



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiocho (28) de febrero de 2022

Expediente: 19- 001- 33- 33- 008- 2019- 00204- 00
Demandante: BANCO DAVIVIENDA S.A.
Demandado: MUNICIPIO DE GUACHENE
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia núm. 016

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El banco Davivienda S.A., por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, enjuiciando los siguientes actos administrativos:

- ✚ Resolución nro. 006 del 25 de enero de 2019 mediante la cual la tesorería del municipio de Guachené resuelve los cargos formulados al banco Davivienda S.A. y se aplica sanción por no enviar información, por valor de \$ 175´000.000.
- ✚ Resolución nro. 018 del 28 de marzo de 2019 mediante la cual la tesorería del municipio de Guachené resuelve el recurso de reconsideración presentado por el banco Davivienda S.A. contra la resolución nro. 006 del 25 de enero de 2019.

Como restablecimiento del derecho, pretende la sociedad demandante, se condene al ente territorial demandado a restituir en su favor lo cobrado por concepto de sanción (\$175´000.000) y el valor liquidado por intereses y gastos (\$ 42´516.750); pagar los gastos en que incurrió la entidad bancaria para ejercer la defensa en el proceso administrativo y en el presente juicio (\$ 35´000.000) más IVA, pagar el valor en que incurrió por concepto de la prima de la póliza otorgada como caución para obtener el levantamiento de la medida cautelar de embargo (\$ 9´996.000), y los intereses causados sobre las anteriores sumas, hasta la fecha de pago efectivo.

Igualmente, busca el reconocimiento de perjuicios causados y que se acrediten dentro de los procesos administrativo y judicial, como la condena en costas procesales.

Como supuestos fácticos, se sustenta la demanda en que la tesorería del municipio de Guachené adelantó un proceso investigativo al banco Davivienda S.A. por un supuesto incumplimiento a una orden de embargo, el cual terminó con la imposición de una sanción por considerarse acreedor solidario de la deuda, pese a que la cautela fue registrada con el congelamiento oportuno de recursos, y constitución posterior del depósito por el valor ordenado (\$ 3.500´000.000), es decir, no se comprometió la efectividad de la medida cautelar, ni se favoreció al deudor, como tampoco se causó daño alguno al fisco municipal.

Agregó que las comunicaciones de embargo y de apertura de inspección tributaria y nueva sanción, estas últimas no materializadas, fueron radicadas por el municipio de Guachené en las direcciones para notificaciones dispuesta por el banco en la ciudad de Bogotá –a donde en efecto fueron dirigidos-, por tratarse de información contenida en el certificado de existencia y representación legal, o en la dirección electrónica correspondiente, y no en el centro de operaciones de Cali, lo que impidió la inmediatez en el procesamiento.

Adujo que, el 21 de diciembre de 2018 le fue notificado al banco el contenido del auto de cargos por no enviar información según artículos 231 del acuerdo municipal y 651 del estatuto tributario nacional, aunque la primera de las normas se refiere a la sanción por hechos irregulares de la contabilidad, y aunado a ello no se explicó de manera clara el porqué del incumplimiento de dicha normativa, como tampoco del daño causado por la presunta demora en el registro de la cautela, ya que, se dice, la sanción prevista en la segunda de las normas citadas solo se causa si con la entrega, entrega de manera extemporánea o de los errores de la misma se causa un daño al patrimonio estatal; como tampoco se advirtió sobre si la sanción devenía por aplicación del artículo 839 parágrafo tercero del E.T. o de la establecida en el acuerdo municipal 031 de 2012 y en el artículo 651 del mismo E.T. ya que estas se citaron de manera conjunta e indistinta, y no se informó la cuantía de la sanción, lo que impidió el debido ejercicio del derecho de defensa. Con todo, precisó que el 21 de enero de 2019 se dio oportuna respuesta al pliego de cargos, allegando dos días después el certificado de existencia y representación legal del banco Davivienda S.A.

Se dice, el 25 de enero de 2019 el municipio de Guachené expidió la resolución nro. 006 resolviendo los cargos formulados y aplicando la sanción por no enviar información, y para el efecto se aplicó lo señalado en el artículo 55 de la Ley 6ª de 1992, la cual había sido modificada por el artículo 289 de la Ley 1819 de 2016, para tasar la sanción impuesta. El 22 de marzo de 2019 la entidad bancaria accionante presentó recurso de reconsideración, contra el acto anteriormente citado, indicando los respectivos argumentos de inconformidad, el cual fue resuelto el 28 de marzo de ese año mediante la resolución nro. 018, acto notificado el 2 de abril siguiente, invocando, entre otros aspectos, un nuevo fundamento de la sanción, esto es, lo dispuesto en el artículo 837 del E.T., no mencionado en la citada resolución nro. 006, y dejando por fuera otros argumentos expuestos en el recurso.

En firme las decisiones contentivas de los actos enjuiciados, el municipio de Guachené dio inicio a proceso de cobro coactivo contra Davivienda S.A., decretando en este el embargo de dineros por un monto de \$ 280'000.000, por la cual se constituyó un depósito judicial por cuenta de la fiduciaria, siendo necesario para cancelar la medida, y por exigencia del municipio la constitución de póliza de seguros por ese valor, no por el monto al que ascendía la sanción, y cuya prima ascendió a \$ 9'996.000, empero, finalmente, el cobro coactivamente realizado ascendió a \$ 217'516.750, debiendo costear, además, honorarios de abogado para la defensa administrativa y judicial, por \$ 35'000.000

Se citan como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, artículos 1 a 5 de la Ley 1437 de 2011, y artículo 651 del E.T.

En síntesis, las irregularidades que a consideración de la parte accionante vician de nulidad los actos objeto de control jurisdiccional son los siguientes: improcedencia de la sanción prevista en el artículo 651 del estatuto tributario; obligación de suministrar información y sanción por no enviarla, o hacerlo en forma extemporánea o errónea; obligación de las entidades financieras de cumplir los deberes que las normas consagran para cuando se les comunica órdenes de embargo emitidas en procesos de jurisdicción coactiva y sanción por su no cumplimiento oportuno – no acreditarse la causación de daño alguno y aplicación de norma sin las modificaciones establecidas; otras irregularidades presentadas en la expedición de los actos demandados, y, violación de los principios del debido proceso, derecho de defensa, buena fe y moralidad al inadmitir los descargos presentados por el banco; y, otros vicios procedimentales – violación del debido proceso y del derecho de defensa por omitir la cuantificación de la eventual sanción que se aplicaría en caso de acreditar los supuestos de hecho para su aplicación.

En la etapa de alegatos finales, esta sociedad, a través de su representante judicial, insistió en que dentro del proceso administrativo adelantado por el municipio de Guachené, que terminó con sanción impuesta a la entidad bancaria, se presentaron una serie de irregularidades, como lo fue la aplicación indebida de normas de carácter tributario, el monto determinado como sanción como si nunca se hubiera suministrado la información requerida, se vulneró el principio de presunción de inocencia al juzgar de manera preliminar la

situación sin recibir descargos y pruebas, violación del debido proceso al desconocer el principio *non bis in ídem*, ya que, se impuso sanción mediante la declaratoria de solidaridad de la deuda que tenía EMGESA S.A. E.S.P. y por los mismos hechos se impuso sanción por no enviar información, cargos que serán desarrollados más adelante.

