Consejero ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo

Providencia: Septiembre 20 de 2007

Referencia: Consulta 1826

"1. Sobre la contratación de los agentes de tránsito:

Parte la Sala de la definición legal del "Agente de Tránsito", establecida en el artículo 2º de la Ley 769 del 2002[1], que a la letra dice:

"Artículo 2o. Definiciones. Para la aplicación e interpretación de este código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

"…

"Agente de tránsito: Todo funcionario o persona civil identificada que está investida de autoridad para regular la circulación vehicular y peatonal y vigilar, controlar e intervenir en el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte en cada uno de los entes territoriales.

"…"

El agente de tránsito es pues, una persona investida de la autoridad específica de regulación de la circulación vehicular y peatonal y del control del cumplimiento de las normas de tránsito y transporte. Esa persona está calificada como funcionario o persona civil identificada. Al efecto procede la Sala a analizar el significado de las expresiones usadas por la norma, para lo cual se remite en primer término al anterior código Nacional de Tránsito Terrestre, adoptado por el Decreto Ley 1344 de 1970[2], que definía a los agentes de tránsito, así:

Decreto Ley 1344 de 1970, artículo 2º:

"Para la interpretación y aplicación del presente código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: …

"Agente de circulación: cualquier miembro de la Policía Nacional, encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de transporte y tránsito. Se refiere especialmente al personal que constituye la policía vial, y accidentalmente a cualquier otro agente de policía que intervenga en asuntos de transporte y tránsito. / Igualmente se considera como tal, cualquier persona civil que esté investida de autoridad para intervenir en asuntos de transporte y tránsito."

Observa la Sala que en esta definición la expresión "persona civil" es usada por oposición a "miembro de la Policía Nacional" y en tanto "investida de autoridad" sólo podía hacer referencia a un funcionario o empleado público,[3] y, en ningún caso, a un particular, teniendo en cuenta además que, al relacionar de manera taxativa a las autoridades de tránsito, en el artículo 3º, se incluía a la Policía Nacional en sus cuerpos especializados de Policía Vial y Policía Urbana de Tránsito", es decir, a la institución de la policía nacional, y no a los agentes de circulación como tales.

Igualmente, en el artículo 9º, radicaba en la Policía Vial las funciones "de dirección y vigilancia del tránsito en las vías públicas" y preveía la celebración de "convenios o acuerdos" para que la Policía Nacional asumiera "la organización y control del tránsito departamental o municipal", pero, de acuerdo con el artículo 10º, reservaba a las "autoridades

---

[1] Ley 769 de 2002 (agosto 6), "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial No. 44.893, de 07 de agosto de 2002.

[2] Decreto Ley 1344 de 1970 (agosto 4), "Por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre".

[3] En la terminología vigente a partir de la reforma administrativa de 1968, Decreto Ley 3135, con relación al servicio público y al tipo de funciones que se desempeñaban.

distritales, departamentales y municipales de policía" el conocimiento de "las faltas definidas" en el mismo código.

Más adelante, la Ley 105 de 1993[4], hoy vigente, que se ocupa de las disposiciones básicas sobre transporte en todas sus modalidades, incluido por supuesto el terrestre, asigna a "la Policía de Tránsito" la función de "velar por el cumplimiento del régimen normativo del tránsito y transporte, por la seguridad de las personas y cosas en las vías públicas"; distingue las funciones "de carácter preventivo, de asistencia técnica y humana a los usuarios de las vías y de carácter sancionatorio" para los infractores; prevé su ejercicio "por los cuerpos especializados de tránsito"; autoriza a las entidades territoriales con más de 50.000 habitantes y población urbana del 80%, a organizar su propia policía de tránsito; y establece un plazo de una año para que la Policía Nacional cumpla esas funciones en todo el territorio nacional, previo adiestramiento especializado.[5] Como puede observarse, la disposición legal configura la función de policía administrativa en materia de tránsito y la radica en "cuerpos especializados de tránsito"; esta última expresión comprende tanto a la organización de policía de tránsito en el nivel territorial como a la policía Nacional, según se infiere del texto literal que se comenta.

El tema del tránsito terrestre vuelve a ser abordado por el legislador mediante la Ley 769 del 2002, que derogó expresamente el Decreto Ley 1344 de 1970 y adoptó el Código Nacional de Tránsito Terrestre ahora vigente.

