

CONSEJO DE ESTADO – Competencia / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Procede contra los decretos dictados por el gobierno nacional cuando sean actos de gestión o de autoridad / CONTROL DE LEGALIDAD - En las demandas de simple nulidad es rogado y limitado a la causa petendi de la demanda

Conforme con la segunda gran atribución prevista en el Numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, le corresponde al Consejo de Estado conocer de las “acciones de nulidad por inconstitucionalidad” de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Conforme con el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. y el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, la competencia para decidir esas acciones radica en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y se tramita con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes del Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, puede tener un término máximo de diez (10) días. La Sala considera que no le asiste razón a la apoderada de la nación, porque la sentencia C-560 de 1999 sólo reitera que el Consejo de Estado tiene la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de todos los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, sean actos de gestión o actos de autoridad. Además, cuando la Corte se refiere a la distribución de competencias que hace el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. en cabeza de la Sala Plena y de las respectivas secciones, la Corte no aclaró nada en particular, pues simplemente consideró lo siguiente: “Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado...”. Pero, de las normas citadas no se advierte con claridad cuáles serían los decretos dictados por el Gobierno Nacional que se pueden demandar en acción de nulidad por inconstitucionalidad o en acción de nulidad simple, máxime, cuando conforme se comentó, del artículo 84 del C.C.A. no es dable inferir que se excluya la posibilidad de demandar cualquier acto por la violación de cualquier norma, sea constitucional o legal, pues lo importante es que se trate de norma a la cual deba supeditarse el acto demandado. En consecuencia, dada la falta de claridad sobre los decretos cuyo control es de competencia de la Sala Plena, en virtud de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, y de los decretos cuyo control es de competencia de las respectivas secciones, en virtud de la acción de nulidad simple, la Sala precisa que no es pertinente arribar, con fundamento en la sentencia y normas citadas, a la conclusión a la que llegó la apoderada de la Nación para sustentar la excepción de inepta demanda por escogencia inadecuada de la acción. De manera que, el artículo 175 del C.C.A. consagra tanto la cosa juzgada absoluta, como la cosa juzgada relativa, ésta última únicamente en aquellos casos en que se niega la nulidad del acto acusado en razón a que el Consejo de Estado no ejerce un control integral de legalidad, sino un control rogado y limitado a la causa petendi de la demanda. La causa petendi en las acciones de nulidad simple hace alusión a las normas que se citan como violadas y al concepto de la violación. Por eso, para determinar si respecto de una cosa ya operó la cosa juzgada es necesario cotejar las normas que fueron objeto de demanda en procesos ya fallados y el correspondiente concepto de violación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 237 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - NUMERAL 7 DEL ARTÍCULO 97 / LEY 270 DE 1996 - NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 37 / CODIGO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 84 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1766 DE 2004 (2 de junio) GOBIERNO NACIONAL - ARTÍCULO 2 (PARCIAL) NO ANULADO

DEDUCCION POR ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS – Alcance del termino real / TERMINO REAL - Se refiere a los bienes que tienen una existencia física. Excluye los intangibles

La Sala, al referirse a la segunda condición, esto es, que se trate de activos reales, puso de presente el artículo 653 del Código Civil en cuanto establece la clasificación de bienes en corporales e incorporeales, y en cuanto define como bienes corporales todas aquellas cosas que “tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos”. De tal manera que, con fundamento en la clasificación y definición prevista en el artículo 653, la Sala concluyó que la condición de “real” sólo se predica de los “bienes corporales” y, por ende, quedan excluidos los incorporeales o intangibles. En ese contexto, la Sala considera que esa sentencia tiene los efectos de cosa juzgada respecto de la causa petendi alegada en este proceso, pues si bien en el expediente 2004 -00078 (14898) no se alegó la violación del artículo 653 del C.C., norma que sí se citó como violada en el presente proceso, es evidente que la ratio decidendi de la sentencia del 24 de mayo de 2007 fue el artículo 653 del C.C. y la interpretación que se hizo de ese artículo. No es acertada la interpretación que hace el demandante sobre la sentencia del 24 de mayo de 2007, en el sentido de que el término “real” lo entendió para hacer referencia a los activos que “existen”, pues es claro que lo entendió para hacer referencia a los activos “que pueden ser percibidos.”. La Sala considera que la conclusión a la que se llegó en la sentencia del 24 de mayo de 2007 es acertada, porque si el legislador hubiera querido hacer alusión a cualquier tipo de activo fijo no habría agregado el vocablo “real”, pues, conforme con el artículo 60 del E.T., se habría podido interpretar claramente que se refería a los activos inmovilizados, sean corporales muebles o inmuebles o los incorporeales que, en todo caso, no se enajenen dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. Por eso, el término “real” en virtud de la interpretación con efecto útil del artículo 68 de la Ley 863 de 2003, debe entenderse en los mismos términos en que es utilizado en el artículo 653 del C.C., esto es, activo fijo como ser “real” que puede ser percibido por los sentidos. Por otra parte, la leve distinción que, a juicio del actor, se desprende entre cosa y bien, según los preceptos del Código Civil, para sostener que el término “real”, en su sentido natural, hace referencia a la cosa “Que tiene existencia verdadera y efectiva”, no permite concluir que dentro de la expresión “activos fijos reales productivos” se encuentran las cosas incorporeales, pues habría sido una perogrullada del legislador poner como condición que el activo fijo exista verdadera y efectivamente.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 653 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 60 / LEY 863 DE 2003 – ARTICULO 68

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1766 DE 2004 (2 de junio) GOBIERNO NACIONAL - ARTÍCULO 2 (PARCIAL) NO ANULADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., Diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00006-00(16990)

Actor: ADAULFO ARIAS COTES, EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

Decide la Sala en única instancia la demanda de nulidad interpuesta contra algunos apartes del artículo 2° del Decreto 1766 del 2 de junio de 2004 expedido por el Gobierno Nacional.

