A -

ABONO EN CUENTA 128

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 111

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 193

ACCIÓN DE NULIDAD 111

ACCIÓN DE NULIDAD DE CARÁCTER ELECTORAL 616

ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL 594

ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL-Procedimiento 604

ACCIÓN DE NULIDAD POR ILEGALIDAD-Titularidad 299

ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD 193

ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD 424

ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD -Titularidad 299

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 111

ACCIÓN DE NULIDAD-Titularidad 298

ACCIÓN ELECTORAL 615

	Página
ACCIÓN ELECTORAL	817
ACCIÓN PENAL-Inexistencia	273
ACCIÓN PÚBLICA ELECTORAL-Improcedencia	729
ACEPTACIÓN BANCARIA DE CONTRATO DE CRÉDITO-Naturaleza	442
ACEPTACIÓN BANCARIA-Plazo	441
ACTA DE INSPECCIÓN POR FACTURACIÓN	247
ACTIVIDAD ASEGURADORA-Solidez	504
ACTIVIDAD BURSÁTIL-Regulación	329
ACTIVIDAD COMERCIAL	488
ACTIVIDAD COMERCIAL DE ALMACÉN DEPARTAMENTALIZADO-Inexistencia	51
ACTIVIDAD COMERCIAL DE SUPERMERCADO	51
ACTIVIDAD DE SERVICIO	426
ACTIVIDAD DE SERVICIOS	293
ACTIVIDAD GRAVADA	511
ACTIVIDAD INDUSTRIAL	488
ACTIVIDAD INDUSTRIAL EN EL DISTRITO CAPITAL	194
ACTIVIDAD INDUSTRIAL-Alcance	195
ACTIVIDAD MERCANTIL	195
ACTIVIDAD NO SUJETA	488
ACTO ADMINISTRATIVO	308, 616
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL	59
ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR	59
ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia	258, 263, 355
ACTO DE CERTIFICACIÓN	355
ACTO DE ELECCIÓN	615
ACTO DE ELECCIÓN-Nulidad	858

	Página
ACTO DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO-Naturaleza	729
ACTO DE REGISTRO	355
ACTO DE TRÁMITE	729
ACTO DEMANDABLE	355
ACTO DEMANDADO	604
ACTO PREPARATORIO	729
ACTO SANCIONATORIO-Motivación	308
ACTOS ADMINISTRATIVOS-Fuerza ejecutoria	575
ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	226
ACTUALIZACIÓN DE DEUDA TRIBUTARIA	24, 26
ACUMULACIÓN DE RECURSOS	549
ADICIÓN DE INGRESOS	337
ADICIÓN DE INGRESOS-Improcedencia	9
ADICIÓN DE INGRESOS-Procedencia	461
ADMINISTRACIÓN CENTRAL	804
ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES	615
ADMINISTRACIÓN DE OPERACIÓN ADUANERA -Estructura	615
ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA	804
AGENTE OFICIOSO-Ratificación	477, 478
AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA-Improcedencia	616
ALCALDE-Inhabilidades	594, 589, 785
ALMACÉN DEPARTAMENTALIZADO-Características	51
ALTERNACIÓN O ROTACIÓN DE FUNCIONARIOS -Disponibilidad	558

	Página
AMNISTÍA POR SANEAMIENTO DE DIVISAS	382
ANALOGÍA-Improcedencia	802
ÁNIMO DE LUCRO EN INDUSTRIA Y COMERCIO	426
ANTICIPO A LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL-Cálculo	469
ANTICIPO DEL IMPORRENTA-Cálculo	469
APOCRIFIDAD	875
APORTE AL SUBSIDIO FAMILIAR	362
APORTES AL SENA	87
APORTES AL SENA-Factores salariales	103
APORTES PARAFISCALES	87
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Renuncia	619
AUTO ADMISORIO DE DEMANDA	841
AUTO INTERLOCUTORIO	545
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA	589, 747
AUTORIDAD CIVIL	619
AUTORIDAD POLÍTICA	619
AUTOS APELABLES-Taxatividad	545
AVAL DE PARTIDO POLÍTICO	729

