



BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de Estado

No 179 - Febrero 2 de 2016
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

La Sala Plena del Consejo de Estado eligió a Danilo Rojas Betancourth, magistrado de la Sección Tercera, como nuevo presidente de la Corporación, y al magistrado de la Sección Cuarta Jorge Octavio Ramírez Ramírez, como Vicepresidente de la misma.

El doctor Rojas Betancourth es abogado de la Universidad Libre de Bogotá, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Aquino (Bogotá), especialista en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante-España, especialista y magíster en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia y candidato a Doctor en Derecho de la misma universidad.

Por su parte, el doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez es abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en Derecho Administrativo de la misma institución y magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

Danilo Rojas Betancourth
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:

LEY 1437

Contenido:

1. En materia tributaria no existe conciliación prejudicial. La caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento se cuenta en meses a menos que el término de cuatro meses finalice en feriado o vacancia, caso en el cual se extiende hasta el día hábil siguiente.

Síntesis del caso: Ante la solicitud del contribuyente para que se declare la nulidad de varios actos administrativos por haber incurrido el acto demandado en vicios previstos en las causales de nulidad de la Ley 1437 de 2011. EL tribunal declaró probada de oficio la caducidad del medio de control, toda vez que la demanda debió presentarse a más tardar el 12 de mayo de 2014, pero, sin embargo, fue interpuesta el 13 de mayo.

Extracto: Es del caso precisar que por tratarse de un asunto tributario no procede la conciliación prejudicial. No obstante, la Sala ha señalado que la presentación de una solicitud de conciliación de un asunto tributario suspende el término de caducidad hasta cuando el Ministerio Público emita la certificación de que el asunto no es conciliable o se pronuncie sobre la misma. Por tanto, el término se suspende durante esas fechas - del 18 de diciembre de 2013 al 27 de febrero de 2014-. Como el conteo inició desde el 2 de noviembre de 2013 se suspendió el 18 de diciembre del mismo año hasta el 27 de febrero

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Ley 1437	1-2
Sala Plena	2-3
Tutelas	4-14
Acción de Grupo	14-16
Acción de Cumplimiento	16-17
Sección Primera	17-21
Sección Segunda	21
Sección Tercera	21-26
Sección Cuarta	26-32
Sección Quinta	32-35
Sala de Consulta	36-37
Índice	38-42
Noticias destacadas	43

de 2014, el término corrió por 1 mes y 15 días. El plazo reinició el 28 de febrero de 2014 hasta el 13 de mayo siguiente, fecha en que vencía los 2 meses y 15 días para completar el término de 4 meses. Ahora bien, la demanda fue interpuesta el 13 de mayo de 2014, razón por la cual se tiene presentada en término, contrario a lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Segunda de Oralidad que declaró probada de oficio la caducidad, al considerar que dicho término finalizaba el 12 de mayo de 2014. Pese a que la demanda se presentó dentro de los 4 meses y, por ende, no opera la caducidad del medio de control, para la Sala es importante pronunciarse sobre los argumentos expuestos por las partes apelantes. Tanto la sociedad demandante como el Ministerio Público consideran que debe tenerse en cuenta que el 17 de diciembre de 2013 los funcionarios de la Procuraduría no laboraron y, en consecuencia no puede computarse tal día en el conteo de los 4 meses. No comparte esta Sección dicha afirmación, por cuanto como se expuso anteriormente, la caducidad de este medio de control se da en meses, los cuales deben contarse conforme al calendario y sólo en el evento en que dicho término finalice en un día feriado o de vacancia, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil siguiente.

Auto de 26 de noviembre de 2015, Exp. 05001-23-33-000-2014-00849-01(21631), M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

SALA PLENA

1.a. En aplicación de la medida cautelar de urgencia se decreta la suspensión provisional de la Convocatoria Pública No. 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, para elegir a tres miembros permanentes del Consejo, al no prever regulación alguna para determinar los parámetros de evaluación de hoja de vida de los aspirantes que se encuentran estipulados en el Acto Legislativo 02 de 2015.

Síntesis del caso: Se solicita como medida cautelar de urgencia, que se decrete la suspensión provisional de la Convocatoria 01 de 30 de septiembre de 2015 expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, por cuanto considera se debe evitar que la voluntad del Constituyente derivado plasmada en el Acto Legislativo 02 de 2015, sea suplantada por el mencionado órgano, que en su sentir, sólo tiene funciones administrativas, consolidándose entonces, los vicios de constitucionalidad advertidos en la demanda.

Extracto: Descendiendo al sub examine se tiene entonces, que la Convocatoria Pública 01 de 2015 no prevé regulación alguna atinente a determinar los parámetros de evaluación de las hojas de vida de los aspirantes, así como tampoco se establecieron los criterios de mérito a tener en cuenta a la hora de elegir a los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial, de igual modo, no previó dar traslado a los aspirantes de las observaciones que la ciudadanía formularan en su contra, ni contempló una etapa para resolverlas, circunstancias que dan al traste con los postulados de publicidad, transparencia y mérito, pues, no es posible determinar, ni si quiera de manera indiciaria, la forma de evaluarse las hojas de vida y no se tiene certeza sobre los criterios de mérito usados para la elección, de tal manera que no existe certidumbre de las valoraciones realizadas por el Consejo de Gobierno Judicial a la hora de realizar una lista de preseleccionados, ni de cuales fueron los criterios de mérito utilizados para seleccionar a los 3 miembros del listado de preseleccionados. En ese orden de ideas, y sin que ello implique prejuzgamiento - se insiste -, este cargo da lugar a decretar la medida cautelar de urgencia solicitada. (...) Por lo anterior, para esta Sala Unitaria, luego de efectuado el análisis correspondiente es evidente que el acto demandado desconoce normas superiores en que debió fundarse, por lo que resulta conducente decretar la medida de suspensión provisional de la Convocatoria 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, sin que esto implique prejuzgamiento, tal como lo prevé el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

b. En aplicación de la medida cautelar de urgencia se decreta la suspensión provisional de la Convocatoria Pública No. 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, para elegir a tres miembros permanentes del Consejo, al modificar el periodo de designación de uno de los miembros del consejo estipuladas en el Acto Legislativo 02 de 2015.