LA NORMA DEMANDADA

Se destacan a continuación los apartes acusados del artículo 2° del Decreto 1766 de 2004:

*“Artículo 2°—**Definición de activo fijo real productivo.** Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, **son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles** que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente.”*

LA DEMANDA

El ciudadano ADAULFO ARIAS COTES, en su propio nombre y en representación de la sociedad EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los apartes destacados del artículo 2° del Decreto 1766 del 2 de junio de 2004, expedido por el Gobierno Nacional.

Invocó como normas vulneradas las siguientes:

- Carta Política: Artículos 13; 95, inciso 3; 150, numeral 1; 189, numeral 11; 363, inciso 1°.
- Código Civil: Artículos 28, 653, 664, 665, 667.
- Estatuto Tributario. Artículo 158-3.

Dijo el demandante que la Ley 863 de 2003¹ no definió expresamente lo que, en materia tributaria, significa la palabra “real”. Que, en consecuencia, hay

¹ Se refiere en concreto al artículo 68 de la Ley 863 de 2003 que dispuso:

que acudir a la regla de hermenéutica jurídica prevista en el artículo 28 del C.C. que demanda acudir al significado etimológico del vocablo. Que el diccionario de la Real Academia de la Lengua definió el termino real como lo “que existe verdaderamente”. Que, en derecho, el vocablo “real” significa lo que tiene por objeto una cosa o un derecho sobre una cosa que existe en realidad. Que, en esa medida, era incontrovertible que el artículo 68 de la Ley 863 de 2003, cuando utiliza la palabra “real”, se remite a lo que existe, a lo que se puede justificar y, en estricto derecho, al objeto del derecho subjetivo. Que, para el beneficio previsto en el artículo 86 de la Ley 863 de 2003, se exige que los objetos sean reales, que existan, de suerte que si los bienes incorporales o intangibles existen, o puede demostrarse o justificarse su existencia, tales bienes son reales. Que, por lo tanto, es deducible el 30% de la inversión que se haga para la adquisición de intangibles.

En ese contexto, dijo que la expresión “(...) son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles”, restringe el artículo 68 de la Ley 863 de 2003 y, por tanto, esa expresión prevista en el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 es nula, porque el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria.

Citó la sentencia del 24 de mayo de 2007, que profirió la Sección 4ª del Consejo de Estado en cuanto dijo “(...) lo cierto, es que el legislador fue claro al especificar concretamente el tipo de activos sobre los cuales recae la deducción, al señalar que se trataba de activos reales”. Y, también, en cuanto dijo “(...) Por el contrario, se encuentra conforme con in (sic) particularidad que de activos fijos efectuó el legislador y, aunque no se haga una distinción expresa en el texto legal, tal singularidad excluye aquellos conceptos que no participen de la misma”. Con fundamento en esos apartes, insistió en que el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria cuando excluyó en el decreto reglamentario de la Ley 863 de 2003 los bienes intangibles.

Precisó que la doctrina judicial del Consejo de Estado citada se acomodaba a las prescripciones de los artículos 654, 656, 658, 659, 660, 661, 662, 663 y 665 del C.C., pero que de los artículos 667 y 668 había una leve distinción entre lo que debía entenderse por cosa y por bien.

Explicó que el vocablo “cosa” hacía referencia a todo lo que existía, pero que en materia jurídica era el objeto de derechos, según el artículo 667 del C.C. Que el artículo 653 del C.C. señala, de manera tácita, “a la cosa como objeto de derechos”. Que lo importante era que esa norma calificaba como incorporal el derecho y como corporal su objeto. Que, sin embargo, el artículo 665 estatúa al derecho como una cosa incorporal, que podía ser real o personal, según sea el objeto sobre el que recae. Que, por lo tanto, el derecho podía ser subjetivo u objetivo.

Dijo que “por derecho subjetivo” entendía “(...) la prerrogativa individual que, reconocida y sancionada por el derecho objetivo, permite a su titular el haber,

ARTÍCULO 68. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 158-3. Las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, a partir del 1º de enero de 2004. Esta deducción solo podrá utilizarse por los años gravables 2004 a 2007 inclusive. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1. La DIAN deberá informar semestralmente al Congreso sobre los resultados de este artículo.

El Gobierno Nacional reglamentará la deducción contemplada en este artículo.

exigir o prohibir cualquier cosa en su propio interés o en el de otro". Que a ese interés fue al que se refirió el Consejo de Estado en la sentencia citada.

Agregó que la Corte Constitucional, en sentencia C-1118 del 1º de noviembre de 2005, predicó sobre la propiedad intelectual y confirmó que el derecho subjetivo era real según sea la entidad de la cosa sobre la cual recae. Que la Decisión 351 de la CAN, a la que hizo referencia la Corte Constitucional en la sentencia aludida, fue incorporada al bloque de constitucionalidad por la misma sentencia, porque los derechos morales eran derechos fundamentales.