1.2.- Postura y argumentos de defensa del municipio de Guachené.

Asistido de mandatario judicial, esta entidad territorial se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que frente al acatamiento de la medida cautelar decretada las respuestas dadas por Davivienda S.A., que conllevaron a la imposición de las sanciones, fueron extemporáneas y contrariaron los términos de respuesta establecidos en el artículo 651 del E.T., además de no haber realizado el depósito de los dineros embargados en la respectiva cuenta de depósito judicial.

Afirmó que la tesorería del ente territorial si expidió el auto de cargos y le fue notificado a Davivienda en debida forma, como lo establece los artículos 238 y 411 del acuerdo municipal 031 del 2012 y el artículo 651 del Estatuto Tributario Nacional, y en cuanto a la cuantificación de la sanción refirió ser razonable que en el auto de cargos solo se establece la conducta violatoria de la norma y que al resolver los descargos se establece la aplicación de la medida con el monto de la sanción.

Precisó que los descargos presentados por la sociedad accionante fueron recibidos por correo electrónico por fuera del horario oficial normal (18:54 del 21 de enero de 2019), y en forma física fueron allegados dos días después, es decir, de manera extemporánea.

Conforme los argumentos de defensa esbozados solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos de carácter tributario demandados, expedidos dentro del proceso administrativo persuasivo por la tesorería de Guachené, como despacho ejecutor y en ejercicio de sus competencias, legalmente establecida por Ley, se orientaron en el principio de legalidad y debido proceso, fueron anunciados y se otorgaron los medios de defensa a Davivienda S.A., tal como lo tiene establecido el procedimiento del estatuto tributario municipal (acuerdo municipal 031 de 2012) y el estatuto tributario del orden nacional.

Formuló la excepción previa denominada falta de jurisdicción y de competencia, la cual fue resuelta por este despacho judicial mediante proveído interlocutorio núm. 552 del 24 de mayo de 2021, y en el cual textualmente se dispuso "*Declarar no probada la excepción denominada "FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA", formulada por la entidad territorial demandada, según lo indicado en esta providencia*", la cual cobró firmeza.

En la oportunidad para presentar alegatos de conclusión, este extremo procesal reafirmó su oposición a las pretensiones de la demanda, concluyendo que, de la investigación adelantada por el municipio de Guachené a Davivienda, se determinó que esta sociedad no cumplió con la orden de embargo decretada por el ente territorial y los actos expedidos cumplen los parámetros establecidos en el estatuto tributario y gozan por contera de legalidad.

1.3.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este despacho no rindió concepto en este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la cuantía de las pretensiones y el lugar donde fueron expedidos los actos administrativos enjuiciados, este juzgado es competente para conocer del asunto, en primera instancia, de conformidad con lo previsto en los artículos 138, 155-3 y 156- 2, y 8, de la Ley 1437 de 2011.

Por otro lado, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, atemperado el juzgado a lo señalado en el artículo 164 numeral 2 literal i) de la Ley 1437 de 2011, ya que, la notificación del último acto administrativo enjuiciado data del 2 de abril de 2019 –fl. 163 del anexo 01 del expediente digital-, por lo que la demanda podría interponerse a más tardar el 3 de agosto de ese año, y ello se verifica el 2 de agosto anterior.

2.2.- Problema jurídico.

Corresponde determinar la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales fue sancionado el banco Davivienda S.A., por aparentemente no rendir información oportuna relacionada con una orden de embargo que le fue comunicada por el área de tesorería del municipio de Guachené, decretada dentro de un proceso de ejecución adelantado en contra de la empresa EMGESA S.A. ESP, como por el hecho de no acatar la cautela en la forma en que fue comunicada.

2.3.- Tesis.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, en razón a que los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos con falsa motivación y de manera irregular.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando los siguientes ejes temáticos: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, y (iii) Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados- El restablecimiento del derecho a favor de la sociedad demandante.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

✚ Obra el expediente contentivo del proceso que por jurisdicción coactiva adelantó el municipio de Guachené en contra de EMGESA S.A. E.S.P. y administrativo de carácter investigativo y sancionatorio impulsado en contra del banco Davivienda S.A. de los cuales, para resolver el asunto puesto a consideración del juzgado, se extraen las siguientes piezas procesales:

- El 31 de octubre de 2018, a través del oficio T-0358 la tesorería del municipio de Guachené expidió comunicación dirigida al banco Davivienda agencia o sucursal Cali, informando sobre el decreto de medidas cautelares de embargo de sumas de dinero que EMGESA S.A. E.S.P. tuviere en esa entidad, limitando la cuantía a \$ 3.500'000.000. Se instó a que la medida debía hacerse efectiva de manera inmediata al recibo de la comunicación y consignarse el monto embargado en el Banco Agrario Sucursal Puerto Tejada dentro de los tres días siguientes, remitiendo constancia de ello. Igualmente, se recordó que en caso de no enviar la información requerida se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 651 literal a del E.T. modificado por la Ley 6ª de 1992 art. 55, y artículo 837 inciso 2 del mismo estatuto. Además, advirtió que, de no congelar los recursos embargados, se daría aplicación a lo dispuesto en el artículo 839-1 del E.T.
- El 6 de noviembre de 2018 Davivienda expidió oficio comunicando a la alcaldía de Guachené – Tesorería Municipal, que en virtud de lo comunicado en el oficio 0358, se procedió al registro de la medida bajo la congelación de recursos de acuerdo con lo señalado en el artículo 837 del E.T. hasta obtener un fallo definitivo y en firme. Dicho oficio fue recibido por su destinatario, el 27 de noviembre de 2018.
- El 9 de noviembre de 2018 el municipio de Guachené mediante oficio 0398 comunicó al banco Davivienda, en esta ocasión al área de coordinación de embargos de la ciudad de Bogotá, que, dado el estado del proceso de jurisdicción coactiva, los dineros embargados, congelados desde el 1.º de noviembre de

2018 debían ser consignados directamente a la tesorería del ente territorial, so pena de aplicar las sanciones comunicadas con el oficio T-0358 del 31 de octubre de ese año.

