



BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de Estado

No 178 - Diciembre 4 de 2015
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

Los empleados y funcionarios del Consejo de Estado se unieron para hacer felices a los niños de Apoyemos, organización dirigida por las esposas de los magistrados de la Corporación, que fue creada en 1980.

La Corporación decidió este año no invertir dinero en decoraciones navideñas sino regalar un juguete y ropa a los 142 niños que pertenecen a la Organización y que viven en condiciones difíciles en el barrio Mochuelo Bajo de Ciudad Bolívar.

De esta manera, el Consejo de Estado hace realidad los anhelos de los niños que con fe escribieron sus cartas al Niño Dios para pedir el regalo de sus sueños.

Esta Presidencia quiere desearles a todos una Feliz Navidad y un Próspero Año Nuevo en familia, lleno de muchas bendiciones y mucha esperanza.

Luis Rafael Vergara Quintero
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:

1. Se accedió a las pretensiones de un integrante de la etnia Páez, ubicada en el Municipio de Santander de Quilichao, a quien se le vulneraron los derechos fundamentales de petición y debido proceso por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, por no darle una respuesta clara y en término a su solicitud de adelantar el trámite de registro de las autoridades del cabildo indígena de Jerusalén.

Síntesis del caso: El actor actuando en nombre propio, impugnó la decisión de primera instancia proferida el 25 de agosto de 2015, que protegió el derecho fundamental de petición, pues, a su juicio, no se ampararon todos los derechos que consideró vulnerados con la negativa del Ministerio del Interior de registrar las autoridades tradicionales indígenas reconocidas por la propia comunidad.

Extracto: “La autonomía de los pueblos indígenas es la facultad que tienen éstos de organizarse y de esa manera dirigir su vida interna conforme a sus propios valores, instituciones y mecanismos dentro del Estado al cual pertenecen. Se trata, pues, de la capacidad de autogobernarse teniendo como bases un territorio, un gobierno y una autonomía para cumplir funciones dentro de ese territorio, además de la identidad cultural. La autonomía incluye la relación con el Estado y el modo de obtener recursos económicos a través

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Tutelas	1-4
Sección Primera	4-6
Sección Segunda	6-7
Sección Tercera	7-15
Sección Cuarta	15-21
Sección Quinta	21-25
Sala de Consulta	25-30
Índice	31-33
Noticias destacadas	34
	35-38
	39

de la coparticipación. ... Frente al procedimiento para la creación de un Resguardo Indígena es necesario acudir a lo previsto por el Decreto 2164 de 7 de diciembre de 1994, Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional, en cuyo capítulo III, se encuentra regulado el procedimiento que se debe seguir para la creación, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas. ... la acción de tutela no puede obviar los trámites y procedimientos administrativos previstos en la ley para la constitución de un resguardo indígena, en razón a que este mecanismo jurídico es residual y supletorio, como lo consagrado el artículo 86 de la Constitución Política, es decir, tiene aplicación solo cuando no existe norma para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados ... El derecho de petición que radicó el actor ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior insiste en el registro de la autoridad tradicional del resguardo que pretende crear con el nombre de Jerusalén, corregimiento de tres quebradas del Municipio de Santander de Quilichao. A esta solicitud se anexó el Acta No 043 de 1 de enero de 2015 que da cuenta de la reunión de la comunidad indígena afiliada al Consejo Menor Principal de la Autoridad Tradicional YATSCA PJEU'N U'WAJAS YAKYNISA. La petición no ha obtenido respuesta concreta de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior. 2. Entre la fecha de presentación de la solicitud y la radicación de la demanda ha transcurrido un plazo superior al señalado en la ley para responder las peticiones de los ciudadanos para obtener información de la autoridad sobre un asunto determinado. 3. En este caso, no cabe duda que la petición que el demandante radicó ante la entidad accionada no ha tenido una respuesta clara, precisa y concreta respecto de las verdaderas razones que no permiten que la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior efectúe el registro de las autoridades de la comunidad indígena a la cual pertenece el actor y que corresponde al Territorio Indígena Jerusalén, el cual se pretende escindir del Resguardo Canoas del Municipio de Santander de Quilichao. ... La Constitución Política de 1991 consagró en el artículo 29 el derecho fundamental al Debido Proceso, referido a que las actuaciones de las autoridades públicas se encuentran sujetas a los procedimientos que la ley ha previsto para el desarrollo de sus funciones administrativas, por tanto, sus actuaciones no pueden depender de su propio arbitrio y, además, tienen límite. ... El objetivo fundamental del referido derecho, entonces, no es otro que la preservación del valor material de la justicia, situación que demanda de las autoridades públicas que sus actuaciones estén destinadas a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la ley. De acuerdo con lo anterior las solicitudes que los administrativos dirijan a las autoridades públicas deben tramitarse conforme al debido proceso lo cual implica que aquellas no pueden arrogarse atribuciones ni crear procedimientos que no estén previamente establecidos en la ley ... la Sala considera que el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 superior también ha sido vulnerado por la autoridad accionada toda vez que para constituir, reestructurar, ampliar o sanear un resguardo indígena la ley ha previsto un procedimiento, el cual está señalado en el Decreto 2164 de 7 de diciembre de 1994, en el capítulo III, en el que no se evidencia el estudio etnológico como requisito sine qua non para que se adelante dicho trámite. ... En lo que tiene que ver con el derecho fundamental al debido proceso, la Sala encuentra que también ha sido soslayado por la autoridad, en razón a que en el trámite de la solicitud presentada por el actor para el reconocimiento del Resguardo Indígena “Jerusalén” que se quiere escindir del Resguardo “Canoas” del Municipio de Santander de Quilichao, no se ha tenido en cuenta el procedimiento administrativo que para el efecto contempla el Decreto 2164 de 7 de diciembre de 1994”.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2015, EXP. 19001-23-33-000-2015-00385-01(AC), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

2. Se rechazó por improcedente la acción de tutela en la que el actor pretendía que se le concediera la pensión gracia por exceder el término razonable del requisito de inmediatez, toda vez que la acción se interpuso ocho meses después de proferida la sentencia que cuestiona.

Síntesis del caso: El actor por intermedio de apoderada, presento acción de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y a los derechos adquiridos, los cuales considera vulnerados con la negativa a su solicitud de pensión gracia.

Correspondió a la Sección Primera resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 23 de septiembre de 2014, que revocó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: “La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en las sentencias de 31 de julio de 2012 y de 5 de agosto de 2014 no hizo cosa diferente que acoger los parámetros jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre causales de procedencia genéricas y específicas en materia de tutela. Así mismo, en relación con el principio de inmediatez se fijó un término razonable, como lo ha venido estableciendo la Corte Constitucional y lo prevé el artículo 8º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. ... Se trata de un lineamiento en relación con la oportunidad apropiada para acudir al Juez de Amparo; es decir, de un plazo razonable y flexible pero cierto que surge de la urgencia de compatibilizar la necesidad de respetar la autonomía del Juez y atender a las particularidades del caso concreto (esto es, la no fijación de términos fijos e inflexibles aplicables siempre de manera imperiosa) con la obligada consideración de los requerimientos de un mínimo de certeza jurídica, sobretodo tratándose de acciones de tutela en contra de providencias. ... en el sub lite no se cumple con el requisito de la inmediatez, pues consta en el expediente que la sentencia acusada por el accionante fue proferida el 23 de septiembre de 2014, notificada el 1 de octubre de 2014, y la acción de tutela se interpuso el 2 de junio de 2015, esto es, ocho (8) meses después. Adicionalmente, el demandante no alegó ni demostró i) encontrarse en una circunstancia excepcional que justifique la tardanza en la presentación de la acción de tutela; ii) que la vulneración de sus derechos fundamentales invocados sea permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual, iii) ni demostró encontrarse en una situación especial que haga desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a la administración de justicia”.

SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-000-2015-01482-00(AC), M.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES

3. Se ordenó al Colegio Militar Antonio Nariño que implemente acciones tendientes a la adecuación de su Manual de Convivencia Escolar de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2015 relacionados con el acoso escolar.

Síntesis del caso: La actora, en representación de su hijo menor de edad, promovió acción de tutela contra el Colegio Militar Antonio Nariño por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la educación, a la vida, a la salud, a la dignidad humana, a la intimidad, y al libre desarrollo de la personalidad; según dice, debido a la permisividad de la institución ante el acoso escolar o “bullying” sufrido por su hijo en el transcurso del noveno grado.

Correspondió a la Sección Segunda resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 16 de julio de 2015, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Extracto: “Mediante Ley 1620 de 2013, o Ley de Convivencia Escolar, desarrollada a su vez por el Decreto 1695 de 2013, el legislador pretendió instaurar una política de promoción y fortalecimiento de la convivencia en ámbitos escolares, precisando que cada experiencia que los educandos vivan dentro los establecimientos educativos, resulta de suma importancia para el desarrollo de su personalidad. La norma identificó como uno de los mayores retos para la convivencia escolar el llamado acoso escolar o bullying, que consiste en que la conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. ... En materia de responsabilidad, la citada Ley 1620 de 2013 estableció para los casos de acoso escolar una obligación de actuación inmediata y eficaz, a fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Así, en los artículos 18 y 19, dispuso para los educadores y las directivas de los planteles el deber de

informar y combatir los actos de violencia escolar para garantizar la protección permanente de los menores que pudieran resultar afectados con el acoso”.

SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-000-2014-03725-01(AC), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SECCIÓN PRIMERA

1. Se cancela parcialmente el certificado de registro de la marca Kola Sol, en consideración a que no está siendo utilizada para producir y comercializar uno de los productos contenido en la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza, esto es, cerveza.

Síntesis del caso: La sociedad CCM, IP S.A. presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Resolución número 48661 del 28 de septiembre de 2009, mediante la cual el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio revocó las Resoluciones números 19054 del 27 de abril de 2009 y 37519 del 27 de julio de 2009, y negó la cancelación por no uso del certificado de registro correspondiente a la marca KOLA SOL (mixta) registrada a nombre de la señora Luz Dary Mateus Casañas, para distinguir productos comprendidos en la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza. La Sala declaró la nulidad de la resolución demandada en tanto negó la cancelación parcial por no uso de la marca KOLA SOL (mixta), excluyendo del certificado de registro número 291617 la cobertura de cervezas.

Extracto: Para la Sala no son de recibo los argumentos con los que el Superintendente Delegado para la Propiedad Intelectual negó la cancelación parcial por no uso del certificado de registro de la marca KOLA SOL, esto es, que en razón a que la materia prima con que cuenta el titular de la marca podría fabricarse cerveza sin alcohol. Pues de conformidad con lo anterior se parte de un supuesto, en virtud del cual el tercero interesado podría elaborar y comercializar una cerveza sin alcohol; sin embargo se hace necesario recordar que el asunto objeto de estudio versa sobre la cancelación parcial de un registro marcario por no uso. De lo anterior se puede concluir que el simple hecho de tener un certificado de registro de una marca, en una clase determinada de la Clasificación Internacional de Niza, no es el único determinante para evitar la cancelación por no uso, pues como ya se dijo en líneas precedentes, el deber del titular de la marca o de su licenciataria es probar el uso real y efectivo de la marca. Así las cosas, la Sala concluye que los medios de prueba allegados por Luz Dary Mateus Casañas y la sociedad licenciada son idóneos para demostrar el uso de las marcas Cola Zed, Kola Sol, Sol, Limonada Sol, Soda Sol y Kola Sol Light por parte de Luz Dary Mateus Casañas y la sociedad licenciada; sin embargo no puede predicarse lo mismo de la cerveza, en tanto no está dentro de los productos comercializados con esas marcas. De lo expuesto, la Sala colige que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que la marca KOLA SOL no está siendo utilizada para producir y comercializar uno de los productos contenidos en la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza, esto es, CERVEZA.

Sentencia de 24 de septiembre de 2015, Exp. 11001 03 24 000 2010 00058 00, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2. A la demanda se deben acompañar tanto la copia del acto principal como la de aquellos que se hayan expedido en virtud de la resolución de los recursos interpuestos contra él; y las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecutoria.

Síntesis del caso: El señor Diego León Giraldo Jiménez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones núms. 1419

de 9 de agosto de 2009 y 326 de 11 de febrero de 2014, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, por medio de las cuales se decomisa una mercancía y se resuelve un recurso de reconsideración, respectivamente. El Tribunal Administrativo rechazó la demanda porque el demandante, dentro del plazo de 10 días, no corrigió la demanda como se le indicó en auto del 1º de agosto de 2014, esto es, aportando al proceso copia de las constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecutoria de la Resolución núm. 0326 de 11 de febrero de 2014, decisión administrativa que también era objeto de la demanda. La Sala, al decidir el recurso de apelación, confirmó la decisión de primera instancia.

Extracto: La prerrogativa procesal contenida en el artículo 163 del C.P.A.C.A., hace referencia a la individualización de las pretensiones y establece que con el solo hecho de demandar un acto administrativo que fue objeto de recursos, aquellos que se expidan en virtud de la resolución de los mismos también se entenderán demandados, situación que no tiene relación alguna con la obligación de aportar con la demanda las constancias de notificación o ejecutoria de las Resoluciones frente a las cuales se pretende la nulidad, máxime cuando expresamente fueron relacionadas en el escrito de la demanda. El requisito contemplado en el numeral 1 del artículo 166 del C.P.A.C.A., establece que se debe aportar la copia del acto administrativo acusado con su constancia de publicación, comunicación, notificación o ejecutoria, según el caso y en la demanda objeto de estudio se observa con claridad que el actor expresamente solicitó la nulidad de dos Resoluciones, esto es, la 1419 de 9 de agosto de 2013 y la 326 de 11 de febrero de 2014, por lo tanto no es de recibo que en el memorial con el cual pretendió subsanar la demanda, solo aportara la constancia de notificación y ejecutoria de una de ellas y posteriormente, en el recurso de apelación, arguyera que la otra constancia no era necesaria pues el C.P.A.C.A., únicamente exigía la del acto administrativo principal, argumento que, como ya se dijo, no tiene asidero jurídico. Aunado a lo anterior, es preciso recordar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya es lo suficientemente garantista con el acceso a la Administración de Justicia y por ello, el mismo numeral 1 de su artículo 166, permite que el accionante ponga en conocimiento del Juez, bajo la gravedad del juramento, que las copias del acto administrativo demandado o sus constancias de notificación, publicación, comunicación o ejecutoria, fueron denegadas por la entidad que las tiene, a fin de que aquél las requiera antes de la admisión de la demanda; sin embargo, en el presente caso ni siquiera se alegó dicha situación y mucho menos obra prueba que indique que así sucedió.

Sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 76001 23 33 000 2014 00608 01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

3. El término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se suspende en los casos en que se intente la conciliación prejudicial sin requerirse, aún en vigencia de la Ley 640 de 2001.

Síntesis del caso: *La sociedad Flota San Vicente S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones expedidas por la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Transporte, mediante las cuales se habilita como empresa de servicio público de transporte terrestre automotor en la modalidad de pasajeros a la empresa denominada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES VILLA DE LA MESA "COOTRANSVILLA"; se le reconoce la relación de rutas y horarios; se le autoriza la racionalización del parque automotor solicitado por la empresa en las rutas La Mesa - Tena; La Mesa - Anapoima; se le reconoce la reestructuración de horario en las rutas: La Mesa - El Colegio y Viceversa y La Mesa - Tena y Viceversa; y se le reconoce la reestructuración de horarios en las rutas: La Mesa - Anapoima y Viceversa y La Mesa - Apulo y Viceversa. El a quo declaró probada la excepción de caducidad de la acción, decisión que fue revocada por la Sala al decidir el recurso de apelación, ordenando al juez de primera instancia emitir pronunciamiento de fondo.*

Extracto: Cabe resaltar que la Sala en providencia de 17 de agosto de 2006 (Expediente núm. 1997-01602-01, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), precisó que el hecho de que la

conciliación prejudicial, en vigencia de la Ley 640 de 2001, no fuera un requisito de procedibilidad para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ello no quiere decir que quien esté interesado no pueda intentarla [...] Ahora, en esta sentencia no se tocó el aspecto relativo a la suspensión del término de caducidad, pues ello no fue el objeto de la controversia. El artículo 21 de la Ley 640 de 2001 autoriza la suspensión del término de caducidad, empero, se repite, para las acciones de reparación directa y contractuales, en las que se exigía la conciliación como presupuesto para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Resulta pertinente resaltar que con ocasión de la expedición de la Ley 1285 de 2009 (artículo 13), en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho la conciliación prejudicial se hizo obligatoria, pero no en todos los casos, y ello dio lugar a que en algunos eventos se hubiera intentado dicha conciliación sin requerirse [...] Como quedó visto, la Sala consideró, y así lo siguió reiterando, que en los casos en que se intente la conciliación prejudicial sin requerirse, opera la suspensión de la caducidad. Ahora, estima la Sala que esa consideración es predicable también en los casos en que se intentó la conciliación prejudicial, sin requerirse, en vigencia de la Ley 640 de 2001.

Sentencia de 17 de septiembre de 2015, Exp. 25000 23 24 000 2006 00677 01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN SEGUNDA

1. La comisión seccional de personal de Antioquia de la Registraduría Nacional del Estado Civil no puede elaborar lista unificada de elegibles, al no estar contemplada en el Decreto 3492 de 1986, puesto que no hubo ganadores en el concurso de mérito.

Síntesis del caso: La señora Beatriz Omaira Marín Vásquez demanda la nulidad de la Resolución No. 441 del 19 de noviembre de 2001, mediante la cual se le declara insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 de la Registraduría Municipal de Puerto Berrio Antioquia, a partir del 1º de enero de 2002.

Extracto: Mediante Resolución 613 del 25 de noviembre de 1998 se convocó a concurso abierto para proveer el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-06 en varios Municipios de Antioquia, entre ellos, los municipios de La Ceja y Puerto Berrio; la señora Marín Velásquez concursó para la Ceja, mas no ganó el examen, y los que concursaron para el Municipio de Puerto Berrio, ninguno aprobó. (...) La Seccional de personal Antioquia elaboró una lista de elegibles unificada, que no es reflejo de los resultados del concurso, en la que es incluida la demandante y, con base en ella, es nombrada en periodo de prueba el 3 de mayo de 1999 como Auxiliar Administrativo 5120-06 en Puerto Berrio Antioquia, calificada en dos ocasiones de manera satisfactoria dentro de ese periodo y confirmado su nombramiento, motivo por el cual en octubre de ese año los Delegados del Registrador del Estado Civil remitieron la solicitud, junto con el formulario, para que fuera inscrita la señora Marín Vásquez en carrera administrativa. El Registrador del Estado Civil, a través de la Resolución No. 4628 del 29 de diciembre de 1999, ordenó la inscripción en carrera administrativa de varios funcionarios que habían participado en el concurso para proveer el cargo de Auxiliares Administrativos 5120-06 en varias localidades de Antioquia, y allí no apareció la señora Marín Vásquez. La señora Marín no fue inscrita, en tanto que la Comisión de Personal Central en sesión del 15 de mayo de 2000, vertida en el Acta 003, en respuesta a consulta del Director Nacional de Recursos Humanos, por unanimidad conceptuó que para cubrir la vacante de Auxiliar Administrativo 5120-06 de Puerto Berrio, no se podía utilizar la lista de elegibles unificada que había elaborado la Comisión de Personal Seccional de Antioquia, porque ésta no está contemplada en el Decreto 3492 de 1986, además, esa lista sólo operaba para las vacantes que se presentaran con posterioridad y, en el caso concreto, ya se había surtido el concurso y no hubo ganadores, porque ninguno alcanzó el mínimo aprobatorio, por lo tanto lo que debía hacerse era una nueva convocatoria en los términos del artículo 37 del citado decreto.

Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Exp. 05001-23-31-000-2002-02327-01(3651-13), M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ (E). Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN TERCERA

1.a. Se unifica criterio jurisprudencial en torno a la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, cuya calidad de sucesor procesal la ejercerá el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, reglamente lo pertinente (se inaplica el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 por inconvenional, inconstitucional e ilegal).

Síntesis del caso: El 29 de noviembre de 2002, los señores Juan Carlos Arocha Serrano y Otros interpusieron acción de reparación directa con el fin de obtener indemnización por los presuntos daños sufridos por la supuesta retención ilegal del señor Arocha Serrano, atribuibles a la Fiscalía General de la Nación y al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Mediante Decreto 4057 de 2011, el Gobierno Nacional suprimió el DAS. El 7 de julio de 2014, se le reconoció como sucesor procesal a la Fiscalía General de la Nación; cuya decisión fue recurrida por la apoderada de la Fiscalía, quien señaló la improcedencia de considerar a esa entidad como sucesora procesal del mencionado departamento administrativo.

Extracto. “Vistas las consideraciones conceptuales pertinentes sobre el acceso a la administración de justicia, la sucesión procesal y las nulidades procesales, así como memorado brevemente algunas ideas sobre la independencia judicial, la Sala encuentra que tales insumos teóricos brindan suficiente apoyo como para considerar que a la luz de la normativa legal y reglamentaria citada la Fiscalía General de la Nación, órgano que integra la Rama Judicial del poder público, no puede ser considerada como sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS. (...) Si bien es cierto que al desaparecer una entidad pública, en este caso el Departamento Administrativo de Seguridad, hay lugar a distribuir las competencias que dicha Entidad tenía en las demás autoridades públicas existentes, es claro que en ese ejercicio de re-distribución funcional el Legislador y el Gobierno Nacional deben actuar conforme al principio de separación de los poderes públicos, los cuales si bien deben cooperar para la consecución (sic) (sic) de los fines convencionales y constitucionales del Estado, lo que hace que dicha separación sea flexible y no absolutamente rígida, no lleva ello a admitir una desfiguración de la identidad esencial de estos, tal como lo ha referido la jurisprudencia constitucional: “el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos.” (...) Y precisamente ello es lo que sucede en el sub iudice, por cuanto mediante el Artículo 7° del Decreto 1303 de 2014 pretende el Gobierno Nacional que un órgano perteneciente a la Rama Judicial del poder público asuma la función de representación judicial (y las eventuales consecuencias jurídicas y patrimoniales desfavorables) de una extinta entidad que pertenecía al poder ejecutivo. (...) De tal cosa no pueden sino desprenderse consecuencias que pugnan seriamente con el modelo convencional y constitucional colombiano, (...) Todas estas circunstancias no hacen más que poner de presente la abierta disfuncionalidad, trasgresión al principio de separación de poderes y violación a la independencia judicial en que incurre el contenido normativo del Artículo 7° del Decreto 1303 de 2014, en lo que refiere a la Fiscalía General de la Nación, pues no se distingue el ejercicio de la función ejecutiva con la judicial, se elude la responsabilidad del poder ejecutivo, se afecta el correcto ejercicio de la administración de justicia [competencia de persecución (sic) (sic) del delito de la Fiscalía], lo cual contraviene los contenidos normativos convencionales y constitucionales a los cuales está sujeto el legislador y el Gobierno Nacional al momento de ocuparse de la distribución de competencias de las entidades públicas extintas. (...) Aunado a todo lo anterior, esta Sala también encuentra serios reparos de legalidad al contenido normativo del artículo 7° del Decreto 1303 de 2014, en lo que hace referencia a la Fiscalía General de la Nación. Ello por cuanto trasgrede, de manera abierta, el Decreto-Ley que, precisamente, dice reglamentar. (...) Fluye, entonces, la contrariedad entre lo preceptuado por el Decreto-Ley (4057 de

2011) y el reglamentario (1303 de 2014), por cuanto siendo este último acto jurídico concreción del ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno Nacional, pretende extender la representación judicial del DAS a un órgano que no integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, siendo que el Decreto-Ley estableció en modo claro y explícito que tal competencia sería distribuida entre las Entidades del poder ejecutivo, que no judicial. (...) Y es que en lo que hace relación al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República (artículo 189 núm. 11 Constitución Política), en virtud de su función como Suprema Autoridad Administrativa, debe advertirse que tal habilitación constitucional no supone, ni puede ser entendida como una autorización para desconocer, desvirtuar o trasgredir el contenido normativo de la Ley que se dice reglamentar, ya que, como bien entendido se tiene por esta Corporación, el ejercicio de reglamentación supone la adopción de decisiones administrativas tendientes a hacer operativa o llevar a ejecución la ley más, en modo alguno, que se cercene la voluntad legislativa. (...) Por tal razón, la Sala, en orden a avenirse con el deber convencional erga omnes que tienen las autoridades de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (artículo 1.1 CADH) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2 CADH), esto es, como una manifestación de la obligatoriedad de los criterios de convencionalidad para los jueces y todas las autoridades internas y apelando al artículo 4º superior sobre excepción de inconstitucionalidad, esta Sala se ve en la obligación de inaplicar el aparte del artículo 7º del Decreto 1303 de 2014 en lo referente a la Fiscalía General de la Nación como destinataria de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviere involucrado el DAS. Corolario de lo dicho, no puede la Sala reconocer a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS. (...) En consecuencia, ante el vacío normativo que se configura al existir impedimento jurídico para que la Fiscalía adquiera la calidad de sucesor procesal ya referida y a fin de recabar por una solución que garantice el derecho que tienen las partes en el proceso (y particularmente los actores) a que se continúen los procesos judiciales iniciados contra el DAS sin mayores dilaciones y con plena claridad sobre las Entidades públicas llamadas a ser convocadas al proceso como sucesoras procesales de dicha entidad, se ordenará, nuevamente en cumplimiento de las prescripciones del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, **poner en conocimiento** al señor Presidente de la República esta providencia, para que, actuando en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa y en el marco de sus competencias (artículo 189.17 Constitucional y Artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 2011), adopte las medidas administrativas que sean necesarias para garantizar, de la manera más clara y sin traumatismos, la sucesión procesal del DAS en los procesos contenciosos administrativos donde esta entidad obró como parte o tercero, según cada caso, y actuando dentro del marco convencional, constitucional y legal de respeto por la separación funcional de los poderes públicos. (...) 6.5.14.- Además, (...) esta Sala de Sección, en orden a solventar temporalmente las dificultades surgidas a partir de la problemática tratada en el sub iudice y mientras el Gobierno Nacional adopta las medidas pertinentes referidas en el numeral anterior, dispondrá **RECONOCER COMO SUCESOR PROCESAL al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** y, en consecuencia, **ORDENARÁ** que se le notifique este proveído personalmente a dicha Entidad a fin de que tenga conocimiento de lo acá decidido y asuma la representación judicial del DAS, como su sucesor procesal, en aquellos procesos judiciales donde se reconoció (o habría de reconocerse de conformidad con el artículo 7º del Decreto 1303 de 2014) a la Fiscalía General de la Nación. Reitera la Sala que tal situación se mantendrá hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales reglamente lo pertinente, en armonía con los principios, valores y reglas convencionales, constitucionales y legales. (...) Precisa la Sala que el presente pronunciamiento se contrae, exclusivamente, para el asunto sub iudice, donde se reconoció, en auto de 7 de julio de 2014, a la Fiscalía General de la Nación como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS suprimido, por cuanto la Sala esbozó reparos de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad, por violación del principio de separación de poderes y la independencia judicial, respecto de la Fiscalía General de la Nación.”

b. Procedencia de unificación jurisprudencial a través de sentencias y autos de unificación (Ley 1437 de 2011). Precedente jurisprudencial de Sala Plena Contenciosa y Sala Plena de Sección.

Extracto: “Es competente la Sala Plena de esta Sección para conocer del presente asunto, por cuanto trata de la unificación de criterios jurisprudenciales en lo que respecta a la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en supresión; conforme a la atribución que da cuenta el

numeral 2° del artículo 13A del Acuerdo 058 de 1999, adicionado por el Acuerdo 148 de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado. Para tal efecto, precisa la Sala, conforme a su propio precedente, que bien puede cumplirse la función unificadora de jurisprudencia vía sentencias o autos interlocutorios, según el tópico que ocupe la atención de la Sala en cada caso. Ello es así por la elemental pero poderosa razón según la cual cualquier providencia dictada por autoridad judicial es expresión de un criterio jurídico, de allí que cualquiera de las dos especies que constituyen manifestación de la actividad judicial, autos y sentencias, tengan la aptitud para unificar jurisprudencia. De hecho, este también ha sido entendimiento dado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a esta figura, tal como se advirtió en la providencia de 25 de junio de 2014: “[E]n criterio de esta Corporación no resulta admisible que se excluya o aplique de manera aislada el numeral 3 del artículo 111 del CPACA, sin efectuar una hermenéutica sistemática que permita a la Sala de lo Contencioso Administrativo fijar posiciones en todo tipo de providencias, es decir: autos y sentencias”.

c. Finalidad y eventos en los cuales se presenta la sucesión procesal de persona natural y de persona jurídica.