- B -

BASE GRAVABLE EN ACTIVIDAD INDUSTRIAL	194, 195
BASE GRAVABLE EN EL IMPUESTO DE CIGARRILLOS	527
BASE GRAVABLE EN IVA-Valor Mínimo	337
BENEFICIO DE EXCLUSIÓN	266
BIEN FIDUCIARIO	390
BIENES DE SOCIEDAD FIDUCIARIA-Individualización Contable	390

- C -

CADUCIDAD 615, 817

CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO-Naturaleza 616

CANDIDATO ELECTORAL-Requisitos 729

CANDIDATO-Requisitos 618

CANDIDATURA-Inscripción 616

CARGA PROBATORIA 730

CARGO PÚBLICO-Destitución 858

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR 558

CARTA DE CRÉDITO-Concepto 441

CARTA DE CRÉDITO-Plazo 441

CAUSACIÓN EN IMPUESTO A CIGARRILLOS 527

CENSO ELECTORAL 875

CERTIFICACIÓN 866

CERTIFICADO DE AUTORIZACIÓN 373

CERT-Procedencia 174

CERT-Requisitos para su obtención 174

CIRCULAR DE SERVICIOS 355

CIRCULAR DE SERVICIOS-Inexistencia 355

CIRCULAR EXTERNA DE LA SUPERBANCARIA -Naturaleza 308

CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL 618

CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL 618

CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS 728

CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Creación 729

CIUDADANO 298

	Página
COBRO DE LO NO DEBIDO-Improcedencia	866
CÓDIGO DE PETRÓLEOS-Vigencia	111
COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCCIÓN	195
COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCCIÓN	195
COMPETENCIA DESLEAL	140
COMPETENCIA FUNCIONAL IMPOSITIVA	293
COMPETENCIA LEGISLATIVA	194
COMPETENCIA RESIDUAL	193, 424
COMPILACIÓN DE NORMAS	589
COMPRA DE CAFÉ	183
COMPROBANTE EXTERNO-Inexistencia	319
CÓMPUTO DE PLAZOS EN DÍAS	18
COMUNIDADES INDIGENAS	618
CONCEJAL	599
CONCEJAL-Inhabilidad	850
CONCEJO MUNICIPAL DE BOGOTÁ-Facultades Impositivas	333
CONCEPTO ADMINISTRATIVO	355
CONCEPTO ADMINISTRATIVO GENERAL	355
CONCEPTO ADMINISTRATIVO-Interpretación Oficial	355
CONCEPTO DE LA DIAN	355
CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN	802
CONGRESISTA-Inhabilidades	728, 729
CONGRESISTAS-Inhabilidades	619
CONGRESO-Facultades	329
CONSEJO DE ESTADO-Competencia Residual	193, 424
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Atribuciones	617
CONSTITUCIÓN POLÍTICA-Interpretación	802
CONSTITUCIÓN POLÍTICA-Vigencia	730

	Página
CÓNSUL GENERAL	558
CONSULTA POPULAR	817
CONSULTA-Finalidad	571
CONTABILIDAD-Ineficacia	319
CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidad	822
CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidades	583, 599
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL-Funciones	785
CONTRATO DE CONSIGNACIÓN	489
CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL-Naturaleza	390
CONTRATO DE MANDATO-Prueba	881
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	729
CONTRATO DE SEGUROS-Inexistencia	266
CONTRATO FIDUCIARIO	390
CONTRATO-Celebración	583
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL-Cálculo	469
CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN	866
CONTRIBUYENTE-Obligaciones Formales	402
CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO -Inoponibilidad al fisco	103
CORRECCIÓN MONETARIA-Improcedencia	25
CORRUPCIÓN DEL ELECTOR	875
CORTE CONSTITUCIONAL-Funciones	193
COSTO DE ACTIVO ENAJENADO	184
COSTO PRESUNTO	183
COSTO PRESUNTO-Aplicabilidad	184
COSTOS DE PROFESIONAL INDEPENDIENTE	461
COSTOS EN GANANCIA OCASIONAL	219
COSTOS-Comprobación	183
CRÉDITO DOCUMENTARIO	441

	Página
CUENTA FINAL DE LIQUIDACIÓN-Ineficacia	416
CUOCIENTE DE RECAUDO DE CAJAS DE COMPENSACIÓN	362
CUOCIENTE ELECTORAL	754
CHEQUE-Cambio	319

