

**BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO**República de Colombia
Consejo de EstadoNo 133- Noviembre 1 de 2013
BOGOTÁ, COLOMBIAwww.consejodeestado.gov.co**EDITORIAL**

Con el objetivo de evaluar cómo ha sido el proceso de modernización de la administración pública desde la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1913, la cual, en su momento, estructuró los elementos de la actividad administrativa del país, se realizará el congreso internacional “100 años de la Administración Pública: Retos y Perspectivas”, del 13 al 15 de noviembre de 2013 en la ciudad de Cartagena.

El evento reunirá a representantes de todas las ramas del poder público y a reconocidos invitados internacionales, quienes harán un balance de los esfuerzos por modernizar la administración pública, además de los retos y perspectivas que ésta afronta a futuro.

El Congreso está dirigido a todos los servidores públicos y será transmitido a través de los portales web www.centenarioley4.com, www.esap.edu.co o www.aifc.com.co

Alfonso Vargas Rincón
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

En esta sección destacamos algunos de los fallos proferidos por el Consejo de Estado en las últimas semanas:

ACCIONES DE TUTELA**Contenido:**

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Acciones de tutela	1-2
Acción popular	2-3
Sección Primera	3-6
Sección Segunda	6-11
Sección Tercera	11-19
Sección Cuarta	19-28
Sección Quinta	28-31
Sala de Consulta	31-33
Índice	34-38
Noticias destacadas	39

1. En los concursos de méritos o procesos de selección la acción de tutela sólo procede si el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa.

Síntesis del caso: *La Sección Primera revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que amparó el derecho fundamental al debido proceso, Lo anterior, en consideración a que si bien la acción de tutela es el mecanismo idóneo cuando el actor se encuentra en un concurso de méritos o proceso de selección, no obstante en el presente caso la parte recurrente contaba con un mecanismo de defensa que le brindaba todas las garantías, además ya hay una lista de elegibles en firme, la cual es inmodificable.*

Extracto: “Respecto de la procedencia de la acción de tutela pese a que el solicitante puede acudir a la Jurisdicción Contenciosa para solicitar la nulidad del acto administrativo que presuntamente vulneró sus derechos fundamentales, esta Sala, en reiteradas oportunidades, ha precisado que este último medio de defensa no resulta eficaz, pues debido a su tardanza, para cuando se emita una decisión definitiva, ya habría finalizado la convocatoria y, en consecuencia, aquélla sería inocua, de suerte que, en términos de concursos de mérito y procesos de selección, se hace necesaria la pronta intervención de una autoridad judicial, como lo es el Juez de Tutela, con el fin de evitar un perjuicio irremediable. De lo hasta aquí expuesto, se advierte que la CNSC al

interior del concurso, dispone los mecanismos tendientes a que los concursantes puedan presentar sus reclamaciones, las cuales deben ser resueltas en su totalidad para pasar a la siguiente etapa... La parte accionada y sus coadyuvantes precisaron que muchos de los cargos en los que se aplicaron las pruebas cuestionadas, ya tienen listas de elegibles que se encuentran en firme, por lo tanto, son inmodificables, pues con ello se consolidaron situaciones jurídicas amparadas en un acto administrativo, que goza de presunción de legalidad... Una vez la lista de elegibles cobre firmeza, ésta no puede ser modificada, pues con ella se han consolidado situaciones jurídicas particulares y concretas y por ende, de obligatorio cumplimiento.”.

SENTENCIA DE 15 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 25000-23-41-000-2012-00513-01(AC), M.P. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

2. La acción de tutela sólo procede en casos excepcionales, como la violación flagrante del derecho fundamental al debido proceso.

Síntesis del caso: El actor pretendía el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa, razón por la cual, solicitó dejar sin efectos el fallo de primera instancia proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 2008-20-04-446, adelantado en su contra como tercero civilmente responsable, porque dentro del proceso de referencia no le fue otorgado el término para interponer el recurso de apelación.

Extracto: “En principio la acción de tutela es improcedente ante la existencia de otro medio de defensa. Sin embargo, esta Sala ha considerado procedente la acción constitucional a pesar de la anterior circunstancia, cuando se alega una flagrante vulneración del derecho al debido proceso, que en el evento de no conjurarse torna ineficaz cualquier medida de protección que se adopte con posterioridad...Debe considerarse que la posibilidad de interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, constituye una expresión de los principios de celeridad, economía y eficiencia en las actuaciones administrativas y judiciales, en tanto permite que frente a una decisión que puede ser controvertida ante quien la profirió y ante el superior jerárquico o funcional de éste, se presenten en una sola oportunidad los motivos de inconformidad, y aún más, que en el evento que el funcionario que emitió la decisión controvertida niegue total o parcialmente el recurso de reposición, el asunto planteado sin más dilaciones y trámites sea enviado al superior para que resuelva el recurso de apelación, a fin de que la decisión correspondiente sea emitida en el menor tiempo posible por las autoridades competentes. En ese orden de ideas, es claro que cuando se hace uso del recurso de reposición, y subsidiariamente, esto es, en el evento que se niegue dicho medio de impugnación, se interpone el recurso de apelación, el recurrente debe exponer todos y cada uno de sus motivos de inconformidad al ejercer el recurso de reposición, en tanto los argumentos que desarrolle en ese momento serán los considerados por el funcionario que emitió la decisión, y eventualmente, por el superior jerárquico o funcional de éste. En la audiencia en la que se emite el fallo de responsabilidad fiscal, los interesados pueden interponer el recurso de reposición o apelación, que se sustentará dentro los 10 días siguientes a la celebración de la audiencia”

SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 25000-23-36-000-2013-01148-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

ACCIÓN POPULAR

1. La población con discapacidad cuenta con amparo constitucional especial, razón por la cual deben implementarse medidas que garanticen el goce efectivo de los derechos colectivos.

Síntesis del caso: *La Sala unificó jurisprudencia acerca de los deberes de protección, prevención y cuidado que tiene el estado en solidaridad con la comunidad, sobre las personas que padecen discapacidad, particularmente, en relación con la instalación de señales sonoras en los semáforos del municipio de Sabanalarga - Atlántico, en aras de que la administración cumpla y haga cumplir las normas que rigen las construcciones, para que faciliten la incorporación a la vida común de estas personas especialmente protegidas*

Extracto: “La conclusión de la jurisprudencia, que la Sala confirma ahora -para unificar la doctrina judicial, que es lo que esta providencia pretende-, es que todas las edificaciones públicas deben construirse -en caso de que sean nuevas- o reformarse -si son anteriores a la ley- respetando las exigencias de la nueva norma, para que los discapacitados accedan y circulen fácilmente en ellas, porque al fin y al cabo se trata de ciudadanos, que también son administrados y necesitan hacer gestiones o trámites ante ellas, y ejercer otros derechos o cumplir diversas obligaciones... Este enfoque demuestra que el juez no puede impartir automáticamente la orden de construir accesos o infraestructuras que cumplan este propósito, porque hay que evaluar, con rigor, las condiciones del sitio y del edificio, para determinarlo posteriormente... Tanto las edificaciones públicas como las privadas -que sirven para la atención al público deben contar con accesibilidad adecuada para todas las personas, con especial énfasis en las que carecen de movilidad. Sin embargo, el juez debe considerar, en cada caso concreto, si las instalaciones existentes satisfacen esta exigencia, es decir, si se cuenta con medios alternativos, que garanticen la movilidad a través de lugares y accesos que cumplan las exigencias de la ley y sus reglamentos...El derecho colectivo no consiste en que se instalen semáforos ni en que se pongan señales sonoras en ellos; aunque esto no significa que no sean derechos de la población discapacitada, sólo que no tienen la naturaleza de derechos colectivos -pero si de otro tipo-, porque no están enunciados como tales en la Constitución Política ni en la ley 472 de 1998. En estos términos, la violación al derecho a que se instalen semáforos o señales sonoras es apenas un presupuesto para la vulneración o amenaza de otros derechos que sí son colectivos”.

SENTENCIA DE 08 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 08001-33-31-003-2007-00073-01(AP) REV, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO

SECCIÓN PRIMERA

1. Para que la DIAN decomise una mercancía debe demostrar plenamente que esta no corresponde a las declaraciones de importación que presente la persona afectada.

Síntesis del caso: *La sala revoca la sentencia apelada y declara la nulidad de los actos acusados, al considerar que la DIAN no demostró plenamente que las llantas decomisadas no eran las que se encontraban amparadas por las declaraciones de importación presentadas.*

Extracto. La DIAN motivó el decomiso en las dudas que tuvo respecto del título de adquisición de las mercancías, para decidir que los bienes decomisados no estaban amparados en las declaraciones de importación presentadas, es decir que ingresaron ilegalmente al País. La Administración centró su decisión en los tantas veces mencionados contratos, pero en ningún momento demostró que las declaraciones de importación aportadas por el actor, no amparaban las mercancías decomisadas, o que amparaban o habían amparado otras mercancías diferentes a éstas; los actos acusados no se refirieron a otros documentos allegados al proceso, tales como declaraciones de renta, certificado de la Cámara de Comercio. Así pues, al no haber demostrado la DIAN que las mercancías ingresaron al país ilegalmente, debe la Sala revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar la nulidad de la Resolución núm. 167 de 10 de febrero de 2005 y del artículo 1° de la Resolución 05 de de 22 de agosto de 2005.

SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2013, EXP. 44001-23-31-000-2006-00023-01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. APELACIÓN SENTENCIA

2. Con la nueva ley 1437 de 2011 no es procedente el rechazo de plano de la demanda, por falta del requisito de la conciliación prejudicial; sino su inadmisión, para que la parte actora acredite su cumplimiento.

Síntesis del caso: La sala revoca el auto apelado, al considerar que dentro de las causales que contempla el CPACA para rechazar la demanda, no se encuentra enlistada la falta del requisito de conciliación prejudicial; lo procedente es la inadmisión, para que la parte demandante acredite tal requisito.

Extracto: En conclusión para demandar judicialmente a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es necesario surtir la conciliación (artículo 2 del Decreto 1716 de 2009), salvo que se trate de conflictos tributarios, procesos ejecutivos o que la acción haya caducado. Se observa entonces que se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y que los actos controvertidos no están incurso en ninguna de las tres excepciones contenidas en el citado artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, lo cual es suficiente para exigir la conciliación prejudicial. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la presente acción fue incoada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, y que por ser ley especial y posterior en asuntos contencioso administrativos prevalece sobre las disposiciones de la Ley 640 de 2001. Como puede observarse la falta del requisito de conciliación prejudicial no está enunciada dentro de las causales de rechazo de plano de la demanda, (Ley 1437 de 2011), motivo por el cual su consecuencia deberá ser la inadmisión de la misma, a fin de que la parte actora acredite el cumplimiento de tal requisito, so pena de rechazo.

AUTO DE 2 DE MAYO DE 2013, EXP. 25000-23-41-000-2012-00260-01, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA, APELACIÓN AUTO

3. Las Estaciones de Gasolina no pueden vender una marca del combustible diferente a la que tienen exhibida en sus instalaciones.

Síntesis del caso: La sala confirma la sentencia apelada, al considerar que la Estación de Servicio Centenario, como minorista, distribuía gasolina que no compraba al mayorista MOBIL, que era la marca que tenía exhibida en sus instalaciones.

Extracto: Resalta la Sala que, conforme lo precisó el a quo, la sanción se configura independientemente de si la persona que lo distribuye es propietaria o tenedora, pues para el presente caso el agente es la Estación de Servicio. En cuanto a la prueba de que la Estación de Servicio Centenario distribuía líquidos derivados del petróleo que no provenían del distribuidor mayorista, obra la declaración del Contador del establecimiento comercial, quien manifestó que el combustible que se vendía era el suministrado por la señora MARTHA OLIVA PEREA DE OROZCO, porque la EXXONMOBIL no le suministraba el combustible al señor NARANJO SALAZAR, y la señora PAULA ANDREA JARAMILLO RESTREPO no tenía código. Lo anterior demuestra que la parte demandante no desvirtuó ni en la vía gubernativa ni en la instancia jurisdiccional la presunción de legalidad de que gozan los actos acusados.

SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2013, EXP. 66001-23-31-000-2008-00178-01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. APELACIÓN SENTENCIA

4. Las Corporaciones Autónomas Regionales no son competentes para fijar los intereses moratorios en materia tributaria.

Síntesis del caso: La sala confirma la sentencia apelada, al considerar que el Estatuto Tributario Nacional contiene una norma especial aplicable a los intereses moratorios, en cuanto tiene que ver con el cobro de las tasas retributivas; de ahí que no le era viable a la Corporación Autónoma Regional del Cauca fijar dichos intereses.

Extracto: La CRC no es la entidad competente para definir o determinar el interés moratorio en materia tributaria, pues el Estatuto Tributario contienen una norma especial, aplicable a la generación de intereses moratorios en la obligación tributaria comentada, a la que debe dar aplicación la entidad demandada para efectos de determinar el valor a pagar por dicho concepto.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2013, EXP. 19001-23-31-000-2002-01139-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. APELACIÓN SENTENCIA

5. Una Póliza de Manejo Global Comercial ampara la pérdida de fondos y bienes causados por los empleados de la entidad beneficiaria y no por terceras personas.

Síntesis del caso: La sala revoca la sentencia apelada, al considerar que la Previsora S. A. solo estaba obligada a indemnizar, los siniestros descritos y circunscritos a los riesgos contenidos en el contrato de seguro; tanto así que se delimito la responsabilidad a cargo de la PREVISORA S. A., al punto de indicarse que la aseguradora no asumía el riesgo por pérdida no imputable al empleado.

Extracto: Cabe anotar que esta descripción involucra una pérdida al asegurado, por la comisión de conductas tipificadas en el ordenamiento penal que sean perpetradas por el servidor público o funcionario. Entonces, como quiera que los hechos al parecer fueron perpetrados por terceras personas y no por la Doctora Marina Laverde de Franco, la omisión de suscribir un contrato de seguro de sustracción que amparara el hurto de diferentes elementos, no tiene la fuerza vinculante para dar una interpretación y cobertura diferente a la garantía de Manejo N° 1 0442389 otorgada por La Previsora S.A. Lo expuesto lleva a concluir, que la negligencia de un servidor público en adquirir un seguro de sustracción, puede ser objeto de reproche para aquel, sin embargo, el menoscabo por un hurto atribuible a un seguro patrimonial de daños denominado comercialmente de sustracción, no es el objeto ni la cobertura de la póliza de Manejo Global Comercial aquí estudiada y, por tanto, La Previsora S.A. no debe ser responsable civilmente por unos hechos u omisiones con base en la póliza de Manejo N° 1 0442389 otorgada por ésta, que no ampara eventos de sustracción cometidas presuntamente por terceras personas. En otras palabras, la omisión por parte de la empleada responsable fiscalmente, de suscribir un seguro de sustracción para cubrir el delito de hurto, no hace parte de los amparos que ofrece el contrato de seguro en comento, de allí que a juicio de la Sala, no existe responsabilidad por parte de la sociedad actora.

SENTENCIA DE 15 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 50001-23-31-000-2003-00085-02, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. APELACIÓN SENTENCIA

6. Para evitar el ingreso al país de mercancía de contrabando, y en tratándose de mercancía de carácter genérico, se debe demostrar el nexo comercial que existe entre el importador con el resto de propietarios que haya tenido la mercancía.

Síntesis del caso: La sala confirma la sentencia apelada y comparte la posición de la DIAN respecto de que es necesario demostrar el nexo comercial que existe entre el importador y los demás propietarios que tuvieron relación comercial con la mercancía, ya que al ser mercancía de carácter genérico, con una sola declaración de importación podrían ingresar al país cualquier cantidad de mercancía de contrabando, ya que no se podría determinar si se trata de la misma mercancía.