Extracto: “En el marco de los procesos judiciales bien puede ocurrir un fenómeno de alteración de las personas que integran las partes y/o terceros en contienda, ora por ocurrir en ellos hechos propios de la naturaleza, como es la muerte de las personas naturales, o situaciones que afectan a la existencia o identidad de las personas jurídicas, como sucede con la extinción, fusión o escisión de dichos entes morales, o finalmente ello puede tener ocurrencia por existir allí un negocio jurídico, como cuando se presenta una disposición del derecho litigioso y la contraparte no manifiesta su repudio a que el adquirente o nuevo titular llegue al proceso a reemplazar a quien fungió hasta el momento como titular del derecho en pleito. En todas estas circunstancias se torna común la situación ya antedicha, esto es, la alteración y/o cambio de quienes integran una parte (agréguese también a un tercero) dentro del proceso judicial, viniendo estos nuevos sujetos a tomar la actuación en el estado en que se encuentra a la hora de tener ocurrencia la situación generadora de sucesión. (...) Finalmente, no pierde de vista la Sala que tratándose de entidades públicas, como la que interviene en el extremo pasivo del sub iudice, otra circunstancia configuradora de sucesión procesal puede tener origen a partir de la alteración y/o cambio de competencias dispuestas por el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, bien puede tener lugar una circunstancia en la cual sin presentarse extinción, fusión, escisión o supresión de una entidad pública, el legislador o el Gobierno Nacional, debidamente facultado, decidan acometer un traslado de competencias de una entidad a otra diferente, circunstancia esta que, necesariamente, repercutirá en la actuación judicial, pues será otro el órgano o persona jurídica de derecho público quien deba seguir asumiendo la defensa judicial del inicialmente convocado al proceso. Se trataría, entonces, de un caso de sucesión procesal por virtud de la Ley, stricto sensu.”

d. Reglas de reasignación de funciones ante supresión del DAS.

Extracto: “Por medio del Decreto-Ley 4057 de 11 de octubre de 2011, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren los literales a) y d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 y en concordancia con el parágrafo 3° del mismo artículo, procedió a ordenar la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), reasignó unas funciones y dictó otras disposiciones. (...) Dicho Decreto-Ley fue reglamentado por medio del Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, regulación dictada por el Presidente de la República de Colombia en desarrollo de las facultades constitucionales señaladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. (...) De tal forma que con la expedición de los citados actos administrativos se dispuso la supresión de toda la actividad del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, como entidad que fungió y desempeñó su labor en el campo de la seguridad nacional, desde su creación mediante el Decreto 1717 de 1960. Consecuencialmente, con los referidos Decretos se promovió la asignación de funciones a determinadas entidades del orden nacional, con el objetivo de que estas asumirían las mismas [funciones] (...) se precisa que con la promulgación del Decreto-Ley 4057 de 2011 se dispuso asignar las funciones encomendadas al suprimido DAS, a entidades tales como, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección y finalmente a la Fiscalía General de la Nación; esta última encargándose de asumir lo concerniente a la función de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, de acuerdo a lo

dispuesto en el numeral 11 del artículo 2° del Decreto 643 de 2004 en concordancia con el artículo 251 de la Carta Magna. (...) Del mismo modo, el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011 prescribió las siguientes reglas en torno a las entidades que asumirían la representación de los procesos judiciales y de cobro coactivo en donde venía haciendo parte el DAS: i) el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS continuaría con la representación de estos procesos hasta tanto culmine el proceso de supresión; sucedido ello ii) se fijó que dicha representación recaería sobre las Entidades del poder ejecutivo a las cuales se les habían encomendado -en el mismo Decreto- la asunción de funciones del DAS y iii) como tercera regla de aplicación y en cuanto a aquellas entidades receptoras de funciones del DAS que no integraran la Rama Ejecutiva del poder público, determinó que correspondería al Gobierno Nacional determinar la entidad “de esta Rama” que los asumirá. (...) Posteriormente advino el Decreto reglamentario 1303 de 2014, firmado por el Ministerio de Hacienda, el DAS y el DAFP, el cual refirió, en su artículo 7°, a las entidades que obrarían como destinatarias de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviera involucrado el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS. De dicho precepto se extraen las siguientes dos reglas: i) se recalca que entidades tales como Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación deben asumir los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales de dicha Entidad, y por otro tanto, el Decreto refirió que tratándose de procesos y conciliaciones “que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores” ii) serán asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.”

e. La Agencia Nacional para la Defensa del Estado no puede ser convocado como parte demandada en los procesos que se adelanten contra las demás entidades públicas.

Extracto: “El Decreto 1303 de 2014 trae a cuento a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es menester señalar que de acuerdo a la preceptiva del parágrafo 3° del artículo 6° del Decreto 4085 de 2011 “Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa del Estado”, la Agencia “en ningún caso tendrá la condición sustancial de parte demandada en los procesos que se adelanten contra las demás entidades públicas, razón por la cual no podrán dirigirse contra ellas pretensiones de la demanda y no podrá ser convocada a tales procesos a ningún título. En ningún caso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades públicas en cuyo nombre actúe”.

[Auto de unificación jurisprudencial de 22 de octubre de 2015 proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación. Exp. 54001-23-31-000-2002-01809-01\(42523\)A. M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa](#)

* Con aclaración de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo, Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Danilo Rojas Betancourth.

* Aclaración y salvamento parcial de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión se estudian, igualmente, las nulidades procesales como garantías constitucionales; además, se analiza las reglas de reasignación de funciones en casos de supresión de entidad pública. Adicionalmente, se recomienda revisar el auto de 26 de marzo de 2015, emitido por la Sala Plena de la Sección Tercera dentro del mismo proceso (54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)), mediante el cual se avocó conocimiento para unificar jurisprudencia en lo que respecta al sucesor procesal del DAS y, además, se hace énfasis en los eventos o razones por los cuales el Consejo de Estado puede proferir decisiones de unificación (Importancia jurídica, trascendencia económica o social y necesidad de sentar jurisprudencia) y sus respectivas definiciones o conceptos.

2.a. Se accede a la solicitud de terminación de un proceso de controversias contractuales por transacción efectuada entre las partes, lo cual se dio al verificarse que este no causa detrimento injustificado al patrimonio de la entidad pública demandada, que cuenta con autorización correspondiente y que se encuentra suscrito por las personas legalmente facultadas para obligar a las partes involucradas en el proceso.

Síntesis del caso: *El 25 de octubre de 2007, el Director General del Inpec y la Supervisora Provincial de la Comunidad del Buen Pastor suscribieron el contrato de transacción para la terminación de proceso que pretendía la restitución de bien inmueble arrendado y el pago de cánones de arrendamiento dejados de pagar por la entidad pública demandada. Por éste motivo, las partes solicitaron la cesación del procedimiento contencioso mediante petición del 5 de febrero de 2008.*

Extracto: "Del contenido de los documentos aportados por las partes encuentra la Sala en primer lugar que, la entidad demandada estaba plenamente facultada para celebrar el contrato de transacción con la Comunidad del Buen Pastor, por cuanto a través de la resolución no. 1188 del 9 de mayo de 2008, el Ministerio del Interior y de Justicia autorizó al Director General del Instituto Nacional penitenciario y Carcelario - INPEC para celebrar dicho acuerdo dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado radicado bajo el No. 05001-23-31-000-2000-4681-01 (...) cumpliéndose de esta manera con el requisito establecido en el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo. (...) En segundo lugar que, con la certificación expedida por la Tesorera General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, se acredita el pago efectivo de los cánones de arrendamiento hasta la fecha en que se solicitó la terminación del proceso por transacción, (...) En cuanto a la entidad demandante advierte la Sala que, tanto la señora María Ligia Usma Idarraga como el doctor Luis Alfonso Ríos Betancourt se encontraban legitimados para suscribir el acuerdo, por cuanto la primera ostentaba la calidad de Superiora Provincial de la Comunidad del Buen Pastor (provincia de Medellín) para el momento de suscripción del mismo y, el segundo ostentaba la calidad de apoderado judicial de la comunidad religiosa al momento de la suscripción del contrato, autorizado expresamente para transigir mediante poder especial debidamente otorgado por el representante legal de la demandante (...) Aunado a lo anterior, vale la pena poner de presente que no se observa que el acuerdo logrado entre las partes cause un detrimento injustificado a la entidad pública demandada, por cuanto lo estipulado en el contrato de transacción guarda correspondencia con lo solicitado en las pretensiones de la demanda, esto es, la restitución a la Comunidad del Buen Pastor en forma directa y definitiva del inmueble arrendado; así como el pago de los cánones de arrendamiento desde el 1 de noviembre de 2007 hasta el 31 de octubre de 2009, fecha en la cual el Inpec se comprometió a restituir el bien a paz y salvo por concepto de servicios públicos. Así las cosas, toda vez que el contrato de transacción suscrito el 25 de octubre de 2007 fue celebrado válidamente entre las partes, pues consta por escrito, no causa detrimento injustificado al patrimonio de la entidad pública demandada, cuenta con autorización por parte del Ministerio del Interior y de Justicia y se encuentra suscrito por las personas legalmente facultadas para obligar a las partes involucradas en el proceso de la referencia, la Sala accederá a la solicitud de terminación del proceso por transacción, de conformidad con lo establecido en el artículo 340 del C.P.C."

b. Características y requisitos para la transacción.

Extracto: "De las definiciones legales y jurisprudenciales expuestas en la jurisprudencia en comento se extraen tres elementos que caracterizan a la transacción: (i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; (ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y (iii) la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. Esos elementos deberán acompañarse del cumplimiento de las siguientes exigencias: (i) la observancia de los requisitos legales para la existencia y validez de los contratos; (ii) recaer sobre derechos de los cuales puedan disponer las partes, y (iii) tener capacidad, en el caso de los particulares, y competencia, en el evento de entidades públicas, para vincularse jurídicamente a través de un contrato de esa naturaleza."

c. Auto interlocutorio proferido por Sala: Aprobación de solicitud de terminación del proceso por transacción.

Extracto: "Se pone de presente a las partes que según lo establecido en el artículo 146 A del Código Contencioso Administrativo, por versar la decisión sobre el numeral 3 del artículo 181 de la misma codificación, esta providencia interlocutoria debe ser adoptada por la Sala."

Auto de 28 de mayo de 2015. Exp. 05001-23-31-000-2000-04681-01(26137). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de Controversias Contractuales

3. Se denegaron las pretensiones de una acción de controversias contractuales interpuesta contra el Fondo Nacional del Ahorro, mediante la cual se pretendía el restablecimiento económico de un contrato de prestación de servicios para recaudo prejudicial de cartera morosa, ante la falta de demostración de los perjuicios supuestamente causados a la actora.

Síntesis del caso: El 16 de febrero de 1993, el Fondo Nacional del Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García celebraron el contrato de prestación de servicios con el propósito de adelantar proceso de cobro prejurídico y procesos ejecutivos hipotecarios. El Gobierno Nacional a través del Decreto 2331 de 1998 dispuso -en el artículo 16- que “Los gastos en que incurran las entidades financieras por concepto de la cobranza de cartera de créditos hipotecarios individuales para vivienda, en la cual no medie un proceso judicial, correrán por cuenta de la respectiva institución. En consecuencia, los gastos por este concepto no podrán ser trasladados a los deudores por ninguna razón.” Por lo anterior, el Fondo Nacional del Ahorro remitió oficio (No. 098949 de 15 de diciembre de 1998) mediante el cual informó a los abogados externos que el Fondo no está en capacidad de asumir el pago de sus honorarios y, por ende, a partir de la fecha no estaban facultados para realizar cobros prejurídicos.

Extracto. “De conformidad con lo anterior resulta que, a raíz de la expedición por parte del Presidente de la República del Decreto No. 2331 [de 1998] - norma que en su artículo 16 estableció que a partir de ese momento las entidades financieras debían asumir los costos de cobranza de cartera hipotecaria en los casos en que no mediara un proceso judicial -, el Fondo Nacional de Ahorro modificó unilateralmente las condiciones del contrato en el sentido de ordenar la eliminación del cobro prejurídico de los créditos hipotecarios asignados a los abogados externos, toda vez que, a partir de la expedición del decreto en mención, los costos de cobranza en cobro prejurídico debían ser asumidos por el Fondo y no por los deudores morosos, a diferencia de lo inicialmente pactado en el contrato prestación de servicios. Como se ve, en el presente caso los hechos alegados por la actora como generadores de ruptura del equilibrio económico del contrato tendrían su origen en la expedición del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República, norma que habría sido la causante de la modificación unilateral del contrato efectuada por el Fondo el 15 de diciembre de 1998, la cual consistió en la eliminación de los cobros prejurídicos de los créditos asignados a los abogados externos. (...) Así pues, en el presente asunto el rompimiento del equilibrio económico que, según la parte actora, se presentó en la ejecución del contrato No. 011/96, se debió a un evento “exógeno a las partes del negocio”, como lo fue la expedición del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República, razón por la cual el desequilibrio financiero que alega la parte actora se deberá examinar bajo la teoría de la imprevisión. La aplicación de la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos dentro del ámbito de la contratación administrativa surgió por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que dé lugar al restablecimiento económico del contrato en favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de varios requisitos, a los cuales se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera. (...) como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato. (...) Procede la Sala a examinar si en el presente asunto se dieron las condiciones necesarias para que prospere la teoría de la imprevisión y, en consecuencia, halla lugar a restablecer la ecuación financiera del contrato No. 011/96 (...) En primer lugar se observa que el supuesto desequilibrio económico del contrato de prestación de servicios No. 011/96 se habría dado como consecuencia de la expedición del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998 proferido por el Presidente de la República, es decir que el rompimiento de la ecuación financiera se habría generado por un hecho exógeno a las partes, el cual, además, ocurrió con posterioridad a la

celebración del contrato de prestación de servicios por cuya causa se demanda. (...) En segundo lugar, se tiene que la medida que se adoptó en el decreto mencionado correspondió a una circunstancia imprevisible para las partes contratantes, en tanto que aquella claramente no obedece a una medida que los contratistas podían tener en consideración al momento de celebrarse el contrato. (...) Encuentra la Sala que si bien con ocasión de la expedición del decreto en mención, el Fondo modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, en el sentido de eliminar el cobros prejurídico de los créditos, en el plenario no hay prueba de los mayores gastos y costos que tuvo que soportar la contratista por causa de la medida adoptada en el Decreto No. 2331/98, así como tampoco hay prueba de que por fuerza de la circunstancia anotada no se le hubiese cancelado a la contratista los honorarios adeudados por virtud de los arreglos prejudiciales que hubiese logrado con los deudores morosos, de los cuales tampoco hay prueba en el expediente.”

b. Denegatoria de pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato en ejecución de actividades de refinanciación de cartera morosa por falta de elementos probatorios del daño alegado.