Extracto: Como antes se señaló, en esta primera etapa de integración y conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial, son pertinentes la norma de carácter general artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015 ya transcrito y el artículo 18 transitorio, pues el primero señala de manera general un período de cuatro años para los tres miembros sin distinción. Pero, para la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial el Constituyente derivado estableció en el inciso 2, del literal b, del numeral 1, del artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, (...) Lo anterior encuentra justificación en el informe de Ponencia para el segundo debate de la segunda vuelta ante la Cámara de Representantes, donde se dijo que dicha disposición tiene por fin: “*Asegurar una renovación escalonada de esta parte del Consejo de Gobierno Judicial*”. La lectura de la norma general y transitoria permite establecer que los 3 miembros permanentes de dedicación exclusiva que se elijan por primera vez, tendrán un periodo de 2, 3 y 4 años, respectivamente, no así para los siguientes cuyo período se encuentra en la norma de carácter general, esto es, cuatro años. Ahora el acto administrativo enjuiciado establece que los periodos de los 3 miembros permanentes escogidos, serían de 3 años para los dos primeros seleccionados y de 2 para el tercero integrante escogido. Así se desprende de la lectura del apartado que establece lo relacionado con la 10ª fase del proceso de selección. (...) Al ser confrontada con la norma en que debió fundarse: artículos 15 permanente y 18 Transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, varía para uno de los miembros el período; estas razones permiten también prosperar por este cargo la suspensión provisional de la Convocatoria. (...) Por lo anterior, para esta Sala Unitaria, luego de efectuado el análisis correspondiente es evidente que el acto demandado desconoce normas superiores en que debió fundarse, por lo que resulta conducente decretar la medida de suspensión provisional de la Convocatoria 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, sin que esto implique prejuzgamiento, tal como lo prevé el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

c. En aplicación de la medida cautelar de urgencia se decreta la suspensión provisional de la Convocatoria Pública No. 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, para elegir a tres miembros permanentes del Consejo, al crear condiciones de participación adicionales a las estipuladas en el Acto Legislativo 02 de 2015.

Extracto: Condiciones que no ha establecido el constituyente derivado, pues si bien el Consejo de Gobierno Judicial de buena fe y con el ánimo de garantizar la diversidad profesional y académica de los integrantes del Consejo de este órgano, al hacer extensiva la convocatoria a: i) especialistas en TIC; ii) profesionales con Capacidades Gerenciales (finanzas, administración del talento humano); y iii) expertos en políticas públicas con conocimientos o experiencia en el sistema judicial, creó condiciones de participación adicionales a las que el Acto Legislativo 02 de 2015 estableció, las cuales como se observa van encaminadas únicamente a las contenidas en la norma ya transcrita. Entonces desconoce el acto administrativo que el deber de garantizar la diversidad profesional y académica es al momento de la elección, tal y como lo señala la norma “...en su elección se deberá asegurar la diversidad de perfiles académicos y profesionales”, en razón a lo expuesto, por éste cargo también procede la suspensión provisional del acto demandado.

[Auto de 19 de enero de 2016, Exp. 11001-03-25-000-2015-01042-00\(4520-15\), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad](#)

ACCIONES DE TUTELA

1. Se denegaron las pretensiones de la acción de tutela, mediante la cual el actor pretendía la protección de sus derechos fundamentales y su reintegro a otro cargo como docente al servicio del Municipio de Popayán, considerando tener derecho a la estabilidad laboral reforzada, en razón a la enfermedad que padece.

Síntesis del caso: El actor interpuso acción de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la estabilidad laboral, a la salud y a la familia, los cuales considera vulnerados por la Secretaría de Educación Municipal de Popayán y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la provisión del cargo que venía ocupando en provisionalidad el elegido en concurso de méritos, sin tener en cuenta su condición especial.

Extracto: "La Sala considera pertinente hacer claridad respecto de i) Provisión de empleos de carrera administrativa ... la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado con suficiencia en el sentido de que el ingreso y permanencia en los empleos catalogados como de carrera administrativa, debe hacerse exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección. En la Ley 909 de 2004 se establecieron las normas generales que rigen los concursos de méritos y se previó que mientras se realizaban los concursos, los cargos de carrera podían ser ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad. ... ii) Estabilidad laboral reforzada. ... cuando el empleo de carrera ofertado está ocupado por una persona en condición de debilidad manifiesta, esto es, que ostenten la calidad de i) madres o padres cabeza de familia, ii) funcionarios que están próximos a pensionarse o iii) funcionarios que padecen algún tipo de discapacidad, el Estado está en la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, haciendo una diferenciación positiva, de ser los últimos de ser desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados en cargos similares en la misma entidad. ... en la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos, respecto de la protección de aquellas personas que los ocupan en provisionalidad por encontrarse en circunstancias especiales, entran en tensión varios derechos de raigambre constitucional, frente a lo cual la Corte Constitucional ha expresado que si bien, priman los derechos a acceder al cargo, no es menos cierto que la entidad nominadora se encuentra en la obligación de dar un trato preferencial a quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad. ... el actor insiste en que la Secretaría de Educación Municipal de Popayán le vulneró sus derechos al no haber considerado su delicada condición de salud, respetando la estabilidad laboral reforzada a la que tiene derecho, al proveer el empleo que ocupaba en provisionalidad con la lista de elegibles del concurso de méritos realizado para tal efecto. ... En ese orden de ideas, debido a que la lista de elegibles supera el número de cargos a proveer no puede aplicarse ... lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012. Tampoco puede nombrarse al actor en un cargo similar porque no hay vacantes en el municipio de Popayán, en razón a que la convocatoria efectuada era para proveer todas aquellas que se encontraran vacantes. En razón a lo expuesto, si bien el actor se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, que contrario a lo manifestado por el A quo, no tiene que ser previamente calificada por la Junta de Calificación de Invalidez al resultar evidente de la historia clínica del accionante; lo cierto es que se pudo determinar que la Secretaría de Educación Municipal de Popayán no le ha vulnerado derecho alguno, porque como lo expresa la jurisprudencia constitucional, su derecho de permanencia en el cargo es relativo y cede frente al mejor derecho que ostenta aquella persona que ganó el concurso".

Sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 19001-23-33-000-2015-00354-01(AC), M.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

2. Se ampara el derecho fundamental al debido proceso y de defensa invocados por el actor, mediante acción de tutela, revocando la sanción pecuniaria impuesta por desacato, el cual había sido confirmado en grado de consulta, aun estando en trámite de cobro coactivo. Rectificación Jurisprudencial.

Síntesis del caso: *El actor interpuso acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, pretendiendo que se dejen sin efecto o, subsidiariamente se declare la nulidad de los autos que impusieron y confirmaron la sanción por desacato.*

Extracto: “Sin embargo, previo al análisis del asunto ... se advierte que en relación con la finalidad de la imposición de una sanción por desacato y la posibilidad que tiene el demandado sancionado de evitar que la misma se haga efectiva si procede al cumplimiento de la orden de amparo, la Jurisprudencia de esta Sala, al resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta, había mantenido invariable el criterio de que el objeto de tal medida coercitiva no es otro que el de lograr el cumplimiento efectivo del fallo correspondiente. Así, desde mucho tiempo atrás, cuando la Sala, en sede de Consulta, constataba el acatamiento del fallo de tutela, aun cuando fuera en forma extemporánea, disponía la reducción de la sanción por desacato e, inclusive, revocaba, si bien mantenía incólume la declaración de incumplimiento. ... El criterio Jurisprudencial fue variado a partir del 11 de julio de 2013, por auto dictado en el expediente núm. 2012-00364, en el cual se distinguieron tres situaciones que se pueden presentar en el grado jurisdiccional de consulta, a saber: “i.) Que durante el trámite del desacato el funcionario renuente cumpla la orden impartida, no obstante lo cual el juez haya declarado el incumplimiento e impuesto una multa. En este caso el juez en el grado jurisdiccional de consulta deberá dejar en firme la declaración de incumplimiento y sin efectos la multa toda vez que se logró la finalidad del incidente de desacato, es decir, el cumplimiento de la orden impartida en la providencia judicial. ii.) Que una vez ejecutoriado el auto que declara el desacato e impone una multa, el funcionario renuente antes de que sea resuelto el grado jurisdiccional de consulta, cumple extemporáneamente la orden impartida en la providencia judicial, caso en el cual el Juez en sede de consulta, deberá confirmar tanto la declaratoria de desacato como la multa consecuencial. iii.) Que en el grado jurisdiccional de consulta se constate que el funcionario renuente no ha cumplido la orden impartida, caso en el cual se confirmará el desacato y la sanción. Lo anterior, sin perjuicio de que el juez del desacato disponga aplicar las sanciones de que trata el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991.” ... para la Sala resulta forzoso rectificar la postura adoptada mediante el auto de 11 de julio de 2013, dictado en el expediente núm. 2012-00364, para, en su lugar, retomar el criterio Jurisprudencial de antaño frente a la finalidad y carácter persuasivo del incidente de desacato, que permite lograr el cumplimiento efectivo del fallo que ampara los derechos fundamentales, como claramente lo ha dilucidado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ello, por cuanto no existe razón alguna que justifique mantener una sanción por desacato contra quien ha sido persuadido por la misma y ha procedido a cumplir la orden tutelar correspondiente, aun cuando esto se produzca, inclusive, con posterioridad a la resolución del Grado Jurisdiccional de Consulta. Así lo ha sostenido, en forma reiterativa, la Corte Suprema de Justicia, al señalar que ... en cuanto a las Altas Cortes de la Rama Judicial Colombiana se refiere, es criterio generalizado el indiscutible carácter persuasivo del incidente de desacato, como una de las herramientas efectivas que el ordenamiento jurídico establece para obtener el amparo otorgado a los derechos fundamentales, mediante sentencia de tutela, lo cual permite modificar y/o revocar sanciones por desacato cuando se verifica el cumplimiento de la orden tutelar; criterio éste, que no puede desconocerse con hipótesis como la planteada en el auto de 11 de junio de 2013, cuyas consideraciones se abandonan a través de la presente rectificación Jurisprudencial. Del material probatorio recaudado, puede concluirse que, en efecto, la orden de tutela dispuesta mediante sentencia de 27 de mayo de 2013, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D.C., autoridad judicial demandada, consistente en trasladar al señor ... al Régimen de Prima Media, fue cumplida por COLPENSIONES, en forma tardía, esto es, con posterioridad a la imposición de la sanción por desacato y a que la misma fuera confirmada en el Grado Jurisdiccional de Consulta. No obstante, está fehacientemente demostrado que, el Juzgado demandado tuvo conocimiento de la ocurrencia de dicho cumplimiento, pues así se lo puso de presente el interesado, destinatario de la orden de amparo, señor... mediante escrito por medio del cual desistió de la solicitud de un nuevo incidente de desacato y aportó las pruebas de tal cumplimiento. Ello, además de otras pruebas aportadas durante el trámite posterior a la imposición de la sanción aludida, llevó al operador jurídico a declarar el cumplimiento del fallo de tutela, a través de auto de 25 de julio de 2014 ... teniendo en cuenta que COLPENSIONES solicitó al Juzgado, en tres oportunidades, la inaplicación de la sanción por desacato por haber cumplido la orden correspondiente y que, hasta la fecha tales peticiones no han sido resueltas, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso y de defensa del demandante sancionado, habida

cuenta de que el auto de 18 de noviembre de 2013 que impuso la sanción, presta mérito ejecutivo, y fue enviado a Cobro Coactivo, no existe lugar a duda alguna de que procede el amparo deprecado, para lo cual se ordenará al demandado que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta providencia, comunique a la autoridad encargada de la ejecución de la sanción, que la misma carece de objeto por haberse producido el cumplimiento de la orden tutelar, poniéndole de presente el análisis hecho en esta providencia acerca de la Jurisprudencia relativa a la finalidad y carácter del incidente de desacato y la posibilidad de enervar la sanción cuando se presente el cabal acatamiento.”