Sobre los "agentes de tránsito", la definición contenida en el artículo 2º de la Ley 769 del 2002, ya transcrito, no es en sí misma clara cuando integra las expresiones "funcionario o persona civil"; sin embargo, el contexto normativo conformado, en particular, por los primeros siete artículos de la misma Ley 769 del 2002, permite concluir que la expresión "persona civil" hace referencia a los empleados públicos que conforman los cuerpos especializados dependientes de los organismos de tránsito del nivel territorial, por lo que excluye a los particulares.

En efecto, el artículo 3º de la Ley 769 del 2002 relaciona, entre las autoridades de tránsito, a los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o distrital, la Policía Nacional en sus cuerpos especializados de policía de tránsito urbano y policía de carreteras y a los agentes de tránsito.

---

[4] Ley 105 de 1993 (diciembre 30) "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial No. 41.158, de 30 de diciembre de 1993.

[5] Ley 105/93, Art. 8: "Control de tránsito. Corresponde a la Policía de Tránsito velar por el cumplimiento del régimen normativo del tránsito y transporte, por la seguridad de las personas y cosas en las vías públicas. / Las funciones de la Policía de Tránsito serán de carácter preventivo, de asistencia técnica y humana a los usuarios de las vías y de carácter sancionatorio para quienes infrinjan las normas. / Las funciones de la Policía de Tránsito serán ejercidas por los cuerpos especializados de tránsito. Los departamentos y los municipios, de más de cincuenta mil habitantes, con población urbana con más del 80%, conforme al censo aprobado, podrán organizar su policía de tránsito, siempre que lo requieran, para el normal tránsito de sus vehículos. A la expedición de la presente Ley se mantendrán y continuarán ejerciendo sus funciones, los cuerpos de guardas bachilleres existentes. / En un plazo de un (1) año y en coordinación con los cuerpos especializados de tránsito, la Policía Nacional también cumplirá funciones de policía de tránsito en todo el territorio nacional, previo adiestramiento en este campo. / El Gobierno Nacional, en un término no superior a ciento ochenta (180) días calendario contados a partir de la vigencia de la presente Ley, reglamentará la creación de escuelas de formación de policías de tránsito, que tendrán como finalidad la instrucción y capacitación de los aspirantes, en áreas específicas de Ingeniería de Transporte, primeros auxilios médicos, mecánica automotriz, relaciones humanas y policía judicial. Fijará así mismo, los requisitos de conocimientos, experiencia y antigüedad, necesarios para obtener el título policía de tránsito."

El artículo 4º de la ley en cita se ocupa de la "acreditación de formación - programas de seguridad", y en el parágrafo segundo ordena:

"Artículo 4°. Acreditación de formación-programas de seguridad

"….".

Parágrafo 2°: Los cuerpos especializados de Policía de tránsito urbano y Policía de Carreteras de la Policía Nacional y los cuerpos especializados de agentes de policía de tránsito dependientes de los organismos de tránsito departamental, metropolitano, distrital y municipal deberán acreditar formación técnica y tecnológica en la materia."

Como es evidente en esta disposición, el concepto de "cuerpo especializado" de policía de tránsito, agrupa a los miembros de la Policía Nacional en sus especialidades de tránsito urbano y de carreteras, y a los empleados públicos que se desempeñan como agentes de tránsito en el nivel territorial, para establecer y exigir un nivel mínimo de conocimientos en materia de tránsito.

La Ley 769 del 2002 en su artículo 2º, define a los "organismos de tránsito", como las "unidades administrativas municipales, distritales o departamentales que tienen por reglamento[6] la función de organizar y dirigir lo relacionado con el tránsito y transporte en su respectiva jurisdicción"[7]; la misma ley en su artículo 6º enumera de manera taxativa dichas unidades del nivel territorial y ordena, en el parágrafo segundo, que "la Policía Nacional en su cuerpo especializado de carreteras" tiene el control y la aplicación de las normas del Código de Tránsito en las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de los municipios y distritos; finalmente, en el artículo 7º, inciso tercero, reitera:

"Artículo 7°. Cumplimiento régimen normativo.

"…"

"Cada organismo de tránsito contará con un cuerpo de agentes de tránsito que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción y el Ministerio de Transporte tendrá a su cargo un cuerpo especializado de agentes de tránsito de la Policía Nacional que velará por el cumplimiento del régimen normativo de tránsito en todas las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de distritos y municipios."

Establece pues la norma la dependencia orgánica y funcional de los cuerpos especializados de agentes de tránsito tanto en el nivel territorial, como en el nivel nacional, evento este en el cual se conforma con agentes de la Policía Nacional bajo la dirección del Ministerio de Transporte.