Extracto: “Observa la Sala que si bien Fondo Nacional de Ahorro habría programado un proceso de refinanciación de la cartera morosa de la entidad, echa de menos la Sala prueba alguna que conduzca a establecer que en los créditos asignados a la contratista María Dadeiva Cifuentes de García se llevó a cabo efectivamente la refinanciación de la deuda y en qué medida afectó a la contratista en el recaudo de los honorarios devengados por ella. (...) Nótese, que en el expediente no obra prueba de que respecto de los créditos asignados a la contratista se hubiesen exonerado a los deudores del pago de honorarios profesionales o de que se hubiese presentado una disminución considerable en los honorarios devengados por la contratista. (...) comoquiera que no hay pruebas que permitan determinar el perjuicio que tuvo que soportar la contratista por fuerza de la refinanciación de la cartera morosa, en tanto que no se encuentra acreditado siquiera que los créditos a cargo de la contratista efectivamente se hubieran refinanciado, pues únicamente reposa en el expediente la constancia de unos ofrecimiento por parte del Fondo a los deudores morosos para que se acogieran al proceso en mención, no resulta posible para la Sala acceder a la petición formulada por la demandante.

Sentencia de 27 de mayo de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2003-00089-01(34094). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Controversias Contractuales

4.a. Cuando en un solo auto o sentencia se consignan varias determinaciones, el término de ejecutoria corre de manera uniforme para todas ellas, y se suspende cuando se ha solicitado la aclaración o complementación, aunque esta verse sobre una parcialidad de la providencia, y no respecto de la totalidad de las decisiones en ella contenidas.

Síntesis del caso: El 15 de junio de 2005, el Fondo Financiero de proyectos de Desarrollo - FONADE- suscribió con la sociedad Cuéllar Serrano Gómez el contrato de consultoría n.º 2051594, el cual tenía por objeto la elaboración unos diseños para la construcción de unos centros de reclusión en Cúcuta e Ibagué, en desarrollo del convenio interadministrativo n.º 194121 suscrito entre el Fondo y el Ministerio del Interior y de Justicia. El 14 de agosto de 2008 la sociedad consultora radicó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una acción de controversias contractuales en contra de FONADE y, una vez admitida y notificada, la accionada formuló demanda de reconvención en contra de la mencionada sociedad -radicada el 20 de marzo de 2009- y llamamiento en garantía respecto de las aseguradoras Liberty Seguros S.A. y Segurexpo de Colombia S.A -radicado el 24 de junio de 2009-, quienes fueron contratadas por la consultora hoy demandante en controversias contractuales, para la expedición de las pólizas de garantía del contrato por ella suscrito con el FONDO. El tribunal de primera instancia, por medio de las providencias recurridas en apelación, resolvió rechazar la demanda de reconvención por caducidad de la acción, y denegar el llamamiento en garantía por improcedencia del mismo cuando dicho mecanismo procesal no es utilizado por el contratista que suscribió las pólizas.

Extracto: “Dicho entendimiento surge cuando la aplicación de las normas pertinentes, se hace a la luz de las garantías que les asiste a los intervinientes procesales, y después de llevar a cabo una interpretación literal, teleológica y sistemática de los preceptos procesales que entran en juego para resolver la cuestión planteada (...) para la interpretación de lo dispuesto en los artículos 331 y 354 del Código de Procedimiento Civil -y demás normas concordantes-, la Sala considera que cuando se solicita la aclaración o complementación de una providencia, trátese de un auto o de una sentencia, la ejecutoria de la totalidad de dicho pronunciamiento queda suspendida hasta que se resuelva la respectiva solicitud, regla que no se altera por el hecho de que la providencia contenga varias determinaciones, o porque la solicitud se hubiere formulado frente a una parcialidad de ellas. (...) En el caso concreto, observa la Sala que el recurso de apelación presentado por FONADE en contra del auto del 3 de junio de 2010, fue radicado el 12 de noviembre de 2010 -por medio del cual se rechazó por caducidad la demanda de reconvención-, lo que a juicio de la sociedad Cuéllar Serrano Gómez implicaría que existió extemporaneidad en la alzada pues, aunque es verdadero que se radicó una solicitud de adición frente a la providencia, lo cierto es que dicha petición nada tuvo que ver con la acción de contraataque incoada por la entidad originariamente demandada, cuyo rechazo habría quedado en firme por ese motivo. (...) Para la Sala no es de recibo dicho señalamiento pues, como acaba de estudiarse, la ejecutoria es un rasgo predicable de las providencias y no de las decisiones en ellas contenidas, de forma que si se interpuso una solicitud de adición contra el mencionado auto, entonces la ejecutoria de éste sólo puede analizarse cuando se resolvió la misma, que en el *sub lite* se dio por medio del auto del 28 de octubre de 2010, notificado por estado fijado el 9 de noviembre del mismo año (f. 426 y sgts., c. ppl). Ello quiere decir que el recurso de apelación formulado por FONADE en contra del auto que rechazó la demanda de reconvención por caducidad de la acción, fue radicado dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia impugnada, esto es, en forma oportuna.”

b. Providencias y decisiones: Finalidad de las normas procesales.

Extracto: “cuando el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las “providencias”, con ello quiso equiparar el significado de éstas con el sentido de la palabra “decisiones”. No obstante, la Sala considera que ello no es posible en la medida en que, por un lado, desde un punto de vista lingüístico, las decisiones deben ser consideradas como determinaciones unívocas, mientras que las providencias pueden contener varias decisiones, lo que de por sí implica que ambas palabras son expresiones con significados distintos. Por otra parte, desde una perspectiva de la utilización de las palabras en el contexto normativo, no es posible asimilar ambos conceptos -providencia y decisión-, pues el legislador consagró una definición legal del vocablo “providencia” como aquel pronunciamiento del juez que contiene “decisiones”, de tal forma que éstas no tienen las mismas características que se predicen respecto de aquélla. (...) En el mismo sentido de distinción, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española consagra significados distintos para “providencia” y “decisión”, en el entendido de que la primera palabra está definida en un contexto eminentemente institucional y referida al proceso judicial cuyo director es el juez, mientras que la segunda está significada en un contexto mucho más general que, si bien es aplicable a la práctica jurídica, no es equivalente con lo que en dicho medio se entiende por “providencia”, ya que, desde un punto de vista conceptual, la “decisión” no está necesariamente referida a la determinación que asume un juez en el marco de un proceso, situación que, por el contexto jurídico en que se genera la “providencia”, implica una razón suficiente para distinguir dicho vocablo del de “decisión”. (...) cuando en el Código de Procedimiento Civil se consagran los efectos en que pueden concederse los recursos de apelación, allí se distingue conceptualmente la providencia de las decisiones que en ella se contienen, para indicar que cuando una providencia tiene variadas determinaciones, es posible interponer la impugnación contra algunas de ellas, sin que ello implique la inejecución de las otras. (...) el sentido más acorde con las finalidades de las normas procesales, es aquel que entiende que la ejecutoria es una característica que se predica de las providencias en su conjunto, y no de las decisiones individualmente consideradas, en la medida en que sólo cuando están clarificadas todas las decisiones asumidas en una providencia, los intervinientes procesales cuentan con las herramientas necesarias para ejercer el debido control respecto de los pronunciamientos formales que hace el juez.”

Auto de 29 de octubre de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2008-00411-02(40926). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Medio de control de controversias contractuales

* Con salvamento de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo.

5. Para la prosperidad de las pretensiones, en medio de control de repetición, la entidad pública demandante debe probar, entre otros requisitos, el pago efectivo del valor impuesto en condena judicial o acordado en conciliación judicial.

Síntesis del caso: Mediante tutela que amparó los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la educación del señor Oscar Darío Álvarez Rosero, el Tribunal Administrativo de Nariño condenó a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, al pago del porcentaje que por concepto de cuota alimentaria, no le fue descontado al padre del demandante en la liquidación de las cesantías definitivas, por un valor de \$585.731.00. La entidad interpuso el medio de control de repetición contra los entonces Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Pasto y Jefe de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Pasto.

Extracto: “la entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele estar constituida por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o de su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo, que debe provenir del beneficiario. El pago, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. De conformidad con lo anterior, no basta con que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias si en ellos no consta la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción o constancia de que se le consignó en su cuenta bancaria, requisito indispensable que brinda certeza acerca de la extinción de la obligación. En efecto, en los juicios ejecutivos, según la ley procesal civil, las obligaciones de pago requieren de demostración documental que provenga del acreedor, circunstancia que en esos casos permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición, puesto que, si su fundamento lo constituye el propósito de obtener el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha.”

Sentencia de octubre 22 de 2015. Exp. 52001-23-31-000-2008-00400-01(38548). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Medio de control de repetición

SECCIÓN CUARTA

1.a. Los derechos de sistematización y asistencia al contribuyente no pueden ser exigidos por el Departamento de Risaralda a los contribuyentes del impuesto de vehículos al tratarse de un cobro por funciones administrativas no creado por ley.

Síntesis del caso: Se demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad del artículo 6° de la Ordenanza 038 del 30 de noviembre de 2009 expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, que se refiere al cobro de los derechos por el servicio de sistematización y asistencia al contribuyente, establecidos para la liquidación y pago de los impuestos sobre vehículos automotores, dirigido a los propietarios o poseedores de vehículos iguales o mayores a cuatro ruedas, por un monto equivalente a 1.6 SMLDV y para los automotores de tres ruedas o menos el equivalente a 1 SMLDV. Para el demandante la norma demandada viola el principio de legalidad del tributo, ya que estableció un impuesto sin que preexistiera una ley que ordenara su creación ni sus elementos constitutivos. En su opinión la Asamblea de Risaralda se arrogó una función que

no le corresponde y excedió las facultades que le fueron concedidas por la Constitución y la ley, ya que se configuró la causal de falta de competencia material para crear o imponer contribuciones fiscales o parafiscales que es facultas exclusiva del Congreso de la República. El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia del 31 de enero de 2012, declaró la nulidad de la norma demandada, por violación al principio de legalidad tributaria.

Extracto: “...La liquidación del tributo que emite la Gobernación de Risaralda -Secretaría de Hacienda-, bajo el denominado “servicio de sistematización y asistencia al contribuyente”, realmente se deriva del ejercicio de una función que le fue asignada como autoridad administrativa: *velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales*. Es por eso que se enmarca dentro del ámbito de una función de carácter administrativo, consistente en definir el monto de la obligación de cada uno de los sujetos pasivos del impuesto de vehículos, para asegurar el recaudo del tributo... Las anteriores características no se presentan en el gravamen estudiado, en tanto este se cobra por el cumplimiento de una función administrativa y no como contraprestación de un servicio que puede utilizar o no el ciudadano... La Sala advierte que el gravamen establecido bajo la denominación de “*derechos por el servicio de sistematización y asistencia al contribuyente*” no tiene sustento en una ley. Fue establecido directamente por la asamblea departamental. En relación con la autonomía tributaria de las entidades territoriales, la Sala ha mantenido una línea jurisprudencial construida a partir de la sentencia del 9 de julio de 2009, en la que ha señalado que la facultad creadora de los tributos está atribuida al Congreso, y que a partir del establecimiento legal del impuesto, los entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los hubiere fijado directamente. Esta conclusión es aplicable a cualquier tipo de tributo, llámese impuesto, tasa o contribución, respetando, naturalmente, las especificidades que para cada uno de ellos ha dispuesto la Constitución Política. Teniendo en cuenta que no existe una ley que haya autorizado la creación del gravamen, es claro que el departamento de Risaralda no tenía competencia para imponerlo en su jurisdicción. De modo que, al establecerlo, la entidad territorial se atribuyó funciones propias del legislador. A todo lo anterior, que sería suficiente para declarar la nulidad de la actuación demandada, la Sala quiere agregar que es improcedente que el departamento establezca un cobro por la sistematización y emisión del formulario de liquidación del impuesto de vehículos...”.

b. Diferencias entre servicio público y función administrativa y entre precios públicos y tasas.

Extracto: *El gravamen no constituye una contraprestación por la realización de un servicio público* - elemento consustancial de las tasas y contribuciones- puesto que lo que pretende realmente el departamento es cobrar por el cumplimiento de una función administrativa, que se manifiesta en la potestad tributaria de la que es titular la Administración. Eso es lo que refleja la norma demandada al supeditar el cumplimiento de esas obligaciones, al pago de dichos dineros por parte del contribuyente. Al respecto no está de más recordar la distinción entre servicio público y función administrativa. El *servicio público* es entendido como aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general, en forma regular y continua, por parte del Estado, en forma directa, o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial. Por su parte, la *función administrativa* es una especie dentro del género de la función pública y ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir con los diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Generalmente, se traduce en el señalamiento de conductas, la expedición de actos unilaterales y el ejercicio de coerción. De esta forma podemos concluir que el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares, mientras que la función pública se exterioriza a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, el ejercicio de la autoridad inherente al Estado...Así las cosas, el gravamen no puede reputarse tasa como una especie de los tributos. Estas se caracterizan por constituir una contraprestación, a cargo de los usuarios de un *servicio público* que presta el Estado, esto es, por su *bilateralidad*, por oposición a la *unilateralidad* que identifica a los impuestos. Menos aún puede asimilarse a una contribución, si se atienden las características propias de ellas, expuestas en el numeral 3.3. de esta sentencia. Las razones expuestas permiten entender que el gravamen tampoco encuadra dentro de la categoría de los *precios públicos*, que corresponden a ingresos no tributarios cuya causa jurídica es la autorización para acceder al uso temporal de bienes y servicios públicos y que se

caracterizan porque son voluntarios para quien los paga, pues su adquisición depende de la iniciativa de quien los demanda. A diferencia de las tasas, en las que la obligación de pagarlas emana de la potestad tributaria del Estado, que se ejerce mediante la ley (origen *ex lege*), en los precios públicos dicha obligación surge de una relación eminentemente contractual o voluntaria fundada en el postulado de la autonomía de la voluntad (origen *ex contractu*). Allí el Estado actúa como un particular, sujeto principalmente a reglas de derecho privado, esto es, sin ejercer propiamente su poder de imposición. Simplemente contrata bajo la figura del “precio”, lo que supone, en condiciones normales, la existencia de prestaciones y contraprestaciones de total equivalencia y de carácter directo e individual.

Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Exp. 66001-23-31-000-2010-00412-01 (19449) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Medio de control de nulidad

NOTA DE RELATORÍA: Se decidió estar a lo resuelto en la sentencia del 7 de mayo de 2015 (expediente 20.152) que anuló el cobro por derechos de sistematización y asistencia del contribuyente establecido en el parágrafo del artículo 6° de la Ordenanza 038 del 30 de noviembre de 2009 expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda.

* Aclaración de voto del Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

2.a. El liquidador de una sociedad ya liquidada solo responde por los perjuicios causados por el incumplimiento de sus deberes y en consecuencia no debe responder por el pago de impuestos cobrados después de la liquidación de la persona jurídica.