Precisó que el artículo 665 del C.C. estipula que el derecho subjetivo era real cuando ese derecho se tenía sobre una cosa sin respeto a determinada persona. Que de esa norma y del artículo 664 del C.C. emanaba *"que lo que es incorporal, inmaterial o intangible es el derecho subjetivo denominado por la Honorable Corte Suprema de Justicia como derecho moral, el cual se transforma en derecho real cuando recae sobre una cosa corporal, material o tangible que por tal circunstancia es objeto de ese derecho."*

Agregó que el Estatuto Tributario se apoya en el concepto finalista de "cosa" del derecho romano, *"pues, por sus disposiciones es bien todo lo que sea susceptible de ser utilizado en cualquier forma para la obtención de una renta"*. Que, por eso, de conformidad con el artículo 261 del E.T. el patrimonio bruto está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero. Que, en esa medida, *"es y por tanto existe todo lo que sea susceptible de ser apreciable en dinero y sea empleado en cualquier forma para la producción de una renta."* Hizo hincapié en la definición que sobre patrimonio regula el Decreto Reglamentario 2649 de 1993.

Señaló que lo esencial era "diseminar la expresión" activos fijos reales productivos, porque la demanda se sustentaba en el significado etimológico de la palabra "real", para concluir, con base en esa definición, que el legislador especificó a los activos reales como el tipo de activos "...sobre los cuales recae la deducción ...".

Posteriormente se refirió a las definiciones de activos fijos y movibles, para insistir en que el E.T. hace alusión tanto a los activos corporales como incorporales, en el alcance de la definición de derecho real que trae el C.C. y para recalcar la importancia de establecer el alcance del término "real"

Por último, habida cuenta de que el Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 2 del Decreto 1766 de 2004, dijo que en el presente asunto no se configuraba la cosa juzgada, porque no hay identidad de objeto, de causa petendi y de partes.

Dijo que no había identidad de objeto, porque en el proceso 2004 100 en el que se dictó la sentencia del 26 de abril de 2007, se analizó y denegó la nulidad de la expresión **"y se deprecian o amortizan fiscalmente"**; en el proceso 2004-0078, en que se dictó la sentencia del 24 de mayo de 2007, se analizó y denegó la nulidad de la expresión **"bienes tangibles"** y, en el proceso 2006- 00026, en el que se dictó la sentencia del 5 de julio de 2007, se analizó y denegó la nulidad de la expresión **"para formar parte del patrimonio."**

Explicó que no había identidad de causa petendi, porque en el primero de los procesos se argumentó la vulneración del derecho de igualdad, "concretada en el hecho de que al condicionar la deducción de la inversión en activos fijos

productivos a la depreciación o amortización, se excluyen bienes que no son susceptibles de ese tratamiento; el segundo, se ahínca en exceso de la potestad reglamentaria porque el Gobierno nacional limitó los alcances del beneficio consagrado en el artículo 68 de la Ley 863 de 2003, al referirse solo a bienes tangibles y, en el tercero, el exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria se hace consistir en la restricción del campo de aplicación del artículo 68 de la Ley 863 del 2003, "...toda vez que no permite que se aplique el beneficio allí establecido a todos los contratos de leasing". Que, en consecuencia, los tres procesos tenían una causa petendi distinta a la del presente proceso, "teniendo en cuenta su exposición jurídica, presentada para pedir la nulidad de la expresión "...**son activos reales productivos los bienes tangibles**...", basado en el alcance de la palabra "real" utilizada en el citado artículo 68 de la Ley 863 del 2003 y en su significado etimológico y de derecho, para a partir de la misma, demostrar que es real todo lo que existe y que por tanto, las prescripciones del citado artículo 68d e la Ley 863 del 2003, aplican a todas las cosas o bienes que existan, sin excepción, por el rigor de la regla de hermenéutica y el significado que en idioma castellano tiene esa palabra"

Precisó que no había identidad de partes, porque en los tres procesos fueron diferentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación, representada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a la demanda presentada y solicitó a la Sala proferir fallo inhibitorio por inepta demanda y por cosa juzgada.

La excepción de inepta demanda la sustentó aduciendo que el actor debió interponer la acción de nulidad simple y no la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Dijo que la acción por inconstitucionalidad solo procede contra actos administrativos con fuerza de ley y que le corresponde a la Sala Plena decidir sobre la misma.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, la apoderada de la Nación cotejó la cusa petendi del presente proceso con la causa petendi de los procesos 14898 y 15396. Así mismo, cotejó las consideraciones que el Consejo de Estado expuso en uno y otro proceso para poner de presente que, incluso, en el proceso 15396 ya se había decretado estarse a lo resuelto en la sentencia proferida dentro del expediente 14898.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte actora reiteró los planteamientos de su demanda.

La apoderada de la Nación insistió en las excepciones propuestas. Agregó que mediante sentencia C-782 de 2007, la Corte constitucional estableció parámetros con miras a evitar que, a través de la reiteración de facultades reglamentarias ordinarias, el legislativo transfiriera al Gobierno Nacional las facultades que sólo pueden ser ejercidas por éste.

En el contexto de esa sentencia, dijo que el artículo 68 de la Ley 863 de 2003 consagró los elementos que determinan el contenido y alcance de la deducción.

Así, dijo que el artículo 83 consagraba un beneficio de orden fiscal que entrañaba políticas económicas encaminadas a fortalecer los procesos productivos para coadyuvar a una mayor competitividad a través de la inversión efectiva. Que por esa razón, y a fin de encausar debidamente la contraprestación esperada, esto es, el estímulo a los sectores de la producción, el legislador limitó expresamente las inversiones con derecho a deducción.