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión se estudian apartes de diversas providencias que demuestran la tendencia a tener en consideración el cumplimiento del fallo de tutela, aun cuando fuere extemporáneo, para efectos de disminuir o revocar la sanción por desacato.

Sentencia de 24 de septiembre de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2015-00542-01(AC), M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

3. Se rechazó por improcedente la acción de tutela en la que el actor pretendía dejar sin efectos la decisión del Juzgado Único de San Andrés que le negó la solicitud de aplazamiento de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437, pues alegó una incapacidad médica pero no aportó prueba siquiera sumaria de la misma.

Síntesis del caso: El actor presentó acción de tutela para que se ordene la protección de su derecho fundamental al debido proceso, que consideró vulnerado por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, al no aceptar la solicitud de aplazamiento presentada por su apoderado judicial, por cuanto no aportó prueba siquiera sumaria de la incapacidad médica que argumentó para solicitar el aplazamiento.

Correspondió a la Sección Primera resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 16 de julio de 2015, mediante la cual, se rechazó por improcedente el amparo solicitado.

Extracto: “Una vez examinados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala observa que en el caso bajo examen no se advierte el cumplimiento del requisito referente al agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, teniendo en cuenta que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el apoderado judicial del actor no presentó ante el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, junto con la excusa y/o solicitud de aplazamiento... la prueba de la incapacidad médica que invocó... En tal sentido, no puede el actor alegar que el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al negar la solicitud de aplazamiento de la audiencia inicial presentada por su apoderado judicial y al no otorgarle una oportunidad de presentar el soporte de la incapacidad médica, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto fue el profesional del derecho quien pasó por alto la oportunidad procesal correspondiente para presentar prueba siquiera sumaria de la incapacidad médica deprecada como sustento para solicitar el aplazamiento de la diligencia referida... La anterior situación, sin entrar en mayores consideraciones, torna en improcedente el amparo constitucional solicitado, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que la tutela únicamente procede contra actuaciones judiciales cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial a su alcance, pues con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos”.

SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2015, EXP. 88001-23-33-000-2015-00027-01(AC), M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

4. Se revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Santander en la acción popular interpuesta con ocasión de la construcción del Eco-Parque Cerro el Santísimo; en consecuencia, se ordenó que se profiera nueva sentencia teniendo en cuenta las directrices dadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-139 de 2014.

Síntesis del caso: El actor presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados por la decisión del Tribunal Administrativo de Santander que revocó la decisión de primera instancia y accedió a las pretensiones de la demanda en ejercicio de la acción popular que pretendía la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

Correspondió a la Sección Primera resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 02 de febrero de 2015, mediante la cual, se revocó la decisión del a quo y se accedió al amparo solicitado.

Extracto: “En cuanto al desconocimiento del precedente constitucional, se resalta que la Corte Constitucional, en la sentencia T-102 de 2014, señaló que las decisiones proferidas en los fallos de revisiones de tutela tienen carácter vinculante y son obligatorios para todos los operadores del derecho... De lo anterior se infiere que la Corte Constitucional en la sentencia T-139 de 2014, determinó que si bien la figura artística refiere un ser superior en nada afecta la libertad de conciencia, religión y culto de los ciudadanos, toda vez que no se encuentra adscrita a una religión en particular. En ese orden de ideas, y dado que los supuestos fácticos del caso sub iudice, se adecuan a la jurisprudencia denunciada como desconocida, es fuerza concluir que el Tribunal Administrativo de Santander, sí vulneró los derechos fundamentales del Departamento de Santander, ya que era su obligación remitirse al precedente establecido por la Corte Constitucional, en el sentido de abstenerse de considerar que la obra artística correspondía a una deidad determinada. Si bien el Tribunal accionado consideró la escultura que se ubica en el Eco-Parque Cerro el Santísimo sí refleja una figura de credo religioso en particular, dadas las pruebas consistentes en la hoja de vida del artista y del contrato de ejecución del trabajo artístico suscrito entre el artista y el Departamento de Santander, estaba en la obligación de acatar el precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-139 de 2014, que desvirtuó la violación de la libertad religiosa y del principio de laicidad del Estado, a partir de las mismas pruebas... Respecto del defecto fáctico, teniendo en cuenta lo anterior, y tras realizar un análisis integral de las valoraciones expuestas por la autoridad judicial demandada, respecto de las pruebas contenidas en la acción popular, la Sala considera que en el caso bajo examen la providencia cuestionada también evidencia configuración del defecto fáctico, pues la decisión que contiene se encuentra soportada en una interpretación que no corresponde con en el acervo probatorio, pues como quedó dicho, llegó a una conclusión distinta a la de la Corte Constitucional, con el mismo material probatorio”.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-000-2015-00597-00(AC), M.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

5. Se negó la acción de tutela interpuesta por una Juez, quien consideró que un asunto administrativo propio del funcionamiento de su despacho, como lo es el hecho de que uno de sus funcionarios por diagnóstico médico no pudiera ejercer a cabalidad sus funciones, generaba desigualdad con respecto a los demás despachos judiciales.

Síntesis del caso: La actora, en calidad de Juez, presentó acción de tutela con el fin de que se ordenara la protección de su derecho fundamental al trabajo en condiciones de igualdad, que consideró vulnerado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al no efectuar el traslado de un empleado de su despacho, conforme lo ordenado por el médico laboral y el Comité Paritorio de Salud Ocupacional.

Correspondió a la Sección Segunda resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 21 de septiembre de 2015, mediante la cual, se negó el amparo solicitado.