Síntesis del caso: El municipio de Medellín exigió a un contribuyente persona jurídica el pago del 50% del impuesto de industria y comercio generado por el desarrollo de cinco proyectos inmobiliarios, a través del documento “Advertencia de pago-impuesto de industria y comercio” en los cuales determinó el impuesto tomando como base gravable el 80% del total del presupuesto de ventas, conforme con los artículos 2 y 5 del Decreto Municipal 1147 de 2005. El 50% del impuesto fue pagado mediante cuentas de cobro de los años 2006 y 2007. Por escritura pública de diciembre de 2009, de la Notaría 20 de Medellín, se declaró la liquidación definitiva de la actora. El municipio determinó que el contribuyente debía \$ 232.798.831 correspondiente al 50% restante. El Consejo de Estado advierte que antes de la expedición de la resolución 56 del 3 de enero de 2011, por la cual fijó el “debido cobrar del impuesto de industria y comercio”, la demandante ya se había liquidado e inscrito en el registro mercantil el 24 del mismo mes, la cuenta final de liquidación.

Extracto: “...Así pues, con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, esto es, la liquidación definitiva de la sociedad, esta desaparece como sujeto de derecho. En consecuencia, hasta ese momento el liquidador tiene capacidad para representarla legalmente. En efecto, **el liquidador de una sociedad que ya se liquidó solo responde por los perjuicios causados por el incumplimiento de sus deberes**, para lo cual el artículo 255 del Código de Comercio prevé que las acciones de los terceros (y los asociados) contra los liquidadores prescriben en cinco años, a partir de la fecha de la aprobación de la cuenta final de la liquidación....A su vez, **la efectividad de los derechos de los terceros contra el liquidador por actos de la sociedad solamente pueden intentarse durante el período de la liquidación**, pues “*clausurada esta con la aprobación de la cuenta final de la misma, no hay propiamente obligaciones sociales, ya que desde entonces deja de existir el patrimonio social*”. En consecuencia, “*Si no han sido pagadas todas las obligaciones, ya no es posible intentar su cobro, la acción procedente entonces, tanto de parte de los socios como de los terceros, es la indemnización de perjuicios que representa para ellos el no pago, si es debido a dolo o culpa del liquidador en el cumplimiento de sus funciones. [...] Son, pues, dos clases muy distintas de acciones las que pueden intentar los socios y los terceros contra un liquidador: las enderezadas directamente a obtener el pago de los créditos de que sean titulares contra la sociedad, que solamente pueden proponerse como tales durante la liquidación, y las enderezadas al pago de los perjuicios causados por no haber sido atendidos debidamente los créditos*”. En suma, **una sociedad liquidada no es sujeto de derechos y obligaciones** y por tratarse de una persona jurídica que ya no existe, tampoco puede demandar ni ser demandada. Por la misma razón, el liquidador

no tiene su representación legal ni puede exigírsele a este el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad liquidada. Igual conclusión se aplica al representante legal que tenía la sociedad liquidada y que a falta de liquidador debe actuar como tal, con fundamento en el artículo 227 del Código de Comercio. Frente a la capacidad para ser parte, el artículo 53 del Código General del Proceso prevé que pueden ser parte en un proceso, entre otras, las personas naturales y jurídicas. No obstante, una sociedad liquidada no tiene esa capacidad porque ya no existe en el mundo jurídico. En el caso en estudio, como se precisó, la actora se liquidó definitivamente por escritura pública de 23 de diciembre de 2009, inscrita en el registro mercantil el 24 de diciembre de 2009, como consta en el certificado especial expedido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, que acredita también que se canceló a la demandante la matrícula mercantil. En consecuencia, para la fecha en que se expidió el acto definitivo, esto es la Resolución No 056 de 3 de enero de 2011, por la cual el demandado fijó a la actora “*un debido cobrar del impuesto de industria y comercio*”, la actora ya no era sujeto de derechos y obligaciones. Igualmente, al haber desaparecido de la vida jurídica no podía demandar ni ser demandada. Asimismo, la representante legal que debía actuar como liquidadora mientras la sociedad existió, no estaba legitimada para representarla, toda vez que por la extinción de la persona jurídica, carecía de facultad para actuar como tal...Es de anotar que ante la falta de definición de la litis, los actos “*de debido cobrar del impuesto de industria y comercio*” no constituyen títulos ejecutivos susceptibles de ser objeto de cobro por vía administrativa, dada la inexistencia de la actora...”.

Sentencia del 12 de noviembre de 2015 Exp. 05001-23-33-000-2012-00040-01 (20.083) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

3. La Subdirección de Impuestos y Catastro Municipal de Santiago de Cali es competente para prescribir las especificaciones técnicas y sujetos pasivos para el envío de la información en medios magnéticos, aunque la fecha de expedición del acto sea posterior a la prevista en el Estatuto Tributario Nacional.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad de la Resolución 1137 del 25 de octubre de 2006 expedida por el Municipio de Santiago de Cali, por la cual se estableció la información, los sujetos obligados, las especificaciones técnicas de la información a presentar en medios magnéticos ante el Municipio de Santiago de Cali, por el año gravable 2005. El demandante consideró que el subdirector administrativo de impuestos, rentas y catastro del municipio violó el parágrafo 3º del artículo 631 del Estatuto Tributario, según el cual las características técnicas para la entrega de la información se deben definir por lo menos con dos meses de anticipación al último día del año gravable sobre el cual se solicita la misma, ya que habiendo sido expedida el 25 de octubre de 2006, se solicitó en forma retroactiva la información correspondiente al año 2005.

Extracto: “Como se advierte, la norma dispuso que es la Subdirección Administrativa de Impuestos, Rentas y Catastro Municipal, el órgano competente para prescribir las especificaciones técnicas que debe tener la información en medios magnéticos que los contribuyentes deben enviar, sin que hubiese establecido un término para ello o sin que haya adoptado el establecido en el parágrafo 3º del artículo 631 del Estatuto Tributario...Con fundamento en la normativa señalada, la mencionada dependencia expidió la Resolución 1137 del 25 de octubre de 2006, mediante la cual estableció “*la información, los sujetos obligados, las especificaciones técnicas de la información a presentar en medios magnéticos*” por el año gravable 2005. La Sala reitera que, de acuerdo con las normas municipales referidas, esa Subdirección era competente para establecer la información a reportar en medios magnéticos, los sujetos obligados y las especificaciones técnicas de la misma, sin que para ello el municipio demandado haya establecido un plazo cierto, o se haya remitido al señalado por el parágrafo 3º del artículo 631 del Estatuto Tributario. En consecuencia, el acto administrativo demandado no violó el artículo 121 de la Constitución Política que, como se dijo, establece un mandato de competencias restringidas, pues el municipio, al permitirle a la Subdirección de Impuestos, Rentas y Catastro Municipal para el desarrollo de las facultades referidas, incorporó en la entidad territorial demandada el procedimiento establecido en el artículo 631 del Estatuto Tributario, ajustado a sus propias necesidades, sin fijar un plazo para el ejercicio de las facultades referidas...Tampoco se puede afirmar que por el hecho de que el municipio haya omitido el plazo fijado en el parágrafo tercero del artículo 631 del Estatuto Tributario para definir

las características técnicas de la información, hubiese perdido la competencia para regular el término de entrega de la misma, porque la Resolución 1137 de 2006 concedió un tiempo suficiente para que los obligados presentaran la información requerida. Por lo tanto, a pesar de que la resolución demandada, mediante la cual se estableció la información a reportar por el año gravable 2005 y sus características técnicas, fue expedida el 25 de octubre de 2006, por fuera de la previsión establecida por el parágrafo 3° del artículo 631 del Estatuto Tributario, lo cierto es que le confirió a los obligados unos plazos razonables para adaptar dicha información a las exigencias técnicas de la Administración, pues el cumplimiento del deber formal de remitirla se debía cumplir a mediados del año 2007. Así, una vez la Administración determina la información a suministrar y las características técnicas de la misma, debe establecer un plazo razonable que le permita a los obligados adaptar los datos a reportar a las exigencias anotadas y, que además, se ajuste a las necesidades del municipio al momento de “...efectuar los estudios y cruces de información necesarios para el debido control de los tributos”, como lo dispone el inciso primero del artículo 631 del Estatuto Tributario. Bajo las anteriores consideraciones, la Sala concluye que la Subdirección Administrativa de Impuestos, Rentas y Catastro de la entidad territorial demandada, era competente para expedir la Resolución 1137 del 25 de octubre de 2006, que no creó un procedimiento diferente al previsto por el Parágrafo 3° del artículo 631 del Estatuto Tributario, y que tampoco vulneró los derechos de los sujetos obligados a informar, a quienes concedió el tiempo suficiente para que presentaran la información requerida.

Sentencia del 15 de octubre de 2015 Exp. 76001-23-31-000-2006-03652-01 (19948) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Medio de control de nulidad

NOTA DE RELATORÍA: Se revocó la sentencia apelada que había decretado la nulidad de la Resolución 1137 del 25 de octubre de 2006 expedida por el Municipio de Santiago de Cali y en su lugar se denegaron las súplicas de la demanda.

4.a. Es deducible en el impuesto sobre la renta el valor pagado por las vacaciones causadas en el año, así como el ajuste efectuado al pagar las mismas correspondientes a años anteriores al gravable, en este último caso sin incluir lo ya deducido.

Síntesis del caso: La administración de impuestos nacionales respecto de la declaración de renta de un contribuyente persona jurídica, respecto del año gravable 2002, desconoció las siguientes deducciones: a) salarios, prestaciones y otros conceptos laborales por \$ 77.823.000; b) por gastos de servicio de TV cable por \$ 2.058.025, por cuotas de sostenimiento de una Corporación Empresarial \$ 4.838.000 y por cuotas de administración del Club Peñalisa \$ 5.188.950 y por la contribución a la Superintendencia de Sociedades \$ 13.584.0000; c) descuento tributario por donaciones \$ 204.364.000. Asimismo impuso sanción por inexactitud por \$ 406.974.000, incrementó la sobretasa en \$ 12.212.000. El rechazo de los pagos prestacionales estuvo centralizado en el desconocimiento de la deducción por vacaciones por \$ 77.823.000 debido a que para el cálculo se utilizó un factor diferente al de 4.1666 % que representa los días hábiles de vacaciones remuneradas a que tiene derecho un trabajador (15/360). Para la actora, la DIAN desconoce que la ley no limitó la determinación del gasto por vacaciones a ese porcentaje puede variar. En cuanto a los pagos a la Corporación Empresarial, al Club Peñalisa y al Departamento del Meta no reúnen los requisitos de las expensas necesarias por cuanto no tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta. La DIAN no aceptó el descuento tributario por donaciones al no estar determinado como la diferencia entre el valor de venta y el de compra de las acciones, sino al contrario haber incluido una valorización dentro del valor del costo fiscal.

Extracto: “Según el artículo 105 del citado estatuto, se entiende causada una deducción cuando nace la obligación de pagarla. En concordancia con lo anterior, el artículo 48 del Decreto 2649 de 1993 señala que en la contabilidad de causación los hechos económicos deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen, y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente. Significa esto, que una operación que afecte el patrimonio debe ser contabilizada cuando se realiza, registrándola en las cuentas que identifican, realmente, la forma como se realizó el hecho económico que afectó al ente. Por eso, en la contabilidad por causación las expensas necesarias que se soliciten en deducción deben

reconocerse y contabilizarse en el período contable en que ocurran. En ese entendido, a la sociedad demandante le correspondía solicitar la deducción por vacaciones en la vigencia gravable en que se configuró la obligación de ese pago laboral, independientemente de que este se realizara o no en el mismo período. De acuerdo con lo dispuesto en el CST, las vacaciones se causan en el período de un año - 15 días por año de servicio o proporcionalmente por fracción de año cuando no se cumpla el año de servicio- y, por ello, esa erogación debe solicitarse como deducción en esa anualidad, atendiendo al salario ordinario que devengue el trabajador. Pero dado que la ley laboral exige que las vacaciones se paguen con el último salario devengado por el trabajador al tiempo del disfrute o de compensación en dinero, esa situación puede generar una diferencia entre: **El valor de las vacaciones causadas:** Liquidadas sobre el salario ordinario del trabajador en el momento en que nace la obligación de pagarlas. Como se explicó, esa obligación de pago surge por cada año de servicio -15 días de vacaciones remuneradas se disfruten o no-, o proporcionalmente por fracción de año - en la terminación del contrato antes del cumplir el año de servicio-. **El valor de las vacaciones efectivamente pagadas:** Liquidadas sobre el último salario del trabajador en la fecha de disfrute o de la compensación en dinero, por el año laborado o proporcionalmente por fracción de año. En esta liquidación se tienen en cuenta los días que efectivamente disfrute el trabajador o se compensen en dinero. Por tanto, no siempre se liquidará por el término de 15 días ni se aplicará el porcentaje del 4.166% (15/360). Como en el momento en que se causan las vacaciones el ente económico no tiene certeza de cuando realizará el pago de las mismas, el artículo 76 del Decreto 2649 de 1994 permite que se realice una estimación de esa erogación. Las cantidades así estimadas se deben ajustar al cierre del período, determinando el monto a favor de cada empleado de conformidad con las disposiciones legales y los acuerdos laborales vigentes.

Empero, es del caso enfatizar que de acuerdo con las normas del sistema de causación, el ajuste de las vacaciones solo puede llevarse como deducción cuando surge para la sociedad la obligación de pagarlas, que en los términos de la legislación laboral, se presenta cuando la sociedad realiza el pago con el último salario devengado por el trabajador, pues es en ese momento en que se causa esa diferencia. En ese orden de ideas, las sociedades pueden llevar como deducción por vacaciones en un período gravable: i) las causadas en esa vigencia y, ii) el ajuste que surge por la diferencia del valor de las vacaciones causadas en períodos anteriores y el pagado por estas en ese período...En ese entendido, la actora no desvirtuó el cálculo de las vacaciones causadas en el año 2002 efectuado por la DIAN, con fundamento en los libros contables de la sociedad.

b. Es deducible el pago de las cuotas de administración del inmueble donde está la fábrica del contribuyente pero no el pago de la cuota de administración de un club recreativo al no demostrarse la incidencia con la productividad de la empresa.