Señaló que por ser un beneficio tributario, debe interpretarse de manera restrictiva y que, por eso, no era pertinente la interpretación del actor. Que el artículo 68 de la Ley 863 de 2003 consagraba criterios inteligibles, claros y orientadores con los cuales se desarrolló de manera idónea la facultad reglamentaria, criterios que fueron tenidos en cuenta en la sentencia que profirió la sección 4ª del Consejo de Estado el 5 de julio de 2007, dentro del expediente 15400.

El Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

Corresponde a la Sala decidir sobre la demanda de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los apartes demandados del artículo 2 del Decreto 1766 del 2 de junio de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, que definió los activos fijos reales productivos para efectos de la deducción consagrada en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario².

Previo a resolver de fondo, la Sala analizará si se configuran las excepciones de inepta demanda y de cosa juzgada que alegó la apoderada de la Nación.

De la excepción de inepta demanda.

Adujo la apoderada de la Nación que la acción impetrada no era la correcta, *“puesto que la acción de nulidad por inconstitucionalidad no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para impugnar decretos que se expidan en función meramente administrativa, como son los decretos reglamentarios”*

Dijo que de conformidad con el artículo 237, numeral 2 de la Carta Política, al Consejo de Estado 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.

Que aunque la norma citada no definió qué clase de decretos del Gobierno Nacional podían impugnarse mediante esa acción, era obvio que se refirió a aquellos decretos que no hubieran sido asignados para el control de la Corte Constitucional, que sólo conoce de normas con fuerza de ley; es decir, que no tengan rango meramente administrativo. Que así lo plasmó la Ley 446 de 1998, artículo 33 que al enlistar las funciones de la Sala Plena del Consejo de Estado, le asignó la de conocer *“De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con*

² Artículo adicionado por el artículo 68 de la Ley 863 de 2003 y actualmente modificado por el artículo 8 de la Ley 1111 de 2006. Conforme con el artículo 1 de la Ley 1430 del 29 de diciembre de 2010 que adicionó el parágrafo 3 al artículo 158-3 del E.T, “A partir del año gravable 2011, ningún contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios podrá hacer uso de la deducción de que trata este artículo. (...)”

el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa”

Manifestó que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-560 de 1999, declaró exequible el aparte subrayado del artículo 33 de la Ley 446 de 1998, e interpretó la apoderada que conforme con esa sentencia, sólo eran demandables en acción de nulidad por inconstitucionalidad los actos administrativos con fuerza de ley.

En un cuadro comparativo explicó las diferencias que, a su juicio, existen entre la acción de simple nulidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que el Decreto 1766 de 2004 carece de fuerza de ley, que se trata de un decreto meramente administrativo y que, por tanto, debió demandarse en acción de nulidad simple. Además, en los cargos de violación citó como normas violadas el Código Civil y el Estatuto Tributario.

Sobre el particular, la Sala precisa.

El artículo 237 de la Carta Política atribuye al Consejo de Estado dos grandes funciones judiciales: (i) Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley y, (ii) 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 Código Contencioso Administrativo desarrolla la atribución de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, mediante la asignación de la competencia que le corresponde ejercer, entre otros, en procesos de única instancia que se inicien en ejercicio de la acción de nulidad de actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, o por las personas o entidades de derecho privado cuando, cumplan funciones administrativas del mismo orden, y en segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de los Tribunales Administrativos proferidas dentro de los procesos de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, distrital y municipal, o por las personas o entidades de derecho privado, cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

De conformidad con el artículo 84 del C.C.A., cualquier persona puede interponer la acción de nulidad cuando advierta que los actos administrativos ***infrinjan las normas en que deberían fundarse***.

Se infiere entonces, que quien demanda puede citar normas de orden superior a la demandada, sin distinguir si se encuentran en la Constitución o en leyes o en decretos leyes o en decretos autónomos o en decretos reglamentarios u otro tipo de normas, pero, en todo caso, de carácter superior al acto administrativo general demandado, pues la norma exige que haya supeditación, en la medida que ese acto debía fundarse en la norma que se considera infringida.

En ese contexto, el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, salvaguardaría el ordenamiento jurídico general, incluido el ordenamiento constitucional, en ejercicio de la acción de nulidad simple.

Ahora bien, conforme con la segunda gran atribución prevista en el Numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, le corresponde al Consejo de Estado conocer de las "acciones de nulidad por inconstitucionalidad" de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Conforme con el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A.³ y el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, la competencia para decidir esas acciones radica en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y se tramita con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes del Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, puede tener un término máximo de diez (10) días.

A efectos de distinguir esta acción con la de nulidad simple de los demás decretos del orden nacional dictados por el Gobierno Nacional, la norma en comento precisó que las acciones de nulidad simple se tramitarán y decidirán por las secciones respectivas, conforme a las reglas generales del Código y el reglamento de la Corporación.

Con fundamento en la norma citada, la apoderada de la Nación también puso de presente que de la sentencia C-560 de 1999 se infiere que el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A., modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, se refiere a los decretos con fuerza de ley y que, por tanto, sólo contra esos decretos es pertinente interponer la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

La Sala considera que no le asiste razón a la apoderada de la nación, porque la sentencia C-560 de 1999 sólo reitera que el Consejo de Estado tiene la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de todos los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, sean actos de gestión o actos de autoridad⁴.