- En efecto, se acredita que el 1.º de noviembre de 2018 Davivienda S.A. en respuesta al oficio nro. 358 procedió a aplicar la medida cautelar mediante congelación de recursos, por la suma de \$ 3.500'0000.000.
- Posteriormente, el 16 de noviembre de 2018, el municipio de Guachené a través del oficio T-0410 comunicó al banco Davivienda, coordinación de embargos de la ciudad de Bogotá, sobre la apertura de investigación por no enviar información requerida y cumplir la orden impartida en los oficios T-0358 y T-0398 anteriormente citados, reiterando que en caso de mantener el incumplimiento se haría acreedora a la solidaridad de la deuda, a la luz de lo previsto en el parágrafo del artículo 839-1 del E.T. En esta oportunidad solicitó depositar los valores embargados con la remisión de copia del trámite dentro de los tres días siguientes, y, además, en el mismo plazo remitir los extractos bancarios de las cuentas de EMGESA S.A. E.S.P. desde el 31 de octubre al 16 de noviembre de 2018 y certificado que contenga el 0.5% del patrimonio neto para el año 2017 del banco Davivienda S.A.
- Mediante el auto de trámite nro. 001 la tesorería del municipio de Guachené dio apertura a la investigación administrativa por no enviar información (art. 651 E.T.) a Davivienda S.A. y domicilio en la ciudad de Bogotá, en suma, por no acatar oportunamente – extemporáneo- la orden comunicada con el oficio T-0358 del 31 de octubre de 2018, y por no brindar respuesta a la solicitud elevada con el oficio T-0398 del 9 de noviembre de 2018.
- A través de auto nro. 003 del 30 de noviembre de 2018 la tesorería del municipio de Guachené declaró solidariamente responsable de la deuda que tiene la empresa EMGESA S.A. E.S.P. con el municipio de Guachené, al banco Davivienda S.A., ordenando el embargo de recursos por el monto máximo de \$3.500'000.000. Concluyó el ente territorial, que el oficio –T-0358 del 31 de octubre de 2018 fue respondido con una certificación adiada el 8 de noviembre de esa anualidad en el que manifestó acatar la orden, y que no se obtuvo respuesta al oficio T-0398 ya citado.
- Con oficio del 4 de diciembre de 2018, entregado en su destino tres días después, Fiduciaria Davivienda comunicó a la tesorería del municipio de Guachené, que EMGESA S.A. E.S.P. no se encuentra registrado con ningún fondo de inversión colectiva, encargo fiduciario o fiducia de administración o fondo de pensiones en el sistema.
- El 14 de diciembre de 2018 el municipio de Guachené libró el oficio T-0502 dirigido al representante legal de Davivienda S.A. en la ciudad de Bogotá, notificando los cargos formulados dentro del proceso investigativo, adjuntando el auto de cargos, el cual se sustenta, en resumen, en que la medida de embargo comunicada a la entidad bancaria con el oficio T-0358 del 31 de octubre de 2018 no se hizo efectiva de manera inmediata, como tampoco dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación se verificó la consignación de los recursos embargados, habiéndose enviado respuesta de manera extemporánea -8 de noviembre de 2018- fecha en la cual se informó sobre la congelación de los recursos, por el monto límite del embargo decretado, y aunado a lo anterior, por el hecho de haber desatendido lo comunicado mediante el oficio T-0398 del 9 de noviembre de 2018, y de pasar por alto el requerimiento y solicitud de información efectuados con el oficio T-0410 de 2018.

Por lo anterior se formulan cargos en contra de la entidad bancaria por violar lo dispuesto en los artículos 238 y 411 del acuerdo municipal 031 de 2012, y el artículo 651 del E.T.

- El 23 de enero de 2019 el banco Davivienda presentó descargos ante la tesorería municipal de Guachené, y previas las observaciones a cada uno de estos, solicitó el cierre del proceso, adjuntando copia del depósito judicial, de extractos bancarios de cuentas corrientes de la empresa EMGESA SA ESP, y certificado de comercio que dio cuenta de la casa principal –Bogotá, y sucursal de la misma – Cali. Se observa también que el 21 de enero de 2019 a las 18:54 el departamento de logística documental de Davivienda remitió correo electrónico en el cual se dice dar contestación al oficio T-0502 del 14 de diciembre de 2018 – cargos formulados por el municipio de Guachené, al cual se adjuntó extractos bancarios y constitución de depósito judicial.
- El 28 de enero de 2019 el municipio de Guachené libró el oficio T-008 dirigido al representante legal de Davivienda S.A. en la ciudad de Bogotá, notificando el contenido de la resolución nro. 006 de 2019, por medio de la cual fueron resueltos los cargos formulados a la entidad bancaria e impone la sanción establecida en el artículo 651 del E.T. En este puntualizó inicialmente que los descargos fueron presentados a través de correo electrónico por fuera del mes siguiente a la fecha de recibo del pliego de cargos como término legalmente previsto, ya que, para ese fin contaba la entidad bancaria hasta el 21 de enero de 2019 y estos fueron presentados el día siguiente, sin que se aportara el certificado que lo acreditara como representante legal, y que el 23 de ese mes y año fue radicado por ventanilla de la alcaldía municipal dichos descargos con los soportes correspondientes, sin embargo, se dice, no hubo sustentación de los mismos, y por el hecho de la extemporaneidad fueron inadmitidos y no se dio trámite a estos, ratificando así el auto de cargos de fecha 14 de diciembre de 2018.

Como base para aplicar la sanción tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 55 de la Ley 6 de 1992, en el 5% del monto a embargar (\$ 3.500'000.000), determinándola en la suma de \$ 175'000.000.

- Mediante auto del 26 de marzo de 2019 el municipio de Guachené admitió el recurso de reconsideración interpuesto por Davivienda S.A. contra la resolución nro. 006 de 2019, y se reconoce personería para actuar al mandatario representante de la entidad bancaria.
- A través de la resolución nro. 018 el municipio de Guachené resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por Davivienda S.A. ratificando la sanción impuesta en la resolución nro. 006 de 2019. En esta el ente territorial no se pronunció sobre los hechos “A” a “G” por ser estos, parte del auto de cargos, de los cuales se consideró no se tuvo respuesta dentro del término legal. En cuanto al hecho “H” invocado, indicó que al realizar la verificación no se encontró en la bandeja de entrada de la tesorería del municipio para el 21 de enero de 2019, documento alguno contentivo de los aludidos descargos, empero, si se encontró este recibido el 22 de enero de ese año a las 10:14 a.m. con extractos bancarios adjuntos, sin acreditar la representación legal del investigado, manteniendo así la postura de que dicho documento se presentó de manera extemporánea, observando además que en el sistema se enuncia la fecha de recibo de los correos de manera diferente a la estampada en el pantallazo aportado por la entidad bancaria “21 de enero de 2019 18:54”, cuando el sistema registra “21 ene. 2019 18:54”, entendiéndolo así, adulterado, aclarando además que el horario oficial iba de 08:00 a.m. a 05:00 p.m. de ahí la inadmisión, por extemporáneo.

Consideró el municipio hoy demandado, que el artículo 651 del E.T. no se encontraba derogado, ya que, este remite al artículo 837 del mismo estatuto, y fue además desatendida la Circular nro. 2006058664-001 del 30 de octubre de 2006 de la Superintendencia Financiera, para finalmente desestimar los argumentos de nulidad procesal, falsa motivación o mala tasación de la sanción consignada en el pliego de cargos, por no ser la oportunidad procesal para alegarlos – *un mes*.

Consecuente con lo anterior, ordenó seguir el cobro de la sanción por jurisdicción coactiva.

Dicho acto fue notificado al representante legal de Davivienda S.A. el 2 de abril de 2019.

- A través del Acuerdo 031 del 28 de diciembre de 2012 el Concejo Municipal de Guachené adoptó el Estatuto Tributario de Procedimientos para el municipio de Guachené, el que en su artículo primero dispuso: "*ARTICULO 1. OBJETO CONTENIDO Y AMBITO DE APLICACIÓN. El Estatuto Tributario del Municipio tiene por objeto la definición general de los impuestos, tasas y contribuciones, su administración, determinación, discusión, control, recaudo y cobro, lo mismo que la regulación del régimen sancionatorio. Sus disposiciones rigen en todo el ámbito del territorio del Municipio de Guachené.*

+ De acuerdo con la certificación expedida el 25 de abril de 2019 por el representante legal del banco Davivienda, los embargos decretados por las autoridades judiciales y administrativas sobre los productos financieros de clientes de esa entidad bancaria son tramitados y aplicados exclusivamente en la ciudad de Bogotá D.C. a través de la empresa IQ OUTSORCING dado el vínculo contractual entre estas existente para esos efectos.