Extracto: La Sala encuentra que *las cuotas de administración pagadas a la Corporación Empresarial*, donde se encuentra ubicada una de las fábricas de la sociedad, resulta indispensable para que la sociedad pueda realizar su actividad generadora de renta. Esta erogación es necesaria porque está dirigida a satisfacer los gastos de sostenimiento de las zonas comunes del centro empresarial, y en el caso de que no se pagaran, la sociedad no podría desarrollar su actividad o funcionar en esa planta. Además, es un gasto normalmente acostumbrado en la actividad, lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes. Adicionalmente, la erogación (\$4.838.000) no es desproporcionada en relación con los ingresos que obtuvo el contribuyente (\$57.283.401.000). En consecuencia, procede la deducción de las cuotas de administración del centro empresarial. En cuanto a *las cuotas de administración pagadas al Club Puerto Peñalisa*, la Sala encuentra que no cumplen con los requisitos exigidos para que las erogaciones sean deducibles en el impuesto de renta. Si bien la sociedad afirma que esta erogación corresponde al pago de una casa ubicada en el club, utilizada para relaciones públicas, lo cierto es que en el expediente no se encuentra probada su injerencia en la productividad de la sociedad, ni que la expensa se hizo en cumplimiento de las obligaciones inherentes a la buena gestión empresarial, lo que demostraría que es necesaria para la actividad productora de renta de la empresa. Al no encontrarse probado que la erogación reúne todos los presupuestos del artículo 107 del Estatuto Tributario, no procede la deducción por este concepto. En consecuencia, se declarará la procedencia de la deducción por cuotas de administración del centro empresarial en la suma de \$4.838.000 y la improcedencia de la deducción por cuotas de administración al Club Puerto Peñalisa por valor de \$5.188.950.

c. No procede el descuento tributario por donación de acciones cuando en el valor intrínseco de las acciones, tomado como descuento, se han incluido las valorizaciones de las acciones.

Extracto: Para resolver el presente asunto es importante precisar que para la época de los hechos se encontraba vigente el artículo 249 del Estatuto Tributario, que permitía a los contribuyentes descontar del impuesto sobre la renta y complementarios, el 60% de las donaciones que efectuaran durante el año gravable a las instituciones de educación superior. Para la procedencia del descuento tributario, el artículo 125-2 *ibidem* prescribía que cuando la donación recayera sobre títulos valores estos debían estimarse a precios de mercado de acuerdo con el procedimiento establecido por la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera. 4.5. En el año 2002, el procedimiento dispuesto por la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera, para determinar el valor de los títulos valores, era el contemplado en la Resolución No. 1200 de 1995. El artículo 1.7.1.8. de esa normativa permitía a los contribuyentes utilizar como forma de valoración de las acciones “el valor intrínseco de acuerdo con la última información divulgada por el emisor”. El valor intrínseco de la acción ha sido definido por la doctrina como “una valoración de las participaciones de capital, para lo cual se tiene en cuenta la realidad patrimonial de la sociedad”. Incluso se ha sostenido que “el valor real de una acción puede obtenerse con cierta aproximación mediante la división del capital contable entre el número total de ellas”. Es por eso que cuando la Superintendencia Financiera exige que los títulos valores se determinen con el valor intrínseco, lo hace para efectos de controlar que el valor de esas inversiones reflejen la real situación económica y financiera del ente societario. De ahí que no deba incluirse en ese cálculo el valor correspondiente a las valorizaciones, puesto que las mismas no son un derecho o bien real para el contribuyente, sino una expectativa de que el título puede valer más de lo que se registró por el activo en los libros de contabilidad.

Sentencia del 12 de noviembre de 2015 Exp. 15001-23-31-000-2006-01907-01 (19.708) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

* Salvamento parcial de voto Doctora Martha Teresa Briceño de Valencia.

SECCIÓN QUINTA

1. Se niega la nulidad del acto de elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia para el período 2015-2019.

Síntesis del caso: Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, sí: 1. Se vulneraron las normas superiores invocadas por el demandante por haberse publicado tardíamente en el Diario Oficial el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014. 2. Dicha vulneración afecta la legalidad del acto de elección acusado, esto es, el Acuerdo No. 020 del 28 de noviembre de 2014.

Extracto: “(...) el presente asunto la controversia gira en torno al principio de publicidad del procedimiento administrativo adelantado por la UNAD para la designación de Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de dicho ente autónomo, por la publicación tardía en el Diario Oficial del cronograma señalado al efecto, esto, es el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014. Sea lo primero advertir que para determinar si dicho principio fue trasgredido o no, debe recordarse que la Sección determinó que a dicho procedimiento no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, ni la primera parte del C.P.A.C.A., sino las normas que al efecto ha establecido la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, toda vez que, existe plena prueba de que dicho ente autónomo tiene disposiciones concretas acerca de cómo debe realizarse el proceso de selección del rector. (...) La Universidad Nacional Abierta y a Distancia cuenta con un procedimiento especial para la designación del rector, el cual fue desarrollado

ampliamente por los Acuerdos No. 11 de 2010 y 013 de 2014, razón por la cual resultan inaplicables al proceso de elección objeto de estudio las normas contenidas en la primera parte del C.P.A.C.A., entre ellas, el artículo 65 que se refiere al deber de publicación de los actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial. En otras palabras, al procedimiento de designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional no le eran aplicables las normas indicadas como violadas por el demandante, en virtud de la autonomía universitaria que detenta dicha institución de educación superior. La Sección ha sostenido que el requisito de publicidad de un acto general no es un requisito de validez del mismo, sino de oponibilidad salvo que con base en ese acto se expida un acto particular y concreto, evento en el cual la publicidad del acto general se convierte en requisito de validez del acto particular. La Sala se reafirma en esta tesis, pues es claro que los principios de publicidad y transparencia que permean la función electoral, imponen que los actos sean puestos en conocimiento de la sociedad en general, y por consiguiente, implica que la publicación se erija como presupuesto de validez del acto de elección, cuando aquel está precedido por una actuación administrativa. En el caso concreto, es claro que el requisito de publicidad se satisfizo pues, como se explicó en el acápite precedente, la publicación de los actos generales se realizó de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia para la elección del rector. En consecuencia, aunque la publicación del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, sí se erige como requisito de validez del Acuerdo No. 020 de 2014, lo cierto es que al cumplirse plenamente la divulgación del acto general, no se configura ningún reproche en el acto de elección. De lo expuesto en precedencia se concluye: 1) De conformidad con la postura jurisprudencial rectificadora por la Sección Quinta en sentencia del 15 de octubre de 2015 y acogida en esta providencia en su integridad, la publicación en el Diario Oficial de los actos administrativos de carácter general proferidos por las universidades no es obligatoria. 2) En el caso concreto, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 no era aplicable a la elección del Rector de la UNAD, habida cuenta que dicha institución cuenta con normativa universitaria especial que guiaba el procedimiento de elección del rector y que rige de preferencia sobre el mismo conforme lo establece el inciso 3° del artículo 2° ejusdem. 3) La naturaleza jurídica del Acuerdo No. 013 de 2 de septiembre de 2014 es un acto de carácter general. 4) Al no ser aplicables las normas de la Ley 1437 de 2011 y al autorizar la normativa universitaria especial la divulgación del cronograma a través de un periódico de amplia circulación nacional, se acreditó que se satisfizo el principio de publicidad, comoquiera que se convocó a la ciudadanía a través de mensaje difundido en el periódico “El Tiempo” el día 15 de septiembre de 2014 y de la página web de la universidad, cumpliéndose suficientemente la finalidad de enterar a la comunidad académica de este importante proceso de elección. 5) La publicación de los actos generales del proceso de elección del rector de la UNAD se realizó de acuerdo con las exigencias que las normas universitarias impusieron, razón por la cual el acto de elección que se originó en aquellos, no adolece de ningún vicio que afecte su validez. Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad del Acuerdo No. 020 de 2014 por medio del cual se designó como Rector de la UNAD al señor Jaime Alberto Leal Afanador advirtiéndolo a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recurso alguno”.

Sentencia de 26 de noviembre de 2015. Exp. 11001032800020150000300 M.P. ROCIO ARAÚJO OÑATE

2. Se decreta la suspensión provisional del Acuerdo 11 de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional del Rama Judicial, en cuanto declaró la elección de Vicente Calixto De Santis Caballero como Representante de los Jueces y Magistrados ante el Consejo de Gobierno Judicial.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad electoral el señor William Efraín Castellanos Borda, instauró demanda con el objeto de que se declare la nulidad de la elección como Representantes al Consejo de Gobierno Judicial de Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria por considerar que el acto se expidió de forma irregular.

Extracto: “(...) procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda presentada por el ciudadano William Efraín Castellanos Borda y sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró la elección de Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria como Representantes de los Jueces y Magistrados y Empleados, respectivamente, al Consejo de Gobierno Judicial. (...) es claro que en 316 mesas en el cuadro en precedencia, existen

inconsistencias en la sumatoria de los votos depositados. Tales inconsistencias recaen sobre 2854 votos, lo que significa que estos fueron sumados o restados erróneamente en las mesas reseñadas. Aunque, tal como lo señala el actor, del documento analizado es imposible determinar a qué candidato fue asignada o restada la votación, estos votos, que fueron equivocadamente descontados o adicionados en las mesas de votación señaladas, puede tener la entidad suficiente para afectar el resultado electoral, puesto que se constituye en el 62.6 % de la votación total para Representante de Funcionarios, que fue de 4559 votos -según el Acta de Escrutinio General que obra a folio 191 del expediente- y la diferencia entre el candidato electo como Representante de los Jueces y Magistrados, y el segundo en votación fue de 345 votos -según la misma Acta de Escrutinio General-. Entonces, resulta evidente para esta Sala Electoral, que las inconsistencias en la sumatoria de los votos en el Acta de Escrutinio General Representante de los Funcionarios-2015, es de tal entidad que resultaría afectado el resultado final, puesto que supera más de tres veces el número de votos obtenido por el candidato que resultó electo que fue de 824 votos. Del anterior análisis, no existe hesitación alguna en esta etapa procesal sobre las irregularidades acaecidas en el proceso electoral adelantado por la Comisión Interinstitucional, específicamente en la consolidación de los resultados en el Acta de Escrutinio General para Representante de los Funcionarios, por lo que viciado el procedimiento que conllevó a la declaratoria de la elección del Representante de los Jueces y Magistrados, y por lo representativo y relevante del número de votos alterados, frente a la votación total, y la votación obtenida por los elegidos es ostensible su incidencia en el resultado final, por lo que es evidente que dicha elección resultó afectada. (...). En razón a que, si bien es cierto que la acción de nulidad electoral, por mandato constitucional, debe decidirse en un término máximo de 6 meses si se trata de única instancia, como en este caso, el constituyente derivado en el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 -Reforma Equilibrio de Poderes- indicó un procedimiento eleccionario concreto y específico para la conformación del nuevo órgano encargado de gobernar y administrar la Rama judicial, que establece plazos perentorios para la elección escalonada de sus miembros estamentarios y permanentes, así como del gerente, por esta razón, estima la Sala que es indispensable que se garantice tanto para los electores como para los elegidos de los Representantes de los jueces y Magistrados y Empleados la efectiva representación, y que esta corresponda a la verdadera voluntad de sus pares, tal como fue establecido en la Reforma Constitucional de 2015, por consiguiente, es evidente que en el asunto objeto de debate concurren los dos principios antes referidos, puesto que la irregularidades en la elección de funcionarios son de tal magnitud que el resultado no refleja la verdadera voluntad de los electores. Por lo tanto mientras se surte el trámite del proceso, es menester decretar la medida de suspensión provisional del acto de elección del representante de los funcionarios, pues tal como se ha indicado está demostrado que existen razones para desatender la presunción de legalidad del acto demandado, en virtud de proteger el principio de apariencia de buen derecho. Así las cosas, teniendo en cuenta que las falencias en la consolidación de la votación en el Acta de Escrutinio General para representante de Funcionarios son de la entidad suficiente para modificar los resultados, considera esta Sala de decisión que el acto de declaratoria de elección del Representante al Consejo de Gobierno Judicial de los Jueces y Magistrados se expidió de forma irregular por lo que se debe decretar la suspensión provisional del Acuerdo No. 11 de 2 de septiembre de 2015 “Por medio del cual se declaran elegidos los Representantes de Magistrados de Tribunal y Jueces y Empleados de la Rama Judicial para conformar el Consejo de Gobierno Judicial” en lo referente a la elección de Vicente Calixto De Santis Caballero. Por tanto habiendo valorado las pruebas referenciadas conforme a la sana crítica, sistema consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, las reglas de la lógica y la experiencia, llevan a la persuasión racional, libre de discrecionalidades y arbitrariedades, acerca del conocimiento de que la irregularidades y falencias en el proceso de elección de los Representantes al Consejo de Gobierno Judicial afectaron el resultado final de la votación.

Auto de 26 de noviembre de 2015. Exp. 11001032800020150002600 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

3. Se revoca sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca y en su lugar se declara probada la excepción de cosa juzgada.

Síntesis del caso: *Corresponde a la Sala determinar si la sentencia a quo, que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca por encontrarse inhabilitada, debe confirmarse o si, por el contrario, procede su revocatoria.*

Extracto: “Para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material y, por consiguiente, no puede existir un nuevo pronunciamiento en relación con el acto de elección de la señora Paola Umaña Aedo como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca para el periodo 2014-2018. Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el caso sub examine, se tiene lo siguiente: - De acuerdo con lo dicho en el acápite de antecedentes procesales, es claro que contra la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como rectora del Colegio Mayor del Cauca, a la par del presente proceso, también se adelantó otro que se identificó con el número 2015-00044. - Que, dentro del proceso electoral No. 2015-00044, el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 12 de junio de 2015, declaró la nulidad del acto acusado. - Esa decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo mediante fallo del 24 de septiembre de 2015. -Por otra parte, mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de electoral No. 2009-00043, Dte. Luis Guillermo Céspedes, nuevamente declaró la nulidad del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Las anteriores precisiones permiten a la Sala concluir que: a) Tanto en el proceso electoral No. 2014-00044, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 12 de junio y del 24 de septiembre de 2015, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala, la demanda recae sobre el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Es decir, existe identidad de objeto. b) Que la sentencia anulatoria de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra debidamente ejecutoriada, tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (material) y, por tanto, el asunto en ella debatido no puede ser nuevamente objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción. Esto es, la sentencia de anulación produce cosa juzgada de efectos absolutos y, por consiguiente, es oponible a todos, hallan o no intervenido en el proceso, pues la nulidad decretada, se reitera, tiene efectos erga omnes. A juicio de esta Sala, la decisión contenida en la sentencia del 24 de septiembre de 2015 de esta Corporación es de imposible desconocimiento y de obligatoria observancia, en cuanto que confirmó la sentencia del 12 de junio de 2015 en el sentido de declarar la nulidad del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014, por el cual se designó a la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Las consideraciones que anteceden son suficientes para que la Sala, en ejercicio del poder que le reconoce el artículo 187 inciso segundo del CPACA. y el artículo 282 del Código General del Proceso, estime que en el presente caso se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada”.