Recuerda la Sala que los agentes de la Policía Nacional tienen entre sus características propias y esenciales, el uso de uniforme para el ejercicio de las funciones que les competen como parte de la institución.[8] Es claro entonces que cuando el legislador usa la expresión persona civil identificada, en el contexto de cuerpos especializados que forman parte, unos de la Policía Nacional, y otros, de la estructura y organización de las entidades territoriales, está refiriéndose a los integrantes de estos últimos; y en ningún caso a personas particulares sean naturales o jurídicas.

Esta conclusión se sustenta en otras razones adicionales:

La primera tiene que ver con la naturaleza de las funciones que corresponden a la policía de tránsito, establecidas en la Ley 105 de 1993, como ya se vio, y en el mismo Código

---

[6] N.B. La norma debería decir "que tiene por ley" en vez de "que tienen por reglamento".

[7] Ley 769/02, Art. 2º.

[8] Ley 62 de 1993, Art. 6º.

Nacional de Tránsito Terrestre,[9] que no solamente atañen a uno de los derechos fundamentales de las personas individualmente consideradas, como es la libertad de circulación,[10] sino a la organización de la vida en comunidad y a los riesgos inherentes a la actividad misma de tránsito peatonal y vehicular, en la cual la seguridad de las personas y las cosas es el bien jurídico protegido y exige actuaciones de autoridad de carácter pedagógico, preventivo y sancionatorio, a las que se agregan, por expresa disposición del código de Procedimiento Penal, el cumplimiento de funciones de policía judicial.[11] Todo ello explica la preocupación del legislador por establecer "cuerpos especializados" y exigir un nivel de conocimiento específico.[12] Y por supuesto, excluye también la posibilidad de celebrar contratos para que los particulares se desempeñen como agentes de tránsito.

La segunda deriva de la inclusión del "agente de tránsito" como un empleo público en la planta de personal de las entidades territoriales, como consecuencia de las previsiones del legislador en torno a la conformación de los "cuerpos especializados" dependientes de los organismos de tránsito territoriales. Sabido es que compete al legislador regular los distintos aspectos del empleo público,[13] entre ellos, sus requisitos y funciones, por lo cual, en cuanto a las normas actualmente vigentes, se recuerda que la Ley 909 del 2004[14] confirió facultades extraordinarias al gobierno nacional para establecer el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos en las entidades territoriales.[15]

En su ejercicio fue expedido el Decreto Ley 785 del 2005,[16] que incluyó como un empleo público que forma parte de la planta de personal de las entidades territoriales el denominado agente de tránsito.[17] Aunque este solo hecho no excluye la posibilidad de que sus funciones pudieran asignarse a contratistas, se recuerda que la naturaleza misma de la función y el hecho de integrar un "cuerpo especializado" previsto igualmente por el legislador, son unas de las razones que excluyen legalmente esa posibilidad.

La tercera razón está en la forma como la Ley 769 del 2002 habla expresamente de la vinculación de los particulares al ejercicio de algunas de las funciones de que ella trata; así, en los artículos 1 al 7, se encuentran: el examen técnico mecánico de los vehículos automotores, asignado a los centros de diagnóstico automotor definidos como el "ente estatal o privado" destinado a dicho examen; el "establecimiento docente de naturaleza pública o

---

[9] Ley 769 /02, Art. 7º: Las autoridades de tránsito velarán por la seguridad de las personas y las cosas en la vía pública y privadas abiertas al público. Sus funciones serán de carácter regulatorio y sancionatorio y sus acciones deben ser orientadas a la prevención y la asistencia técnica y humana de los usuarios de ls vías."

[10] Artículo 24 de la Constitución Política.

[11] Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004. Cfr. Sentencia C-577-06

[12] Al respecto la Sala remite especialmente a la Sentencia C-577-06, que analiza ampliamente el tema.

[13] Constitución Política, Arts. 122, 125, 150-19, 189-14

[14] Ley 909 de 2004 (septiembre 23), "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004.

[15] Ley 909/04, Art.53. "Facultades extraordinarias. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de esta ley, para expedir normas de fuerza de ley que contengan: … 2. El sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a las entidades del orden territorial que deban regirse por la presente ley."

[16] Decreto ley 785 del 2005 (marzo 17), "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004". Diario Oficial No. 45.855 del 19 de marzo del 2005.