+ El 10 de abril de 2019 se realizó en el banco Agrario de Colombia de la ciudad de Bogotá, la consignación por la suma de \$ 280'000.000 en favor del municipio de Guachené, por concepto de embargo, siendo consignante Fiduciaria Davivienda S.A.

+ De la suma de dinero anterior fue reintegrado el monto de \$ 62'483.250 a favor de Davivienda S.A. por concepto de excedente, según comunicación T-099 del 22 de mayo de 2019, dirigido por la tesorería del municipio de Guachené, al representante legal de dicha sociedad.

+ Mediante comunicación del 10 de julio de 2019 Davivienda S.A. certificó la aceptación de honorarios para la presentación del recurso de reconsideración y de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que ahora se resuelve, por la suma de \$ 35'000.000.

+ El 2 de abril de 2019 la tesorería del municipio de Guachené notificó al representante legal de Davivienda S.A. el contenido de la resolución nro. 018 del 18 de marzo de 2019 por la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por esta entidad bancaria contra la resolución nro. 006 de ese año, en la cual se impuso sanción por no enviar información.

+ El 28 de marzo de 2014 la Superintendencia Financiera de Colombia emitió la carta circular nro. 30, dirigida a los representantes legales, miembros de junta directiva y revisores fiscales de las entidades vigiladas, sobre información relacionada con la aplicación del artículo 839-1 del E.T. – *trámite para algunos embargos*, la cual fue modificada con la carta circular nro. 42 del 5 de mayo de ese año.

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

- La presunción de legalidad del acto administrativo.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo, y en la actualidad¹:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contencioso administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

➤ El derecho administrativo sancionatorio de carácter tributario:

Para iniciar, es pertinente traer a colación apartes de pronunciamientos de las altas cortes, que explican con claridad esta rama del derecho y la aplicación de los principios que la rigen, así:

*"El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o ius puniendi, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Es así como en el derecho penal se afecta el derecho fundamental a la libertad; en cambio, otros derechos sancionadores imponen otro tipo de sanciones, y además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad"*²

Por su parte, la misma corte señala:

*"Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran... no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada; (ii) las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta; (iii) la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad."*³

En esta providencia la corte establece los elementos esenciales del tipo sancionador: "que son: (i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición... que apunta a la garantía de que es la ley, y no el operador jurídico, quien determina cuáles conductas son sancionables y, para lo cual, los tipos sancionatorios deben ser redactados con la mayor claridad posible, de tal manera, que tanto su contenido como sus límites se deduzcan del tenor de sus prescripciones".

Ahora, la corte en la sentencia C-815 de 2009 luego de transcribir algunas sentencias propias, referidas a los principios que orientan el sistema tributario en Colombia, concluyó que las sanciones deben estar enmarcadas en los principios de proporcionalidad y de

¹ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

² CORTE CONSTITUCIONAL -SENTENCIA C-762 DE 2009. M.P JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

³ CORTE CONSTITUCIONAL - SENTENCIA C-699/15. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

lesividad en el régimen sancionatorio tributario, concretamente, cuando se trata de aquellas sanciones que se imponen por el incumplimiento del deber de suministrar información:

"... en sentencia C-160 de abril 29 de 1998 con ponencia de la Magistrada Carmenza Isaza de Gómez, la Corte afirmó:

"Es claro, entonces, que las sanciones que puede imponer la administración, deben estar enmarcadas en criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen su poder sancionador. Por tanto, en el caso en estudio, es necesario concluir que no todo error cometido en la información que se remite a la administración, puede generar las sanciones consagradas en la norma acusada.

La proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones, en el marco de las infracciones tributarias, tiene un claro fundamento en el principio de equidad, consagrado en el artículo 363 de la Constitución, equidad que, en concepto de esta Corporación, no solo debe predicarse de la obligación tributaria sustancial, sino que debe imperar en la aplicación y cuantificación de las sanciones que puedan llegarse a imponer, tanto por el desconocimiento de obligaciones tributarias de carácter sustancial, como de las accesorias a ella. El legislador, en este caso, es el primer llamado a dar prevalencia a estos principios, fijando sanciones razonables y proporcionadas al hecho que se sanciona. Pero, igualmente, los funcionarios encargados de su aplicación, están obligados a su observancia."

TERCERA: Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados.

Tenemos entonces que el banco Davivienda S.A. ha enjuiciado la resolución nro. 006 del 25 de enero de 2019 mediante la cual la tesorería del municipio de Guachené resuelve los cargos formulados en contra de la entidad bancaria y se aplica sanción por no enviar información, por valor de \$ 175'000.000, y la resolución nro. 018 del 28 de marzo de 2019 mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado por el banco Davivienda S.A. contra la resolución inicial, ratificando esta, y como consecuencia sea restablecido el derecho de la sociedad.

A continuación, analizaremos en conjunto los dos primeros cargos de nulidad planteados por la sociedad demandante:

Cargo 1. Improcedencia de la sanción prevista en el artículo 651 del Estatuto Tributario, por la supuesta demora en el acatamiento de la orden de embargo y violación del artículo 29 superior por quebranto a los principios del debido proceso, legalidad de las faltas y de las sanciones, y non bis in ídem.

Cargo 2. No acreditarse que la conducta reprochada hubiera causado algún daño.

Se funda estos cargos, en que el municipio no distinguió entre la infracción a los deberes de suministrar información tributaria y el incumplimiento de la entidad financiera de la orden de embargo proferida dentro del proceso administrativo de cobro, acorde lo señalado en el artículo 651 del Estatuto Tributario y el numeral 2 del artículo 839-1 adicionado por el artículo 86 de la Ley 6ª de 1992, disposición que fue posteriormente modificada por el artículo 9 de la Ley 1066 de 2006 que adicionó el artículo 837-1, y el segundo, en el hecho que no se generó daño alguno a la administración, siendo así atípica la conducta desplegada.

Considera que de acuerdo a las citadas normas, la sanción para la entidad financiera consistente en hacerla solidariamente responsable con el deudor principal, no es la sanción prevista en el artículo 651 del E.T., sino la prevista en el párrafo tercero del artículo 839-1 del mismo estatuto, y las dos normas comportan diferente tipo de sanción, I) la información por no envío de información tributaria, otras informaciones y pruebas, o envío erróneo o extemporáneo, y II) sanción por no cumplimiento oportuno de la orden de embargo, sanciones que fueron impuestas por el municipio de Guachené, constituyendo así una doble sanción por los mismos hechos. Agregó que, si bien el artículo 837 del E.T. prevé la aplicación de la sanción prevista en el artículo 651, el municipio no pidió dicha información sobre los bienes de EMGESA S.A., sino la comunicación del embargo.

Al respecto, el municipio demandado señaló que el acatamiento de la medida cautelar fue extemporánea y contrarió los términos de respuesta establecidos en el artículo 651 del E.T., además de no haber realizado el depósito de los dineros embargados en la respectiva cuenta de depósito judicial, de ahí la imposición de sanciones al banco Davivienda S.A. a través de los actos administrativos enjuiciados.

En este escenario jurídico pasamos a resolver los cargos planteados.