Sentencia de 20 de noviembre de 2015. Exp. 19001233300020150004301 M.P. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

4. Se niega la nulidad del acto de elección del señor José Aquilino Rondón González como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Síntesis del caso: *Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial si: Se materializó la causal de nulidad contenida en el numeral 2º del artículo 275 del CPACA, por el hurto de los documentos del proceso electoral llevado a cabo el 3 de diciembre de 2014 en el CREAD de la UPTC en la ciudad de Yopal, si se configuró la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 275 del CPACA, porque el acta de escrutinio parcial de las votaciones del 3 de diciembre de 2014 realizadas en el CREAD de la UPTC en la ciudad de Yopal registró información falsa debido a que: i) hubo mayores votos que votantes y ii) se presentó duplicidad en la votación y si la Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 se profirió con expedición irregular, toda vez que, desconoció el procedimiento que le impuso la normativa*

universitaria contenida en la Resolución N° 5121 de 2014, en la Resolución N° 2735 de 2006 y en el Acuerdo Superior N° 066 de 2005.

Extracto: “(...) en el expediente se encuentra probado tanto por prueba documental, como por prueba testimonial que los documentos electorales de los comicios realizados en el CREAD de Yopal el día 3 de diciembre de 2014 fueron hurtados de la oficina del profesor José Weimar González Pulido. Así las cosas, haciendo un análisis teológico y sistemático de la causal invocada, la Sala encuentra que dentro de la acepción “destruir” también puede incluirse la pérdida del material electoral por hurto, toda vez que, la finalidad de la norma es que pueda declararse la nulidad de la elección cuando el material electoral ha desaparecido, es decir, cuando no haya certeza del resultado obtenido. Esto es así, porque con dicho motivo de anulación se busca dotar de plena transparencia y validez al proceso electoral. (...). Es evidente que el hurto conlleva a las mismas consecuencias de la destrucción del material electoral, pues es claro que ante su ausencia, no hay forma de dotar al proceso electoral de las garantías de transparencia, ni de garantizar el respeto por la decisión tomada por los electores en la urnas. Pese a lo anterior, en el caso concreto, dicha causal de nulidad no se materializa, toda vez que, en el proceso de elección del Representante de Egresados ante el Consejo Superior de la UPTC sí se tiene certeza de cuál fue la voluntad de los electores. La normativa universitaria impone que el mismo día de las elecciones el acta parcial repose en los archivos de la Secretaria General de la UPTC. La Sala encuentra que las disposiciones en cita se materializaron a cabalidad en el caso concreto, pues en el expediente obra prueba documental y testimonial que acreditan que el acta parcial de escrutinio correspondiente a las elecciones de Representante de Egresados de la UPTC llevadas a cabo en la ciudad de Yopal fueron remitidas por medios electrónicos a la sede central de la universidad el mismo día en el que se celebraron las elecciones. Como puede observarse la prueba documental allegada da cuenta, sin tachones ni enmendaduras de algún tipo, que el acta de escrutinio parcial remitida por medios electrónicos contiene con exactitud los resultados obtenidos en el CREAD de Yopal. Ahora bien, es un hecho aceptado tanto por el demandante como por el demandado que el acta parcial de escrutinio contentiva de los resultados de la elección del Representante de Egresados fue enviada a la Secretaria General de la UPTC por fax y por correo electrónico el día de las elecciones. Por su parte, en las Actas N° 32 y 33 de diciembre de 2014, así como en el Acta N° 02 de febrero de 2015 del Comité Electoral, visibles a folio 59 y siguientes, se reconoce que los resultados de la elección del Representante de Egresados en Yopal fueron enviados vía correo electrónico y por fax el día 3 de diciembre de 2014. A lo anterior se suma, que los jurados de votación, que suscribieron el acta parcial transcrita y quien fungieron como testigos en el proceso electoral de la referencia, coincidieron en afirmar que el acta de escrutinio parcial fue enviada por medios electrónicos el mismo día de las elecciones y que aquella no tenía ninguna alteración o anomalía alguna. Así las cosas, es evidente que la causal de nulidad del numeral 2° del artículo 275 del CPACA no se materializa, pues aunque el material electoral físico de la ciudad de Yopal fue hurtado, el acta parcial remitida por medios electrónicos permite dar cuenta con certeza cuantos fueron los votos depositados y cuál fue la votación obtenida para candidato”.

Sentencia de 26 de noviembre de 2015. Exp. 11001032800020150000800 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

* Con aclaración de voto de la Doctora Rocío Araújo Oñate.

SALA DE CONSULTA

1. La vinculación de Colombia a las operaciones de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán (“ISAF” por sus siglas en inglés) no puede formalizarse mediante un acuerdo de procedimiento simplificado, y menos aún puede un acuerdo simplificado estar al margen de un tratado solemne. En efecto, a través de ellos el Presidente de la República no puede adquirir obligaciones internacionales que excedan, amplíen, rebasen o superen las que han sido previamente asumidas mediante un tratado celebrado con las formalidades que exigen esos instrumentos.

Síntesis del caso: *El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil absolver una consulta relacionada con los acuerdos de procedimiento simplificado que puede celebrar el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y, en particular, sobre el marco jurídico que debe observar el titular del Ejecutivo para atender, de ser el caso, la exhortación que el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (en adelante CSONU), realizó a los Estados Miembros a través de resolución 1386 de 2001, para el aporte de: "...personal, equipo y otros recursos de asistencia para la seguridad..." en Afganistán.*

Extracto: "Colombia es miembro fundador y signatario de la Carta de la ONU, aprobada por la ley 13 de 1945. (...) El propósito de la ONU es mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin puede tomar decisiones colectivas para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz. Tales medidas pueden ser preventivas y coercitivas para lo cual los Estados miembros "prestarán toda clase de ayuda", destacándose que estas últimas se adoptarán de acuerdo con lo prescrito en el Capítulo VII de la Carta de la ONU. Ahora, de una manera más concreta el artículo 25 de la Carta de la ONU dispone que "los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta". Y el Artículo 48 indica en el numeral 1 que "la acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad", y el numeral 2 que "dichas decisiones serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte". Lo expuesto permite sostener que de acuerdo con la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad puede adoptar decisiones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, que se sujetarán a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta y que las decisiones así adoptadas obligarían a los Estados miembros de la ONU. (...) De conformidad con el Capítulo V de la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad está integrado por 15 Estados miembros, cinco de ellos permanentes (China, Francia, la Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América) y otros diez que son elegidos para un período de dos años siguiendo un criterio que garantice una distribución geográfica equitativa. La responsabilidad primordial del Consejo es mantener la paz y la seguridad internacionales. (...) Analizando lo dispuesto en el Capítulo V de la Carta de la ONU, las funciones y facultades del Consejo de Seguridad son: Mantener la paz y la seguridad internacionales de acuerdo con los principios y propósitos de las Naciones Unidas; investigar toda controversia o situación susceptible de conducir a fricción internacional; recomendar los métodos de ajuste de tales controversias o las condiciones de un arreglo pacífico; elaborar planes para el establecimiento de un sistema de regulación de los armamentos; determinar la existencia de una amenaza a la paz o un acto de agresión y recomendar las acciones que deben adoptarse; exhortar a los Estados Miembros a aplicar sanciones económicas y otras medidas que no impliquen el uso de la fuerza para impedir o detener dicha agresión; adoptar acciones militares contra un país agresor; recomendar la admisión de nuevos Estados Miembros; recomendar a la Asamblea General el nombramiento del Secretario General y, junto con la Asamblea, elegir los jueces de la Corte Internacional de Justicia. Como puede verse, son múltiples las funciones que puede cumplir el Consejo de Seguridad de la ONU como "investigar", "recomendar", "elaborar", "exhortar", "determinar", etc. No obstante, dado los antecedentes y el contexto de la consulta formulada, resulta necesario acudir al Capítulo VII de la Carta de la ONU con el fin de determinar su alcance para los efectos de la consulta formulada. (...) Las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU pueden contener recomendaciones (derecho blando) o decisiones de obligatorio cumplimiento. Sobre el particular la doctrina en el derecho comparado insiste: "debe tenerse en cuenta a este respecto, que la distinción entre decisiones y recomendaciones presenta una importancia capital, ya que solamente las primeras serán obligatorias para todos los estados miembros, según previene el artículo 25" de la Carta de la ONU. (...) Dado que de los antecedentes y el contexto relatado en la consulta, se parte del supuesto del uso de la fuerza en el territorio de Afganistán, estima la Sala que el artículo 43 de la Carta de la ONU, resulta de la mayor importancia. (...) Aún si la decisión de utilizar la fuerza constituyera un mandato obligatorio, por estar contenido en una resolución del Consejo de Seguridad que empleara un lenguaje coercitivo, tal determinación se encuentra supeditada a la celebración de un convenio especial. Y dichos convenios en modo alguno pueden ser considerados como el "desarrollo directo de un tratado" o "un instrumento de ejecución de un tratado", como sería el

caso de los acuerdos simplificados, sino que son instrumentos internacionales calificados por la misma Carta de la ONU como “especiales”, en virtud de los cuales, por la naturaleza de los compromisos que se adquieren, se constituyen en obligaciones nuevas que asume el Estado participante de la operación armada, y por tanto estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios observando sus respectivos procedimientos constitucionales, según el expreso mandato del artículo 43 de la Carta de la ONU, que no sobra reiterar, fue incorporada a la legislación interna por la ley 13 de 1945. En conclusión, la ausencia de los convenios especiales previstos en el artículo 43 de la Carta de la ONU, en donde se establezcan claramente las nuevas obligaciones que el Estado colombiano asumiría, imposibilita su participación en una operación armada. Ahora, si eventualmente se pactara dicho convenio entre el Consejo de Seguridad y el Estado colombiano, tal instrumento deberá cumplir con el trámite constitucional previsto para los tratados, que requieren en el caso colombiano, como se ha explicado, de la participación de las tres ramas del poder público, cada una en el ámbito de su competencia, tal como afirma la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, cuyo último pronunciamiento se encuentra en el Auto 288 de 2010, comentado en este concepto. (...) Lo expuesto permite concluir que la ausencia de los precitados convenios especiales impide que el Estado colombiano envíe tropas o participe en la ISAF, tal como se plantea en la consulta formulada”.

Concepto 2063 de 12 de octubre de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2011-00037-00(2063) M.P. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Levantamiento de reserva legal mediante auto de fecha 9 de noviembre de 2015

2. Teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 2 de 2015 mantuvo la competencia de las asambleas y concejos municipales y distritales para la elección de contralores territoriales, pero modificó el procedimiento que se debe seguir para tal efecto; y que aún no se ha expedido una ley que regule dicha convocatoria pública, se puede aplicar por analogía, mientras se tramita y expide esa ley, el procedimiento previsto en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto Reglamentario No.2485 de 2014.

Síntesis del caso: El Ministerio del Interior solicitó a la Sala de Consulta pronunciarse en relación con el procedimiento que debe seguirse en la elección de contralores territoriales por las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, toda vez que el Acto Legislativo 2 de 2015 dispuso que esa elección se realizaría “mediante convocatoria pública conforme a la ley” y hasta el momento dicha ley aún no se ha expedido.

Extracto: “La reforma al procedimiento de escogencia de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales no es una decisión aislada del Congreso de la República. Responde a un cambio general en el sistema de elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, en al menos dos aspectos que quedaron formulados expresamente en el debate de formación del Acto Legislativo 2 de 2015: a) En primer lugar se buscaba la no intervención de las autoridades judiciales en la elección de los órganos de control, dada la politización que de dicha función habría llegado a producir, según la exposición de motivos, dentro de la judicatura. Esto implicó, entre otros cambios, la reforma tanto del artículo 267 de la Constitución Política en relación con la elección de Contralor General de la República, como del artículo 272 respecto de los contralores territoriales; b) En segundo lugar se consideró necesario sujetar la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a procedimientos de selección que garantizaran la participación ciudadana y el acceso al servicio público de las personas más capacitadas y transparentes. Así, en la ponencia para primer debate se establece expresamente que uno de los ejes centrales de la reforma constitucional es “el mejoramiento del sistema de controles adoptando reglas para impedir el intercambio de favores entre controladores y controlados” y “la implementación de procesos de transparencia efectiva para la postulación y elección de candidatos a los órganos de control”. Este objetivo se concretó en la sujeción de toda elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a un procedimiento público y meritativo de “convocatoria pública”, definido en el artículo 126 de la Constitución Política. (...) A este procedimiento de convocatoria pública quedaron sometidas además de manera expresa las elecciones de los miembros de la Comisión de Aforados (artículo 178A), de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 231), de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (artículo 257), del Contralor General de la República (artículo

267) y de los contralores territoriales (artículo 272). Hace notar la Sala que lo establecido en el citado artículo 126 constituye el régimen general o de condiciones mínimas de este tipo de procedimientos de selección -sujeción a la ley y a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito-, de modo que es aplicable a todas las convocatorias públicas que se mencionan en las normas constitucionales anteriormente relacionadas, con las cuales se da una relación de complementariedad y no de exclusión. Esto último significa para el caso analizado que los principios enunciados en el inciso 4° del artículo 272 de la Constitución Política para la elección de contralores territoriales (publicidad, transparencia, participación ciudadana, objetividad y equidad de género), deben completarse con “el criterio de mérito” que de manera adicional se incluyó en el artículo 126 en cuestión. (...) El Acto Legislativo 2 de 2015 modificó, entre otros aspectos, la forma de elección de los contralores territoriales, en el sentido de que esta ya no se hará por las asambleas y concejos a partir de ternas elaboradas por los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino mediante una convocatoria pública conforme a la ley y con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito (artículos 126 y 272 C.P.). Toda vez que la reforma constitucional es reciente y el legislador aún no ha expedido la ley especial que regirá este tipo de convocatorias públicas, se consulta si resultaría aplicable por analogía la legislación que regula el concurso público de méritos para la elección de personeros municipales o, en su defecto, alguna otra ley que la Sala considere aplicable al asunto. Pues bien, la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera: “Artículo 8°. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. (...) La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante. Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público -de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía. (...) También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria, sancionatoria, de inhabilidades e incompatibilidades y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas o prohibitivas. (...) Cuando la competencia administrativa existe y de lo que se trata es de establecer el procedimiento para su aplicación, como sucede en el caso que se revisa, la analogía puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, más aun cuando esta tiene rango constitucional. De hecho el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no puedan invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2° y 34 CPACA). Por tanto, bien sea por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades públicas también son responsables por omisión en el cumplimiento de sus funciones (artículo 6° C.P.). Además, el propio CPACA consagra principios orientadores que como indica su artículo 3° sirven a las autoridades para “interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos”. Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor- iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocería, precisamente, el principio de legalidad. Por tanto, frente al interrogante planteado por el organismo consultante, la

Sala considera que en la elección de contralores territoriales a cargo de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puede aplicarse por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014, sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, que regulan una situación semejante a la que debe resolverse ahora: elección de un funcionario de control territorial por parte de una corporación pública local. En esa normatividad se aplican los principios que exigen los artículos 126 y 267 de la Constitución Política (solo habría que agregar en las convocatorias un criterio de equidad de género), por lo que se cumplirían a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

Concepto 2274 de 10 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274) M.P. ALVARO NAMÉN VARGAS. Levantamiento de reserva legal mediante oficio 42451 de 11 de noviembre de 2015 del Ministerio del Interior

3. Los funcionarios de la Auditoría General de la República tienen derecho a una bonificación de un mes de remuneración cada vez que cumplen cinco (5) años al servicio de la entidad. Los quinquenios reconocidos y pagados no pueden volver a contabilizarse para calcular dicho beneficio. En consecuencia, tanto a los cinco (5) como a los diez (10), quince (15) o veinte (20) años de servicio, solo se debe pagar un mes de remuneración, usualmente denominado “quinquenio”.