- D -

D.I.A.N.	451
DEBER DE LAS PARTES	755
DECAIMIENTO DEL ACTO	499
DECLARACIÓN BIMESTRAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS	156
DECLARACIÓN DE RENTA CON AMNISTÍA DE DIVISAS-Oportunidad	382
DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO	238
DECLARACIÓN POR FRACCIÓN POR AÑO	238
DECRETO CON FUERZA DE LEY	263, 424, 425
DECRETO DE EMERGENCIA ECONÓMICA-Naturaleza	139
DECRETO LEGISLATIVO	193
DECRETOS CON FUERZA DE LEY	193
DEDUCCIÓN POR INTERESES PARA VIVIENDA -Procedencia	461
DEMANDA-Anexos	615
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	520
DERECHO DE CIUDADANÍA	298
DERECHO DE DEFENSA-Vulneración	571
DERECHO FINANCIERO	25
DERECHO PÚBLICO	25

	Página
DERECHOS ADQUIRIDOS	77, 78
DERECHOS ADQUIRIDOS	77
DERECHOS POLÍTICOS	298
DEROGATORIA DE NORMA JURÍDICA	78
DESCANSO REMUNERADO	101
DESCUENTO TRIBUTARIO PARA EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO	78
DESCUENTO TRIBUTARIO PARA EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO-Vigencia	77
DESVIACIÓN DE PODER-Inexistencia	373
	Página
DEUDA TRIBUTARIA-Actualización	162
DÍA INHÁBIL	18, 258
DIPUTADO	619
DIRECCIÓN DE ADUANAS NACIONALES-Fusión	451
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES-Fusión	451
DIRECCIÓN PARA NOTIFICACIONES	402
DIRECTOR DE ADUANAS-Facultades	451
DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-Facultades	615
DIRECTOR DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO	804
DISTRIBUIDOR DE CIGARRILLOS NACIONALES	527
DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ -Régimen aplicable	424
DISTRITO CAPITAL-Potestad Tributaria	195
DIVIDENDO-Realización	128
DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN-Funciones	615
DOCUMENTO AUTÉNTICO	533
DOCUMENTO DE FECHA CIERTA	533

	Página
DOCUMENTO EQUIVALENTE A FACTURA -No expedición	247
DOCUMENTO EQUIVALENTE-Expedición	248
DOCUMENTO EXTERNO PARA COMPRADOR	248
DOCUMENTO PÚBLICO AUTÉNTICO	174
DOMICILIO	875
DRI-Creación	804

- E -

ECOPETROL	114
EDILES-Inhabilidades	858
EDUCADORES	858
EJECUCIÓN DEL CONTRATO	729
EJERCICIO DE AUTORIDAD	619
ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA -Fecha	753
ELECCIÓN DEL VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Fecha	753
ELECCIÓN POPULAR DE ALCALDES	817
ELECCIÓN-Prueba	841
ELEGIDO	841
EMPLEADO PÚBLICO	850
ENAJENACIÓN DE CASA DE HABITACIÓN	219
ENCAJE BANCARIO-Cómputo	273
ENCARGO FIDUCIARIO-Naturaleza	390
ENTIDAD PÚBLICA	426
ENTIDAD TERRITORIAL-Autonomía	195
ENTIDAD TERRITORIAL-Facultades	194
ENTIDAD VIGILADA POR SUPERBANCARIA	139

	Página
ERROR ARITMÉTICO	616
ERROR ARITMÉTICO-Elemento Objetivo	406
ERROR ARITMÉTICO-Inexistencia	219, 534
ERROR ARITMÉTICO-Requisitos	406
ERROR DE TRANSCRIPCIÓN	406
ERROR EN EL NOMBRE	604
ESTABLECIMIENTO PÚBLICO	804
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL	193, 293
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ	67
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL-Contenido	194
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL-Naturaleza	425
ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO	21, 329
ETNIAS	729
EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA	548
EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD-Inaplicabilidad	156
EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	329
EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD -Improcedencia	139
EXCEPCIONES A TÍTULO EJECUTIVO	866
EXCEPCIONES CONTRA MANDAMIENTO DE PAGO	415
EXENCIÓN AL IMPUESTO DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO	113
EXENCIÓN AL IMPUESTO DE TRANSPORTE POR OLEODUCTOS	112
EXENCIÓN PARA INDUSTRIA Y COMERCIO	511
EXPEDICIÓN DE FACTURA-Concepto	248
EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO	113