Se ha acreditado que el municipio de Guachené expidió los actos administrativos enjuiciados, al considerar que la entidad bancaria demandante quebrantó lo dispuesto en los artículos 238 y 411 del acuerdo municipal 031 de 2012, y el artículo 651 del E.T. y se dio aplicación a lo establecido en el artículo 839-1 del E.T. en lo que respecta a la solidaridad de la deuda por el presunto hecho de incumplir lo ordenado por el ente territorial.

El artículo 651 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 289 de la Ley 1819 de 2016, reza:

"ARTÍCULO 651. SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN O ENVIARLA CON ERRORES. Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria, así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción:

1. Una multa que no supere quince mil (15.000) UVT, la cual será fijada teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) El cinco por ciento (5%) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida;

b) El cuatro por ciento (4%) de las sumas respecto de las cuales se suministró en forma errónea;

c) El tres por ciento (3%) de las sumas respecto de las cuales se suministró de forma extemporánea;

d) Cuando no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tuviere cuantía, del medio por ciento (0.5%) de los ingresos netos. Si no existieren ingresos, del medio por ciento (0.5%) del patrimonio bruto del contribuyente o declarante, correspondiente al año inmediatamente anterior o última declaración del impuesto sobre la renta o de ingresos y patrimonio.

2. El desconocimiento de los costos, rentas exentas, deducciones, descuentos, pasivos, impuestos descontables y retenciones, según el caso, cuando la información requerida se refiera a estos conceptos y de acuerdo con las normas vigentes, deba conservarse y mantenerse a disposición de la Administración Tributaria.

Cuando la sanción se imponga mediante resolución independiente, previamente se dará traslado de cargos a la persona o entidad sancionada, quien tendrá un término de un (1) mes para responder.

La sanción a que se refiere el presente artículo se reducirá al cincuenta por ciento (50%) de la suma determinada según lo previsto en el numeral 1), si la omisión es subsanada antes de que se notifique la imposición de la sanción; o al setenta por ciento (70%) de tal suma, si la omisión es subsanada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se notifique la sanción. Para tal efecto, en uno y otro caso, se deberá presentar ante la oficina que está conociendo de la investigación, un memorial de aceptación de la sanción reducida en el cual se acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma.

En todo caso, si el contribuyente subsana la omisión con anterioridad a la notificación de la liquidación de revisión, no habrá lugar a aplicar la sanción de que trata el numeral 2). Una vez notificada la liquidación solo serán aceptados los factores citados en el numeral 2) que sean probados plenamente.

PARÁGRAFO. El obligado a informar podrá subsanar de manera voluntaria las faltas de que trata el presente artículo, antes de que la Administración Tributaria profiera pliego de

cargos, en cuyo caso deberá liquidar y pagar la sanción correspondiente de que trata el numeral 1) del presente artículo reducida al veinte por ciento (20%).

Las correcciones que se realicen a la información tributaria antes del vencimiento del plazo para su presentación no serán objeto de sanción. (Destacamos).

Para el despacho, no le asiste razón a la parte accionante, en cuanto a que el inciso primero del artículo 651 no impone una obligación de rendir informes de manera general, es decir, a contribuyentes y no contribuyentes, pues de lo contrario la norma no precisaría que la sanción puede imponerse a quien no rinda información tributaria, como a quienes omiten presentar informaciones o pruebas, de manera amplia.

Pese a ello, acierta este extremo procesal, en que para sancionar el municipio de Guachené al banco Davivienda por aparente no acatamiento de la medida de embargo comunicada a la entidad bancaria a través del oficio T-0358 de 31 de octubre de 2018, no es pasible de aplicación lo señalado en el artículo 651 del E.T., por cuanto se colige de dicho oficio, que la tesorería del municipio de Guachené comunicó al banco Davivienda agencia o sucursal Cali, sobre el decreto de medidas cautelares de embargo de sumas de dinero que la EMGESA S.A. E.S.P. tuviere en esa corporación bancaria, limitando la cuantía a \$3.500'000.000, exhortándola a que dicha cautela debía hacerse efectiva de manera inmediata al recibo de la comunicación y consignarse el monto embargado en el Banco Agrario Sucursal Puerto Tejada dentro de los tres días siguientes, remitiendo constancia de ello, empero, al final del comunicado puso de presente que en caso de no enviar la "información" requerida se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 651 literal a del E.T. modificado por la Ley 6ª de 1992 art. 55, y artículo 837 inciso 2 del mismo estatuto. Para el despacho, este ente territorial no solicitó información de ningún tipo a la entidad bancaria, la que por tanto exclusivamente se encontraba obligada a tramitar el registro de la cautela comunicada.

Debe precisarse que, igualmente, a través del oficio T-0398 del 9 de noviembre de 2018 el municipio de Guachené comunicó al banco Davivienda que, dada la etapa procesal en que se encontraba el proceso de jurisdicción coactiva promovido en contra de EMGESA S.A. E.S.P., los dineros embargados, congelados desde el 1.º de noviembre de 2018, debían ser consignados directamente a la tesorería del ente territorial, so pena de aplicar las sanciones comunicadas con el oficio T-0358 del 31 de octubre de ese año, sanciones estas que, como se advirtió, solo podrían imponerse en caso de que el banco Davivienda omitiera brindar información, que en suma no fue solicitada ni con el oficio T-0358 como tampoco con el oficio T-0398, ambos de 2018.

Pero, ocurrió lo contrario con la expedición del oficio T-0410 de 2018 con el que el municipio, además de notificar a Davivienda la apertura de investigación, solicitó a esta la remisión de copia del depósito constituido, de los extractos bancarios de las cuentas de EMGESA S.A. E.S.P. y certificado de patrimonio neto del banco, lo que constituye información y pruebas, y que ello, tal y como lo ha afirmado el apoderado de la misma entidad demandante, no fue contestado de manera oportuna, por el hecho de haber sido recibido en el centro de operaciones de Cali, circunstancias que motivó que la correspondencia no llegara al área responsable para su procesamiento y respuesta en los términos indicados, y solo hasta el 3 de diciembre fue constituido el depósito judicial, y en efecto no obra prueba de que la información adicional requerida hubiera sido proporcionada.

Ahora, el artículo 238 del acuerdo municipal 031 de 2012, señala:

"ARTÍCULO 238. SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN.

Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria, así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción.

Una multa hasta 15.000 UVT la cual será fijada teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) Hasta del 5% de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida, se suministró en forma errónea o se hizo en forma extemporánea

b) Cuando no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tuviere cuantía, hasta del 0,5% de los ingresos brutos Si no existiere ingresos, hasta del 0,5% del patrimonio bruto del contribuyente o declarante, correspondiente al año inmediatamente anterior.

El desconocimiento de los factores que disminuyen la base gravable o de los descuentos tributarios según el caso, cuando la información requerida se refiera a estos conceptos y de acuerdo con las normas vigentes deba conservarse y mantenerse a disposición de la Administración Tributaria Municipal.

La sanción a que se refiere el presente artículo, se reducirá al cincuenta por ciento (50%) de la suma determinada según lo previsto en el literal a), si la omisión es subsanada antes de que se notifique la imposición de la sanción; o en una tercera parte de tal suma. Si la omisión es subsanada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se notifique la sanción. Para tal efecto, en uno u otro caso, se deberá presentar ante la oficina que está conociendo de la investigación, un memorial de aceptación de la sanción reducida en la cual se acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma.