Síntesis del caso: El Ministerio del Interior solicitó a la Sala de Consulta pronunciarse sobre la forma en que se debe liquidar el quinquenio a los empleados de la Auditoría General de la República, y determinar si es legal liquidar y pagar a tales funcionarios, cada vez que cumplen diez (10), quince (15) y veinte (20) años de servicio a la entidad, dos, tres o cuatro meses de remuneración, respectivamente, pese a que al momento de cumplir el primer, segundo o tercer “quinquenio” se les hubiese ya pagado dicha bonificación especial.

Extracto: “Los elementos de esta bonificación o quinquenio son los siguientes: (i) su monto es de 1 mes de remuneración; (ii) se obtiene por cada periodo de cinco (5) años de servicios en la institución; y (iii) para recibirla es necesario no haber tenido sanción disciplinaria ni de ningún otro orden dentro del respectivo periodo. Según la jurisprudencia, es una contraprestación especial que busca exaltar la función pública de control y que constituye un “estímulo y reconocimiento a la lealtad de quienes deciden permanecer a su servicio y a la cualificación que implica permanecer por años en el desempeño de cargos en el mismo ramo, lo que se traduce en eficiencia e idoneidad”. Sobre la periodicidad (cada 5 años) y la condición negativa de la cual pende esta bonificación (no haber tenido sanción disciplinaria) no existe discusión. Tampoco existe duda de que cuando el funcionario cumple sus primeros cinco años en la entidad recibe una bonificación de un (1) mes de remuneración. El problema se encontraría en la determinación de la suma a pagar cuando el funcionario cumple 10, 15 o 20 años de servicio y así sucesivamente, pues se plantea si en cada uno de esos eventos sería posible entender que el monto de la bonificación no sería solamente de un (1) mes de remuneración, sino que equivaldría al número de “quinquenos” laborados por el funcionario en la entidad (cada vez empezando de cero en la contabilización del tiempo servido): dos (2) salarios cuando se cumplen 10 años, otros tres (3) salarios cuando se llega a 15 años de servicio, cuatro (4) salarios a los veinte años y así hasta el retiro definitivo del funcionario. La consulta plantea entonces el interrogante de si esta última interpretación de la norma transcrita es o no posible, aspecto sobre el cual pasa a pronunciarse esta Sala. Según el Código Civil, la interpretación de la ley debe seguir varios criterios: (i) si el sentido de la ley es claro no se debe desatender su tenor literal (artículo 27); (ii) cuando existen expresiones oscuras se puede recurrir a la intención o espíritu de la ley claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento (ibídem); (iii) las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador les haya dado un significado especial (artículo 28); (iv) las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les dan quienes ejercen la respectiva actividad, salvo que la propia ley les haya dado otro valor (artículo 29); (v) la ley debe interpretarse sistemáticamente tanto internamente (entre sus diversas disposiciones) como en relación con otras normas que regulen el mismo asunto (artículo 30); (vi) las leyes deben interpretarse íntegramente (artículo 31); y (vii) si las reglas anteriores de interpretación fueran insuficientes, los pasajes oscuros o contradictorios de la ley se

interpretarán de la forma que mejor parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural (artículo 32). En general, como indica el artículo 31 del Código Civil, el uso de los diversos instrumentos que ese estatuto otorga para la interpretación de las leyes debe orientarse a la búsqueda del “sentido genuino” de la norma, de manera que los operadores jurídicos garanticen una aplicación adecuada de la misma. Además la interpretación debe ser conforme a la Constitución (artículo 4 C.P.) y, en asuntos laborales, atender también el principio de favorabilidad en caso de “duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho” (artículo 53 C.P.). Pues bien, al confrontar la norma analizada con los criterios de interpretación antes expuestos, la Sala observa que no existen expresiones oscuras o palabras técnicas o con significado legal especial; por el contrario, la norma acude a un lenguaje usual y de fácil entendimiento, lo cual determina el uso de la regla de interpretación del artículo 28 del Código Civil: atender al sentido natural y obvio de las palabras usadas por el legislador. Sobre esta base, la Sala encuentra que cuando la norma se refiere al “pago de una bonificación especial de un mes de remuneración por cada período de cinco años cumplidos al servicio de la institución” es clara al establecer que el pago a que se tiene derecho es el equivalente a un (1) mes de remuneración cada que se cumplen cinco años de servicio a la entidad. No se observa en la norma, ni expresa ni tácitamente, una regla de acumulación sucesiva de tiempos, bajo la cual se pueda borrar hacia el pasado los quinquenios ya pagados conforme a la ley. De este modo, cuando el funcionario cumple diez, quince o veinte años de servicio tiene derecho solamente a “un mes de remuneración” por los últimos cinco (5 años) que ha servido a la entidad, pues los anteriores quinquenios, en la medida en que le ya le han sido reconocidos y pagados, no pueden contabilizarse nuevamente para calcular la bonificación. Lo contrario implicaría un doble o triple o cuádruple pago de los quinquenios que la disposición en cuestión no consagra bajo ninguna modalidad. (...) En síntesis, la aplicación de la norma estudiada en los términos en que ha quedado planteada (una remuneración cada cinco años de servicio sin lugar a acumulación sucesiva de periodos), además de corresponder al sentido natural y obvio de sus palabras, también está acorde con el espíritu general de la legislación y la equidad natural (artículo 32 del C.C.), pues cumple la finalidad de remunerar adecuadamente la labor de los funcionarios de la Auditoría General de la República, sin resultar excesiva o desproporcionada. No sobra advertir que el uso de los recursos públicos se encuentra estrictamente reglado y su administración debe hacerse con criterios de economía y eficiencia, además de estar sujeta a controles financiero, de legalidad, de gestión y de resultados (artículos 267 C.P. y 9 de la Ley 42 de 1993). Asimismo, es necesario tener presente que los servidores públicos tienen el deber de hacer un uso razonable y adecuado de los bienes, presupuestos y recursos a su cargo (numerales 4 y 5 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002) y que les está prohibido incumplir sus deberes o extralimitar sus funciones, así como dar lugar a la pérdida de bienes o elementos bajo su custodia (numerales 1 y 13 de la Ley 734 de 2020). Por tanto, es del caso recordar que un uso inadecuado de los recursos públicos puede generar responsabilidades disciplinarias, fiscales e incluso penales para los servidores públicos.”

Concepto 2249 de 30 de abril de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00044-00(2249) M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Levantamiento de reserva legal mediante auto de 20 de noviembre de 2015

ÍNDICE TEMÁTICO

ACCIONES DE TUTELA

- Se accedió a las pretensiones de un integrante de la etnia Páez, ubicada en el Municipio de Santander de Quilichao, a quien se le vulneraron los derechos fundamentales de petición y debido proceso por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, por no darle una respuesta clara y en término a su solicitud de adelantar el trámite de registro de las autoridades del cabildo indígena de Jerusalén.
- Se rechazó por improcedente la acción de tutela en la que el actor pretendía que se le concediera la pensión gracia por exceder el término razonable del requisito de inmediatez, toda vez que la acción se interpuso ocho meses después de proferida la sentencia que cuestiona.
- Se ordenó al Colegio Militar Antonio Nariño que implemente acciones tendientes a la adecuación de su Manual de Convivencia Escolar de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2015 relacionados con el acoso escolar.

SECCIÓN PRIMERA

- Se cancela parcialmente el certificado de registro de la marca Kola Sol, en consideración a que no está siendo utilizada para producir y comercializar uno de los productos contenido en la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza, esto es, cerveza.
- A la demanda se deben acompañar tanto la copia del acto principal como la de aquellos que se hayan expedido en virtud de la resolución de los recursos interpuestos contra él; y las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecutoria.
- El término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se suspende en los casos en que se intente la conciliación prejudicial sin requerirse, aún en vigencia de la Ley 640 de 2001.

SECCIÓN SEGUNDA

- La comisión seccional de personal de Antioquia de la Registraduría Nacional del Estado Civil no puede elaborar lista unificada de elegibles, al no estar contemplada en el Decreto 3492 de 1986, puesto que no hubo ganadores en el concurso de mérito.

SECCIÓN TERCERA

- Se unifica criterio jurisprudencial en torno a la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, cuya calidad de sucesor procesal la ejercerá el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, reglamente lo pertinente (se inaplica el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 por inconvenional, inconstitucional e ilegal).
- Se accede a la solicitud de terminación de un proceso de controversias contractuales por transacción efectuada entre las partes, lo cual se dio al verificarse que este no causa detrimento injustificado al patrimonio de la entidad pública demandada, que cuenta con autorización correspondiente y que se encuentra suscrito por las personas legalmente facultadas para obligar a las partes involucradas en el proceso.
- Se denegaron las pretensiones de una acción de controversias contractuales interpuesta contra el Fondo Nacional del Ahorro, mediante la cual se pretendía el restablecimiento económico de un contrato de prestación de servicios para recaudo prejudicial de cartera morosa, ante la falta de demostración de los perjuicios supuestamente causados a la actora.
- Cuando en un solo auto o sentencia se consignan varias determinaciones, el término de ejecutoria corre de manera uniforme para todas ellas, y se suspende cuando se ha solicitado la aclaración o complementación, aunque esta verse sobre una parcialidad de la providencia, y no respecto de la totalidad de las decisiones en ella contenidas.
- Para la prosperidad de las pretensiones, en medio de control de repetición, la entidad pública demandante debe probar, entre otros requisitos, el pago efectivo del valor impuesto en condena judicial o acordado en conciliación judicial.

SECCIÓN CUARTA

- Los derechos de sistematización y asistencia al contribuyente no pueden ser exigidos por el Departamento de Risaralda a los contribuyentes del impuesto de vehículos al tratarse de un cobro por funciones administrativas no creado por ley.
- El liquidador de una sociedad ya liquidada solo responde por los perjuicios causados por el incumplimiento de sus deberes y en consecuencia no debe responder por el pago de impuestos cobrados después de la liquidación de la persona jurídica.
- La Subdirección de Impuestos y Catastro Municipal de Santiago de Cali es competente para prescribir las especificaciones técnicas y sujetos pasivos para el envío de la información en medios magnéticos, aunque la fecha de expedición del acto sea posterior a la prevista en el Estatuto Tributario Nacional.
- Es deducible en el impuesto sobre la renta el valor pagado por las vacaciones causadas en el año, así como el ajuste efectuado al pagar las mismas correspondientes a años anteriores al gravable, en este último caso sin incluir lo ya deducido.

SECCIÓN QUINTA

- Se niega la nulidad del acto de elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia para el período 2015-2019.
- Se decreta la suspensión provisional del Acuerdo 11 de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional del Rama Judicial, en cuanto declaró la elección de Vicente Calixto De Santis Caballero como Representante de los Jueces y Magistrados ante el Consejo de Gobierno Judicial.
- Se revoca sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca y en su lugar se declara probada la excepción de cosa juzgada.
- Se niega la nulidad del acto de elección del señor José Aquilino Rondón González como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

SALA DE CONSULTA

- La vinculación de Colombia a las operaciones de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán (“ISAF” por sus siglas en inglés) no puede formalizarse mediante un acuerdo de procedimiento simplificado, y menos aún puede un acuerdo simplificado estar al margen de un tratado solemne. En efecto, a través de ellos el Presidente de la República no puede adquirir obligaciones internacionales que excedan, amplíen, rebasen o superen las que han sido previamente asumidas mediante un tratado celebrado con las formalidades que exigen esos instrumentos.
- Teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 2 de 2015 mantuvo la competencia de las asambleas y concejos municipales y distritales para la elección de contralores territoriales, pero modificó el procedimiento que se debe seguir para tal efecto; y que aún no se ha expedido una ley que regule dicha convocatoria pública, se puede aplicar por analogía, mientras se tramita y expide esa ley, el procedimiento previsto en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto Reglamentario No.2485 de 2014.
- Los funcionarios de la Auditoría General de la República tienen derecho a una bonificación de un mes de remuneración cada vez que cumplen cinco (5) años al servicio de la entidad. Los quinquenios reconocidos y pagados no pueden volver a contabilizarse para calcular dicho beneficio. En consecuencia, tanto a los cinco (5) como a los diez (10), quince (15) o veinte (20) años de servicio, solo se debe pagar un mes de remuneración, usualmente denominado “quinquenio”.

NOTICIAS DESTACADAS

El Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil William Zambrano Cetina terminó su periodo constitucional el pasado 7 de diciembre, después de permanecer ocho años en la Corporación.

La Sala Plena le entregó un pergamino en reconocimiento a su labor como magistrado y a todos los años dedicados al Consejo de Estado, en los que se destacó como una persona consagrada a su trabajo y a la academia.

Sus compañeros de la Sala de Consulta también le hicieron un reconocimiento durante el seminario “Segundas Jornadas de Derecho Constitucional Comparado” que se realizó los días 25 y 26 de noviembre en el Edificio de la Bolsa de Bogotá.

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 **2015**, 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@consejoestado.ramajudicial.gov.co

CONSEJO EDITORIAL

LUIS RAFAEL VERGARA Q.
Presidente
MARTHA TERESA BRICEÑO
Vicepresidente

Sala de Gobierno

María Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Gerardo Arenas Monsalve
Presidente Sección Segunda
Carlos Zambrano Barrera
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño
Presidente Sección Cuarta
Lucy Bermúdez Bermúdez
Presidenta Sección Quinta
Germán Bula Escobar
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Liliana Becerra Gámez
Relatora 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

John Alirio Pinzón Pinzón
Relator Sección Cuarta

Jacqueline Contreras
Relatora Sección Quinta

María A. Pulido Barreto
Relatora Sala de Consulta

Carolina Valenzuela
Relatora Acciones
Constitucionales

Coordinación General

Diana Sánchez
Secretaria Privada
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

Jefe de Divulgación
- Nancy Torres Leal

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117