Además, cuando la Corte se refiere a la distribución de competencias que hace el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. en cabeza de la Sala Plena y de las respectivas secciones, la Corte no aclaró nada en particular, pues simplemente consideró lo siguiente:

"Por tanto, la expresión cuestionada⁵, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, **pues todos los decretos de carácter general** (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, **pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.**

³ Modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998.

⁴ Sentencia C-560 de 1999 ¿Qué significa entonces, la expresión "y que no obedezca a función propiamente administrativa", materia de acusación? Para la Corte, no tiene otro sentido que el reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el Constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos administrativos no sólo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido.

Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos *de gestión* (típicamente administrativos) sino *de autoridad* (de contenido político) ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado.

⁵ "y que no obedezcan a función propiamente administrativa"

Ahora bien: la distribución de funciones entre las distintas salas y secciones del Consejo de Estado es tarea propia del legislador y, por ende, también desde este punto de vista, la norma es irreprochable. Así se desprende del artículo 236, superior, que establece:

"El Consejo de Estado se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna."

Tal es el fundamento del artículo 33 de la ley 446 de 1998, materia de acusación parcial, al asignar a la *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo* el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad **de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional** y a las secciones respectivas de esa misma institución **"los demás decretos del orden nacional dictados por el Gobierno nacional"** (numeral 7 art. 97 C.C. A.), **en ambos casos, siempre y cuando éstos no hayan sido atribuidos por el constituyente a la Corte Constitucional."**

Ahora, visto el Reglamento del Consejo de Estado, tampoco se puede precisar sobre qué decretos dictados por el Gobierno Nacional se puede interponer la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

En efecto, el artículo 15 del Acuerdo 58 de 1999 reguló las condiciones para el reparto y trámite de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad y simplemente precisó lo siguiente:

"Acuerdo 58 de 1999. Artículo 15. Reparto y trámite. Las demandas que se presenten en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni a esta corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, serán repartidas por el presidente de la corporación y su trámite y decisión corresponderá a las secciones y a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las reglas que se determinan en los artículos siguientes."

Como se aprecia, el reglamento del Consejo de Estado sigue distinguiendo las facultades que tiene la Corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y las derivadas del control de constitucionalidad, pero no especifica los decretos a los que se refiere el numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, cuando se trata de tramitar la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Ahora bien, los artículos 16 y 17 del Reglamento del Consejo de Estado regulan la competencia para la expedición de los autos de sustanciación e interlocutorios, así como de la sentencia que daba proferirse en los procesos iniciados en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, en el siguiente sentido:

"Acuerdo 58 de 1999. Artículo 16. Providencias. Las providencias previas a la sentencia, que se dicten en los procesos a que den lugar dichas acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, serán proferidas por las secciones y consejeros

ponentes atendiendo los criterios de especialización señalados en este reglamento, y conforme a las reglas de competencia previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Artículo 17. *La sentencia que se profiera en los procesos en mención será adoptada, mediante trámite preferente, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con base en la ponencia redactada por el consejero a quien le hubiere correspondido.*

De las normas citadas se advierte claramente que en cada sección del Consejo de Estado, por especialidad, radica la competencia para adelantar el trámite de los procesos que, en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, se inicien ante la Corporación, y a la Sala Plena le corresponde adoptar la sentencia correspondiente.

Pero, de las normas citadas no se advierte con claridad cuáles serían los decretos dictados por el Gobierno Nacional que se pueden demandar en acción de nulidad por inconstitucionalidad o en acción de nulidad simple, máxime, cuando conforme se comentó, del artículo 84 del C.C.A. no es dable inferir que se excluya la posibilidad de demandar cualquier acto por la violación de cualquier norma, sea constitucional o legal, pues lo importante es que se trate de norma a la cual deba supeditarse el acto demandado.

En consecuencia, dada la falta de claridad sobre los decretos cuyo control es de competencia de la Sala Plena, en virtud de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, y de los decretos cuyo control es de competencia de las respectivas secciones, en virtud de la acción de nulidad simple, la Sala precisa que no es pertinente arribar, con fundamento en la sentencia y normas citadas, a la conclusión a la que llegó la apoderada de la Nación para sustentar la excepción de inepta demanda por escogencia inadecuada de la acción.

Además, del análisis integral de la Constitución, de la Ley 446 de 1998, de la Ley 270 de 1996 y del C.C.A., la Sala concluye que el control de constitucionalidad sobre **todos** los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional le corresponde al Consejo de Estado, a través de las distintas secciones, de conformidad con la distribución de competencias que hizo la ley.

También considera que es el concepto de violación propuesto en la demanda el que permite inferir qué asunto deba ser decidido por la sección correspondiente o por la Sala Plena, más no el tipo de decreto.

Y es el concepto de violación, porque del numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. se desprende que el control de constitucionalidad se debe ejercer cuando se propone un debate de confrontación **directa** entre el ordenamiento jurídico demandado y la Constitución. Si la confrontación es **indirecta** porque amerita el análisis previo del un ordenamiento jurídico inferior a la Constitución y superior a la norma demandada, para la Sala, habría un control de legalidad y, por lo tanto, de competencia de la respectiva sección.