[17] Cabe anotar que por haber sido ubicado el cargo de agente de tránsito en el nivel asistencial y no en el técnico, la Corte Constitucional en sentencia C-577 del 2006 declaró inexequibles parcialmente los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley en comento bajo éste respecto.

privada" que tiene como actividad permanente la capacitación en conducción; las "entidades públicas o privadas" que se constituyen en organismos de apoyo de las autoridades de tránsito por habérseles delegado determinadas funciones de tránsito; y las funciones delegables a las que se refiere el inciso segundo del artículo 7º, a cuyo tenor:

"Artículo 7o. Cumplimiento régimen normativo. … Las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas. …".

Resalta la Sala que en todos los casos enunciados, la ley claramente se refiere a organizaciones, pues tanto los términos entes, entidades o establecimientos como sus definiciones así lo denotan y, por ende, excluyen a las personas naturales.

A ello se agrega que también la ley en comento deja abierta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos y "contratos y/o convenios", pero señalando respecto de los primeros que podrán celebrarlos "los alcaldes de municipios vecinos o colindantes" para "ejercer en forma conjunta, total o parcialmente, las funciones de tránsito que le correspondan a cada uno de ellos" en su respectiva jurisdicción;[18] y en cuanto a los segundos, dice el parágrafo 4º del artículo 7º de la Ley 769 del 2002:

"Parágrafo 4º. Los organismos de tránsito podrán celebrar contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito mediante contrato especial pagado por los distritos, municipios y departamentos y celebrado con la Dirección General de la Policía. Estos contratos podrán ser temporales o permanentes, con la facultad para la policía de cambiar a sus integrantes por las causales establecidas en el reglamento interno de la institución policial".

En este caso, la entidad territorial celebra el contrato con la Policía Nacional para que ésta, a través de su cuerpo especializado de policía urbana de tránsito, asuma las funciones en el área urbana del respectivo distrito, municipio o departamento.

La cuarta razón es de índole constitucional en el sentido de que cuando en los artículos 116 y 210, la Carta Política consagra la posibilidad de que los particulares ejerzan funciones públicas, difiere a la ley las condiciones para ese ejercicio. Y en efecto, en la Ley 489 de 1998, que regula la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, los artículos 110 y siguientes se ocupan del tema, desarrollando el mandato constitucional de manera general. Como quiera que la Ley 769 del 2002 es una ley posterior y especial, que trata precisamente del ejercicio de algunas de las funciones de tránsito por particulares, y lo regula de la manera como se dejó expuesta, sus normas son de aplicación prevalente.

Concluye, pues la Sala, que el ordenamiento vigente en materia de agentes de tránsito excluye la posibilidad de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas cuando tengan por objeto funciones distintas a las relacionadas en el artículo 7º, inciso segundo, de la Ley 769 del 2002; tampoco es factible contratar personas naturales como agentes de tránsito, por cuanto estos deben integrar cuerpos especializados dentro de la Policía Nacional o dependientes de los organismos de tránsito territoriales, caso este último en el cual forman parte de la planta de personal del respectivo organismo. Las expresiones "funcionario" o "persona civil identificada", con las cuales la ley define a los agentes de tránsito, no incluyen personas particulares.

1.2. Los guardas bachilleres.

[18] Inciso tercero del parágrafo 3º del artículo 6º de la ley 769 del 2002.

En relación con ese tema se pregunta si los guardas bachilleres podrían desempeñar funciones de Agentes de Tránsito e imponer comparendos a los infractores de tránsito o únicamente deberían cumplir funciones pedagógicas de tránsito.

La Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización señala que a éste corresponde planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno Nacional.

El artículo 10º de la citada ley prescribe:

"Artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

Parágrafo. …"

El artículo 13 ibídem señala que el Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio y agrega que "… continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar: a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses. b. Como soldado bachiller, durante 12 meses. c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses. d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses."

Ahora bien, los agentes de tránsito ejercen diferentes funciones relacionadas con la regulación de la circulación vehicular y peatonal, así como con la vigilancia, control e intervención en el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte en cada uno de los entes territoriales, todo en aras de garantizar a los coasociados el derecho a la vida, a la libre locomoción, a la seguridad y el orden ciudadano. En específico las funciones de los agentes de tránsito se pueden clasificar así:

- De prevención y seguridad vial: garantizan y regulan la circulación vehicular y peatonal; vigilan, controlan e intervienen en el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte terrestre -art. 116 de la ley 769 del 2002 -; preservan y controlan el espacio público, controlan el estacionamiento sobre andenes, zonas verdes, separadores viales y vías peatonales en general; atienden quejas ciudadanas en relación con el buen funcionamiento del tránsito y transporte; ejercen control vehicular en las entradas y salidas de la ciudad; con el fin de prevenir accidentes realizan operativos de embriaguez, de control del transporte escolar, de control de taxis y de vehículos de carga; imponen comparendos (Arts. 129, 135 y 147, Ley 769 del 2002).