Extracto: Como bien lo expresó la entidad demandada en la Resolución acusada núm. 005218 de 3 de octubre de 2008, si la mercancía de origen extranjero es de carácter genérico, es decir, que se trata de mercancías que no pueden distinguirse de otras similares y se encuentran presuntamente amparadas en una declaración de importación en la que está registrado un importador, pero la mercancía se encuentra en poder de un tercero, debe demostrarse el nexo comercial que existe entre el importador y todos los propietarios que tuvieron relación con la cadena comercial, pues, de lo contrario, no se puede determinar si se trata de la misma mercancía aprehendida; si ello no fuera así, con una misma declaración de importación se podrían amparar mercancías que ingresan al país de contrabando.

SENTENCIA DE 22 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 25000-23-24-000-2009-00383-01, M.P. MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. APELACIÓN SENTENCIA

SECCIÓN SEGUNDA

1. El manejo no riguroso del régimen de transición genera una situación de discriminación positiva carente de causa que contribuye a desarticular principios constitucionales básicos para la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social.

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, FONPRECON, presentó demanda a fin de obtener la nulidad, previa suspensión cautelar, de la Resolución No. 850 de 19 de diciembre de 2000 a través de la cual afilió al señor JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO y asumió a partir del 11 de febrero de 1996, la pensión de jubilación que ya le había sido reconocida por la Caja de Previsión Social del Departamento del Magdalena -hoy Fondo Territorial de Pensiones y Departamental de Cesantías del Magdalena-, y de la Resolución No. 1290 de 27 de octubre de 2003, que reconoció a la demandada la pensión jubilatoria en su condición de cónyuge supérstite, ambas emitidas por la Dirección General del Fondo.

Extracto: Por manera, que la extensión en forma indiscriminada de un régimen de transición a beneficiarios que ya han consolidado *status* jurídico, representa una instancia de violación de la ley por indebida aplicación de la misma, en razón a que sin que exista causa jurídica alguna, una situación gobernada y constituida a la luz del efecto cumplido, se reintegraría a una ley expedida posteriormente, para extraer de esta última unas consecuencias no previstas por el Legislador, con lo que además de quebrantar el sistema jurídico correspondiente, se establece un sistema privilegiado, que en el caso específico de la seguridad social por razones pensionales, emerge totalmente extraño a lo previsto por el propio Constituyente, para el caso de lo reglado en el artículo 48 de la Carta Política conforme a las modificaciones del Acto Legislativo 1 de 2005, que integró al mundo de la seguridad social en materia pensional, el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, que se proyecta en que en la liquidación de las pensiones, solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotización. De igual modo se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congressional se aplica a quienes ni siquiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de un régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.

SENTENCIA DE 22 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 25000-23-25-000-2006-08148-01(1461-09), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. El presentar dos peticiones encaminadas en dos sentidos diversos en un misma misiva, es posible para el nominador adoptar la decisión en un solo acto administrativo.

Síntesis del caso: Demanda la nulidad de la Resolución No. 02 de 31 de enero de 2003, proferida por el Juez Segundo de Familia de Itagüí, por medio de la cual denegó la prórroga de la licencia no remunerada que venía disfrutando el actor y en consecuencia aceptó la renuncia al cargo que desempeñaba.

Extracto: vencido el término de la licencia no remunerada para el desempeño de otro empleo en la Rama, solamente era posible el reintegro al ejercicio en propiedad que lo era el de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia de Itagüí, ante la imposibilidad de prorrogar la licencia no remunerada, o la renuncia a éste para continuar en el de Secretario en provisionalidad del Centro de Servicios, sin embargo el demandante presenta renuncia al empleo de Secretario del Circuito en provisionalidad del referido Centro de Servicios el 28 de enero de 2003 que le es aceptada por Resolución No. 001 de 2003 proferida por la Jueza Coordinadora con fecha 29 del mismo mes y año; y al de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia el 31 de enero del mismo año, que le es aceptada por Resolución No. 002 de 31 de enero de 2003. Implica lo anterior que, en sana lógica, el actor renunció primero al empleo de Secretario en provisionalidad y luego solicitó la prórroga de la licencia para continuar en el mismo, y bajo hipótesis de que se le negara la prórroga dispuso de su destino en el empleo en propiedad renunciando al mismo de manera subsidiaria. (...) Sin embargo, para la Sala esta argumentación no resulta de recibo dado que no existe norma alguna que avale tal postura argumentativa. Por el contrario el Código Contencioso Administrativo en su artículo 35 señala que en el acto administrativo en que se adopta la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, luego dado que la misiva contenía dos peticiones encaminadas en dos sentidos diversos, era perfectamente posible para el nominador adoptar la decisión respecto de las dos solicitudes en un solo acto administrativo.

SENTENCIA DE 22 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 05001-23-31-000-2003-02119-01(1574-12), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. Por su actuar omisivo permitiendo el maltrato físico y verbal por parte de miembros de la Policía Nacional a un ciudadano, se confirma la sanción destitución de un patrullero de la institución.

Síntesis del caso: Determinar la legalidad de los actos proferidos el 13 de diciembre de 2007 por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Comando Operativo No. 2 y 18 de febrero de 2008 por la Inspección Delegada Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá, por medio de los cuales fue destituido Carlos Florentino Buitrago Roza de la Policía Nacional e inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos por el término de 10 años.

Extracto: Igualmente dentro de las decisiones demandadas se hizo referencia a la norma en que se habla de la justificación de la fuerza y encontró la autoridad disciplinaria que el actor no cumplió con su deber legal de protección de la integridad personal del señor Camacho, el cual se encontraba completamente indefenso por encontrarse esposado. Para la Sala es evidente que el actuar del Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, no vulneró el derecho al debido proceso, habida cuenta que la sanción fue impuesta al inculpado como consecuencia de su conducta omisiva, una vez demostrada su responsabilidad, dentro de un proceso ajustado a las normas y en el que se le aseguraron posibilidades de defensa y contradicción.

SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2011-00185-00(0644-11), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

4. Se confirma la revocatoria de inscripción del registro sindical de SINALTRABET, por considerar que carece de soporte técnico y científico para su denominación, dado que no podía integrar la actividad de bebidas y alimentos con la actividad de turismo.

Síntesis del caso: demandó la nulidad de la Resolución 0601 de 15 de 2003 proferida por la Dirección Territorial de Cundinamarca, mediante la cual revocó la Resolución 1514 de 31 de julio de 2002 proferida por la Dirección Territorial de Cundinamarca, a través de la cual se ordenó la inscripción en el registro sindical de la Organización Sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de las Industrias de Las Bebidas, Alimentos y Turismo "SINALTRABET".

Extracto: Dentro de las decisiones demandadas se hizo referencia a la norma en que se habla de la justificación de la fuerza y encontró la autoridad disciplinaria que el actor no cumplió con su deber legal

de protección de la integridad personal del señor Camacho, el cual se encontraba completamente indefenso por encontrarse esposado. Para la Sala es evidente que el actuar del Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, no vulneró el derecho al debido proceso, habida cuenta que la sanción fue impuesta al inculpado como consecuencia de su conducta omisiva, una vez demostrada su responsabilidad, dentro de un proceso ajustado a las normas y en el que se le aseguraron posibilidades de defensa y contradicción.

SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2013, EXP. 25000-23-24-000-2004-00316-01(1219-10), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

5. Al solicitar dineros para el traslado de personal a otra unidad militar el Cabo Segundo del Ejército Nacional, incurrió en falta gravísima de acuerdo con el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, por lo tanto se confirma la sanción disciplinaria de separación absoluta.

Síntesis del caso: establecer si los actos administrativos acusados, proferidos por el Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional y el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, mediante los cuales sancionó disciplinariamente al demandante con separación absoluta del cargo, inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años, son ilegales por haberse expedido con violación del debido proceso, del derecho de defensa y del principio de ilicitud sustancial.

Extracto: se observa que el 4 de febrero de 2009, el Comandante de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, profirió Fallo de Primera Instancia, en el que efectuó un análisis de los testimonios obrantes en el proceso, entre éstos, los de los señores Luis Caly Rivas, María Dolly Mejía Mejía, José Gregorio Gelves Moncada, Juan de Dios Díaz Mejía, Juan Carlos Méndez, Naum Sánchez y Hermes García Heredia, a partir del cual se evidencia que los declarantes coincidieron en afirmar que el disciplinado les solicitó dinero para lograr ser trasladados de su respectiva Unidad, aduciendo que tenía contactos que podría realizar ese procedimiento. Además, se precisó que aprovechó su calidad de servidor público - Suboficial del Ejército- y abusando de su cargo y funciones, solicitó dinero para tramitar traslados a Soldados Profesionales. Se desvirtuó la tesis relativa a la colaboración del actor con su padre (Luis Alfonso Rivas) en una Operación de Contrainteligencia, ya que los testigos fueron coincidentes en afirmar que no conocían ésta y que no tuvieron contacto con el señor Luis Rivas, quien además, no demostró su calidad de informante. Sumado a lo anterior, el disciplinado tenía cinco años de experiencia en el Ejército Nacional y era conocedor de las funciones que le habían sido asignadas, por tanto sabía que no podía involucrarse en una presunta Operación de Contrainteligencia adelantada por su padre, sin que su actuar estuviera autorizado por superiores y soportada en una Orden de Operaciones. Así las cosas, se observa que en la referida Decisión se sustentó de manera suficiente la responsabilidad del actor en la comisión de la falta que se le endilgó, ya que aprovechó su cargo de Cabo Segundo del Ejército Nacional, para solicitar dinero a cambio de tramitar los traslados de Soldados Profesionales.

SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2012-00164-00(0725-12), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ (E). ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

6. Se niega la nulidad del artículo 15 del Acuerdo 1 de 2006 por no evaluación de la materia de Derecho Constitucional en el concurso público de notarios.

Síntesis del caso: Estudia la legalidad del artículo 15 del Acuerdo 1 de 2006 expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Extracto: Analizado el contenido del artículo 15 del Acuerdo 1° de 2006 expedido por el Consejo Superior para la realización del Concurso para la provisión de los cargos en propiedad de los Notarios de las distintas categorías, así como la demanda con la cual se impetra su declaración de nulidad, se observa que esta no puede prosperar por cuanto el conjunto de materias que fueron incluidas como temas a examinar en la prueba de conocimientos que todos los aspirantes deberían presentar en desarrollo del concurso respectivo, son apenas el mínimo exigible a quienes aspiren al desempeño de las funciones

notariales, materias que si bien son de orden legal necesariamente tienen como fundamento la Constitución Política, por lo que si no se incluyó como asunto específico el derecho constitucional, ello de por sí, no acarrea la nulidad de la norma acusada. Como tampoco hace suponer que de esa manera se exonera a los aspirantes del conocimiento que todos los ciudadanos han de tener así sea de manera no especializada sobre los derechos fundamentales y la organización del Estado.

SENTENCIA DE 4 JULIO DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2007-00017-00(0222-07); M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. ACCIÓN DE NULIDAD

7. La extinción de la sustitución de la asignación de retiro a hija célibe de militar por independencia económica por tener la calidad de pensionada no desconoce derechos adquiridos.

Síntesis del caso: Establecer si la demandante tiene derecho a continuar devengando la sustitución de la asignación mensual de retiro, en calidad de hija célibe, que le fue extinguida en razón a que ostenta la calidad de pensionada del Ministerio de Defensa Nacional por lo que tiene independencia económica.

Extracto: Para la Sala es claro que el derecho a percibir la sustitución pensional es un derecho adquirido y que no es por naturaleza vitalicio sino que, por regla general, está sujeto a una condición resolutoria, lo que deviene de la finalidad de la sustitución pensional, que es la de brindar una protección a las hijas de los militares, que carezcan de medios económicos para su subsistencia digna, independientemente de su estado de celibato. En el presente asunto la entidad demandada demostró que la actora cuenta con medios económicos para su subsistencia, ya que esta se encuentra devengando pensión de jubilación por haber prestado servicios civiles al ramo de la Defensa Nacional, situación que no fue controvertida por la demandante en la reposición que instauró contra el acto Administrativo demandado, dentro del presente debate se limita a demostrar su celibato, al aportar el registro civil de nacimiento donde consta su estado civil actual, situación que no ha sido discutida por la entidad demandada. En ese orden de ideas, y como quiera que la inconformidad de la actora en el recurso de alzada, es que al momento del reconocimiento de la sustitución pensional, solo se exigía acreditar su condición de hija célibe obro de buena fe cumpliendo con los requisitos exigidos, pero al ser beneficiaria de la pensión de Jubilación resulta razonable la aplicación del Decreto 1212 de 1990, que consagró como causal de extinción de la sustitución pensional de las hijas de los militares la independencia económica, lo cual, en este caso, está probada.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2013, EXP. 25000-23-25-000-2005-06794-01(1862-12),M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

8. Se declara la nulidad del acto de retiro de servicio de Auditor de guerra de la Policía Nacional por carecer de competencia al aceptar la renuncia fuera del término legal.

Síntesis del caso: Se demanda la legalidad de la Resolución No. 1412 de septiembre 21 de 2000 expedida por el Ministro de Defensa Nacional, mediante la cual se aceptó la renuncia presentada por el servidor público al cargo de Auditor de Guerra, adscrito al Departamento de Policía Tolima, a partir del 22 de septiembre de 2000 y del silencio de la Policía Nacional como resultado de la omisión en dar respuesta a la petición formulada el 3 de marzo de 2000.

Extracto: La Sala no desconoce que, en efecto, mediante escrito radicado el 5 de abril de 2000 el demandante, en su condición de Auditor Auxiliar de Guerra No. 44 adscrito al Departamento de Policía Huila había solicitado su retiro de la institución policial, prefiriendo el reconocimiento y disfrute de su pensión; sin embargo, al haber transcurrido más de 45 días sin que la administración se hubiera pronunciado respecto de ese escrito y habiéndose mantenido el demandante en servicio activo, la mencionada dimisión no surtía ya ningún efecto. Si bien es cierto, el artículo 33 del Decreto 1214 de 1990 consagra como causal de retiro del servicio el tener derecho a pensión, no fue esa la figura jurídica que aplicó el Ministro de Defensa para disponer el retiro del servicio, sino la aceptación de renuncia, decisión

que debía enmarcarse dentro de los términos previstos en el artículo 27 ídem, so pena de no surtir efectos, tal como ocurrió. Así las cosas, la Sala deberá revocar la sentencia recurrida, anular la Resolución acusada y disponer el reintegro del demandante con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones sociales a que haya lugar.

SENTENCIA DE 22 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 73001-23-31-000-2001-00199-02(0627-10), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

9. Se niega el reconocimiento de la bonificación por compensación a miembro retirado del servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional por encontrarse incluida en la asignación mensual, asignación de retiro y pensiones, según lo establecido en el artículo 39 del Decreto 058 de 1998.

Síntesis del caso: La Sala busca establecer la legalidad del Oficio No. 0147410 de noviembre 20 de 2002 expedido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se negó el reconocimiento de la bonificación por compensación a partir del 1º de enero de 1998.

Extracto: En el artículo 1º de la precitada Ley 420 de 1998 se determinó que en el evento de que la bonificación por compensación fuera incluida dentro del salario de los miembros activos, tendría el mismo comportamiento en las asignaciones de retiro y pensiones del personal retirado. Así las cosas, como en el artículo 39 del Decreto 058 de 1998 se estableció que en las asignaciones mensuales fijadas en dicho Decreto quedaba incorporada la bonificación por compensación, es evidente que la misma situación tuvo ocurrencia respecto de las asignaciones de retiro, pues así lo consagró el artículo 1º de la Ley 420 de 1998 que hizo extensivo tal beneficio a las asignaciones de retiro y pensiones de dicho personal. Si bien es cierto el artículo 40 del Decreto 058 de 1998 no derogó lo consagrado en materia de bonificación por compensación consagrado en la precitada Ley 420 de 1998, ello no implica que pueda subsistir dicha bonificación como tal y además, haciendo parte del salario de actividad o la asignación de retiro o pensión, pues se incurriría en un doble reconocimiento por el mismo concepto; además, dicha disposición no podía ser derogada, pues al haber procedido de conformidad, hubiera desaparecido del ordenamiento la extensión de tal reconocimiento a favor de los retirados con asignación de retiro o pensión.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2013, EXP. 25000-23-25-000-2003-01246-01(0815-09) M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

10. En la dosificación de la sanción en caso de faltas graves en la Policía Nacional puede aplicarse la sanción de destitución por aplicación de criterios de graduación, sin que de ello se derive la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa.