	Página
EXPORTACIÓN	489
EXPRESIONES INJURIOSAS-Improcedencia	755

- F -

FACTOR DE ACTUALIZACIÓN	24, 26
FACTURA-Expedición	248
FACTURA-No expedición	247
FACULTAD DEROGATORIA	77
FACULTAD FISCALIZADORA	184
FACULTAD IMPOSITIVA DEL GOBIERNO	67
FACULTAD IMPOSITIVA DEL PRESIDENTE	293
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	333
FACULTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO	425
FACULTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO-Restricción	424
FACULTAD SANCIONATORIA	274, 308, 309
FACULTAD SANCIONATORIA DISCRECIONAL	273
FACULTAD SANCIONATORIA REGLADA	273
FALSA MOTIVACIÓN-Inexistencia	373
FALSEDAD	875
FIANZA-Elementos	266
FONDO COMÚN ORDINARIO-Sobregiro	391
FORMULARIO PARA DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO	238
FUERZA MAYOR-Características	520
FUERZA MAYOR-Inexistencia	391
FUSIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES	451

- G -

GESTIÓN FISCAL 785
GOBERNADOR-Elección 803, 804
GOBERNADOR-Inhabilidades 747
GOBIERNO 194
GRAVAMEN A CIGARRILLOS 169

- H -

HABITUALIDAD EN PAGO SALARIAL 101
HECHO GENERADOR 112
HECHO GENERADOR EN ACTIVIDAD INDUSTRIAL 194
HECHO GENERADOR EN EL IMPUESTO A CIGARRILLOS 527
HECHO GENERADOR EN INDUSTRIA Y COMERCIO 195

- I -

IGUALDAD FORMAL 426
IGUALDAD MATERIAL 426
IMPUESTO A LA TELEFONÍA CELULAR 333
IMPUESTO AL CONSUMO 499
IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS 527
IMPUESTO AL TRANSPORTE DE PETRÓLEO POR OLEODUCTO 411
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 426, 511
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN SANTA FE DE BOGOTÁ 426

	Página
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Envigado	51
IMPUESTO DE RIFAS-Improcedencia	93, 94
IMPUESTO DE TRANSPORTE DE OLEODUCTOS	112
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	169, 488
IMPUESTO POR SANEAMIENTO FISCAL	382
INDEBIDA NOTIFICACIÓN	571
ÍNDICE DE PRECIOS	308
ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR	25
INEPTITUD DE LA DEMANDA-Inexistencia	802
INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA	308
INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA-Oportunidad	308
INFORMES PARA LA SUPERBANCARIA	309
INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL	219
INGRESOS GRAVADOS-Omisión	319
INGRESOS POR EXPORTACIÓN	489
INHABILIDAD ELECTORAL-Inexistencia	804
INHABILIDAD POR PARENTESCO-Requisitos	619
INHABILIDADES DEL PRESIDENTE-Aplicación	803
INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA	752
INSCRIPCIÓN DE LIBROS EN CÁMARA DE COMERCIO	183
INSCRIPCIÓN DE REPRESENTANTE EN REGISTRO MERCANTIL	477
INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO	402
INSCRIPCIÓN PARA ELECCIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL	594

	Página
INTERÉS MORATORIO	162
INTERÉS MORATORIO-Cómputo	18
INTERÉS MORATORIO-Determinación	25
INTERÉS MORATORIO-Naturaleza	25
INTERÉS PÚBLICO	373
INTERESES COMERCIALES	227
INTERESES MORATORIOS	382
INTERESES-Causación	575
INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA	802
INTERRUPCIÓN DE ACCIÓN CAMBIARIA	226
INTERVINIENTE ADHESIVO	841
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	850

- J -

JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL-Presidente	858
JUNTA DE SOCIOS-Actuación ineficaz	477
JURISDICCIÓN COACTIVA	548, 609. 792. 845, 866, 881
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -Actuación	415