Extracto: “El artículo 13 de la Constitución Política regula dos dimensiones del derecho a la igualdad: (i) La formal o ante la ley, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación; y la (ii) material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se está otorgando un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual. Para el efecto, la jurisprudencia constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, establecer si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente... La Jueza xxx afirmó que en el Juzgado xxx Administrativo de xxx, el señor xxx, quien ocupa el cargo de xxx, no puede cumplir a cabalidad sus funciones porque le diagnosticaron una artrodesis del tobillo derecho. Equivocadamente la jueza xxx considera que la anterior situación vulnera su derecho fundamental al trabajo en condiciones de igualdad, porque los demás despachos judiciales cuentan con la totalidad de empleados, quienes cumplen a plenitud sus labores. Al respecto, la Subsección A advierte que las circunstancias descritas por la Jueza xxx dentro del escrito de tutela, corresponden, en sentido estricto, a un asunto administrativo propio del funcionamiento del Juzgado xxx Administrativo de xxx, y por ende, a la estructura de las plantas de personal creadas para los juzgados administrativos del país. En efecto, el escenario descrito por la accionante no se encuentra, como tal, dentro de la órbita de protección de un derecho fundamental, inherente a la persona humana, es decir, que tenga la dimensión de una desigualdad material o de trato, que obligue al Estado a medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, o excepcionalmente, de personas naturales o jurídicas que bajo circunstancias muy especiales, requieran del amparo constitucional por el quebrantamiento del derecho a la igualdad. La acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, no puede ser objeto del abuso, porque se corre el gran riesgo de banalizar el efecto útil que la Constitución Política le ha otorgado y el valor histórico que ha cumplido en el proceso de modernización de la sociedad colombiana. Así mismo, el derecho fundamental a la igualdad, no puede forzarse hasta el absurdo, de reducir su eficacia y trascendencia social, en asuntos de alcance meramente administrativos, como es el caso que nos ocupa, en el cual se compara el número de empleados o rendimientos entre un despacho judicial y otro. En la impugnación la jueza xxx incurre en la llamada pendiente resbaladiza de la argumentación, porque aunque afirme que no se apoya en la premisa: ‘el empleado xxx tiene algún grado de discapacidad’, esta sí que es la base del amparo solicitado, puesto que en su escrito de tutela y en la impugnación, es enfática en señalar que se ha violado ‘su derecho fundamental al trabajo en condiciones de igualdad’ (sic) cuando compara su despacho judicial con otros similares. Es decir, que la desigualdad alegada por la aquí peticionaria se fundamenta en que uno de los empleados vinculados a su despacho, es una persona que sufre algún grado de discapacidad. La argumentación consignada en el escrito de tutela contraría el principio fundante de la solidaridad que todos debemos tener para con las personas, el cual está consagrado en el artículo primero de la Constitución Política. Además, contraría los derechos humanos y por ende la dignidad de las personas, puesto que la condición de discapacidad de una de ellas, en ningún caso puede ser fundamento o el medio para alegar una supuesta desigualdad en el trabajo. Los seres humanos son un fin en sí mismos y nunca un medio, precisó Kant.”

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2015, M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

6. Se accedió a las pretensiones de la actora, sujeto de especial protección, a quien se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que se negó a dar cumplimiento a la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a su hermana fallecida, desconociendo que la actora es beneficiaria sustituta de dicha prestación pensional.

Síntesis del caso: La actora presentó acción de tutela con el fin de obtener el cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual, se confirmó la providencia expedida por el Juzgado Tercero Administrativo de Facatativá que ordenó la reliquidación de la pensión reconocida a su hermana fallecida, atendiendo a que dicha prestación le fue sustituida a ella. El a quo consideró que no se cumplía el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que la acción se presentó varios años después del fallecimiento. Sin embargo, se demostró que la actora realizó diferentes gestiones con el fin de obtener la reliquidación de la pensión y hubo diligencia de su parte para lograr el cumplimiento de la sentencia. Por tanto la solicitud de amparo se presentó dentro de un término prudencial.

Correspondió a la Sección Segunda resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 30 de julio de 2015, mediante la cual, se negó el amparo solicitado.

Extracto: “El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, al resolver el asunto planteado concluyó que no era procedente amparar los derechos invocados, por cuanto no se cumplió con el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que la acción de tutela se presentó varios años después del fallecimiento de la hermana de la actora, causante de la pensión cuya reliquidación se solicita. Sin embargo, la Sala se aparta de dicha argumentación, pues si bien la hermana de la actora dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho falleció el día 10 de junio de 2010, y la acción de tutela se presentó hasta el 13 de julio de 2015; no puede pasarse por alto que hasta el día 1º de junio de 2010 se le reconoció a la actora la sustitución de la pensión de jubilación de su hermana fallecida, que mediante sentencia del 4 de junio de 2012 el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Facatativá accedió a las pretensiones de la demanda, que mediante fallo del 22 de octubre de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E confirmó la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión. Igualmente, debe tenerse en cuenta con el fin de establecer si se cumple el requisito de inmediatez, que el término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia corrió por los días comprendidos entre el 1º de noviembre y el 6 de noviembre de 2013, que con fundamento en dicha decisión la hoy actora en tutela se presentó ante la Secretaría General de la Gobernación de Cundinamarca con el fin de obtener el cumplimiento de la misma, y al obtener respuestas negativas del 23 de diciembre de 2014 y 17 de febrero de 2015, solicitó corrección del fallo ante el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Facatativá, quien negó dicha solicitud mediante auto del 4 de marzo de 2015. Así las cosas, se observa que si bien parte del problema planteado en el presente asunto se deriva de la muerte de la hermana de la actora, la vulneración invocada por ella no se genera a partir de ese momento, sino que se ocasiona con la supuesta imposibilidad de hacer efectivo el cumplimiento del fallo de segunda instancia que ordenó la reliquidación de la mesada pensional que le fue sustituida. Asimismo, se destaca que el requisito de inmediatez se encuentra superado en la medida en que la actora realizó diferentes gestiones con el fin de obtener la reliquidación de la pensión, por lo que se demuestra que hubo diligencia de su parte para lograr el cumplimiento de la sentencia, y una vez agotadas dichas actuaciones se presentó la solicitud de amparo dentro de un término prudencial”.

SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 2015, EXP. 25000-23-41-000-2015-01441-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

7. Se tutelaron los derechos de un miembro de la fuerza pública, cuyo acto administrativo de retiro no fue sustentado en razones objetivas y hechos ciertos que lo justificaran.

Síntesis del caso: El actor presentó acción de tutela con el fin de que se ordenara la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que consideró vulnerados por el

Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que desconoció el precedente constitucional respecto del estándar de motivación de actos administrativos de retiro, sin explicar las razones por las cuales se apartó del mismo. Igualmente el Tribunal demandado incurrió en defecto fáctico al negar las pretensiones sin hacer una efectiva valoración del material probatorio.

Correspondió a la Sección Segunda resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 16 de julio de 2015, mediante la cual, se rechazó el amparo solicitado.

Extracto: “Si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública. Lo anterior, se traduce, de una parte, en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo. Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio. Como corolario de lo expuesto, frente al acto que retira al personal de la Policía Nacional, se predica la obligación de motivación, o en su defecto, poner en conocimiento del oficial retirado las causas por las cuales se tomó dicha decisión... Teniendo en cuenta lo expuesto, y descendiendo al caso concreto, se advierte que analizada la Resolución No. 031 del 8 de agosto de 2006, por la cual se dispuso el retiro del actor, como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, la misma no tiene una motivación concreta, en ella únicamente se hizo referencia a las normas que le conferían a la entidad la facultad para retirar al personal, sin que se le hubiese presentado al afectado las razones concretas o los fundamentos fácticos de la decisión. En el mismo sentido, es necesario advertir que el concepto previo emitido por la Junta de Evaluación y Clasificación de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali para Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, en el Acta No. 008 del 21 de julio de 2006, antecedente de la decisión cuestionada, tampoco deja entrever las razones objetivas y/o los hechos que dieron lugar al retiro del actor. De la revisión de la sentencia atacada se concluye que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no sólo dejó de aplicar los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el estándar de motivación de actos administrativos de retiro, que dicho sea de paso fue mencionada por la parte actora dentro del proceso ordinario, sino que no explicó las razones por las cuales estimó necesario apartarse de la misma para negar las pretensiones de la demanda”.

SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-2015-01161-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

8. Se accedió a las pretensiones del actor, a quien se le vulneró su derecho a la igualdad por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, porque desconoció abiertamente el precedente judicial existente para el reajuste de sueldo y asignaciones de retiro de miembros de la fuerza pública, cuyo incremento debe hacerse conforme al Índice de Precios al Consumidor hasta el año 2004 y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de diciembre de 2004, conforme al principio de oscilación.

Síntesis del caso: *El actor presentó acción de tutela con el fin de que se ordenara la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, protección social, mínimo vital y móvil y protección especial a la tercera edad, que consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por omitir el reajuste del que debió ser objeto la asignación de retiro del actor, reconocida con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997, sin reconocer la existencia del precedente judicial en la materia y sin fundamentar las razones por las que se apartó del mismo.*

Correspondió a la Sección Segunda resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 12 de febrero de 2015, mediante la cual, se negó el amparo solicitado.

Extracto: “Sobre este particular, estima la Sala pertinente precisar que tratándose de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, se ha considerado que el desconocimiento del precedente constituye una razón para dejar sin efectos una decisión judicial, cuando la autoridad que la emite está en contra de su propio precedente, o del establecido por su superior jerárquico, sin exponer las razones por las cuales se aparta de la posición que frente a casos similares venía sosteniendo, o de la establecida por las autoridades judiciales que les corresponde unificar la jurisprudencia... Bajo estas consideraciones, resulta evidente que el Tribunal Administrativo del Cauca al proferir la sentencia de 12 de febrero de 2015 se apartó del precedente fijado por esta Corporación, esto, al omitir el reajuste del que debió ser objeto la asignación de retiro del actor reconocida con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997, como quedó probado en el caso bajo examen... Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, para la Sala está claro que el juez de conocimiento del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho del actor contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debió fallar el asunto atendiendo la tesis y los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en aplicación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, respecto de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004... Lo anterior, resulta pertinente aclarar, no conlleva una violación del principio de autonomía de la autoridad judicial, pues como ya se indicó si el juez considera necesario apartarse del precedente judicial bien puede hacerlo, pero para tal efecto debe reconocer su existencia y además plasmar suficientemente las razones en que fundamenta su decisión de apartarse de la interpretación de esta Corporación... Del estudio del fallo atacado se observa que el Tribunal Administrativo del Cauca prescindió injustificadamente de cumplir con tales exigencias, pues resolvió el problema jurídico omitiendo por completo las consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado en las sentencias de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García y 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011 con ponencia del Despacho que sustancia la presente causa, respecto de la forma en que deben reliquidarse las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública durante el período 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. Ciertamente, en la interpretación realizada por el Tribunal en la sentencia de 12 de febrero de 2015, se observa con claridad una omisión de la jurisprudencia emitida por esta Corporación, ya que en ningún momento se hace referencia a aquella ni se expresan los motivos por los cuales no se acogen sus planteamientos. Corolario de lo anterior, la Sala concluye que el Tribunal accionado como juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, tomó una decisión sin argumentar o motivar por qué no acogió los precedentes antes citados, incurriendo en una causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales con la consecuente violación del derecho a la igualdad del accionante, en tanto no resolvió su caso considerando las reglas que para el efecto han sido establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a la reliquidación de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública durante el período 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. En conclusión, en el presente caso procede la tutela contra la providencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en virtud de que se desconoció abiertamente el precedente fijado por el Consejo de Estado en la materia antes anotada. La Sala insiste que lo anterior no implica una intervención indebida en la autonomía del juez ordinario ni quiere decir que éste deba acoger obligatoriamente el criterio jurisprudencial expuesto con anterioridad, sino que en garantía del derecho a la igualdad, el fallador debe tener en consideración el precedente judicial preexistente, y en caso de apartarse del mismo, justificar de manera suficiente las razones por las cuales estima que no debe ser aplicado en el caso concreto”.

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-2015-02693-00(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

9. Se accedió a las pretensiones del actor, apelante único dentro de una demanda de controversias contractuales, cuyos derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo del Magdalena que en sentencia de segunda instancia desconoció el principio de *no reformatio in pejus*.