Síntesis del caso: La Sala determina si en la graduación de la sanción disciplinaria impuesta al actor dentro del proceso disciplinario adelantado en su contra por el Comandante de la Policía del Departamento del Meta se observaron las normas sustanciales previstas en el Decreto 1798 de 2000 o, por el contrario, se aplicaron normas distintas al régimen especial que en materia disciplinaria prevé la ley para el personal de la Fuerza Pública.

Extracto: La sanción de destitución, si bien en principio, está reservada para las faltas gravísimas, nada impedía que la misma pudiera ser impuesta con ocasión de la comisión de faltas graves y leves, cuando los criterios para su graduación a si lo sugirieran. Así las cosas, el Comando de la Policía departamental del Meta de acuerdo al grado de culpabilidad y la trascendencia social de las faltas cometidas por el actor, sumado a la naturaleza esencial del servicio que éste prestaba consideró como un deber el “*aplicar un ejemplar correctivo disciplinario*”. En efecto, en un análisis ponderado y detallado el Comando de la Policía del Departamento del Meta consideró que el hecho de que el demandante hubiera omitido poner a disposición de la autoridad competente las armas incautadas en el municipio de Villavicencio no sólo desconocía los deberes funcionales que le asistían en su condición de Patrullero de la Policía Nacional, sino que también afectaban la correcta y pronta administración de justicia en la medida en que con las citadas armas de fuego, días antes de su incautación, se habían perpetrado dos homicidios en el marco de

un secuestro extorsivo. De acuerdo a las consideraciones que anteceden, debe decirse que la graduación de la sanción impuesta al demandante en nada vulneró sus derechos fundamentales de defensa y al debido proceso, en primer lugar, porque la graduación de la sanción es un aspecto sustancial de la actuación disciplinaria, luego debía considerarse conforme lo dispuesto en el Decreto 1798 de 2000, tal como lo hizo el Comando de la Policía departamental del Meta y, en segundo lugar, porque con sujeción a lo preceptuado en los artículos 41 y 43 ibidem, era posible que al actor se le sancionara incluso con la destitución de sus funciones como patrullero de la Policía Nacional.

SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2011-00669-00(2596-11), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

11. Desconocimiento del derecho de opción por supresión de cargo de empleado de carrera por no otorga la oportunidad de escoger entre reincorporación o indemnización.

Síntesis del caso: Precisar si la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le concedió al demandante la oportunidad de optar por la incorporación en su nueva planta de personal o la indemnización por supresión del cargo que venía desempeñando o si, por el contrario, al omitir tal circunstancia se vulneraron sus derechos de carrera.

Extracto: El acto que retiró efectivamente del servicio al demandante, fue expedido con desconocimiento de lo previsto por el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, en otras palabras, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, le negó al demandante la posibilidad de ejercer su derecho de optar por su incorporación en la oportunidad señalada por la ley, esto es, al momento de la supresión del cargo, haciendo nugatoria la posibilidad de que previo estudio de las vacantes existentes en la nueva planta de personal, y en atención a las necesidades del servicio, continuara ejercicio de las funciones que venía desempeñando como Auxiliar de Enfermería. Bajo estos supuestos, la Sala declarará la nulidad del Oficio de 28 de diciembre de 2002, mediante el cual se le informó al actor que el empleo que venía desempeñando como Auxiliar de Enfermería había sido suprimido toda vez que, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Jericó, Antioquia, omitió indicarle al demandante, dentro de la oportunidad legal, el derecho que le asistía, según el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, a optar por la reincorporación en la nueva planta de personal o por la indemnización por supresión del empleo.

SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 05001-23-31-000-2003-01577-01(1925-12), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE . ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

SECCIÓN TERCERA

1. Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación, antes y después de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998.

Síntesis del caso: El Tribunal Administrativo de Descongestión, con sede en Bogotá, declaró administrativamente responsable a la Nación - Consejo Superior de la Judicatura, por la privación injusta de la libertad de los señores Gabriel Barrios Castelar, Antonio María Ferradanes García y Enoth Antonio Durán del Portillo. Dentro del término legal, el apoderado de la Nación - Rama Judicial interpuso recurso de apelación, y encontrándose el proceso para dictar sentencia de segunda instancia la Consejera Ponente advirtió la existencia de una nulidad saneable de conformidad con el artículo 145 del C.P.C., la cual puso en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación, la entidad solicitó la nulidad del proceso, desde el auto admisorio de la demanda, al considerar que se habían configurado las causales de los numerales 7 y 8 del artículo 140 del

Código de Procedimiento Civil. La C Ponente declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, al considerar que se configuraron las nulidades consagradas en los numerales 8 y 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. En el término legal, el Ministerio Público formuló recurso ordinario de súplica contra la citada providencia.

Extracto: “de los extractos jurisprudenciales reseñados, aparece clara la existencia de un precedente jurisprudencial aplicable al caso, toda vez que las consideraciones jurídicas expuestas tienen origen en situaciones fácticas esencialmente iguales a las del *sub judice*, por tanto, se dará aplicación al precedente y, por ende, se revocará la decisión suplicada para, en su lugar, rechazar la nulidad planteada por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación. (...) dar estricta aplicación al artículo 49 de la ley 446 de 1998, para las demandas presentadas con posterioridad a su entrada en vigencia, en los casos similares al aquí estudiado, sería desconocer las dimensiones de prontitud y eficacia en la resolución del conflicto del derecho al acceso a la administración de justicia, pues implicaría declarar la nulidad de un proceso que lleva varios años tramitándose. Aún más violatorio de los derechos del demandante es el hecho de que la irregularidad procesal no le es imputable, puesto que luego de admitida la demanda, es el Tribunal Administrativo quien se encarga de hacer la notificación al representante de la Nación para el caso, que en unos eventos fue hecha de conformidad con la norma en comento, pero en otros, se siguió realizando como se hacía antes de su entrada en vigencia, sin que ello fuera motivo de objeción alguna por la parte demandada. En consecuencia, apelando a la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia, adoptada por esta Corporación, y en aras de respetar el derecho al acceso a la administración de justicia y la seguridad jurídica, se unificará la jurisprudencia en lo que se refiere a los procesos iniciados después de la ley 446 de 1998, en los que la Nación-Fiscalía General haya sido representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, para que se les apliquen las razones expuestas en esta providencia, de tal forma, que no pueda alegarse, al menos con éxito, la nulidad por indebida representación de la demandada. El rango de aplicación de esta orden serán los procesos de estas características, que en este momento se encuentren en curso, siendo imperativo que en aquellos iniciados a partir de la ejecutoria de esta providencia, sea el Fiscal General de la Nación quien la represente, cuando el daño imputado sea atribuible a un funcionario de esa institución, lo cual supondrá la aplicación irrestricta al postulado de los artículos 149 del C.C.A. y 159 de la ley 1437 de 2011 -nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo- que en esta materia reproduce lo contenido por la modificación introducida por la ley 446 de 1998 al C.C.A., es decir, que el Fiscal General de la Nación es la autoridad encargada de representar a la Nación en los procesos que se adelanten contra ella por actuaciones imputables a la Fiscalía General.”

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia se analizó la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso o “*legitimatío ad processum*”; la legitimación en la causa; la representación judicial de la Nación y el precedente sobre la representación de la Nación por los actos de la Fiscalía General de la Nación y su aplicación en el caso concreto.

AUTO DE UNIFICACIÓN DE SALA PLENA DE LA SECCIÓN DE SEPTIEMBRE 25 DE 2013. EXP. 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420) M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

2. El Gobierno Nacional modificó la Ley 643 de 2001 en sus artículos 21 y 26 al pretender prohibir en forma escalonada las apuestas permanentes manuales mediante el artículo 1° del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, modificado por el también art. 1° del Decreto Reglamentario 4643 de 2005, y con ello incurrió en extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Síntesis del caso: *En su escrito de demanda del 21 de noviembre de 2005, el actor solicitó la declaratoria de nulidad del artículo transcrito por considerar que el gobierno nacional modificó los artículos 21 y 26 de la Ley 643 de 2001, así como el preámbulo y los artículos 13, 53 y 189, numeral 11 constitucionales. Bajo el entendido de que la reglamentación del gobierno nacional sobre las apuestas permanentes o chance únicamente en forma sistematizada como lo consagra el artículo cuestionado del decreto reglamentario “acaba, elimina o deroga la forma manual y restringe la sistematizada”.*

Extracto: “la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley configuran una extralimitación competencial del Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo anterior conlleva a que si el gobierno nacional considera que la orientación que deben tener las apuestas permanentes, con el fin de dotarlas de mayor transparencia, es la progresiva eliminación de la apuesta manual, entonces, en aplicación de su iniciativa legislativa y en respeto a la reserva de ley, debe proponer una reforma a la ley 643 como en su momento lo hizo con la Ley 1393 de 2010. (...) la potestad reglamentaria debe apenas entenderse como un complemento a lo ya establecido por el legislador en aquellos apartes en que conviene la reglamentación para dotar de mayor eficacia a la norma, y en ningún caso como una facultad derogatoria o sustitutoria que sin duda desborda el ámbito de actuación competencial del ejecutivo. En la que además no cabe, so riesgo de incurrir en una extralimitación, como efectivamente estima la Sala que ocurrió en este caso, la facultad para restringir o tornar nugatoria la autorización legal de explotación de una modalidad de operación del juego, cuando con ello además se compromete el derecho fundamental a la igualdad al promover un trato desigual no justificado por el legislador. (...) se acreditó en el plenario la ilegalidad aducida en la demanda respecto del artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, subrogado por el también art. 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 200, ambos expedidos por el Gobierno Nacional, por vulneración de la Ley 643 de 2001, por lo que se declarará nulo.”

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia se analizó el alcance de la potestad reglamentaria conferida al Gobierno Nacional y el régimen propio del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

SENTENCIA DE AGOSTO 29 DE 2013. EXP. 11001-03-26-000-2005-00076-00(32393)A. M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

* Con salvamento de voto del doctor Ramiro Pazos Guerrero

3. La facultad del juez para declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta de los contratos no es ilimitada

Síntesis del caso: El 26 de diciembre de 1997, fue celebrado el contrato de arrendamiento 0214, entre el municipio de Yopal y la Procesadora de Carnes de la Sabana Ltda., en virtud del contrato el municipio le entregó a la sociedad unas instalaciones para la prestación del servicio público de sacrificio de ganado vacuno y porcino, con el fin de abastecer a la comunidad de Yopal de esos productos pecuarios. Lo que determina realmente el tipo contractual es la función práctica y económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir, por tal razón lo que realmente se celebró fue un contrato de concesión y para su adjudicación debió agotarse el procedimiento administrativo de licitación pública para escoger al contratista, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Extracto: “la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, se debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios, ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente. Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C., norma de carácter sustancial que se hallaba vigente para la fecha en que comenzó a correr el término, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887. En el asunto sub - lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de

manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato 00214 del 26 de diciembre de 1997, pues no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., contados a partir de la fecha de su celebración, las partes intervinientes en el negocio jurídico fueron vinculadas al presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible como quedó visto.”

NOTA DE RELATORIA: Para adoptar la decisión la Sala se pronunció acerca de las clases de concesión; la prohibición de pretermisión del procedimiento de licitación para la adjudicación de los contratos por vulneración de los principios de transparencia, igualdad, publicidad, libre concurrencia, planeación y el deber de selección objetiva previsto en la ley; la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta y total del contrato para garantizar la supremacía del orden público y la protección de los efectos adversos que se puedan desprender del acto que se ha constituido en contravía de las normas constitucionales y legales; las restituciones mutuas y la indemnización de perjuicios a título de utilidad.

SENTENCIA DE SEPTIEMBRE 16 DE 2013. EXP. 85001-23-31-000-1998-00118-01(19705). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. Exclusión de los perjuicios morales para la estimación de cuantía en el Medio de Control de Reparación Directa. Aplicación del artículo 157 de la Ley 1347 de 2011 -CPACA-

Síntesis del caso: Mediante auto del 6 de diciembre de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado ordenó el cambio de radicación del conocimiento de un proceso de reparación directa llevado ante los Juzgados Administrativos Contenciosos de Arauca y remitido a los Juzgados Administrativos Contenciosos de Bogotá. El 6 de mayo de 2013, el Juez Treinta y Dos Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá presentó escrito ante el Consejo de Estado y otras Altas Instituciones, en el que manifestó el riesgo y peligro sufrido ante la designación en el conocimiento de dicho proceso, por lo que solicita hacer efectivas las medidas de protección y además la reasignación de la competencia, verificando la estimación de la cuantía de la demanda, la cual debería recaer en el Tribunal Contencioso o en su defecto en el Máximo Tribunal, esto es, en el Consejo de Estado.

Extracto: “[L]a Sala debe interpretar el artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, que se encarga de reseñar las reglas que se deben observar a fin de estimar la cuantía cuando sea este el criterio preponderante a la hora de identificar el Juez competente, (...) Según esta disposición la competencia por razón de la cuantía se determina en primer lugar i) por el valor de la multa o de los perjuicios causados. Entiéndase que en la determinación de tal monto el accionante sólo debe considerar aquellos que sean de orden material, pues los demás, cobijados dentro de la categoría de los perjuicios inmateriales, deben ser excluidos de tal raciocinio. Lo anterior, en tanto que la disposición indica: “sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales”. Para llegar a esta conclusión, la Sala precisa que la calificación que hizo el legislador, de excluir los perjuicios morales, se debe interpretar en un sentido extensivo, lo que supone no solo atenerse a lo expresado por dicho rubro en específico sino que cobija también todos aquellos perjuicios que han sido considerados como pertenecientes a la categoría de los inmateriales, pues la finalidad de tal disposición ha sido la de dar relevancia a los perjuicios materiales por ser estos un referente objetivo y preciso de fácil comprobación *prima facie*. (...) Fijado la anterior tesis, la Sala recuerda las demás reglas fijadas por el artículo 157 del CPACA para fijar la cuantía, siendo estas ii) ante la acumulación de pretensiones la cuantía se determina a partir de la mayor pretensión de todas aquellas y iii) se tendrá en cuenta el valor de las pretensiones al tiempo de presentación de la demanda, descartando la cuantificación de los pedimentos que se generarán con posterioridad a la presentación de esta, o los frutos o intereses que se soliciten. Así las cosas, en adelante se tornará innecesario acudir al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil o a norma similar del procedimiento civil, a efectos de determinar la cuantía de un asunto, dado que ya se cuenta con unas reglas expresas que se ocupan en su integridad de dicho tema dentro del procedimiento contencioso administrativo.”