- De educación y prevención: tales como campañas en las vías públicas, universidades, colegios, centros comerciales, entre otros, y charlas educativas a los conductores, a peatones, motociclistas, ciclistas, etc.

- De atención de hechos de accidentalidad en el área de su jurisdicción. En desarrollo de tal función los Agentes de Tránsito levantan informes descriptivos en caso de accidentes de tránsito y los remiten al organismo de tránsito competente (arts. 144, 145 y 149 ibídem).

- Igualmente tienen funciones de policía judicial de acuerdo con la Ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

Como el cuerpo de guardas bachilleres de la Policía Nacional no está facultado para imponer comparendos, ni levantar informes descriptivos en caso de accidentes de tránsito, tanto sólo cumple funciones pedagógicas, preventivas de infracciones y de accidentalidad y

de colaboración con la movilidad, y en general las funciones auxiliares de los agentes de tránsito".

66- DECLARACIONES TRIBUTARIAS. Validez de su presentación con posterioridad al vencimiento del término para dar respuesta al emplazamiento

Consejero ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo

Providencia: Agosto 2 de 2007

Referencia: Consulta 1837

"Si bien de los antecedentes se desprende que se está preguntando por un caso particular, la Sala se pronunciará en forma general sobre los problemas jurídicos planteados.

Dos son los aspectos que han de analizarse para sustentar la posición de la Sala respecto del tema materia de la consulta: el primero consiste en explicar sucintamente el procedimiento de determinación oficial de aforo; y el segundo, en analizar la validez de la declaración tributaria presentada con posterioridad al vencimiento del emplazamiento, analizando cada una de las situaciones preguntadas.

1. Determinación oficial de aforo

La determinación oficial de aforo consiste en la facultad que tiene la administración para determinar la obligación tributaria, cuando el sujeto pasivo no cumple con su obligación formal de declarar, mediante un procedimiento con dos momentos ineludibles, los cuales se conocen como el "emplazamiento" y la "liquidación de aforo".

1.1 Noción de emplazamiento.

El legislador ha querido dar la oportunidad a quienes no han cumplido con su obligación de declarar, de otorgarles un nuevo plazo para que sean ellos quienes presenten la declaración. A partir del momento en que se verifique que el sujeto pasivo no la ha efectuado, la administración procederá a emplazar, para que en el término de un mes cumpla con la obligación omitida.

Al respecto dice el Estatuto Tributario, artículo 715:

"Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias, estando obligados a ello, serán emplazados por la administración de impuestos, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término perentorio de un (1) mes, advirtiéndoseles de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión."

El plazo que contempla la ley tiene dos finalidades, la primera consiste en llamar la atención al sujeto pasivo que tiene a su cargo la obligación de declarar, y que por alguna circunstancia no ha cumplido; y la segunda, tiene relación con el tema de las sanciones, ya que si el sujeto presenta la declaración dentro de ese mes, la penalidad por su retardo será la sanción de extemporaneidad. Si persiste en su omisión, se impondrá la sanción por no declarar, que es más gravosa que la anterior.[19]

Una vez se ha emplazado al sujeto pasivo, éste tiene dos opciones: presentar la declaración, liquidando la respectiva sanción por extemporaneidad, por lo que en principio cesa el procedimiento de determinación oficial del impuesto, circunscribiendo la actuación de la administración a la verificación de la exactitud de la información consignada por el contribuyente en la declaración[20]; ó puede continuar con la conducta renuente, lo cual tendrá como consecuencia que la administración emita la resolución sanción por no declarar y se continúe el proceso de determinación oficial de aforo para establecer la obligación tributaria.

---

[19] Estatuto Tributario, artículo 643, Parágrafo 2°: "...En todo caso esta sanción no podrá ser inferior al valor de la sanción por extemporaneidad, liquidada de conformidad con lo previsto en el artículo 642."

[20] Concepto No. 853201-0174. Oficina Jurídica. DIAN.

Es importante recordar que la sanción por no declarar es un acto previo a la liquidación de aforo pero es un acto independiente, por lo que no es procedente que en una liquidación de aforo se sancione por no declarar al sujeto pasivo ya que la sanción tuvo que ocurrir con anterioridad a la liquidación oficial[21].