Síntesis del caso: El actor presentó acción de tutela con el fin de que se ordenara la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que consideró vulnerados por la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que revocó

integralmente la sentencia de primera instancia, en la cual, se había accedido parcialmente a sus pretensiones y declaró la ineptitud sustancial de la demanda, desconociendo que el actor fue apelante único y por tanto debía tenerse en cuenta el principio de no reformatio in pejus.

Correspondió a la Sección Segunda resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia del a quo proferida el 23 de julio de 2015, mediante la cual, se accedió al amparo solicitado.

Extracto: “La prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable, está prevista en la Constitución Política en el artículo 31... Ahora bien, en derecho contencioso administrativo, el inciso 4 del artículo 164 del CCA señala que si el superior al momento de fallar encuentra probada una excepción de fondo, la puede declarar aunque no haya sido propuesta sin perjuicio de la reformatio in pejus... Ahora bien, en la impugnación contra el fallo de tutela proferido por la Sección Primera, el Tribunal del Magdalena precisa en síntesis, que la garantía procesal de la no reformatio in pejus no es absoluta y que el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal se expidió con base en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado... Sin embargo se resalta que la situación descrita en el citado fallo, es diferente del presente caso, como quiera que el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia al considerar que en la demanda de controversias contractuales no se había pedido la nulidad del oficio por el cual se terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios celebrado entre la Universidad del Magdalena y el actor. Así no es claro para esta Sala que las excepciones descritas por la Sección Tercera, esto es la caducidad, falta de legitimación en la causa e indebida escogencia de la acción, incluyan, la que en el sub iudice declaró el Tribunal del Magdalena, pues en su criterio en la demanda ordinaria no se formuló la proposición jurídica completa en las pretensiones. Aunado a lo anterior, la Sala considera que aunque en las pretensiones de la demanda no se hubiera pedido expresamente la nulidad del oficio del 23 de noviembre de 2010, que terminó el contrato de prestación de servicios, el demandante sí solicitó en las pretensiones que se declarara la ilegalidad de la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios, ilegalidad que apareja la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 23 de noviembre de 2010, acto que además estaba identificado en los hechos de la solicitud de tutela y la contestación de la misma. Así a partir de una interpretación integral de la demanda y teniendo en cuenta que la entidad accionada defendió la legalidad de sus actuaciones en la contestación de la demanda, se considera que el juez de primera instancia en el proceso ordinario sí podía pronunciarse respecto la legalidad del referido acto, con el propósito de hacer efectiva la justicia material. En este orden de ideas encuentra la Sala que no asiste la razón al Tribunal Administrativo del Magdalena al recurrir la sentencia de primera instancia, lo que conlleva a que se confirme el fallo de tutela proferido por la Sección Primera de esta Corporación”.

SENTENCIA DE 02 DE DICIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-2015-01250-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

10. Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y Flores De Chincelejo, por haber certificado que en el área de influencia del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo - Tolviejo, se encontraban solo las comunidades indígenas Palmira y Unión Floresta.

Síntesis del caso: Representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chincelejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga - Palito y Lomas de Palito, respectivamente, presentaron acción de tutela contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Infraestructura y Autopistas de la Sabana S.A.S. al estimar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la consulta previa, a la igualdad, al debido proceso, de petición y a la libertad de locomoción, de las comunidades étnicas del pueblo Zenú. En consecuencia, solicitaron detener la ejecución de las obras del proyecto de construcción vial de la segunda calzada Sincelejo - Tolviejo; además de parar la tala de árboles, caza y captura de animales silvestres en la jurisdicción del proyecto vial, suspender los cortes, extracción, relleno y explotación de materiales de construcción como arenas, gravas y otros minerales, y detener la destrucción de los reservorios hídricos en la jurisdicción del

proyecto vial hasta tanto no se concerté el trazado vial con los cabildos indígenas del pueblo Zenú.

Extracto: “En el sub lite se cumple cabalmente el primer presupuesto: legitimación por activa, pues, en lo que en esta instancia interesa, la tutela fue presentada por los señores FVPR y LRMM, quienes acreditaron haber sido elegidos y haber tomado posesión como capitanes de los cabildos indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, respectivamente. No cabe duda, entonces, de que esas personas actúan en representación de las referidas parcialidades indígenas y que estaban plenamente habilitadas para reclamar la protección de los derechos fundamentales de sus comunidades. Con respecto al segundo presupuesto, la Sala observa que, en el año 2011, el Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa certificó que en el área de influencia del proyecto vial en cuestión únicamente se registró la presencia de los cabildos indígenas Palmira y Unión Floresta. Es decir, que se descartó de plano la presencia de las comunidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo, aquí demandantes. De acuerdo con lo explicado, en principio, dicha certificación sería suficiente para desestimar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. De hecho, así lo resolvió esta Sección en anteriores oportunidades. Empero, en este caso, la Sala no puede pasar por alto que existen otras pruebas sobre la presencia de indígenas pertenecientes a las parcialidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo en el área de intervención del proyecto, particularmente, en los cerros de la Sierra de Flor. Es más, del material probatorio obrante en el expediente se extrae que las autoridades demandadas recibieron información sobre la presencia de esas comunidades en la zona y, sin embargo, omitieron consultarlas... Ahora, aunque es cierto que un contratista del Ministerio del Interior recorrió la zona de ejecución del proyecto vial, en aras de informar sobre la existencia de grupos étnicos en la zona, también lo es que no se percató de los usos culturales y religiosos que las parcialidades Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo le han dado ancestralmente a los cerros de la Sierra Flor. Esa omisión en la visita de verificación llevó al Ministerio a concluir que no era necesaria la consulta previa, hecho que, a la postre, vulneró los derechos de las comunidades indígenas referidas a ser informadas y consultadas sobre la ejecución de obras de infraestructura en su territorio. Según la Corte Constitucional, esa verificación no se debe agotar en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más”.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015, EXP. 70001-23-33-000-2015-00197-01(AC), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

11. Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la Personería Municipal de Soacha.