En todo caso, si el contribuyente subsana la omisión con anterioridad a la notificación de la liquidación de revisión, no habrá lugar a aplicar la sanción de que trata el literal b) Una vez notificada la liquidación sólo serán aceptados los factores citados en el literal b) que sean probados plenamente.

PARÁGRAFO. No se aplicará la sanción prevista en este artículo, cuando la información presente errores que sean corregidos voluntariamente por el contribuyente antes de que se le notifique pliego de cargos. (Año Base 2006)". (Destacamos).

Como se puede observar, la normativa local del municipio de Guachené, transcrita, fue expedida en similares términos a las del Estatuto Tributario Nacional, y de esta manera, se itera, que de manera general debe rendirse información solicitada, so pena de sanción, y en el presente caso ello se verifica con el requerimiento efectuado por el ente municipal, mediante el oficio T-0410 de 16 de noviembre de 2018.

Con respecto a dicho oficio de requerimiento de información y prueba, como se indicó, se ha logrado determinar que a través de este el municipio de Guachené comunicó al banco Davivienda, coordinación de embargos de la ciudad de Bogotá, sobre la apertura de investigación por no enviar información requerida y cumplir la orden impartida en los oficios T-0358 y T-0398, reiterando que en caso de mantener el incumplimiento se haría acreedora a la solidaridad de la deuda, a la luz de lo previsto en el parágrafo del artículo 839-1 del E.T., pero a su vez, solicitó depositar los valores embargados con la remisión de copia del trámite dentro de los tres días siguientes, y, además, en el mismo plazo remitir los extractos bancarios de las cuentas de EMGESA S.A. E.S.P. desde el 31 de octubre al 16 de noviembre de 2018 y certificado que contenga el 0.5 % del patrimonio neto para el año 2017 del banco Davivienda S.A.

Así las cosas, el fin primordial de la información requerida era establecer si la cautela decretada a las cuentas bancarias de la empresa EMGESA S.A. E.S.P. se había hecho efectiva al 16 de noviembre de 2018, fecha en que se libró el aludido oficio T-0410, ya que, la información referente al patrimonio neto de Davivienda se enderezaba a materializar la solidaridad de la obligación que en esta recaía, por el hecho de no registrar la medida cautelar oportunamente a la empresa de servicios públicos, tema al cual nos referiremos más adelante, por lo que, independientemente de la forma en que fueron radicadas las comunicaciones y solicitudes de información contenidas en los oficios T-0358, T-0398 y T-0410, se ha acreditado que desde el 1.º de noviembre de 2018 (certificado así el día 8 de ese mes y año) se adoptó la medida de congelamiento de los recursos de EMGESA S.A. E.S.P. por el monto ordenado por la tesorería del municipio de Guachené, y el 3 de diciembre de ese mismo año fue constituido el depósito judicial con los recursos congelados, por lo que si bien se presentó un retardo en el procesamiento y registro de la cautela y constitución del depósito, dicha mora no comprometió la efectividad de la cautela,

partiendo del hecho que la comunicación inicial data del 31 de octubre de 2018 y el congelamiento de recursos se verifica el 1.º de noviembre de ese mismo año.

Resulta claro que la pretensión del ente territorial era disponer en depósito judicial constituido del monto embargado, con la mayor prontitud posible, en la cuenta bancaria del Banco Agrario de Colombia, tal y como se ordenó en los oficios T-0358 y se reiteró en el oficio T-0398, pues en parte alguna se indicó sobre la congelación de recursos como en efecto fue tramitado por el banco Davivienda S.A. y de ahí la imposición de las sanciones que dan cuenta los actos administrativos acusados.

Al respecto, es menester precisar lo siguiente:

El artículo 837 del estatuto Tributario Nacional consagra lo siguiente:

"ARTICULO 837. MEDIDAS PREVENTIVAS. Previa o simultáneamente con el mandamiento de pago, el funcionario podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del deudor que se hayan establecido como de su propiedad.

Para este efecto, los funcionarios competentes podrán identificar los bienes del deudor por medio de las informaciones tributarias, o de las informaciones suministradas por entidades públicas o privadas, que estarán obligadas en todos los casos a dar pronta y cumplida respuesta a la Administración, so pena de ser sancionadas al tenor del artículo 651 literal a). (Se destaca).

Luego, el artículo 837-1 adicionado por el artículo 9 de la Ley 1066 de 2006 del Estatuto Tributario, señala:

"ARTÍCULO 837-1. LÍMITE DE INEMBARGABILIDAD. Para efecto de los embargos a cuentas de ahorro, librados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales dentro de los procesos administrativos de cobro que esta adelante contra personas naturales, el límite de inembargabilidad es de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, depositados en la cuenta de ahorros más antigua de la cual sea titular el contribuyente.

En el caso de procesos que se adelanten contra personas jurídicas no existe límite de inembargabilidad.

<Inciso modificado por el artículo 34 de la Ley 1430 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> No serán susceptibles de medidas cautelares por parte de la DIAN y demás entidades públicas, los bienes inmuebles afectados con patrimonio de familia inembargable o con afectación a vivienda familiar, y las cuentas de depósito en el Banco de la República.

No obstante, no existir límite de inembargabilidad, estos recursos no podrán utilizarse por la entidad ejecutora hasta tanto quede plenamente demostrada la acreencia a su favor, con fallo judicial debidamente ejecutoriado o por vencimiento de los términos legales de que dispone el ejecutado para ejercer las acciones judiciales procedentes.

Los recursos que sean embargados permanecerán congelados en la cuenta bancaria del deudor hasta tanto sea admitida la demanda o el ejecutado garantice el pago del 100% del valor en discusión, mediante caución bancaria o de compañías de seguros. En ambos casos, la entidad ejecutora debe proceder inmediatamente, de oficio o a petición de parte, a ordenar el desembargo.

La caución prestada u ofrecida por el ejecutado conforme con el párrafo anterior, deberá ser aceptada por la entidad". (Destacamos).

Por su parte, el artículo 839-1 del mismo estatuto, adicionado por el artículo 86 de la Ley 6 de 1992, prevé:

"ARTICULO 839-1. TRAMITE PARA ALGUNOS EMBARGOS. El embargo de bienes sujetos a registro se comunicará a la oficina encargada del mismo, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro; si aquellos pertenecieren al ejecutado lo inscribirá y remitirá el certificado donde figure la inscripción, al funcionario de la Administración de Impuestos que ordenó el embargo.

...

Al recibirse la comunicación, la suma retenida deberá ser consignada al día hábil siguiente en la cuenta de depósitos que se señale, o deberá informarse de la no existencia de sumas de dinero depositadas en dicha entidad.

...
PARAGRAFO 3o. Las entidades bancarias, crediticias financieras y las demás personas y entidades, a quienes se les comunique los embargos, que no den cumplimiento oportuno con las obligaciones impuestas por las normas, responderán solidariamente con el contribuyente por el pago de la obligación."

A juicio de este despacho, en las comunicaciones de embargo dirigidas por el municipio de Guachené al banco Davivienda no era posible invocar lo dispuesto en el artículo 837 del Estatuto Tributario, ya que, la información que esta norma regula, tiende a obtener datos previos para el posterior decreto de medidas cautelares, lo cual dista de lo presentado en el caso concreto, donde el ente territorial poseía la información de cuentas bancarias, y solo comunicó a la entidad bancaria hoy accionante sobre el decreto de la cautela que contra estas recaía.