Medio de Control de Reparación Directa: Vocación de doble instancia y sus reglas para determinarla

Extracto: “En lo que respecta al medio de control de reparación directa, debe decirse que la normativa procesal admite la vocación de doble instancia de esta clase de asuntos, sin excepción alguna; además, el conocimiento de este ha quedado encomendado a cada uno de los niveles en que se distribuye la jurisdicción, advirtiendo que es el factor objetivo - estimación razonada de la cuantía el criterio para precisar la competencia en cada caso, aun incluyendo aquellos que se adelanten por la responsabilidad extracontractual de las autoridades jurisdiccionales. Así, cuando la estimación arroja un monto inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, es el Juez Administrativo el competente en primera instancia para conocer del caso, mientras que el respectivo Tribunal tramitará la segunda instancia; por el contrario, cuando la estimatoria supere el mencionado rubro, corresponderá al Tribunal Administrativo y a la Sección Tercera del Consejo de Estado tramitar la primera y segunda instancia del caso, respectivamente. Para el caso que nos ocupa, observa la Sala que el demandante estimó la cuantía en una suma equivalente a 28600 SMMLV, con el siguiente razonamiento (...) Verificado lo anterior y revisado el escrito de demanda se observa que los actores pretenden el reconocimiento indemnizatorio por los perjuicios morales y materiales - en sus vertientes de lucro cesante y daño emergente-, mientras que bajo el epígrafe de “daños o perjuicios extrapatrimoniales” se solicitó el pago de determinadas sumas de dinero por “concepto de violaciones a los derechos humanos de los demandantes”, “perjuicio fisiológico o a la salud”, “daño a la vida de relación” y “perjuicio por alteración a las condiciones de existencia”. (...) De esta manera, la Sala encuentra que se debe desechar, a efectos de estimar la cuantía, los pedimentos por concepto de perjuicios inmateriales, esto es, perjuicios morales, por violación de derechos humanos, daño fisiológico, daño a la vida de relación y alteración a las condiciones, conforme a lo señalado en el artículo 157 del CPACA en consonancia con la interpretación dada por esta Sala, por lo tanto la base objetiva para determinar la cuantía del asunto está dada i) por los perjuicios materiales; en todo caso, se impone una distinción adicional, pues habida cuenta que existe una acumulación de pretensiones, ii) preciso será tomar de aquellas la de mayor monto individualmente considerada y, por último, se reitera que iii) no se pueden contabilizar los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda. Acorde con lo anterior, en el presente caso se encuentra que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a lo solicitado por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado a favor del señor José Álvaro Torres, en un monto de \$11.530.000, equivalente a 20,34 salarios mínimos mensuales legales vigentes de 2012, año de presentación de la demanda, a razón de \$566700 el SMMLV de tal año. Fijado lo anterior, se concluye que el conocimiento de este asunto corresponde, en primera instancia, al Juez Treinta y Dos Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Tercera, pues el artículo 155.6 del Código señala que “Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 6. De los reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”. En este sentido la Sala pasará a confirmar tal situación en la parte resolutive de esta providencia y, consecuentemente, se ordenará devolver las actuaciones el mencionado despacho judicial para que conozca del proceso contencioso administrativo.”

Ampliación de medidas de protección ordenadas en favor del juez de conocimiento, familiares e intervinientes en proceso de responsabilidad del Estado

Extracto: “Teniendo en cuenta que la Sala por medio del auto de 6 de diciembre de 2012 ordenó el estudio de medidas de seguridad para los demandantes, el apoderado de los demandantes y el “Juez administrativo de Bogotá o al funcionario judicial a quien por reparto corresponda avocar conocimiento del presente asunto”, (...) Así mismo, y para completar lo anterior, se dispondrá notificar personalmente esta decisión judicial, a los señores Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, a los Directores Generales de la Policía Nacional y la Unidad Nacional de Protección UNP, Procurador General de la Nación, así como al Defensor del Pueblo, a fin de que, en el marco de sus competencias adopten las medidas pertinentes para el cabal cumplimiento de las órdenes de seguridad inmediatas dispuestas para el Juez, su familia y los demás intervinientes en el proceso contencioso administrativo, como exigencias necesarias para salvaguardar la vida e integridad física de todos ellos, conforme a los postulados convencionales y constitucionales del acceso material a la administración de justicia, en conjunción con el derecho a la vida e integridad física (en aplicación de los artículos 1.1, 2, 5.2, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 229 de la Constitución Política).(...) En este orden de ideas, se ordenará al Consejo Superior de la Judicatura adoptar de manera inmediata todas las medidas necesarias,

en el ámbito de su competencia, a fin de coordinar, con las entidades correspondientes, y garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad ordenadas a favor del Juez Treinta y Dos (32) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá - Sección Tercera y su familia. (...) pues, debe recordarse el deber convencional y constitucional de garantizar el acceso a la administración de justicia y la independencia judicial, derechos y garantías institucionales, respectivamente, que no se satisfacen con la conformación de un determinado diseño orgánico o institucional o con la consagración de procedimientos y recursos judiciales, sino que también, visto desde un aspecto dinámico, debe considerarse la adscripción de deberes negativos (de abstención o no injerencia) y especialmente positivos (normativos de acción) del Poder Ejecutivo para preservar a lo largo del tiempo la vigencia de esta garantía basilar de todo Estado que pretenda ser calificado como Social y Democrático de Derecho. (...) En suma, la decisión de la Sala se aviene con las circunstancias fácticas singulares del caso en cuestión, lo manifestado por el Juez Treinta y Dos Administrativo Oral del Circuito de Bogotá Sección Tercera, sobre sus fundados temores a su vida e integridad física, y las garantías normativas que se deben observar de manera oficiosa por parte del Estado, en este caso, por parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en razón a la exigencia de garantizar en el ámbito estático y dinámico, institucional e individual, los derechos y garantías constitucionales y convencionales del acceso material a la administración de justicia así como la independencia judicial”.

AUTO DE SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL 17 DE OCTUBRE DE 2013. EXP. 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

NOTA DE RELATORIA: Decisión adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ausencia de los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth

5. La existencia de una decisión de preclusión de la investigación, no resulta demostrativa por si sola de la privación de la libertad. Justicia Regional - Régimen Penal Decreto 2700 de 1991.

Síntesis del caso: El señor Guillermo Rodríguez Rodríguez fue vinculado a dos investigaciones penales por la Justicia Regional como presunto integrante de la banda delincuencia “Los Bogotanos”, afirmando que fue privado de la libertad mientras se resolvía su situación jurídica. En el caso de la segunda investigación, ésta fue precluida por la Fiscalía Local al considerar que éste “no participó en el hecho delictivo investigado”.

Extracto: “[L]a jurisprudencia de la Sección Tercera ha considerado que el Estado debe responder por los perjuicios que se lleguen a causar con la privación de la libertad en todos aquellos casos en los cuales se absuelve al procesado, independientemente de que se trate de una de las causales previstas en el ya derogado Decreto 2700 de 1991, o de cualquier otra causa, siempre y cuando la detención no haya sido causada por dolo o culpa grave del afectado. (...) [En] el caso concreto. (...) Encuentra la Sala que, de conformidad con la única probanza obrante en el proceso, Resolución de 5 de mayo de 1999, en dicho documento se hace referencia a que el señor GUILLERMO RODRIGUEZ RODRIGUEZ ya había sido vinculado a otra investigación penal por su presunta participación en la banda delincuencia “Los Bogotanos” indagación en la cual fue privado de su libertad pero finalmente fue absuelto de toda responsabilidad, comoquiera que se pudo establecer que el demandante era “ajeno a los hechos investigados y el día de los hechos hizo presencia en forma coincidencial”. (...) Ahora bien, dado que en las pretensiones de la demanda hoy estudiada, no se cuestiona lo acontecido en ese primer proceso penal, ningún pronunciamiento le corresponde realizar a la Sala sobre ese aspecto y, en consecuencia, es del caso analizar únicamente la existencia del daño alegado por el señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ - y su eventual imputación a la demandada- con ocasión de la segunda y diferente investigación penal adelantada en su contra, (...) No obstante los señalamientos realizados por el denunciante en contra de RODRIGUEZ RODRIGUEZ, una vez revisadas las pruebas, la Fiscalía Local 137 declaró la preclusión de la investigación a su favor al considerar que la justicia penal ya había esclarecido que él no pertenecía a la banda criminal señalada, y que la identificación y señalamiento en su contra realizada por el denunciante era errónea y se encontraba motivada por el impacto emocional que le causó el delito sufrido. (...) la Sala encuentra que la providencia apelada deberá ser confirmada, por cuanto no existen pruebas que permitan tener por demostrado que el señor GUILLERMO RODRIGUEZ hubiera sido -efectivamente- privado de su libertad. Y

es que analizado el contenido de la Resolución de preclusión, si bien puede concluirse la vinculación de RODRIGUEZ RODRIGUEZ a un segundo proceso penal -y que fue citado a indagatoria por ello- no obra en el expediente ninguna prueba que señale que hubiese sido capturado por razón de esta investigación. (...) Al respecto debe destacarse que el Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal aplicable a la época de los hechos, establecía la posibilidad de resolver situación jurídica tanto para las personas privadas de la libertad como para las que no hubiesen sido objeto de captura. (...) En consecuencia, la existencia de una decisión de preclusión de la investigación, no resulta demostrativa por sí sola de la privación de la libertad que se alega, por cuanto dicha providencia también puede proferirse en caso de imputados no capturados. Por tanto, al no haber allegado la parte actora ninguna prueba que demuestre la detención del señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ, siendo de su cargo hacerlo, no resulta posible acceder a la declaratoria de responsabilidad alegada en la demanda.”

SENTENCIA DEL 12 DE JUNIO DE 2013. EXP. 25000-23-26-000-2001-01159-01(28261). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

NOTA DE RELATORIA: Decisión adoptada por la Sub-Sección A de la Sección Tercera, con aclaración de voto del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

6. Se condenó al Municipio de Pupiales Nariño, por expedir licencia de construcción viciada, para estación de venta de hidrocarburos, lo que generó su nulidad por juez contencioso, causando perjuicios al beneficiario del acto administrativo quien perdió la oportunidad de ponerla en funcionamiento y explotarla como lo había proyectado.

Síntesis del caso: El Alcalde Municipal de Pupiales Nariño, expidió la Resolución 001 de 25 de junio de 1996, mediante la cual concedió licencia de construcción para el Proyecto de la Estación Terpel de Servicios San Francisco, acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo mediante sentencia de 24 de abril de 1997 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño y confirmada por el Consejo de Estado, por considerar que la entidad estatal en el trámite administrativo no dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 30 de la Resolución 8-2588 de 1994 privando a terceros del derecho de oposición a la concesión del permiso, situación que conllevó a los afectados a interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se declaró viciada la licencia expedida. La anulación judicial del citado acto administrativo que beneficiaba al constructor, generó la pérdida de oportunidad de obtener la explotación y funcionamiento de la estación de hidrocarburos proyectada, perjuicios que reclamó a través de la acción de reparación directa, en la que se declaró administrativamente responsable al municipio y se le condenó al pago de perjuicios materiales.

Extracto: “La anulación de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 por causa de una irregularidad en el procedimiento administrativo, exclusivamente imputable al municipio de Pupiales, no podría haber producido los efectos que le quiere dar el señor Luis Antonio Pantoja Ceballos, demandante en este proceso. Ciertamente, si se tiene en cuenta que la licencia de construcción anulada no le permitía construir y mucho menos operar la estación de servicio que proyectó, mal podría considerarse que la suspensión provisional del mencionado acto administrativo o su anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pudiera haberle hecho perder una inversión que no tenía derecho a realizar -daño emergente- o dejar de percibir un ingreso por su eventual e hipotética operación -lucro cesante-. Sin embargo, resulta pertinente señalar que en el presente caso concreto si bien el demandante no sufrió un daño antijurídico configurado a partir de la imposibilidad de explotar la Estación de Servicio cuya construcción había comenzado a ejecutar, no es menos cierto que sí sufrió un daño antijurídico por la imposibilidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre hubieren podido terminar con la aprobación de los planos y la posterior obtención de una licencia de funcionamiento para operar la Estación de Servicio en cuestión, imposibilidad que se derivó de la suspensión provisional y subsecuente anulación judicial de la licencia de construcción que le otorgó el municipio de Pupiales” (...) el señor Luis Antonio Pantoja perdió la oportunidad de continuar con los procedimientos administrativos que eventualmente le hubieren permitido poner en funcionamiento la Estación de Servicio cuya explotación

económica tenía proyectada; frente a lo anterior resulta irrelevante el hecho de que con posterioridad a la anulación del acto administrativo en cuestión el demandante hubiere podido realizar los trámites subsecuentes para la obtención de la licencia de funcionamiento de la Estación de Servicio, puesto que el daño antijurídico que se configuró en el *sub lite* obedece a la pérdida de oportunidad de continuar con el trámite administrativo que a pesar de haber sido iniciado oportunamente, su normal y esperado desarrollo se vio truncado por una falla del servicio en el procedimiento administrativo inicial imputable de manera exclusiva a la entidad demandada.

SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2013, EXP. 52001-23-31-000-1999-00959-01(26437) M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

7. El Ministerio de Defensa Nacional Ejército fue condenado por las lesiones personales, muerte y daño en bienes muebles e inmuebles, ocasionados en ataque guerrillero por el abandono de fuerza pública que protegiera a la población de Guayabetal Cundinamarca.

Síntesis del caso: Los días 15 y 16 de enero de 2000 durante un enfrentamiento armado entre miembros del Ejército y la guerrilla de Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, que tuvo lugar en la carretera antigua que conduce de la Vereda Mesa Grande a Guayabetal en el Departamento de Cundinamarca, resultaron heridos y muertos por balas perdidas y explosión de granadas varios miembros de la población civil, obligados a desplazarse a la ciudad de Bogotá y pagar arriendos por las continuas amenazas y destrucción total de sus bienes muebles, enseres y viviendas.

Extracto: “En el caso sub lite, las lesiones sufridas por Hugo Alfonso Méndez, Luís Evelio Castellanos y Luís Ricardo Augusto Torres; las muertes de Jesús Antonio Galvis, Luís Alfredo Quevedo y Alberto Parra; y el detrimento patrimonial sufrido por Cenón Lisandro González y María Consolación Carrillo, originadas como consecuencia de la incursión guerrillera sufrida en el municipio de Guayabetal, Cundinamarca, los días 15 y 16 de enero de 2000, que se comprobó iba dirigida contra agentes representativos del Estado, es suficiente para acreditar el daño antijurídico del cual se derivan los perjuicios cuya reparación solicitan las víctimas y sus familiares”. (...) El acervo probatorio permite concluir que los daños son imputables a la entidad demandada por cuanto “en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado”.

SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 25000-23-26-000-2000-01284-01(28393) M.P. OLGA VALLE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

*** Con aclaraciones de voto del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Dr. Enrique Gil Botero**

8. Por marchas cocaleras se condenó al Ejército al resultar lesionado campesino con arma de fuego, perjuicio derivado de las medidas dirigidas por los uniformados a detenerlas y disuadir a los manifestantes de avanzar.

Síntesis del caso: Los días 22 y 23 de agosto de 1996 en el Municipio de Santuario Caquetá, se realizaron marchas campesinas por las políticas del Gobierno Nacional de erradicación de cultivos considerados ilícitos, pero debido a que miembros del Ejército impidieron el paso de quienes se dirigían a Florencia, se generó enfrentamiento entre la fuerza pública y la población civil, resultando lesionado campesino por disparos propinados por uniformados.

Extracto: “Mediante el Decreto n.º 871 de 1996, el Gobierno Nacional dispuso delimitar como zona especial de orden público la totalidad de los municipios que pertenecen a los departamentos del Guaviare, Vaupés, Meta, Vichada y Caquetá e implementar un plan ofensivo para la erradicación de cultivos ilícitos. A la vez que el gobierno del Caquetá dispuso -a través del Decreto n.º 0841 de 1996- que mientras se encontrara vigente la conmoción, quedaban prohibidas las marchas campesinas. De conformidad con las pruebas que reposan en el plenario, en desarrollo de las movilizaciones y ante las medidas policivas y militares tomadas por la Fuerza Pública, con miras a mantener el orden público, algunas personas resultaron heridas en el marco del enfrentamiento, debido a que las autoridades resolvieron impedir que se continuara con el desarrollo de la protesta generalizada. Y se conoce que entre los lesionados estaba el señor José Luis García Díaz, quien, a consecuencia de la lesión sufrida en el hemitorax derecho, perdió el 45% de su capacidad laboral. (...) si bien la actuación de las autoridades fue legítima, la integridad física y psicológica del señor José Luis García Díaz sufrió un menoscabo, derivado precisamente de las medidas dirigidas a detener las marchas y disuadir a los manifestantes de avanzar, lo que permite establecer la responsabilidad de la administración, como quiera que, sin perjuicio de que el resultado perseguido se logró, el antes nombrado tendrá que ser indemnizado para restablecer su derecho a la igualdad.

SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2013, EXP. 18001-23-31-000-1998-00173-01(24583) M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

* Con Aclaración de Voto del Dr. Danilo Rojas Betancourth

SECCIÓN CUARTA

1. a. Se reitera que el auto aprobatorio de la diligencia de remate dictado en el proceso de cobro administrativo coactivo es susceptible de control judicial mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los autos aprobatorios del remates de unos bienes y de la resolución que los confirmó, actos dictados dentro del proceso de cobro administrativo coactivo adelantado por la administración de impuestos de Bogotá contra Daniel Rodríguez Gacha. La Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la nulidad de tales actos, por cuanto concluyó que no operó la prescripción de la acción de cobro, toda vez que la obligación ejecutada se extinguió con ocasión del remate de los bienes embargados, que se verificó dentro del término de 5 años que tenía la administración para adelantar el cobro. Agregó que el pago de la obligación no se podía entender efectuado en la fecha en que se dictaron los autos aprobatorios del remate, como lo pretendía el demandante, dado que esa providencia se dicta cuando el rematante ha pagado el precio oportunamente.

Extracto: “La Sala parte de señalar que si bien el artículo 835 del E.T. establece que en el proceso de cobro administrativo coactivo solo son demandables las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, y que según el artículo 833-1, ibídem, las actuaciones administrativas realizadas en el marco de este procedimiento son de trámite y que contra ellas no procede recurso alguno, según el precedente judicial que se reitera (sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 17426), el auto de aprobación de la diligencia de remate es pasible de control judicial mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior en razón a que, según lo sostuvo la Sala en la sentencia referida, el control jurisdiccional se amplía a actuaciones que, sin ser de las señaladas en el artículo 835 del E.T., pueden constituir decisiones diferentes a la simple ejecución de la obligación tributaria, porque crean una obligación distinta. Que así, a falta de norma especial en el ordenamiento tributario para dar trámite a las actuaciones administrativas posteriores a las resoluciones que deciden las excepciones, como las relativas al embargo, secuestro y remate de bienes y las de aprobación y cumplimiento, son aplicables las de Código de Procedimiento Civil. Que, de esa forma, como el auto de

aprobación de la diligencia de remate del que trata el artículo 530 del C.P.C. es susceptible del recurso de apelación, puede dar lugar a controversias ante la administración y, por ende, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

b. Cuando el producto del remate cubre el valor de la obligación ejecutada ésta se extingue desde la fecha de la diligencia, si la misma concluye con la adjudicación de los bienes y el rematante paga el precio. Por ende, el pago no se puede entender efectuado en la fecha del auto aprobatorio del remate, toda vez que, según el art. 530 del C.P.C., esa providencia se debe dictar cuando el rematante ha pagado oportunamente el precio.

Extracto: “La Sala ha señalado que de la lectura de los artículos 817 y 818 del E.T. se desprende que la obligación de la Administración no solo es iniciar la acción de cobro coactivo dentro de los 5 años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la obligación, sino que, una vez iniciada, debe culminarla en ese término, so pena de que los actos que expida después de expirado el término queden viciados por falta de competencia temporal. Para estos efectos, advirtió que detrás del término de prescripción de la acción de cobro coactivo hay poderosas razones de seguridad jurídica tanto para la Administración como para los contribuyentes. Para la Administración, porque debe existir siempre un momento definitivo en el que se consoliden los actos administrativos que expide en el procedimiento de cobro coactivo. Y, para los contribuyentes, porque la acción de cobro no puede extenderse indefinidamente en el tiempo. Del mismo modo, la Sala ha establecido que la Administración debe llegar al proceso de cobro coactivo para obtener en forma forzada el pago de las obligaciones que voluntariamente no ha realizado el deudor. Que así, el remate de los bienes no tiene finalidad distinta que obtener dicho pago, hasta concurrencia del valor adeudado. Que, por tanto, efectuado el remate, su producto extingue la obligación, si éste cubre su valor, desde la fecha de la diligencia si concluye con la adjudicación de los bienes y el rematante paga el precio. Que, en ese sentido, no puede entenderse realizado el pago en la fecha de aprobación de la diligencia de remate por cuanto, según el artículo 530 del C.P.C., esta providencia debe dictarse cuando el rematante ha pagado oportunamente el precio. Por lo expuesto, no le asiste la razón al demandante cuando afirma que al 24 de diciembre de 2008, fecha en la que se expidieron los autos aprobatorios de remate, había operado la prescripción de la acción de cobro, pues a ese momento, la obligación se había extinguido como consecuencia del remate de los bienes embargados que tuvo lugar los días 6, 12, 13, 19 y 20 de agosto de 2008, es decir, dentro del término de 5 años con el que contaba la Administración para adelantar las gestiones de cobro, que como se recordará, vencía el 14 de octubre de 2008”.

SENTENCIA DE 28 DE AGOSTO DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2009-00138-01(18567) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

* Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 3 de mayo de 2002. Expediente 25000-23-27-000-1999-0972-01 (12386) C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

2. Los alimentos retirados del inventario por deterioro o vencimiento son expensas necesarias deducibles para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, así no se destruyan sino que se reprocesen y se comercialicen.

Síntesis del caso: Alimentos Cárnicos S.A demandó los actos administrativos por los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que presentó por el año 2003, en cuanto rechazó como expensas deducibles las pérdidas en los inventarios por mercancías devueltas o dañadas que registró, en la medida en que no probó la efectiva destrucción de estas. La Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que anuló los actos acusados, para lo cual reiteró que se puede admitir el valor de los activos movibles retirados por vencimiento o destrucción como “expensa necesaria” deducible, siempre que se demuestren, en cada caso, los requisitos previstos para el efecto por el art. 107 del E.T. No obstante, agregó que para aceptar la deducción, que procede frente a cualquier tipo de inventarios, no se requiere que estos se destruyan, sino que es viable que el contribuyente los reprocese y los comercialice, toda vez que el efecto económico de destruir la mercancía que ya no es apta para el consumo humano es similar al que ocurre si tal mercancía se procesa para convertirla en otro producto. Ello, dado que, bien sea que se destruya físicamente o que se reprocese, la expensa equivale al valor

comercial de la mercancía destruida o reprocesada, aunque en el caso de que la mercancía devuelta se transforma y se comercializa, se genera un ingreso gravado, que fue lo que ocurrió en el caso concreto.

Extracto: “[...] de acuerdo con el criterio expuesto es claro que si bien se puede admitir el valor de los activos movibles que fueron retirados por vencimiento o destrucción como “expensa necesaria” deducible, se debe demostrar, en cada caso, que el hecho ocurrió en el respectivo año gravable, que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta y que es necesario y proporcionado a esa actividad. La anterior posición jurídica fue reiterada en la sentencia de 19 de julio de 2007 (Exp. 15099, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié) para reconocer, como deducción solicitada por la actora, la destrucción de inventarios, específicamente **medicamentos**, soportadas con actas de baja, suscritas por funcionarios competentes y avaladas por el revisor fiscal de la sociedad. Del igual modo, la Sala ha aceptado que la deducción o el gasto procede para todo tipo de inventarios. No solo para los casos de medicamentos. Que lo relevante es que se pruebe en cada caso concreto que los bienes no se pueden comercializar por que deben ser destruidos, desechados o cualquier otra razón probada que impida su comercialización. En el caso concreto, es un hecho no discutido que a la demandante le devolvieron mercancía dañada o por vencer. Tampoco se discute que esa mercancía no fue destruida, sino que fue reutilizada como materia prima para ser procesada y convertida en productos para consumo animal porque ya no era apta para el consumo humano. La oposición de la DIAN se fundamentó, concretamente, en aspectos de puro derecho, como fue la aplicación al caso concreto del artículo 107 E.T. Y, aunque en el recurso de apelación aludió a los aspectos fácticos que se tuvieron en cuenta en la sentencia del 25 de septiembre de 2006, que expidió esta Corporación, la Sala reitera que si bien esa sentencia aludió a la destrucción de medicamentos, en sentencias posteriores ya ha admitido la deducción por destrucción de otro tipo de bienes. Pero es cierto que en ninguna de esas sentencias se ha analizado una situación fáctica como la presentada en este caso. Pero, independientemente de eso, lo cierto es que la interpretación sobre los artículos 62, 64 y 107 E.T. es la misma. Corresponde definir, solamente, si es presupuesto sine quanon que el contribuyente destruya los inventarios para tener derecho a declarar como gasto la expensa. La Sala considera que no es necesario que los destruya si puede reprocesarlos y comercializarlos, porque el efecto económico de destruir la mercancía, que ya no es apta para el consumo humano, es similar al efecto económico que ocurre si tal mercancía se procesa para convertirla en otro producto. Es similar porque sea que se destruya físicamente la mercancía o se reprocese, la expensa equivale al valor comercial de la mercancía destruida o reprocesada. Sin embargo, en el caso de que la mercancía devuelta se transforme y se comercializa, se genera un ingreso gravado, que fue lo que ocurrió en el caso concreto [...] De manera que, la comercialización del producto reprocesado no constituye un argumento suficiente para desconocer la deducción de la expensa en discusión. Por el contrario, los registros contables de la operación demuestran que el ingreso recibido por la venta del producto elaborado con las mermas del inventario fue ostensiblemente inferior al gasto que representaba dichos bienes. [...] En consecuencia, la Sala considera que las razones alegadas por la parte actora para justificar la disminución en los inventarios son suficientes para aceptar el gasto deducible en cuantía de \$727.766.358 llevado a la declaración del impuesto sobre la renta del año 2003 por concepto de *mercancía dañada y vencida* (renglón 74). Por tanto, como la merma en el inventario obedeció la práctica comercial cuya realidad no se cuestiona, es claro que resulta necesario, según lo exige el artículo 107 del E.T. De igual modo, tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta en tanto que es un gasto en el que la compañía incurre ordinariamente por su actividad económica y, es proporcionado con el ingreso, que para año gravable 2003 fue de \$110.180.807.000”.

SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2008-00231-01(18494) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. Corresponde al ISS y no al deudor de los aportes a la seguridad social practicar la retención en la fuente sobre los pagos por honorarios efectuados a los abogados externos contratados por la entidad para cobrar los aportes que se le adeudan, pues aunque el pago se hace con el recaudo de tales acreencias, solo es al momento en que el ISS fracciona y entrega los títulos judiciales por los honorarios pactados que los contratistas perciben el ingreso generador del tributo.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los que la DIAN modificó la declaración de retención en la fuente de junio de 2006 que presentó el ISS, en el sentido de adicionar las retenciones practicadas e imponer sanción por inexactitud. Lo anterior, en razón de que sostuvo que el ISS pagó honorarios a los encargados del cobro de la cartera morosa cuando ordenó al Banco aplicar los depósitos judiciales a nombre de los abogados externos, oportunidad en la que “debió descontar el porcentaje de retención sobre la suma pagada e incluir esos valores en la declaración de retención en la fuente”. La Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda, dado que concluyó que el ISS estaba obligado a practicar, declarar y pagar la retención sobre los pagos de honorarios que efectuó al fraccionar y aplicar los títulos judiciales constituidos a su favor con los dineros recaudados por la actividad de cobro y recuperación de cartera morosa adelantada por los abogados externos que contrató para el efecto. Agregó que se debía mantener la sanción por inexactitud, por cuanto no existía diferencia de criterios, sino que el ISS confundió la contraprestación debida al contratista por el servicio prestado con la obligación legal del deudor, quien por ley debe pagar los gastos de cobranza, lo que no justificaba la omisión que dio lugar a la sanción.*

Extracto: “En los términos de los contratos de prestación de servicios que celebró el ISS para recuperar los aportes de salud y pensión que le adeudaban, se advierte que, si bien expresamente dicen que los honorarios los pagará el deudor, lo cierto es que, en la realidad el deudor paga al Instituto, se repite, el capital, los intereses y los gastos que se le exigen en la liquidación de la deuda que el mismo ISS certifica. De lo anterior, se infiere que en ese acto el deudor paga al ISS la obligación principal y los intereses correspondientes y reembolsa el valor de los gastos en que incurrió la entidad para hacer efectiva la deuda. Cabe señalar que en el momento en que el deudor consigna el dinero a favor del ISS para pagar la deuda liquidada, que es el momento en que el Instituto recauda el valor de las obligaciones adeudadas, no se produce para el contratista, presunto beneficiario “del pago o abono en cuenta”, ingreso alguno, pues, él no recibe efectivamente la prestación que se le debe. Los contratistas, que para el caso son los contribuyentes del impuesto sobre la renta, perciben el ingreso generador del tributo sólo hasta el momento en que el funcionario ejecutor autoriza el fraccionamiento y entrega los títulos judiciales y ordena que sean aplicados a los distintos conceptos como los indicados antes en el cuadro, esto es, bonos pensionales, autoliquidaciones, fraccionamientos, honorarios abogados externos y otros. Tratándose de una obligación de dar, el deudor efectivamente paga en el momento en que entrega lo que se obligó a dar. En virtud de los contratos suscritos por el demandante, la contraprestación que los contratistas reciben por su labor de cobro, es el porcentaje pactado sobre los valores efectivamente recuperados. En consecuencia, en el presente asunto, el pago de los honorarios a los contratistas se verifica en el momento en que el funcionario ejecutor del ISS, quien ha tenido la administración y custodia de los títulos judiciales, autoriza la segregación de éstos y ordena la aplicación a los distintos conceptos, entre éstos, a los honorarios de los abogados externos. En otras palabras, efectúa realmente el pago de los honorarios al distribuir y entregar los títulos judiciales a los beneficiarios, títulos cuyo valor es equivalente a la tarifa pactada como VALOR de la contraprestación por el servicio prestado, que no es otra que el porcentaje acordado sobre las sumas efectivamente recuperadas. Dado que los pagos por concepto de honorarios son conceptos sujetos a retención en la fuente a título de renta, el ISS al fraccionar y entregar a los contratistas los títulos judiciales equivalentes al valor de los honorarios pactados, entregó lo debido, es decir, efectuó el pago y, él como agente retenedor que intervino en el acto u operación estaba obligado a practicar la retención en la fuente, pues es el sujeto obligado ante el Fisco, así, debió detraer la suma correspondiente al impuesto a cargo de los beneficiarios de dichos pagos”.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2010-00164-01 (19150) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

* Reiteración jurisprudencial de las sentencias de 4 y 25 de abril de 2013. Exp. 25000-23-27-000-2010-00266-01 (18955) y 25000-23-27-000-2010-00187-01 (19023) M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

4. Los predios “urbanizados no construidos y urbanizables no urbanizados” y el valor de su impuesto predial constituyen parámetros válidos para identificar “usuarios potenciales” del servicio de

alumbrado público y para cuantificar el cobro del impuesto por ese servicio, por lo que es legal que en el municipio de Girardot se tenga a los propietarios y poseedores de esos predios como sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, así como que la base gravable del mismo respecto de dichos sujetos sea el valor del impuesto predial.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los Acuerdos 010 de 2005 y 015 de 2007, por los que el Concejo Municipal de Girardot reguló el impuesto de alumbrado público en su jurisdicción. La Sala revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que anuló apartes de los arts. 1 y 2 del Acuerdo 010 de 2005 y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, por cuanto concluyó que al expedir los actos acusados el Concejo de Girardot no excedió las facultades constitucionales conferidas a los municipios en materia tributaria.