1.2 Liquidación oficial de aforo.

Cumplido con el requisito del emplazamiento y una vez ejecutoriada la sanción por no declarar, la administración tiene cinco años contados a partir del vencimiento del plazo para declarar, para emitir el acto administrativo en virtud del cual se determina el valor a declarar por parte del sujeto pasivo, como lo instituye claramente Estatuto Tributario, en el artículo 717, que expresa:

"Agotado el procedimiento previsto en los artículos 643, 715, 716, la administración podrá, dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, determinar mediante una liquidación de aforo, la obligación tributaria al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que no haya declarado."

La finalidad de la liquidación oficial de aforo es determinar la obligación tributaria del contribuyente como consecuencia de la omisión que tuvo éste al no presentar la declaración.

2. Validez de la declaración tributaria presentada con posterioridad al vencimiento del emplazamiento.

Como se explicó, es clara la normatividad en prever que al no presentar la declaración, la administración procede a emplazar al sujeto pasivo para que en el término de un mes, presente la declaración con la sanción de extemporaneidad. La cuestión consultada consiste en analizar los efectos y la validez de la declaración cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, presenta la declaración con posterioridad al vencimiento del emplazamiento. En criterio de la Sala la declaración tendrá validez cuando se presente antes de que se haya emitido y notificado la liquidación de aforo[22], ya que esta última determina la obligación formal que tiene el sujeto pasivo, pues a partir de ese momento el sujeto pierde la facultad de presentarla.

En este punto aparece importante transcribir varios apartes de una sentencia pronunciada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado frente al tema:

"Si bien el artículo 715 concede al contribuyente omiso, el término "perentorio" de un mes contado a partir de la notificación del emplazamiento, para que presente su declaración, e indica que debe advertírsele sobre las consecuencias legales en caso de persistir su omisión, lo cierto es que a términos del artículo 716 del mismo estatuto, la única consecuencia de no presentar la declaración con motivo del emplazamiento, es que la administración de impuestos procederá a aplicar la sanción por no declarar"

"Así las cosas, si el contribuyente presenta la declaración vencido el término del emplazamiento y antes de que la Administración expida la resolución sancionatoria, no cabe aducir que la consecuencia legal de no haber atendido el término del emplazamiento, es la inexistencia jurídica de la declaración, porque tal consecuencia no está prevista en ninguna norma."

"Tampoco puede considerarse como no presentada la declaración, por no haber liquidado correctamente la sanción por extemporaneidad, porque tal hecho no esta previsto en el artículo 580 del Estatuto Tributario..."[5]

---

[21] Concepto No. 4320 de enero 25 de 1999, Oficina Jurídica DIAN.

[22] Ibídem P. 2

De acuerdo con la jurisprudencia, es claro que la imposición de sanciones no afecta la validez de la declaración, ya que son temas independientes y por lo mismo puede reiterarse que el sujeto únicamente perderá la facultad de presentar la declaración cuando la administración haya notificado la liquidación oficial.

Dependiendo del momento en que se presenta la declaración, varían las sanciones que se deben imponer. La consecuencia legal que genera la omisión de presentar la declaración tributaria, consiste en la imposición de una sanción al sujeto pasivo, para el evento que nos ocupa se aplican dos clases de sanciones, por extemporaneidad y por no declarar, las cuales son excluyentes entre sí.

La sanción por extemporaneidad que se encuentra regulada en el artículo 641 del Estatuto Tributario:

"Las personas o entidades obligadas a declarar, que presenten las declaraciones tributarias en forma extemporánea, deberán liquidar y pagar sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, equivalente al cinco por ciento (5%) del total del impuesto a cargo retención objeto de la declaración tributaria sin exceder el ciento por ciento (100%) del impuesto o retención, según el caso".

"Esta sanción se cobrará sin perjuicio de los intereses que origine el incumplimiento en el pago del impuesto, anticipo o retención a cargo del contribuyente, responsable o agente retenedor".

De la interpretación del artículo anterior se entiende que se aplicará esta sanción cuando el sujeto pasivo presente la declaración posteriormente al vencimiento legal y la misma se aplicará hasta tanto no se haya emitido y notificado la resolución sancionadora por no declarar, esta última corresponde a la otra sanción que puede imponer la administración, la cual se encuentra en el artículo 643 del Estatuto Tributario, que en lo pertinente expresa:

"1. En el caso de que l