Y de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 837-1 y 839-1, transcritos, era deber del banco Davivienda poner a disposición de la entidad territorial el monto del dinero embargado a EMGESA S.A. E.S.P. al día siguiente, pues dentro del proceso administrativo se encontraba demostrada la acreencia, y caso contrario, en principio debía responder de forma solidaria por dicha obligación.

No obstante, el despacho considera que al haberse acreditado que desde el 1. ° de noviembre de 2018 la entidad bancaria procedió al congelamiento de los recursos de EMGESA S.A. E.S.P. por el monto ordenado y lo informó el 6 de noviembre de 2018 a la tesorería del municipio de Guachené, y el 3 de diciembre de ese mismo año fue constituido el depósito judicial con los recursos congelados, las sanciones por no rendir información, como por desacatar la orden de embargo en los términos en que fue comunicada, se tornan severas y desproporcionadas, pues, se itera, el fin de las comunicaciones, se hizo efectivo, y garantizaba el cumplimiento de la obligación contraída por la empresa EMGESA.

Nótese que, el 6 de noviembre de 2018 Davivienda libró comunicación a la tesorería del municipio Guachené informando sobre la congelación de recursos, comunicación que fue recibida el 27 de noviembre de ese mismo mes. No obstante, se constata que para el 9 de noviembre de 2018 la tesorería municipal ya tenía conocimiento del congelamiento de recursos, según se extrae del contenido del oficio T-398.

El Despacho no justifica de manera alguna el actuar reprochable de la entidad bancaria al inobservar la orden dada por el municipio de Guachené en los precisos términos determinados por este, pues no correspondía a Davivienda modular la medida, sino dar cumplimiento estricto a la misma congelando los recursos y constituyendo el depósito; tenía conocimiento claro de lo requerido por la administración municipal, al punto que aplicó medida de congelamiento desde el 1. ° de noviembre de 2018, resultando inane que los oficios posteriores fueran radicados erróneamente en la ciudad de Cali, pues desde el primer día de noviembre la oficina de Coordinación de embargos ubicada en la ciudad de Bogotá conocía plenamente la orden de constitución del depósito. Sin embargo, no está demostrado el daño que con esa actuación irregular se haya causado al ente territorial a efecto de imponer una sanción dejando de lado los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la actuación omitida.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en la Sentencia C-160 de 1998 M.P. CARMENZA ISAZA DE GÓMEZ, declaró exequibles las expresiones "o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado" contenida en el inciso 1. ° del artículo 651 del Estatuto Tributario y "se suministró en forma errónea" contenida en el literal a) del mismo artículo "en el entendido de que el error o la información que no fue suministrada, genere daño, y que la sanción sea proporcional al daño producido", indicando que "no todo error en la información suministrada puede dar lugar a las sanciones previstas en el ordenamiento tributario, por tanto, las sanciones que imponga la administración por el incumplimiento del deber, deben ser proporcionales al daño que genere. Si no existió daño, no puede haber sanción", de suerte que corresponde al funcionario fundamentar su

decisión de imponer las sanciones con argumentos que deban atender no solo los criterios de justicia y equidad, sino también los de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, tal y como fue expuesto por la Corte Constitucional.

Resulta válido destacar que, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Radicación nro. 66001-23-33-000-2015-00375-01(23569), mediante sentencia del 26 de septiembre de 2018, expresó:

"(...) la Sala precisó que solo se debe sancionar la presentación de información con errores de contenido, que son 'aquellos relacionados con datos, cifras o conceptos específicos que, por ley, está obligado a reportar el contribuyente'.

Así mismo, advirtió que por las características técnicas de la información y por los requerimientos para su presentación, también se pueden presentar inconsistencias formales que impiden el acceso a la información o alteran su contenido, las cuales se deben analizar en cada caso particular para establecer si obstaculizan la labor de fiscalización de la autoridad tributaria y, si, por lo tanto, procede la sanción, pues solo son sancionables los errores que causan daño al Estado". (Resaltado fuera de texto).

Luego, si bien trata lo anterior de información estrictamente tributaria, acorde los principios que rigen el proceso administrativo sancionatorio, y el Estado Social de Derecho que busca para todas las personas una aplicación justa de las normas que regulan cada una de sus actuaciones, la administración igualmente debió examinar y determinar la existencia de un daño ocasionado por las actuaciones del banco Davivienda S.A. de manera concreta, sin que dentro del expediente contentivo del proceso administrativo, del judicial que hoy se resuelve, y de los actos administrativos demandados, ello se ponga en evidencia.

Al referirnos a la aplicación justa no es otra cosa que el Estado bajo su poder de coacción, tome decisiones equilibradas, sin extralimitaciones en su poder o un dejar de hacer de acuerdo con los principios que lo rigen, o de manera ilimitada ni discrecional. Dentro de estos principios constitucionales encontramos el ya mencionado principio de proporcionalidad el cual brinda al Estado y a sus administradores bases adecuadas para que sus decisiones sean tomadas de manera razonable y equilibrada, lo cual permite en cada caso, para cualquier materia o asunto, el estudio de manera particular, teniendo en cuenta la proporción.

En ese orden de ideas, precisamos que las sanciones impuestas al banco Davivienda mediante los actos administrativos censurados debió ser amparada con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, teniendo en cuenta la afectación causada por la irregularidad, la actitud frente a la omisión, la eventual subsanación de la conducta y la mora en el envío de la información, y al respecto, se insiste, el objetivo principal de la entidad territorial era obtener el recaudo del monto embargado proveniente de las cuentas bancarias registradas a nombre de la empresa EMGESA S.A., lo cual se materializó con el congelamiento de recursos al día siguiente de haber recibido la comunicación de embargo –1.º de noviembre de 2018 e informado el 6 de noviembre de 2018-, y después se constituyó el depósito judicial acatando lo ordenado, con lo cual quedó a disposición del ente territorial la suma de dinero que garantizaría el pago de la obligación –3 de diciembre de 2018-.

En ese contexto, DAVIVIENDA, aunque de manera tardía, cumplió con lo ordenado con anterioridad a la notificación del pliego de cargos; con el congelamiento de los recursos nunca estuvo en riesgo el cumplimiento de la obligación contraída por la empresa EMGESA; tampoco está probado el daño que esa omisión temporal haya causado al municipio de Guachené, pues la apertura, desarrollo y decisión de sanción dentro del proceso investigativo únicamente giró alrededor de la causal objetiva de tardanza en el cumplimiento de la orden de constitución del depósito; en consecuencia, no tendría por qué haberse impuesto la sanción más gravosa (5 %) prevista en el artículo 651 del ET, como tampoco declarar su solidaridad frente a una obligación a cargo de la citada empresa de servicios

públicos, pues, se insiste, con el hecho de la congelación de recursos ya se había garantizado la materialización del pago de la obligación a cargo de esta, evitando la insolvencia del deudor, conforme la naturaleza de la cautela legalmente prevista en nuestros ordenamientos procesales.

La Corte Constitucional en sentencia C-125 de 2003⁴ indica que “*En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad*”, lo que impone un juicio de valor donde se pondere la gravedad de los hechos, iniciando, como se dijo en precedencia, con la identificación y motivación del daño causado al Estado, de lo cual no obra prueba alguna en el plenario.