Extracto: “[...] la Sala advierte que en el sub examine, los predios «urbanizados no construidos y urbanizables no urbanizados» constituyen un **punto de referencia** para identificar «usuarios potenciales» del servicio de alumbrado público en la jurisdicción del municipio de Girardot, pero que por no tener servicio de energía eléctrica quedarían por fuera de su deber de contribuir con el financiamiento de este servicio en jurisdicción del municipio demandado, a pesar de que pueden beneficiarse de él y sin que exista justificación para que queden excluidos del tributo, como lo señalaron el ente municipal y el tercero interviniente; por lo tanto, se ajusta a derecho que el acuerdo demandado imponga impuesto de alumbrado público a los propietarios de dichos predios, razón por la cual se revocará en este aspecto la sentencia del Tribunal. Los anteriores argumentos son igualmente aplicables para el aparte del artículo 1º del Acuerdo 010 de 2005 que también fue anulado por el *a quo*, porque hace referencia a los propietarios de «predios no incorporados, como suscriptores de energía eléctrica en el Municipio de Girardot, (...)», en tanto, constituyen otra ampliación para la determinación de sujetos pasivos del tributo porque los propietarios de dichos predios no reciben el servicio de energía eléctrica, pero en todo caso tienen la condición de «usuarios potenciales» [...] Lo que cuestiona el demandante es que el municipio estableció una base gravable ajena a la prestación del servicio de alumbrado público, al disponer que para los poseedores o propietarios de predios urbanizados no construidos y urbanizables no urbanizados sea el valor del **impuesto predial**. La Sala considera que se puede tomar como *referente* o parámetro para el cobro del tributo el valor del impuesto predial de predios no incorporados como suscriptores de energía eléctrica, urbanizados no construidos y urbanizables no urbanizados, por cuanto está relacionado con el hecho imponible del gravamen, si se tiene en cuenta que, como se explicó, (i) dichos predios son un referente idóneo para identificar a los «usuarios potenciales» del servicio de alumbrado público y (ii) para efectos de la determinación de la base gravable del tributo y ante la imposibilidad de tener un elemento que permita su identificación como sujeto pasivo en este sector, el impuesto predial simplemente actúa como un hecho revelador de su condición de beneficiario potencial del servicio de alumbrado público y parámetro para la cuantificación del tributo”.

SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2009-00053-01(19383) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. ACCIÓN DE NULIDAD

5. Se reitera que el garante carece de legitimación para demandar directamente los actos de determinación del impuesto, dado que no es el titular de la obligación sustancial de pago del tributo, a la par que su responsabilidad solo nace a partir de la resolución sanción por devolución improcedente.

Síntesis del caso: Así lo señaló la Sala al confirmar el auto de 13 de septiembre de 2012, por el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda que Seguros Generales Suramericana S.A. instauró contra los actos administrativos por los que la DIAN liquidó oficialmente, a cargo de Divipacas S.A., el IVA del 6º bimestre de 2008. Dijo la Sala que aunque dichos actos fueron el fundamento para dictar los actos sancionatorios por devolución improcedente, tal circunstancia no facultaba a la aseguradora para que los demandara directamente y reemplazara a la contribuyente, en la medida en que el garante no es responsable

directo del pago del gravamen ni puede disponer del derecho en litigio, de modo que solo puede intervenir en el proceso judicial contra los actos de determinación como tercero para coadyuvar las pretensiones de la demanda, pero no como demandante principal.

Extracto: “A primera vista se observa que en el *sub examine* es la sociedad DIVIPACAS S.A. quien tiene interés directo para demandar los actos administrativos que modificaron la declaración privada del impuesto sobre las ventas por el 6° bimestre de 2008, puesto que en cabeza del contribuyente radica la obligación sustancial del pago del tributo a la administración de impuestos. Así pues, DIVIPACAS S.A. es la titular de la relación jurídica sustancial que pretende debatirse en este proceso, dado que, como se indicó, es la responsable directa del pago del tributo y es la legitimada para demandar ante esta jurisdicción los actos que liquidaron oficialmente el IVA, también para exponer los argumentos que pretenda hacer valer para provocar la nulidad de esas decisiones y el restablecimiento del derecho. Se observa además que SURAMERICANA no intervino, ni directa ni indirectamente, en la actuación administrativa que provocó la expedición de las resoluciones demandadas. En efecto, se precisa que si bien es cierto que, como lo indica en el recurso de apelación, los actos liquidatorios son el fundamento para dictar los sancionatorios por devolución improcedente, esa circunstancia por si sola no permite que pueda actuar en forma principal como demandante y reemplazar a la directamente afectada -DIVIPACAS S.A. De lo anterior se concluye que la legitimación en la causa por activa la tiene DIVIPACAS S.A., por lo que era necesario que fuera esa sociedad la que, en forma directa, demandara las Resoluciones 322412010000168 de 30 de noviembre de 2010 y 900252 del 15 de diciembre de 2011. SURAMERICANA, en su condición de garante, podría intervenir como tercero para apoyar las pretensiones de la demanda, pero no, se repite, como demandante principal porque no podía disponer del derecho en litigio. Es importante señalar que es diferente cuando los actos que se demandan son los que imponen al contribuyente sanción por devolución improcedente, puesto que si la solicitud de devolución se acompañó la garantía a favor de la Nación, es procedente aceptar que la garante interponga directamente la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pues en esos casos la entidad que expide la correspondiente póliza de cumplimiento deberá garantizar el eventual reintegro al fisco de las sumas cuya devolución no sea procedente. Así que la resolución que declara la improcedencia de la devolución es la que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de su obligación”.

AUTO DE 28 DE AGOSTO DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2012-00460-01(19880) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*** Reiteración jurisprudencial del auto de 1° de agosto de 2013. Expediente 25000-23-27-000-2012-00307-01 (19665) M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.**

6. En el caso de devoluciones con garantía el acto que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de la obligación a su cargo es la resolución que declara improcedente la devolución y ordena el reintegro.

Síntesis del caso: Así lo señaló la Sala al revocar el auto de 24 de mayo de 2012, por el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó, por falta de agotamiento de la vía gubernativa, la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, en su condición de garante, instauró Seguros del Estado S.A. contra los actos administrativos por los que la DIAN sancionó a Comercializadora Multimetales del Valle S.A.S. por devolución improcedente. La Sala advirtió que, en contra de lo que certificó la DIAN, la aseguradora sí interpuso el recurso de reconsideración contra la resolución sanción, razón por la que ordenó al Tribunal que proveyera sobre la admisión de la demanda.

Extracto: “[...] la Sala recuerda que en el caso de devoluciones con garantía, el acto que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de la obligación a su cargo es la resolución que declara la improcedencia de la devolución y ordena el reintegro. En este caso la Resolución No. 322412011000272 de 2 de junio de 2011, por la cual la DIAN sancionó a la Comercializadora Multimetales del Valle S.A.S., indicó que contra la misma procedía el recurso de reconsideración, en los dos (2) meses siguientes a su notificación en debida forma, y ordenó notificar a la Comercializadora y al garante SEGUROS DEL ESTADO S.A. La citada resolución se notificó por correo el 8 de junio de 2011 y por aviso en el diario La República el 21 de junio del mismo año. Debe advertirse que si bien obra certificación de ejecutoria del acto por no

interposición de recursos en vía gubernativa respecto de la compañía de seguros, ésta si interpuso el recurso de reconsideración según lo certificado por la misma entidad demandada en los oficios 100208223-523 del 9 de septiembre de 2011 y 100208223-726 del 12 de diciembre de 2011 que incluyeron como referencia “*su escrito de recurso como garante y/o deudor solidario presentado a nombre de la COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A. presentado contra la Resolución Sanción No. 322412011000272 del 2 de junio de 2011, IVA sexto bimestre del año gravable 2008.*”, aunado a la copia del recurso de reconsideración dirigido al Jefe de la División de Gestión de Liquidación Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, que tiene adherido el sticker de radicación [...]. En consecuencia, las razones invocadas por el *a quo* para rechazar la demanda han sido desvirtuadas y, por lo tanto, se revocará el auto recurrido y se ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca estudiar los demás requisitos para la admisión de la demanda”.

AUTO DE 1° DE AGOSTO DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2012-00307-01 (19665) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ (E). ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7. En el Distrito Capital, la exigibilidad del pago del impuesto a la publicidad exterior visual no sólo está sujeta a la notificación del acto de la autoridad ambiental que otorga el registro de la valla, sino también a la realización del hecho que da origen a la obligación tributaria, esto es, a la permanencia de la valla desde su instalación hasta su retiro.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de apartes del Concepto 1112 del 26 de septiembre de 2005, así como del parágrafo del artículo décimo sexto de las Resoluciones 203 de 2005, 530 de 2006, 328 de 2007, 386 de 2008 y 478 de 2009, actos en los que la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá se refirió al momento de causación del impuesto a la publicidad exterior visual. La Sala confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la nulidad de las disposiciones acusadas, por cuanto concluyó que en ellas la administración no usurpó la competencia del concejo distrital, pues no determinó el momento de la causación del tributo, sino que precisó la oportunidad para el cumplimiento de la obligación formal de presentar la declaración del mismo en los casos en que se instala una valla sin la autorización de la autoridad ambiental.

Extracto: “[...] el hecho gravable del impuesto a la publicidad visual exterior, de conformidad con el artículo 3 del Acuerdo 111 de 2003, lo constituye la colocación de vallas con una dimensión igual o superior a 8 m2, hecho gravable que al materializarse se denomina hecho imponible, siendo ese el momento en el que surge la obligación tributaria en cabeza del contribuyente. Sin embargo, el nacimiento del crédito fiscal, no necesariamente coincide con el momento en que éste se hace exigible (causación), pues dentro de la autonomía de que gozan los concejos municipales y distritales, estos pueden supeditar la causación del gravamen a la ocurrencia de un hecho posterior, como sucede con lo dispuesto en el artículo 4° del Acuerdo 111 de 2003, en el que la exigibilidad del pago del impuesto a la publicidad exterior visual quedó sujeta a la notificación del acto que otorga el registro de la valla por parte de la autoridad ambiental. No obstante lo anterior, la Sala advierte que el artículo 7° del mismo acuerdo establece otro momento de causación del impuesto, al indicar: “*Mientras la estructura de la valla siga instalada se causará el impuesto*”, lo cual indica que la exigibilidad del pago del impuesto no sólo está sujeta a la autorización de la entidad ambiental, sino también a la realización del supuesto fáctico que da origen a la obligación tributaria, es decir, a la permanencia de una valla desde el momento de su colocación hasta su retiro. En ese sentido, es menester precisar que la interpretación del Acuerdo 111 de 2003, debe realizarse de forma concordante con la Ley 140 de 1994, que autorizó el gravamen a la publicidad exterior visual, tema sobre el cual conviene reiterar la interpretación dada por esta Corporación a la Ley 140 de 1994 en la sentencia 12646, a la que antes se hizo referencia, según la cual, la tarifa del tributo debe ser exigible a todos los sujetos que incurran en el hecho gravado, esto es, la colocación de la valla, lo cual, a su vez, fue reiterado en el Concepto 1498 de 12 de agosto de 2003, expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil [...]. Y esto es así, porque el hecho gravable no solo es ejecutado por aquellas personas naturales o jurídicas autorizadas por la autoridad ambiental para fijar vallas, sino también por otros sujetos que, sin la mencionada autorización, incurren en el hecho generador del tributo y que, por ello, adquieren la calidad de sujetos pasivos del gravamen. Además, el registro de

la valla que haga la autoridad ambiental, es un elemento accidental del tributo de publicidad exterior visual, cuyo fin último para efectos fiscales, no es otro diferente a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación sustancial, es decir, el pago del tributo una vez consolidado el hecho generador del gravamen [...] Si bien es cierto, para efectos fiscales el registro determina el momento de la causación del impuesto, esto sólo es aplicable para los casos en que el sujeto pasivo lo haya solicitado, pues en los casos en que simplemente instaló la valla sin surtir, previamente, el trámite del registro, el momento de la causación es la instalación de la valla porque, de no ser así, este hecho no quedaría sujeto al tributo, que es precisamente lo que buscó evitar la Administración al expedir la normativa indicada al inicio de las consideraciones [...] Del contenido de los partes indicados, se evidencia que la Administración no determinó, como lo afirma el actor, ningún elemento del tributo de publicidad exterior visual, pues lo que hizo allí fue precisar la oportunidad para cumplir la obligación formal de presentación de la declaración del gravamen, en los casos en que se instaló una valla sin la autorización de la Autoridad Ambiental. Lo expuesto es consecuente con lo previsto en los artículos 3° y 7° del Acuerdo 111 de 2003, que previeron que el hecho generador del impuesto ocurre cuando se instala una valla con las dimensiones antes señaladas, y el gravamen se causa durante el término en que ésta permanezca instalada. Por las razones indicadas la Sala concluye que al expedir los actos administrativos cuyos apartes fueron demandados, la Administración no usurpó la competencia adscrita al concejo distrital, pues en ellos no determinó el momento de la causación del tributo y, además, fueron expedidos conforme con las facultades legales de que goza el Secretario Distrital de Hacienda según los términos de los artículos 16 y 130 del Decreto 807 del 1993, y 1° y 8° del Acuerdo 26 de 1998”.

SENTENCIA DE 28 DE AGOSTO DE 2013. EXP. 25000-23-27-000-2010-00031-01 (19140) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. ACCIÓN DE NULIDAD

8. En vigencia de la Ley 788 de 2002, las entidades territoriales solo están facultadas para disminuir el monto de las sanciones previstas en el Estatuto Tributario Nacional, de modo que no pueden imponer sanciones mayores ni distintas de las que esa normativa contempla.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los arts. 188 a 190 de la Ordenanza 009 de 18 de julio de 2006, en cuanto en ellos la Asamblea Departamental de Risaralda estableció sanciones por no movilización dentro del término legal de mercancías gravadas con impuesto al consumo, legalización extemporánea y no legalización de la tornaguía. La Sala confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Risaralda que anuló los citados artículos, por cuanto concluyó que la Ley 223 de 1995 ni el Decreto Reglamentario 3071 de 1997 regularon esas sanciones en la forma en que las consagró la Ordenanza en mención y que las mismas tampoco corresponden a las previstas en el Estatuto Tributario. Al respecto señaló que si bien la Ley 788 de 2002 dejó a salvo la facultad de las entidades territoriales de disminuir el monto de las sanciones y simplificar los procedimientos, según la naturaleza de los tributos y la proporcionalidad de las sanciones respecto del monto de los impuestos, en aplicación del artículo 59 ib. la autoridad tributaria territorial no podía establecer sanciones no previstas en la ley, menos aún cuando su adecuación típica es incorrecta.

Extracto: “En el caso concreto, la normativa prevista en la Ley 223 de 1995 y el Decreto Reglamentario 3071 de 1997 antes transcrita, no regulan sanción por la no movilización de mercancías dentro del término legal, legalización extemporánea y no legalización de la tornaguía, en los términos en que las consagró la ordenanza 009 de 2006 y tampoco corresponden esas sanciones a las contempladas en el Estatuto Tributario. Esta Sala en un proceso similar al que aquí se discute, al referirse a la competencia de las Asambleas para imponer la sanción por la no legalización de las tornaguías, dijo: [...] Por ello concluye la Sala que los departamentos deben adoptar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional para el impuesto al consumo; situación que no fue aplicada por el Departamento del Tolima. El ente territorial antes de establecer el régimen sancionatorio por la no legalización de las tornaguías en el plazo establecido en el artículo 18-1 de la Ordenanza 025 de 1998, debía analizar las sanciones que para el efecto había establecido el legislador; para el caso en estudio la sanción por no suministrar información, o por no presentarla en debida forma o cuando se suministre por fuera del término establecido. En ese orden, el artículo demandado desconoce los artículos 199 y 221 de la Ley 223 de 1995, puesto que la Asamblea Departamental del Tolima no tenía competencia para establecer, a través de una

ordenanza, el régimen sancionatorio por la no legalización de tornaguías, como en efecto lo hizo, y menos aún, una sanción tan desproporcionada". Además, en cuanto a que el Estatuto de Rentas se limitó a imponer sanciones al incumplimiento de las obligaciones contenidas en la reglamentación única nacional para el transporte de mercancías sujetas al impuesto al consumo (Decreto Reglamentario 3071 de 1997) y que, por lo tanto, no se vulneraron las normas de carácter sustancial, la Sala precisa que incluso bajo este argumento no se debe acceder al recurso de apelación en examen por las siguientes razones: La expedición de tornaguías compete exclusivamente a las autoridades departamentales o distritales de donde se despachan las mercancías transportadas. El artículo 5° del Decreto 3071 de 1997, establece que una vez expedida la tornaguía, los transportadores iniciarán la movilización de los productos, a más tardar, dentro del siguiente día hábil a la fecha de su expedición, sin embargo el artículo 188 de la Ordenanza 009 de 2006, al definir quién se hace acreedor a la sanción por la no movilización de las mercancías, la impone al sujeto pasivo o responsable, cuando la obligación de hacer estipulada en el artículo 5 antes citado se circunscribió exclusivamente al transportador, lo que desconoce el principio de tipicidad, según el cual la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente tanto la conducta como los sujetos que pueden ser sancionados. Por lo anterior, la Sala comparte la decisión del *a quo* de declarar la nulidad de los artículos demandados, porque no le asiste razón a la entidad apelante cuando sostiene que con fundamento en el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, tiene competencia para imponer sanciones; pues si bien la Ley 788 de 2002, dejó a salvo la facultad de las entidades territoriales de disminuir el monto de las sanciones y simplificar los procedimientos, dependiendo de la naturaleza de los tributos y la proporcionalidad de las sanciones respecto del monto de los impuestos, de ninguna manera en aplicación del artículo 59 ib, la autoridad tributaria territorial podía establecer sanciones que la ley no ha previsto y menos aún cuando su adecuación típica es incorrecta como se señaló líneas atrás".

SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013. EXP. 66001-23-31-000-2009-00154-01(18610) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. ACCIÓN DE NULIDAD

* Con salvamento de voto del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

9. Se reitera que el término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido es el de prescripción de la acción ejecutiva, esto es, 5 años contados a partir del pago efectivo (art. 2536 Cód. Civil, modificado art. 8 Ley 791 de 2002) y que para el efecto no se requiere que previamente se corrija la declaración privada

Síntesis del caso: Así lo señaló la Sala Unitaria al confirmar el auto proferido en audiencia inicial del 9 de mayo de 2013, por el que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por el Municipio de Yumbo en la contestación a la demanda instaurada por Cables de Energía y Telecomunicaciones S.A. CENTELSA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos en los que el municipio le rechazó la solicitud de devolución del pago del impuesto de alumbrado público por los años gravables 2006 a 2008.

Extracto: "El término y procedimiento para presentar a la Administración Tributaria la devolución del pago en exceso o de lo no debido ya ha sido objeto de estudio por esta Corporación con una clara línea jurisprudencial sobre el tema, atendiendo lo dispuesto en el Decreto 1000 de 1997, "*por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones*". Si bien el artículo 850 del Estatuto Tributario establece que la DIAN, o la Administración Tributaria Territorial, se agrega, debe devolver los pagos en exceso o de lo no debido que hayan efectuado los contribuyentes por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, "*siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor*", para la solicitud de devolución de estos saldos no se aplica el término de dos años que la ley tributaria especial señala para ese procedimiento. Así, la jurisprudencia de esta Sección ha sido unánime en afirmar que si con la solicitud de devolución no se pretende establecer un mayor saldo a favor sino probar la inexistencia legal para realizar un pago, el trámite pertinente no es el previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, que limitan la petición de devolución a dos años, sino que por

expresa disposición de los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997 las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, en el término de cinco años, contados a partir del pago efectivo. También se ha sostenido de forma reiterada que atendiendo al hecho de que el Decreto 1000 de 1997 regula el trámite de la solicitud de devolución del pago en exceso o de lo no debido, tampoco es procedente realizar el procedimiento de corrección de la declaración, ya que de lo que se trata no es de corregir la declaración sino obtener el reembolso de las sumas mayores pagadas a las que corresponden legalmente o, de lo pagado “*sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento*” [...] Los argumentos jurídicos expuestos por esta Sección son los que ahora se reiteran en la presente providencia, teniendo en cuenta que las circunstancias de hecho son similares y no existe razón para modificar el precedente jurisprudencial. No obstante, debe precisarse que el Decreto 1000 de 1997 fue derogado por el Decreto 2277 de 2012, el cual en sus artículos 11 y 16 prevé idéntica regulación del término para solicitar las devoluciones por pago en exceso o de lo no debido, remitiéndose al término de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil”.

AUTO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013. EXP. 76001-23-31-000-2012-00349-01 (20173) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SECCIÓN QUINTA

1. Se niega la nulidad del nombramiento de la Licenciada Elvia María Mejía Fernández como Directora Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública.

Síntesis del caso: *Se demanda la nulidad del Decreto No. 0027 de 2013, mediante el cual el Presidente de la República nombró Directora Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública a la señora Elvia María Mejía Fernández por considerar que la demandada es Licenciada en Nutrición y Dietética, profesión que no se encuentra dentro de las exigidas en el artículo 1 de la Resolución 011 del 18 de enero de 2006.*

Extracto:” (...) El artículo 1º de la Resolución 011 del 18 de enero de 2006, que el demandante dice haberse desconocido por el acto demandado, señala que para ser designado Director de la ESAP, debe poseerse “Título profesional en Administración Pública, Ciencias Administrativas, Económicas o Financieras, Ciencias Jurídicas o Políticas, Ciencias de la Educación, Filosofía, Ciencias Sociales, Humanidades, Ingeniería Industrial, Ingeniería Civil”. Según los considerandos de esta Resolución, la misma se expidió con fundamento en el Decreto-Ley 770 de 2005. Pero en este Decreto, que la Resolución dice desarrollar, se establecen requisitos diferentes a los adoptados en ella. En efecto, en el artículo 5º señaló que el gobierno nacional determinará las competencias y los requisitos laborales de los empleos de los distintos niveles jerárquicos, y en relación con el nivel Directivo que nos interesa, señaló lo siguiente: “Nivel Directivo. Mínimo: Título profesional y experiencia. Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia” Se evidencia que este Decreto, en el que el Manual Específico de Funcional y de Competencias Laborales de la ESAP dice basarse, no especificó que el título profesional debía ser en alguna disciplina especial, sino que estableció unos requisitos mínimos y máximos, lo cual guarda congruencia con el Decreto 219 de 2004, específico para la ESAP, por lo que debe entenderse que en esta materia estos dos Decretos son normas complementarias. (...) El Decreto 219 de 2004 señaló la naturaleza, el objeto, las funciones, el domicilio, los órganos de dirección y las funciones de cada uno, la estructura, la organización territorial y el patrimonio de dicha entidad. Bajo este Decreto, especial para la ESAP y por tanto aplicable para verificar si los candidatos a Director Nacional de esta entidad cumplían los requisitos del cargo, se hizo el estudio de antecedentes pertinente para el caso, lo que la Sala debe determinar si estuvo acorde o no. El alegato reiterado de la demanda, frente a todos los cargos, se basa en reprochar que la disciplina del título profesional que posee la demandada no era la idónea. En este sentido ya se explicó que ni el Decreto especial 219 de 2004 ni el general 770 de 2005 contienen precisión o especificidad de cuál es la disciplina del citado título. Pero además de esto la Sala destaca que la

confirmación y ratificación de que el análisis hecho a la luz del Decreto 219 de 2004, específico para la ESAP, estuvo conforme a derecho, es que esta norma es más exigente que el propio Decreto 770 de 2005, al punto que no da opción de que solo se demuestre el título profesional y la experiencia, sino que impone que además y siempre, se acredite poseer postgrado. Entonces, mientras el Decreto 219 de 2004 sólo exige título profesional para ser Director Nacional de la ESAP, la Resolución interna que establece las funciones y competencias de los empleados de la ESAP, restringe el requisito a que el título sea en un área específica.”

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 11001032800020130001400 M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

2. Se confirma decisión desestimatoria de las pretensiones de nulidad de la elección del señor Jesús Elías Meneses Perdomo como Personero Municipal de Neiva.

Síntesis del caso: Así lo determino la Sala al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 16 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Extracto:“(…) La imputación endilgada por la parte actora se refiere a la prohibición del señor Meneses Perdomo para ser elegido Personero Municipal, por cuanto fue funcionario de la Defensoría del Pueblo hasta noviembre de 2011 ejerciendo autoridad en el Municipio de Neiva. (...) La Ley 24 de 1992 por medio de la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, establece en su artículo 13 que las funciones se cumplen de manera desconcentrada de acuerdo a las que les asigne el Defensor del Pueblo. Así las cosas, dicha entidad, no hace parte de la administración central o descentralizada del municipio de Neiva, ciudad donde se desempeñó el demandado como Profesional Administrativo y de Gestión, código 3040 grado 19 de la Defensoría del Pueblo - Regional Huila, razón por la cual no encaja en el supuesto del literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Resulta claro que el cargo de Profesional Administrativo y de Gestión de la Defensoría del Pueblo no se encuentra dentro de los enlistados en el inciso primero del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, por lo que no puede afirmarse que el señor Meneses Perdomo cuando ejerció el cargo configurara la inhabilidad comentada. Del certificado de funciones obrante en el proceso, se extrae que las funciones de coordinación y control, de supervisión del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las personas naturales o jurídicas que hagan parte del sistema nacional de defensoría pública, de recepción y diligenciamiento de las solicitudes de usuarios en los centros de atención y de apoyo al programa de capacitación de la defensoría pública, atribuidas al demandado en virtud del cargo ejercido, no conllevaron la celebración de contratos, la ordenación de gastos o el manejo de personal y por tanto no comportaron ejercicio de autoridad administrativa en los términos del artículo 190 antes citado. Respecto al segundo cargo imputado al demandado, los demandantes insisten en que entre el señor Meneses Perdomo y la Defensoría del Pueblo se celebró algún tipo de contrato para ejercer las funciones de coordinación en la regional Huila, para lo cual solicitó en el acápite de pruebas del libelo que se le ordenara a dicha entidad la remisión de la documentación correspondiente. En virtud de lo anterior, el Coordinador de Gestión del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo certificó que el demandado se desempeñó en el cargo de Profesional Administrativo y de Gestión, Grado 19 entre el 5 de abril de 2010 y el 29 de febrero de 2012 vinculado mediante Resolución de nombramiento número 303 del 1º de marzo de 2010 relación jurídico administrativa legal y reglamentaria que descarta la relación contractual aludida por la parte actora. Finalmente, dentro del plenario no aparece medio demostrativo alguno que lleve a la convicción de que el electo Personero del Huila hubiese suscrito convenio o convención dentro de los 12 meses anteriores a su elección, para desarrollar algún tipo de actividad con la Defensoría del Pueblo o con otra autoridad del orden municipal, departamental o nacional que implicara su inhabilidad.”

SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 41001233100020120004801 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMUDEZ

3. Se confirma decisión desestimatoria de las pretensiones de nulidad de la elección de la señora Yolima Herrera García como Contralora Municipal de Palmira.

Síntesis del caso: Así lo determino la Sala al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 22 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: (...)”La Ley 136 de 1994 en su artículo 158, respecto de la elección de los contralores municipales, establece: “Contralores Municipales. En aquellos distritos y municipios donde exista contraloría, los respectivos contralores se elegirán dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo por el Concejo para un período igual al de los alcaldes de ternas integradas con dos (2) candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno (1) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ejerza jurisdicción en el respectivo municipio, con no menos de un (1) mes de antelación” Por tanto, es claro que para el cargo de contralor municipal, no se vislumbra una razón deontológica para exigir que su elección en el Concejo deba ser mediante voto público, por cuanto: i) no es un órgano político; ii) ejerce una función que consiste en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, función pública de carácter técnico que no requiere para su ejercicio de la existencia de un equilibrio en la representación de las fuerzas políticas con asiento en el órgano llamado a elegirlo; y, iii) su elección se realiza a partir de ternas conformadas por el Tribunal de Distrito y el Administrativo; esto es, la conformación partidista o de movimiento político no determina la elección de este funcionario público. Con fundamento en lo anterior, se concluye que por la naturaleza del cargo, sus funciones y la forma de elección, la participación “de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos” representados en el Concejo no resulta ser el fundamento de la función electoral a él asignada; de manera que en estos casos la forma de votación no tiene que ser obligatoriamente nominal pública en aplicación del régimen de bancadas, de lo cual se desprende, entonces, que para estas elecciones la votación puede ser la secreta y, en consecuencia, es válido utilizar tanto la votación secreta como la pública, a decisión del elector, como se indicó en precedencia. En el caso concreto para el demandante, el artículo 131 de la Constitución Política fue quebrantado, porque si bien el voto secreto es una de las excepciones al voto nominal y público, en los casos de la elección de funcionarios públicos; con la incorporación del sistema de bancadas, el partido o movimiento político puede decidir que sus miembros voten de manera nominal y pública; como sucedió en el caso concreto con el Partido de la U, situación que, a juicio de la demandante, fue pasada por alto, viciando de nulidad la elección demandada. Lo expuesto en otros acápites de esta providencia, permite concluir que el Concejo municipal de Palmira al elegir a la Contralora Municipal demandada, mediante una votación secreta, no desconoció las normas constitucionales y legales enunciadas por el demandante. Es importante advertir que al momento de la votación ninguno de los voceros de los partidos señaló su interés de votar en forma pública y nominal, aspecto que solo ocurrió una vez se verificó la elección, momento para el cual no se consideró la posibilidad de repetir la elección y la propuesta en ese sentido no fue aprobada. Por tanto, la votación secreta en el presente caso, en razón de la naturaleza del cargo objeto de elección era válida, y, en consecuencia, se ajustó a la normativa constitucional y legal.”

SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 76001233100020120011002 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

4. Es deber de la Administración hacer uso de la lista de elegibles cuando ella está vigente y existen cargos de la misma categoría o denominación del ofertado o convocado.

Síntesis del caso: Se demanda la nulidad del Decreto No. de 1734 de agosto de 2012, mediante el cual el Presidente de la República nombró en propiedad a Mauricio Eduardo García-Herreros Castañeda como Notario 58 del Círculo de Bogotá por considerar que esta notaria no fue ofertada en el concurso de méritos convocado por el Acuerdo 11 de 2 de diciembre de 2010 del Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Extracto:”(...) A juicio del actor, el nombramiento del demandado como Notario 58 del Círculo Notarial de Bogotá, haciendo uso de la lista de elegibles que se dio como resultado del Acuerdo 11 de 2010 que

convocaba a concurso de méritos para proveer vacantes de notarias de diferentes círculos, violó normas constitucionales y legales, por cuanto aunque el demandado participó en el concurso de méritos y se encontraba incluido en la lista de elegibles, la notaria para la cual fue designado no fue ofertada. En consecuencia, la misma no podía ser provista en propiedad sino en interinidad. La Sala haciendo una interpretación teleológica de la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, del artículo 2 de la Ley 588 de 2000 y de Acuerdo 011 de 2010, concluye que la lista de elegibles debe ser empleada para proveer las notarias que lleguen a quedar vacantes durante su vigencia. Así lo dispone la ley que reglamenta específicamente el ejercicio de la actividad notarial. Entonces, solo en el evento en que no exista la lista en mención, se acudirá al nombramiento en interinidad o encargo, por lo tanto, en este caso se da una proposición de sí y solo sí no se presenta la primera regla, es decir, si no hay lista de elegibles, se puede optar por los nombramiento en encargo o interinidad, según el caso. Corolario de lo anterior y en el caso que ocupa el estudio de la Sala, la necesidad de proveer de forma inmediata las vacantes en los diferentes círculos notariales, en razón al carácter público de la función que ellas cumplen y por la importancia que la misma se siga ejecutando sin mayores traumatismos, hacía innecesario convocar a un concurso con el fin de proveer la vacante de la Notaria 58, que surgió con posterioridad a la convocatoria que se abrió mediante Acuerdo 11 de 2010, como lo plantea la demanda, pues, en este caso, la lista de elegibles estaba vigente y, por tanto, el Gobierno Nacional estaba obligado a emplearla para efectuar el nombramiento en propiedad, como efectivamente se hizo. De hecho el Acuerdo No. 011 de 2010, en su artículo 2 señaló que el nombramiento de notarios en propiedad se haría de la lista de elegibles que se llegare a presentar para proveer “titulares en propiedad de los cargos de notarios que no se encuentren provistos mediante concurso público y abierto”. Y por su parte, el artículo 19, estableció que la lista se conformaría por círculo notarial, para el efecto, el aspirante, al momento de la inscripción debía indicar el círculo notarial al que aspiraba. Una interpretación diferente del artículo 2 de la Ley 588 de 2000 y de las reglas de la convocatoria expuestas, sería contrariar no solo al artículo 131 constitucional que se invoca como vulnerado, según el cual, el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso sino de los principios que rigen la función pública como los de economía, eficiencia y eficacia, pues nada justifica la posición del demandante, según el cual, se imponía la convocatoria a un nuevo concurso para proveer las vacantes en las notarias, pese al vigencia de una lista de elegibles para ese efecto. Es importante señalar que la Notaria 58 era de la misma naturaleza de la Notaria 66 que fue la única ofertada mediante el Acuerdo 11 de 2010, en tanto ambas pertenecen al mismo círculo notarial y categoría, en consecuencia, nada impedía que se surtiera el nombramiento del demandado como Notario 58, como se verificó en el caso sub iudice.”

SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001032800020120006000 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (E)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil reitera la necesidad de que exista coordinación y apoyo mutuo entre las entidades públicas y privadas para la atención y el cuidado de los niños, con el objetivo de que el respeto y protección a sus derechos, que son fines del Estado, sea eficiente.

Síntesis del caso: La Constitución Política declara contundentemente, en el artículo 44, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y en el artículo 209 preceptúa que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”. Es así como el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que haya coordinación y apoyo mutuo entre las entidades públicas y privadas para la atención y el cuidado de los niños, con el objetivo de que el respeto y protección a sus derechos, que son fines del Estado, sea eficiente.

Extracto: El Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que haya coordinación y apoyo mutuo entre las entidades públicas y privadas para la atención y el cuidado de los niños, con el objetivo de que el

respeto y protección a sus derechos, que son fines del Estado, sea eficiente. El artículo 96 del código, en concordancia con el artículo 11 del decreto 4840 de 2007, establece que el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia está a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Coordinador del Centro Zonal Nororiental de Medellín - Regional Antioquia, efectuar el seguimiento de dichas medidas y brindar su colaboración y apoyo a la Comisaría de Familia para que lleve a feliz término el restablecimiento de los derechos vulnerados a los niños, en cumplimiento de los mencionados principios y dentro del marco de articulación y coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reorganizado recientemente mediante el decreto 936 del 9 de mayo de 2013. Adicionalmente, en cuanto se refiere al niño D.A.R.V., el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con sus lineamientos técnicos para los programas de protección y restablecimiento de los derechos de los menores de 14 años cuando presuntamente hubieren incurrido en abuso sexual del cual es víctima otro menor, deberá asumir el tratamiento de este caso en el respectivo centro zonal.

DECISIÓN DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001-03-06-000-2013-00413-00 M.P. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

2. Por ser el alcalde quién ostenta, frente a la secretaria administrativa y al jefe de la sección técnica de la Secretaría de Transportes y Tránsito del municipio de Envigado, la más alta jerarquía, es la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá la llamada a conocer y decidir, en un mismo proceso, la responsabilidad que puedan llegar a tener o no los mencionados funcionarios.

Síntesis del caso: En el caso objeto de estudio, se encuentra que es procedente aplicar lo dispuesto por el artículo 81 de la ley 734 de 2002, como quiera que se está en presencia de varios servidores públicos (alcalde, secretaria administrativa y jefe de la sección técnica de la Secretaría de Transportes y Tránsito) que hacen parte de la misma entidad (municipio de Envigado) con la posibilidad de ser vinculados dentro de un mismo proceso disciplinario si de las investigaciones preliminares resulta procedente. La conexidad que se presenta en este caso, es una conexidad procesal por unidad de denuncia, toda vez que en una sola queja, la presentada por la representante legal de Tráfico Inteligente Ltda. Colombia, se señalaron algunas posibles irregularidades atribuibles a varios sujetos. Además no encuentra la Sala que se afecten los factores objetivos, subjetivos y territoriales para la determinación de la competencia disciplinaria.

Extracto: Por ser el alcalde quién ostenta, frente a la secretaria administrativa y al jefe de la sección técnica de la Secretaría de Transportes y Tránsito del municipio de Envigado, la más alta jerarquía, es la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá la llamada a conocer y decidir, en un mismo proceso, la responsabilidad que puedan llegar a tener o no los mencionados funcionarios. Respecto del gerente de Metroplús S.A., la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá es también la autoridad competente para iniciar una posible investigación disciplinaria como consecuencia de las posibles irregularidades y el detrimento patrimonial que se haya presentado en la compra de los semáforos y equipos de control para el proyecto Metroplús en Envigado, denunciadas por la representante legal de Tráfico Inteligente Ltda. Colombia. Lo anterior, por aplicación del mencionado artículo 76 del decreto 262 de 2000, el cual claramente establece que son las procuradurías distritales y provinciales las llamadas a conocer de los procesos disciplinarios contra los gerentes de entidades descentralizadas del orden distrital o municipal, tal como lo es Metroplús S.A. En efecto, Metroplús S.A. es una sociedad por acciones de naturaleza municipal, que tiene la naturaleza jurídica de entidad pública, específicamente la de empresa industrial y comercial del Estado. En consecuencia, sus empleados tienen la categoría de servidores públicos y se encuentran sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a las normas sobre función pública y al régimen disciplinario correspondiente.

DECISIÓN DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001-03-06-000-2013-00394-00 M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA

ÍNDICE TEMÁTICO

ACCIONES DE TUTELA

- En los concursos de méritos o procesos de selección la acción de tutela sólo procede si el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa.
- La acción de tutela sólo procede en casos excepcionales, como la violación flagrante del derecho fundamental al debido proceso.

ACCIÓN POPULAR

- La población con discapacidad cuenta con amparo constitucional especial, razón por la cual deben implementarse medidas que garanticen el goce efectivo de los derechos colectivos.

SECCIÓN PRIMERA

- Para que la DIAN decomise una mercancía debe demostrar plenamente que esta no corresponde a las declaraciones de importación que presente la persona afectada.
- Con la nueva ley 1437 de 2011 no es procedente el rechazo de plano de la demanda, por falta del requisito de la conciliación prejudicial; sino su inadmisión, para que la parte actora acredite su cumplimiento.
- Las Estaciones de Gasolina no pueden vender una marca del combustible diferente a la que tienen exhibida en sus instalaciones.
- Las Corporaciones Autónomas Regionales no son competentes para fijar los intereses moratorios en materia tributaria.
- Una Póliza de Manejo Global Comercial ampara la pérdida de fondos y bienes causados por los empleados de la entidad beneficiaria y no por terceras personas.
- Para evitar el ingreso al país de mercancía de contrabando, y en tratándose de mercancía de carácter genérico, se debe demostrar el nexo comercial que existe entre el importador con el resto de propietarios que haya tenido la mercancía.

SECCIÓN SEGUNDA

- El manejo no riguroso del régimen de transición genera una situación de discriminación positiva carente de causa que contribuye a desarticular principios constitucionales básicos para la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social.
- El presentar dos peticiones encaminadas en dos sentidos diversos en un misma misiva, es posible para el nominador adoptar la decisión en un solo acto administrativo.
- Por su actuar omisivo permitiendo el maltrato físico y verbal por parte de miembros de la Policía Nacional a un ciudadano, se confirma la sanción destitución de un patrullero de la institución.
- Se confirma la revocatoria de inscripción del registro sindical de SINALTRABET, por considerar que carece de soporte técnico y científico para su denominación, dado que no podía integrar la actividad de bebidas y alimentos con la actividad de turismo.
- Al solicitar dineros para el traslado de personal a otra unidad militar el Cabo Segundo del Ejército Nacional, incurrió en falta gravísima de acuerdo con el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, por lo tanto se confirma la sanción disciplinaria de separación absoluta.
- Se niega la nulidad del artículo 15 del Acuerdo 1 de 2006 por no evaluación de la materia de Derecho Constitucional en el concurso público de notarios.
- La extinción de la sustitución de la asignación de retiro a hija célibe de militar por independencia económica por tener la calidad de pensionada no desconoce derechos adquiridos.
- Se declara la nulidad del acto de retiro de servicio de Auditor de guerra de la Policía Nacional por carecer de competencia al aceptar la renuncia fuera del término legal.
- Se niega el reconocimiento de la bonificación por compensación a miembro retirado del servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional por encontrarse incluida en la asignación mensual, asignación de retiro y pensiones, según lo establecido en el artículo 39 del Decreto 058 de 1998.
- En la dosificación de la sanción en caso de faltas graves en la Policía Nacional puede aplicarse la sanción de destitución por aplicación de criterios de graduación, sin que de ello se derive la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa.
- Desconocimiento del derecho de opción por supresión de cargo de empleado de carrera por no otorga la oportunidad de escoger entre reincorporación o indemnización.

SECCIÓN TERCERA

- Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación, antes y después de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998.
- El Gobierno Nacional modificó la Ley 643 de 2001 en sus artículos 21 y 26 al pretender prohibir en forma escalonada las apuestas permanentes manuales mediante el artículo 1° del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, modificado por el también art. 1° del Decreto Reglamentario 4643 de 2005, y con ello incurrió en extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.
- La facultad del juez para declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta de los contratos no es ilimitada
- Exclusión de los perjuicios morales para la estimación de cuantía en el Medio de Control de Reparación Directa. Aplicación del artículo 157 de la Ley 1347 de 2011 -CPACA-
- La existencia de una decisión de preclusión de la investigación, no resulta demostrativa por sí sola de la privación de la libertad. Justicia Regional - Régimen Penal Decreto 2700 de 1991.
- Se condenó al Municipio de Pupiales Nariño, por expedir licencia de construcción viciada, para estación de venta de hidrocarburos, lo que generó su nulidad por juez contencioso, causando perjuicios al beneficiario del acto administrativo quien perdió la oportunidad de ponerla en funcionamiento y explotarla como lo había proyectado.
- El Ministerio de Defensa Nacional Ejército fue condenado por las lesiones personales, muerte y daño en bienes muebles e inmuebles, ocasionados en ataque guerrillero por el abandono de fuerza pública que protegiera a la población de Guayabetal Cundinamarca.
- Por marchas cocaleras se condenó al Ejército al resultar lesionado campesino con arma de fuego, perjuicio derivado de las medidas dirigidas por los uniformados a detenerlas y disuadir a los manifestantes de avanzar.

SECCIÓN CUARTA

- Se reitera que el auto aprobatorio de la diligencia de remate dictado en el proceso de cobro administrativo coactivo es susceptible de control judicial mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- Los alimentos retirados del inventario por deterioro o vencimiento son expensas necesarias deducibles para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, así no se destruyan sino que se reprocenen y se comercialicen.

- Corresponde al ISS y no al deudor de los aportes a la seguridad social practicar la retención en la fuente sobre los pagos por honorarios efectuados a los abogados externos contratados por la entidad para cobrar los aportes que se le adeudan, pues aunque el pago se hace con el recaudo de tales acreencias, solo es al momento en que el ISS fracciona y entrega los títulos judiciales por los honorarios pactados que los contratistas perciben el ingreso generador del tributo.
- Los predios “*urbanizados no construidos y urbanizables no urbanizados*” y el valor de su impuesto predial constituyen parámetros válidos para identificar “*usuarios potenciales*” del servicio de alumbrado público y para cuantificar el cobro del impuesto por ese servicio, por lo que es legal que en el municipio de Girardot se tenga a los propietarios y poseedores de esos predios como sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, así como que la base gravable del mismo respecto de dichos sujetos sea el valor del impuesto predial.
- Se reitera que el garante carece de legitimación para demandar directamente los actos de determinación del impuesto, dado que no es el titular de la obligación sustancial de pago del tributo, a la par que su responsabilidad solo nace a partir de la resolución sanción por devolución improcedente.
- En el caso de devoluciones con garantía el acto que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de la obligación a su cargo es la resolución que declara improcedente la devolución y ordena el reintegro.
- En el Distrito Capital, la exigibilidad del pago del impuesto a la publicidad exterior visual no sólo está sujeta a la notificación del acto de la autoridad ambiental que otorga el registro de la valla, sino también a la realización del hecho que da origen a la obligación tributaria, esto es, a la permanencia de la valla desde su instalación hasta su retiro.
- En vigencia de la Ley 788 de 2002, las entidades territoriales solo están facultadas para disminuir el monto de las sanciones previstas en el Estatuto Tributario Nacional, de modo que no pueden imponer sanciones mayores ni distintas de las que esa normativa contempla.
- Se reitera que el término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido es el de prescripción de la acción ejecutiva, esto es, 5 años contados a partir del pago efectivo (art. 2536 Cód. Civil, modificado art. 8 Ley 791 de 2002) y que para el efecto no se requiere que previamente se corrija la declaración privada.

SECCIÓN QUINTA

- Se niega la nulidad del nombramiento de la Licenciada Elvia María Mejía Fernández como Directora Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública.
- Se confirma decisión desestimatoria de las pretensiones de nulidad de la elección del señor Jesús Elías Meneses Perdomo como Personero Municipal de Neiva.
- Se confirma decisión desestimatoria de las pretensiones de nulidad de la elección de la señora Yolima Herrera García como Contralora Municipal de Palmira.
- Es deber de la Administración hacer uso de la lista de elegibles cuando ella está vigente y existen cargos de la misma categoría o denominación del ofertado o convocado.

SALA DE CONSULTA

- La Sala de Consulta y Servicio Civil reitera la necesidad de que exista coordinación y apoyo mutuo entre las entidades públicas y privadas para la atención y el cuidado de los niños, con el objetivo de que el respeto y protección a sus derechos, que son fines del Estado, sea eficiente.
- Por ser el alcalde quién ostenta, frente a la secretaria administrativa y al jefe de la sección técnica de la Secretaría de Transportes y Tránsito del municipio de Envigado, la más alta jerarquía, es la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá la llamada a conocer y decidir, en un mismo proceso, la responsabilidad que puedan llegar a tener o no los mencionados funcionarios.

NOTICIAS DESTACADAS

Las personas que estén interesadas en participar en el congreso internacional “100 años de la Administración Pública: Retos y Perspectivas”, que se realizará del 13 al 15 de noviembre de 2013 en la ciudad de Cartagena, podrán encontrar toda la información en la página web www.centenarioley4.com.

En el portal encontrarán información sobre la programación, alternativas de alojamiento y los perfiles de todos los conferencistas.

Nota: A través del servicio de consultas, la Relatoría brinda información y suministra la jurisprudencia de la Corporación una vez se han notificado debidamente las providencias, por cuanto carece de la facultad de informar sobre el trámite de procesos en curso o brindar asesoría jurídica. La Sistematización de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de descriptores, restrictores, y la tesis, no exoneran al usuario de la información a corroborar su contenido con los textos de las providencias. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2013**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña. Para cualquier inquietud escribanos a: boletin@consejodeestado.gov.co

CONSEJO EDITORIAL**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Vicepresidente

Sala de Gobierno**Marco Antonio Velilla**

Presidente Sección Primera

Luis Rafael Vergara Quintero

Presidente Sección Segunda

Hernán Andrade Rincón

Presidente Sección Tercera

Carmen Teresa Ortiz

Presidenta Sección Cuarta

Susana Buitrago de Valencia

Presidenta Sección Quinta

William Zambrano Cetina

Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos**Ramiro Alonso Sandoval**

Relator Sección Primera

Gloria Cristina Olmos y**José Orlando Rivera**

Relatores Sección Segunda

Narly del Pilar Morales, Gloria**Stella Fajardo y Yolanda****Velásquez Zárate**

Relatoras Sección Tercera

Magaly Santos Murillo

Relatora Sección Cuarta

Jacqueline Contreras

Relatora Sección Quinta

Jorge Alejandro Vargas García

Relator Sala de Consulta

Carolina Valenzuela

Relatora Acciones

Constitucionales

Coordinación General**Camilo Bayona Espejo**

Secretario Privado Presidencia

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

Jefe de Divulgación

- Nancy Torres Leal

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117