- L -

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA	841
LETRA DE CAMBIO-Aceptación	442
LEY ELECTORAL-Inexequible	752
LEY EN EL TIEMPO	534, 850
LEY MARCO DE ACTIVIDAD BURSÁTIL	21
LEY MARCO DE LA ACTIVIDAD BURSÁTIL	329
LEY MATERIAL	139

	Página
LIBRO AUXILIAR DE INVENTARIOS-Pérdida	9
LIBROS DE CONTABILIDAD-Ineficacia	183
LIBROS DE CONTABILIDAD-Valor Probatorio	183
LIBROS DE CONTABILIDAD-Valoración	9
LICITACIÓN INTERNACIONAL	174
LIQUIDACIÓN DE CORRECCIÓN ARITMÉTICA -Improcedencia	219
LIQUIDACIÓN DE CORRECCIÓN ARITMÉTICA -Improcedencia	238
LIQUIDACIÓN DE CORRECIÓN ARITMÉTICA -Improcedencia	534
LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD	416
LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD-Comprobación	238

- M -

M.A.S.A.-Naturaleza Jurídica	822
MANDAMIENTO DE PAGO	548, 549, 571, 575, 609
MANDAMIENTO DE PAGO-Inexistencia	845
MANDAMIENTO DE PAGO-Naturaleza	258
MATERIA IMPONIBLE	112
MERA EXPECTATIVA	78
MERCANCÍAS EN CONSIGNACIÓN	489
MESA DE VOTACIÓN-Ubicación	754
MINISTRO DE HACIENDA-Facultad	615

- N -

NEGOCIO FIDUCIARIO	390

	Página
NEGRITUDES	728
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal	747
NORMA EXCEPTIVA	802
NORMAS SUSTANCIALES-Vigencia	589
NOTIFICACIÓN	604, 615, 841
NOTIFICACIÓN DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA	348
NOTIFICACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO	226
NOTIFICACIÓN DE SANCIÓN CAMBIARIA	226
NOTIFICACIÓN PERSONAL-Inexistencia	845
NULIDAD	571
NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS-Improcedencia	575
NULIDAD ELECTORAL	604, 730, 753, 754, 826 832, 850, 875

- O -

OBLIGACIÓN CLARA Y EXIGIBLE-Inexistencia	881
OBLIGACIÓN CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE	575
OBLIGACIONES A FAVOR DEL ESTADO-Garantía	266
OBLIGACIONES-Indivisibilidad	415
OLEODUCTO CAÑO LIMÓN-COVEÑAS-Naturaleza	113
OLEODUCTO DE USO PRIVADO	112
OLEODUCTO DE USO PRIVADO-Determinación	112
OLEODUCTO DE USO PRIVADO-Presupuestos	113
OLEODUCTO DE USO PÚBLICO	112

- P -

PAGO DE EXPENSAS	348
PAGO DEL IMPUESTO	415

	Página
PAGO DEL IMPUESTO POR SANEAMIENTO FISCAL	382
PAGO SALARIAL	87, 102
PAGO-Imputación	162
PASIVO CON EL PÚBLICO-Exceso	520
PATRIMONIO AUTÓNOMO	390
PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	858
PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA-Inexistencia	575
PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA-Término	548
PERENCIÓN DEL PROCESO-Inexistencia	348
PERENCIÓN DEL PROCESO-Requisitos	352
PERÍODO DE GRACIA EN REAJUSTE DE DEUDA TRIBUTARIA	24
PERSONA JURÍDICA	299
PERSONA NATURAL	298, 299
PERSONA-Deberes	426
PERSONERO MUNICIPAL-Inhabilidad	589
PERSONERO MUNICIPAL-Inhabilidades	871
PERSONERO MUNICIPAL-Término de Elección	871
PETRÓLEO DE PROPIEDAD NACIONAL	113
PLAZO LEGAL EN DÍAS-Cómputo	258
PLEITO PENDIENTE-Diferencias	792
POLICÍA ADMINISTRATIVA	273
PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO	266
PÓLIZA PARA SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS	504
POTESTAD REGLAMENTARIA-Criterio de Competencia	162
POTESTAD REGLAMENTARIA-Criterio de Necesidad	162