En el presente asunto, el demandante propuso en el concepto de violación, un debate de control de legalidad, prioritariamente, pues a pesar de que citó como

normas violadas preceptos de la Constitución, es claro que el demandante hace un análisis previo del Código Civil en torno al vocablo "real" contenido tanto en la Ley 863 de 2003, como en el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004, para derivar de manera **indirecta** en la supuesta violación de los artículos 150 y 189 de la Carta Política.

Pero, se insiste, la manifestación del demandante en el sentido de que su propósito era demandar el Decreto 1766 de 2004, "*por inconstitucional*", no torna en inepta la demanda. Por lo tanto, la excepción no prospera.

Excepción de Cosa Juzgada

Sobre la cosa juzgada en materia contenciosa administrativa y específicamente en la acción de nulidad simple la Sala considera que en términos generales, el fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior.

Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica.

El artículo 175 del Código Contencioso Administrativo reguló este efecto de las decisiones judiciales en firme proferidas en los procesos de que conoce esta jurisdicción, en los siguientes términos:

"La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios"

De esta forma quedó consagrada la operancia de la cosa juzgada en las acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales, de reparación directa y cumplimiento.

Respecto a la primera de ellas, aquí impetrada, no se previeron requisitos especiales de procedencia como sí se hizo en el caso de las acciones de reparación directa, contractuales y de cumplimiento (inci. 3). En efecto, la norma sólo se refirió al alcance de la cosa juzgada de acuerdo con el sentido de la sentencia proferida en la acción de nulidad, de modo que, si ésta es anulatoria, aquél será erga omnes con carácter absoluto y es oponible a todos, hayan o no

intervenido en el proceso; pero si, por el contrario, es denegatoria, el efecto erga omnes se restringe a la causa petendi juzgada.

De manera que, el artículo 175 del C.C.A. consagra tanto la cosa juzgada absoluta⁶, como la cosa juzgada relativa⁷, ésta última únicamente en aquellos casos en que se niega la nulidad del acto acusado en razón a que el Consejo de Estado no ejerce un control integral de legalidad, sino un control rogado y limitado a la causa petendi de la demanda.

La causa petendi en las acciones de nulidad simple hace alusión a las normas que se citan como violadas y al concepto de la violación. Por eso, para determinar si respecto de una cosa ya operó la cosa juzgada es necesario cotejar las normas que fueron objeto de demanda en procesos ya fallados y el correspondiente concepto de violación.

En la base de datos de las normas demandadas ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado figuran 8 demandas contra el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 y, en concreto, 3 están referidas a los apartes que fueron objeto de demanda en este proceso. Por lo tanto, se procede a efectuar el análisis comparativo:

Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00100-00(15153)			
NORMA DEMANDADA	NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS	CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN	DECISION DEL CONSEJO DE ESTADO
DECRETO 1766 DE 2004. ARTÍCULO 2º—Definición de activo fijo real productivo. Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Artículos 189 [11], 13	VIOLACIÓN DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 189 DE LA CARTA POLÍTICA. Exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria. (i) El artículo 68 de la Ley 863 de 2003 consagró el beneficio de la deducción a la inversión en "activos fijos reales productivos" (ii) El artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 condicionó a que se trate de bienes que se "deprecian o amortizan fiscalmente"(iii) Luego, el Decreto 1766 de 2004 restringió el beneficio que consagró el artículo 68 de la Ley 863 de 2003; (iv) En consecuencia, el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 violó el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., porque el Gobierno excedió la facultad reglamentaria.	CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: MARÍA INÉS ORTÍZ. Bogotá, D.C., veintiseis (26) de abril de dos mil siete (2007). Habida cuenta de que en la demanda se hizo hincapié en los terrenos, la Sala advirtió que iba a limitar su análisis a ese tipo de bienes. Sin embargo, al referirse a la expresión "activos reales productivos" dijo: "el legislador determinó en forma concreta que la inversión que otorga la prerrogativa fiscal debía realizarse "sólo en activos fijos reales productivos", de lo cual se deduce que excluyó aquellos bienes que por definición no tienen la naturaleza de reales, como sucede con los que ostentan el carácter de intangibles"
	Ley 863 de 2003.	LOS MISMOS ARGUMENTOS	
	Estatuto Tributario: Artículo 60 y 36	LOS MISMOS ARGUMENTOS	

⁶ Para la Corte Constitucional, habida cuenta de que sí ejerce un control integral de constitucionalidad, la cosa juzgada absoluta "(...) es aquella que opera a plenitud, precluyendo por completo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas de inconstitucionalidad contra las normas que han sido objeto de estudio, siempre que en la providencia no se indique lo contrario, y mientras subsistan las disposiciones constitucionales que fundamentaron la decisión." (A. 189 de 2006 Corte Constitucional)

⁷ En el mismo auto citado anteriormente, la Corte Constitucional precisa que la cosa juzgada relativa admite que, en el futuro, se formulen **nuevos cargos** contra la **norma** que ha sido objeto de examen, **distintos** a los que la Corporación ya ha analizado.

Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00005-00(16950)			
<p>DECRETO 1766 DE 2004. ARTÍCULO 2º—Artículo 2º—Definición de activo fijo real productivo. <i>Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio,</i> participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente.”</p>	<p>CONSTITUCIÓN POLÍTICA: artículos 13, 95 (9) y 363 (inciso 1º)</p>	<p>VIOLACIÓN DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 189 DE LA CARTA POLÍTICA. (i) El artículo 68 de la Ley 863 de 2003 consagró el beneficio de la deducción a la inversión en "activos fijos reales productivos" (ii) El artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 no mencionó los activos adquiridos "bajo la modalidad de leasing" excluyendo de esta forma el leasing operativo (iii) Luego, el Decreto 1766 de 2004 restringió el beneficio que consagró el artículo 68 de la Ley 863 de 2003; (iv) En consecuencia, el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 violó el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., porque el Gobierno excedió la facultad reglamentaria.</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil nueve (2009). En esta sentencia la Sala centra el análisis en el leasing financiero como activo cuya adquisición podría beneficiarse de la deducción prevista en el artículo 68 de la Ley 383 de 2003.</p>
	<p>CÓDIGO CIVIL. Artículos 28, 653, 664, 665 y 667</p>	<p>EN LA SÍNTESIS DEL CONCEPTO DE VIOLACIÓN QUE SE LEE EN LA SENTENCIA NO SE HACE NINGUNA REFERENCIA A ESTAS DISPOSICIONES.</p>	

Radicación número: Radicación: 11001-03-27-000-2004-00078-00(14898)					
<p>DECRETO 1766 DE 2004. ARTÍCULO 2º—Definición de activo fijo real productivo. Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente."</p>	<p>CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Artículos 189 [11], 150 y 363</p>	<p>VIOLACIÓN DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 189 DE LA CARTA POLÍTICA. Exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria. (i) El artículo 68 de la Ley 863 de 2003 consagró el beneficio de la deducción a la inversión en "activos fijos reales productivos" (ii) El artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 se refirió únicamente a los bienes tangibles como destinatarios de la inversión deducible en el impuesto de renta (iii) Luego, el Decreto 1766 de 2004 restringió el beneficio que consagró el artículo 68 de la Ley 863 de 2003; (iv) En consecuencia, el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 violó el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., porque el Gobierno excedió la facultad reglamentaria.</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007). "cuando el legislador especificó que la deducción sólo recaía en la adquisición de "activos fijos reales productivos", sí hizo una distinción, pues, excluyó del beneficio aquellos activos que no son fijos, o no son reales o no son productivos. De manera, que no es cualquier bien que adquiera el contribuyente, debe tratarse de aquél que por definición tenga esas condiciones. Es decir, se adquiera para formar parte del patrimonio del contribuyente y se incorpore a la actividad productora de renta.</p>		
			<p>Ley 863 de 2003. Artículo 68</p>	<p>LOS MISMOS ARGUMENTOS</p>	<p>La primera condición, es que se trate de activos fijos, lo que excluye a los activos movibles. Los activos fijos se definen fiscalmente como aquellos "bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente" (artículo 60 Estatuto Tributario).</p>
			<p>Estatuto Tributario: Artículo 26</p>	<p>LOS MISMOS ARGUMENTOS</p>	<p>Como se observa, los activos fijos pueden ser tanto corporales o incorporales. El artículo 653 del Código Civil, señala que "Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas".</p> <p>Ahora bien, la segunda condición es que se trate de activos reales, lo cual conforme a la definición que se acaba de transcribir, es una característica que solamente se predica de los "bienes corporales", éstos son, los bienes tangibles y quedan excluidos por tanto los bienes intangibles.</p>

Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00022-00(15396)			
<p>DECRETO 1766 DE 2004. ARTÍCULO 2º—Definición de activo fijo real productivo. Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente."</p>	<p>CONSTITUCIÓN POLÍTICA: artículos 4, 84 y 189 (11)</p>	<p>VIOLACIÓN DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 189 DE LA CARTA POLÍTICA. Exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria. En el concepto de violación se plantea, en similares términos, el silogismo precisado para el caso anterior.</p>	<p>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil siete (2007).REPRODUCE LA SENTENCIA RELACIONADA EN EL CUADRO ANTERIOR, PROFERIDA DENTRO DEL EXPEDIENTE 14898. DECIDE: "ESTESE a lo resuelto en las sentencias del 24 de mayo de 2007, expediente No. 14898, Consejero Ponente Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié y, de 26 abril de 2007, Consejera Ponente Dra. MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, expediente No. 15153, que negaron las súplicas de la demandas Instauradas contra los apartes"tangibles", e "y se deprecian o amortizan fiscalmente" respectivamente, contenidos en el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004."</p>

Comparando los cuadros expuestos, la Sala evidencia que en las demandas interpuestas, así como en el presente proceso, se citó como causa petendi la nulidad de los apartes subrayados del artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 por violación del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política. Sin embargo, también se evidencia que en los procesos 2004 - 000100 (15153) y 2008 - 0005 (16950) el concepto de violación difiere del planteado en la presente demanda.

En efecto, en el expediente 2004 - 000100 (15153) se discutió si constituía una restricción la condición de que los activos fijos reales productivos debían poderse depreciar o amortizar fiscalmente.

Sin embargo, y pese a que en las consideraciones de la sentencia del 26 de abril de 2007 la Sala dijo que limitaría el análisis a los "terrenos", a efectos de determinar si cumplían las condiciones previstas en la norma para acceder al beneficio, en esta oportunidad se advierte que, a título de *obiter dicta*, la Sala concluyó que de la frase "activos fijos reales productivos" se deduce que "están excluidos aquellos bienes que por definición no tienen la naturaleza de reales, como sucede con los que ostentan el carácter de intangibles"

La Sala considera que como esa conclusión se esgrimió por fuera de lo debatido a título de *obiter dicta*, no surte el efecto de cosa juzgada.