Lo anterior permite afirmar que las decisiones que sancionaron al banco Davivienda a través de los actos administrativos demandados se encuentran viciadas de nulidad por encontrarse falsamente motivadas, y ser expedidas en forma irregular por no atemperarse a los principios que rigen para los procedimientos administrativos sancionatorios, a saber, proporcionalidad y razonabilidad, y prosperando los dos cargos analizados el despacho declarará la nulidad de los actos enjuiciados, y se releva de estudiar los demás cargos de nulidad expuestos en el libelo de la demanda.

El restablecimiento del derecho a favor de la sociedad demandante.

Como se indicó al inicio de esta providencia, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos objeto de control de legalidad, el banco Davivienda S.A. pretende como restablecimiento del derecho, que se condene al ente territorial demandado a restituir en su favor lo cobrado por concepto de sanción (\$ 175´000.000) y el valor liquidado por intereses y gastos (\$ 42´516.750); pagar los gastos en que incurrió la entidad bancaria para ejercer la defensa en el proceso administrativo y en el presente juicio (\$ 35´000.000) más IVA, pagar el valor en que incurrió por concepto de la prima de la póliza otorgada como caución para obtener el levantamiento de la medida cautelar de embargo (\$ 9´996.000), y los intereses causados sobre las anteriores sumas, hasta la fecha de pago efectivo.

Igualmente, busca el reconocimiento de perjuicios causados y que se acrediten dentro de los procesos administrativo y judicial, como la condena en costas procesales.

Acreditado esta, que el 28 de enero de 2019 el municipio de Guachené libró el oficio T-008 dirigido al representante legal de Davivienda S.A. en la ciudad de Bogotá, notificando el contenido de la resolución nro. 006 de 2019, por medio de la cual fueron resueltos los cargos formulados a la entidad bancaria e impone la sanción establecida en el artículo 651 del E.T, y como base para aplicar la sanción tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 55 de la Ley 6ª de 1992, en el 5 % del monto a embargar (\$ 3.500´000.000), determinándola en la suma de \$ 175´000.000, decisión que fue confirmada a través de la resolución nro. 018 con la cual el municipio de Guachené resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la entidad bancaria sancionada, consecuente con lo anterior, ordenó seguir el cobro de la sanción por jurisdicción coactiva, y en curso de este proceso administrativo el 10 de abril de 2019 se realizó en el banco Agrario de Colombia, la consignación por la suma de \$ 280´000.000 en favor del municipio de Guachené, por concepto de embargo, siendo consignante Fiduciaria Davivienda S.A., a pesar de ello, de la suma de dinero anterior fue reintegrado el monto de \$ 62´483.250 por concepto de excedente, según comunicación T-099 del 22 de mayo de 2019, dirigido por la tesorería del municipio de Guachené al representante legal de dicha sociedad, lo que permite concluir que el monto finalmente pagado por la entidad bancaria, por concepto de sanción impuesta a través de los actos administrativos hoy declarados nulos, ascendió a \$ 217.516.750.

⁴ Referencia: expediente D-4059 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Ahora, sabido es que mediante comunicación del 10 de julio de 2019 Davivienda S.A. certificó la aceptación de honorarios para la presentación del recurso de reconsideración a interponer dentro del proceso administrativo sancionatorio adelantado por el municipio de Guachené, y de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que ahora se resuelve, por la suma de \$ 35'000.000, empero, no obra prueba de que además de la aceptación, dicho gasto se hubiera hecho efectivo.

Al respecto, debemos recordar que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 18 de julio de 2019⁵, al unificar su jurisprudencia en orden a definir criterios en torno al reconocimiento y a la liquidación del perjuicio material, señaló que, tratándose de honorarios profesionales prestados por abogados, la factura o su documento equivalente es la prueba idónea para demostrar el pago:

"(...)"

"Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las personas que ejercen profesionales liberales, es decir, profesiones en las cuales "... predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico", están obligadas a "... 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".

"En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto⁶); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.

"Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio".

En el presente asunto se encuentra que para actuar y ejercer el derecho de defensa que le asistía en el proceso administrativo sancionatorio que dio origen a los actos censurados, ante el municipio de Guachené, y que actualmente asiste ante esta jurisdicción Davivienda S.A. ha actuado a través de profesional del derecho –Amaya Serrano Consultores Legales –Dr. Uriel Amaya Serrano-, y si bien autorizó el pago de los honorarios que la labor profesional demandaría, brilla por su ausencia prueba de su materialización, en los términos expuestos por el Consejo de Estado, por ello esta pretensión deberá ser negada.

Igual suerte correrá la pretensión relacionada con obtener la devolución del valor en que incurrió la sociedad accionante por concepto de la prima de la póliza otorgada como caución para obtener el levantamiento de la medida cautelar de embargo (\$ 9'996.000), ya que, de las pruebas arrojadas en los momentos procesales respectivos, no se puede concluir que dicho pago se haya efectuado.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶ Original de la cita: "ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA: Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos: "a. Estar denominada expresamente como factura de venta. "b. Apellidos y nombre o razón (sic) y NIT del vendedor o de quien presta el servicio. "c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado. "d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta. "e. Fecha de su expedición. "f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados. "g. Valor total de la operación. "h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura. "i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas".

Así las cosas, y dado que tampoco se ha acreditado perjuicio adicional que con las actuaciones del municipio de Guachené haya padecido el banco Davivienda S.A., el restablecimiento del derecho consistirá en que dicho ente territorial deberá pagar en favor de la entidad demandante, la suma de \$ 217.516.750, la cual será actualizada conforme lo señala el art. 187 de la Ley 1437 de 2011, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente R, resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma embargada a la entidad bancaria, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que se hizo la retención del dinero - 10 de abril de 2019.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP.

Dado que las pretensiones de la demanda prosperaron en forma parcial, no hay lugar a imponer condena en costas, en aplicación del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la nulidad de la Resolución nro. 006 del 25 de enero de 2019 mediante la cual la tesorería del municipio de Guachené resolvió los cargos formulados al banco Davivienda S.A. y se aplica sanción por no enviar información, por valor de \$ 175´000.000; y la nulidad de la Resolución nro. 018 del 28 de marzo de 2019 mediante la cual la tesorería del municipio de Guachené resolvió el recurso de reconsideración presentado por el banco Davivienda S.A. contra la resolución nro. 006 del 25 de enero de 2019 ratificando su contenido decisorio.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condena al municipio de Guachené a pagar en favor del banco Davivienda S.A. la suma de DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS DIECISÉIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$ 217.516.750).

El valor anteriormente indicado será indexado con base en el IPC, conforme al artículo 187 del CPACA, siguiendo los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

CUARTO: El municipio de Guachené dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: mapaz@procuraduria.gov.co; abmeg@cafecolombiaexport.com; notificacionesjudiciales@guachene-cauca.gov.co; buzonjudicial@jimenezpuerta.com;

Sentencia NREDE núm. 016 de 28 de febrero de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2019-00204-00
Accionante: BANCO DAVIVIENDA S.A.
Demandado: MUNICIPIO DE GUACHENE
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SIXTO: En firme esta providencia, entréguese copia con constancia de ejecutoria a la parte interesada, ello a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del CGP y archívese el expediente.

Por secretaría líquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

**Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

22718efd19dfa9a01348d79c00a6b52fb9cd430d96cf86708aa9f4c2bbc4f800

Documento generado en 28/02/2022 10:45:58 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**