	Página
POTESTAD REGLAMENTARIA-Facultad Discrecional	382
POTESTAD REGLAMENTARIA-Restricción	162
PRECIO CORRIENTE EN PLAZA	337
PRECLUSIÓN PROCESAL	114
PREJUDICIALIDAD	792
PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA	792
PREJUDICIALIDAD-Inexistencia	826
PREJUDICIALIDAD-Oportunidad	826
PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN CAMBIARA	226
PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN PENAL-Improcedencia	273
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA	237
PRESIDENTE DE L A REPÚBLICA-Facultad Legislativa	67
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Deberes	25
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Elección	752
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Facultades	111
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Inhabilidad	804
PRESTACIONES SOCIALES	101
PRESUNCIÓN DE OMISIÓN DE INGRESOS	337
PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL	599
PRIMA DE VACACIONES-Naturaleza	87
PRIMA EXTRALEGAL DE ANTIGÜEDAD	102
PRIMA EXTRALEGAL DE SERVICIOS	102, 103
PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES	102
PRIMA LEGAL DE SERVICIOS	103
PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY	426
PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO	424
PRINCIPIO DE NULIDAD DE MATERIA	817
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-Inexistencia	355
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	875

	Página
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO	424
PROCESO DE COBRO COACTIVO	415
PROCESO DE ELECCIÓN	616
PROCESO DE SEGUNDA INSTANCIA	352
PROCESO EJECUTIVO	548, 571, 575, 609
PROCESO EJECUTIVO-Trámite	792
PROCESO ELECTORAL	826, 832, 841
PROCESO ELECTORAL-Partes	604
PRODUCCIÓN PRIMARIA	488, 489
PROPIEDAD PRIVADA	77
PROVEEDOR NACIONAL	174
PRUEBA CONTABLE-Valoración	9
PRUEBA TESTIMONIAL-Improcedencia	841
PRUEBA TESTIMONIAL-Ineficacia	247
PUNTO NUEVO	114

- R -

RECAUDO DE IMPUESTOS	25
RECLAMACION ELECTORAL	729, 754
RECLAMACIÓN-Causales	616
RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA-Negación	545
RECURSO DE APELACIÓN	609
RECURSO DE APELACIÓN-Improcedencia	545
RECURSO DE RECONSIDERACIÓN-Rechazo	478
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA -Improcedencia	826
RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA	545
REEMBOLSO DE GASTOS-Inexistencia	461

	Página
RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO CAPITAL	67
RÉGIMEN DE INHABILIDADES	802, 803
RÉGIMEN DEL DISTRITO CAPITAL	67, 424
RÉGIMEN FISCAL DEL DISTRITO CAPITAL	67, 425
RÉGIMEN MUNICIPAL	194
RÉGIMEN TARIFARIO-Violación	140
REGISTRO APÓCRIFO	730
REGISTRO APÓCRIFO-Inexistencia	754
REGISTRO FALSO	730
REGISTROS FALSOS-Inexistencia	617
REPRESENTACIÓN DE SOCIEDAD LIMITADA-Titulares	477
REPRESENTACIÓN LEGAL DE ENTIDAD ADMINISTRADORA TRIBUTOS O CONTRIBUCIONES PARAFISCALES	728
REPRESENTANTE DE SOCIEDAD EXTRANJERA	533
REPRESENTANTE LEGAL-Poder	533
RESIDENCIA	875
RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA -Presunción de autenticidad	548
RESPETO AL JUEZ	755
RESPONSABILIDAD OBJETIVA-Inaplicabilidad	520
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS	415
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD	416
RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE DIVIDENDOS	128
REVOCATORIA DIRECTA	499
RIESGO EN SEGUROS-Requisitos	266