En el expediente 2008 - 0005 (16950) se discutió si constituía una restricción el hecho de que el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004 no mencionara los activos adquiridos bajo la modalidad de leasing. Habida cuenta de que la sentencia del 31 de julio de 2009 se centra en ese análisis, para la Sala ese fallo tampoco surte efectos de cosa juzgada con respecto al presente proceso.

Sobre este expediente valga precisar que si bien las normas que se citaron como violadas son las mismas que se citaron en el presente proceso, en la sentencia del 31 de julio de 2009 la Sala no hizo ningún análisis respecto de la violación de los artículos 28, 653, 664, 665 y 667 del Código Civil.

Ahora bien, en cuanto a los expedientes 2004 - 00078 (14898) y 2005 - 0022 (15396), la Sala aprecia que en el primer expediente se citaron como normas violadas los artículos 189, numeral 11, 150 y 363 de la Constitución; 68 de la Ley 863 de 2003 y, 26 del E.T. Aunque con la presente demanda sólo coinciden en algunos artículos, el silogismo argumentativo del concepto de violación está referido a los bienes intangibles. Por eso, la sentencia del 24 de mayo de 2007 analiza, puntualmente, si dentro de la expresión "activos fijos reales productivos" se pueden considerar incluidos los bienes intangibles.

La Sala, como se puede apreciar, concluyó que no, fundamentalmente porque de la misma expresión se deriva que sí contiene una distinción implícita en el sentido de que no gozan del beneficio bienes que no sean activos fijos, que no sean reales y que no sean productivos.

Al referirse a la segunda condición, esto es, que se trate de activos reales, puso de presente el artículo 653 del Código Civil en cuanto establece la clasificación de bienes en corporales e incorporales, y en cuanto define como bienes corporales todas aquellas cosas que "tienen un ser **real** y pueden ser percibidas por los sentidos"

De tal manera que, con fundamento en la clasificación y definición prevista en el artículo 653, la Sala concluyó que la condición de "real" sólo se predica de los "bienes corporales" y, por ende, quedan excluidos los incorporales o intangibles.

En ese contexto, la Sala considera que esa sentencia tiene los efectos de cosa juzgada respecto de la causa petendi alegada en este proceso, pues si bien en el expediente 2004 -00078 (14898) no se alegó la violación del artículo 653 del

C.C., norma que sí se citó como violada en el presente proceso, es evidente que la *ratio decidendi* de la sentencia del 24 de mayo de 2007 fue el artículo 653 del C.C. y la interpretación que se hizo de ese artículo.

No es acertada la interpretación que hace el demandante sobre la sentencia del 24 de mayo de 2007, en el sentido de que el término “*real*” lo entendió para hacer referencia a los activos que “*existen*”, pues es claro que lo entendió para hacer referencia a los activos “*que pueden ser percibidos*.”

La Sala considera que la conclusión a la que se llegó en la sentencia del 24 de mayo de 2007 es acertada, porque si el legislador hubiera querido hacer alusión a cualquier tipo de activo fijo no habría agregado el vocablo “*real*”, pues, conforme con el artículo 60 del E.T., se habría podido interpretar claramente que se refería a los activos inmovilizados, sean corporales muebles o inmuebles o los incorporales que, en todo caso, no se enajenen dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente.

Por eso, el término “*real*” en virtud de la interpretación con efecto útil del artículo 68 de la Ley 863 de 2003, debe entenderse en los mismos términos en que es utilizado en el artículo 653 del C.C., esto es, activo fijo como ser “*real*” que puede ser percibido por los sentidos.

Por otra parte, la leve distinción que, a juicio del actor, se desprende entre cosa y bien, según los preceptos del Código Civil, para sostener que el término “*real*”, en su sentido natural, hace referencia a la cosa “*Que tiene existencia verdadera y efectiva*”⁸, no permite concluir que dentro de la expresión “*activos fijos reales productivos*” se encuentran las cosas incorporales, pues habría sido una perogrullada⁹ del legislador poner como condición que el activo fijo exista verdadera y efectivamente.

Ahora, si bien es cierto que en el expediente 2004 -00078 (14898) sólo se demandó el aparte “*bienes intangibles*”, en el expediente 2005- 00022 (153969) el aparte “*tangibles*” y, en el presente proceso la expresión “*son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles*”, la Sala considera que no hay razones de mérito para declarar la nulidad de la expresión “*son activos reales productivos*”, pues todo el concepto de violación se encauzó a modificar la interpretación que del vocablo “*real*” hizo la Sección 4ª del Consejo de Estado en la sentencia del 24 de mayo de 2007.

Por lo expuesto, la Sala encuentra probada la excepción de cosa juzgada.

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

F A L L A:

Primero. ESTÉSE a lo resuelto en las sentencias del 24 de mayo de 2007, expediente 2004-00078 (14898) y de 24 octubre de 2007, expediente 2005-00022 (15396), Consejero Ponente Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié que negaron las

⁸ RAE

⁹ RAE. Verdad o certeza que, por notoriamente sabida, es necedad o simpleza el decirlo.

súplicas de la demandas Instauradas contra los apartes “**tangibles**”, e “**y se deprecian o amortizan fiscalmente**” respectivamente, contenidos en el artículo 2 del Decreto 1766 de 2004.

Segundo. DENIÉGASE la nulidad de la expresión “**son activos reales productivos**” contenida en el artículo 2 del Decreto 17 66 de 2004.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese. Cúmplase.

La anterior providencia se estudio y aprobó en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