	Página
RIFA PERMANENTE	93, 94
RIFA POR ENTIDAD FINANCIERA	93

- S -

SALARIO	101
SALARIO-Requisitos	101
SANCIÓN ADMINISTRATIVA	273, 520
SANCIÓN ADMINISTRATIVA-Objeto	274
SANCIÓN MORATORIA	18
SANCIÓN PECUNIARIA	139
SANCIÓN PENAL	520, 875
SANCIÓN PENAL-Inaplicabilidad	274
SANCIÓN POR DEFECTOS DE INVERSIÓN-Procedencia	273
SANCIÓN POR DESENCAJE-Naturaleza	273
SANCIÓN POR INEXACTITUD-Procedencia	78, 319
SANCIÓN POR INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA	309
SANCIÓN POR INFORME SOBRE POSICIÓN PROPIA-Determinación	308
SANCIÓN POR LIBROS	9
SANCIÓN POR LIBROS-Procedencia	319
SANCIÓN POR NO EXPEDIR FACTURA-Base	248
SANCIÓN POR PASIVO CON EL PÚBLICO	520
SANCIÓN POR SOBREGIRO EN FONDO COMÚN	391
SANCIÓN POR VIOLACIÓN DE TARIFAS-Procedencia	140
SANCIÓN SOBRE ACEPTACIÓN BANCARIA-Procedencia	442

	Página
SANCIONES A CORREDOR DE SEGUROS- Concurrencia	139
SANEAMIENTO FISCAL DE DIVISAS	382
SENADO DE LA REPÚBLICA-Integración	618
SENADOR-Calidades	619
SENADORES-Elección	618
SENTENCIA CONDENATORIA	227
SENTENCIA DE ACCIÓN DE NULIDAD-Efectos	59
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos	59, 589, 752, 753
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos	59, 169
SENTENCIA INHIBITORIA	355, 478
SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA	511
SERVICIO PÚBLICO NOTARIAL	426
SERVIDOR PÚBLICO-Diferencia	619
SERVIDORES PÚBLICOS	858
SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL-Violación	616
SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA	59, 77, 78
SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS	752
SOCIEDAD CORREDORA DE REASEGUROS	504
SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS	504
SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS-Obligaciones	140
SOCIEDAD DE ECONOMA MIXTA-Régimen jurídico	511
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA	616
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA-Empleados	616
SOCIEDAD DE FACTORING-Autorización para funcionar	373
SOCIEDAD EXTRANJERA	533
SOCIEDAD FIDUCIARIA-Obligaciones	390
SOCIEDAD LIQUIDADA	238

	Página
SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA-Socios	616
SORTEO DE ENTIDAD BANCARIA	94
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	273, 274
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades	504
SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS	282
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES -Facultades	21
SUPERINTENDENTE BANCARIO-Facultades	309
SUPERMERCADO-Características	51
SUSPENSIÓN DEL PROCESO	792
SUSPENSIÓN POR PREJUDICIALIDAD	59
SUSPENSIÓN PROVISIONAL	589
SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia	263, 282. 293. 329, 333 499, 594, 871
SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Procedencia	402
SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Requisitos	344

- T -

TARIFA	112
TARIFA AL TRANSPORTE POR OLEODUCTO	411
TARIFA DE IMPORRENTA	534
TARIFA EN EL IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS	527
TARIFA POR UTILIZACIÓN DE MUELLE	282
TASA DE CAPTACIÓN	25
TÉRMINO LEGAL	258
TÉRMINO PARA DECLARACIÓN POR FRACCIÓN DE AÑO	238

	Página
TÉRMINO PARA SANCIÓN CAMBIARIA-Interrupción (Salvamento de Voto)	237
TÉRMINO PROBATORIO-Inexistencia	609
TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO	488
TITULARIZACIÓN DE ACTIVOS	21
TÍTULO EJECUTIVO	866
TÍTULO EJECUTIVO-Acumulación	549
TÍTULO EJECUTIVO-Inexistencia	881
TÍTULO EJECUTIVO-Requisitos	548, 575
TRANSPORTE DE PETRÓLEO DE TERCEROS	113
TRASTEO DE VOTOS	875

- V -

VACANCIA	858
VACANCIA ABSOLUTA	619, 730
VACANCIA TEMPORAL	730
VACÍO NORMATIVO	747
VALOR AGREGADO NACIONAL	174
VÍA GUBERNATIVA	226
VÍA GUBERNATIVA-Agotamiento	478
VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA-Elección	752
VÍNCULO DE CONSANGUINIDAD	589, 594
VIOLACIÓN MANIFIESTA DE LA NORMA-Inexistencia	594
VOTANTE	875
VOTO EN BLANCO	617

Este libro se terminó de imprimir
en los Talleres de la Empresa
Editorial de Cundinamarca, Antonio
Nariño, EDICUNDI, en el mes de
marzo de 1998