Síntesis del caso: El personero municipal de Soacha, Cundinamarca, instauró acción de tutela contra la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso al declarar la nulidad del proceso de controversias contractuales, argumentando la existencia de una cláusula compromisoria, a pesar de que no tenía la calidad de parte en el contrato demandado; así mismo, consideró vulnerado su derecho debido a la falta de notificación personal, o por aviso, de la providencia del 14 de agosto de 2014.

Extracto: “El 8 de septiembre de 2003, la Personería Municipal de Soacha, en condición de Ministerio Público, ejerció acción de controversias contractuales contra el Municipio de Soacha por considerar que el Contrato 004 de 1999 se celebró con violación de las normas superiores. Frente al particular, se advierte que el Ministerio Público, que opera como organismo de control y veedor del correcto ejercicio de las funciones encomendadas a los servidores públicos del orden municipal o distrital, según el caso, tiene como función principal la guardia del interés general y de los fines del Estado, de modo que, estaba plenamente legitimado para demandar la nulidad del contrato de concesión 004 de 1999, por los presuntos vicios en que incurrió su expedición. Sin embargo, no encuentra la Sala las razones por las cuales la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado concluyó la falta de jurisdicción y de

competencia en el proceso que se cuestiona, en tanto que, la Personería Municipal de Soacha no ostentaba la calidad de parte en el Contrato 004 de 1999, luego, no le era aplicable la cláusula compromisoria suscrita en el numeral décimo noveno del contrato demandado. De acuerdo con lo anterior, no surgió alguna inconformidad con ocasión del Contrato 004 de 1999 por parte del Municipio de Soacha o de la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz, razón la cual, no convocaron al Tribunal de Arbitramento y, en ese sentido, no es posible hacer extensiva dicha facultad al Ministerio Público, cuando la ley expresamente a señalado que son las partes las que convienen investir de jurisdicción a la justicia arbitral, en caso de que haya lugar a demandar el contrato y donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo. A pesar de que existió cláusula compromisoria en el cuerpo del contrato de concesión, ello no habilitaba a la justicia arbitral de ipso iure para conocer de las inconformidades que plantearan en la celebración, ejecución, terminación o liquidación del mismo, en la medida en que dicha estipulación tendrá aplicación cuando la inconformidad derive de alguna de las partes del contrato. Se precisa que, la Sala no desconoce el precedente de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la improcedencia de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, pues, no se discute la facultad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de declarar la nulidad por falta de competencia y jurisdicción cuando las partes han suscrito pacto arbitral, por medio de cláusula o compromiso y, a pesar de ello acuden a la Jurisdicción, de modo que opere una renuncia tácita a la competencia arbitral, salvo que tal disposición haya sido modificada previamente por mutuo acuerdo de los contratantes. Sin embargo, como se ha señalado de manera reiterada, en el presente caso la inconformidad contra el Contrato 004 de 1999 no tuvo origen en alguno de los contratantes, sino en la Personería Municipal de Soacha en condición de Ministerio Público, luego, no se habilitó la competencia de la justicia arbitral para dirimir el asunto. De ese modo, se configuró el defecto sustantivo alegado por el demandante, razón por la cual la Sala se releva de pronunciarse frente a los demás defectos invocados en el escrito de tutela. Por lo anterior, la Sala advierte vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la Personería Municipal de Soacha, razón por la cual, se impone dejar sin efecto el auto del 14 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado y, en su lugar, ordenar que se surta el trámite de segunda instancia en la acción de controversias contractuales con radicado 25000232600020030145201 (30.682), en el que obra como demandante la Personería Municipal de Soacha”.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-000-2015-01962-00(AC), M.P. MARTHA TERESA BRICENO DE VALENCIA

ACCIÓN DE GRUPO

1.a. La acción de grupo es procedente cuando la fuente del daño no se encuentra solo en términos de los contratos celebrados por los miembros del grupo, sino también en obligaciones legales que los trascienden.

Síntesis del caso: Debido a las dificultades financieras presentadas por Granahorrar en el año 1998, la Superintendencia Bancaria profirió una orden de capitalización cuyo incumplimiento generó que Fogafín ordenara reducir nominalmente el capital social y por ende, el valor nominal de las acciones. El grupo de accionistas de la compañía solicitó por medio de esta acción que se le indemnizara por la pérdida del valor de sus acciones.

Extracto: “En materia de daños derivados de supuestos incumplimientos contractuales la acción de grupo es improcedente cuandoquiera que: i) no existan elementos que permitan establecer que los miembros del grupo a favor de quien se interpuso la acción resultan afectados directamente por dicho incumplimiento y en cambio sí se observa que, a través de esta acción, uno de los cocontratantes pretende que se resuelva el litigio particular que lo enfrenta a la entidad pública a propósito del cumplimiento de un contrato; y ii) los daños cuya indemnización se pretende provienen de los supuestos

incumplimientos de contratos individuales celebrados con cada uno de los demandantes, caso en el cual los miembros del grupo no reúnen condiciones uniformes respecto de la causa que originó los perjuicios padecidos por cada uno de ellos. En relación con esta última hipótesis la Sala también ha considerado que la acción de grupo resulta procedente cuando la fuente del daño no se encuentra única y exclusivamente en los términos de cada uno de los contratos celebrados con los miembros del grupo demandante; sino, más allá de ellos, en obligaciones legales que los trascienden... Como se ve, la situación del grupo demandante en este proceso -accionistas de Granahorrar- no se enmarca en ninguna de las hipótesis señaladas pues salta a la vista que, como ya se señaló, no fueron parte contratante en los convenios de apoyo a la liquidez suscritos entre Granahorrar -persona jurídica distinta a sus accionistas- y Fogafin y el Banco de la República. Además de que lo por ellas pretendido no es la definición de la situación contractual existente entre dichas personas jurídicas, sino la indemnización de los perjuicios que, como terceros en dicha relación, padecieron y que hacen consistir en la pérdida del valor de sus acciones”.

b. Por ausencia de acreditación del daño invocado se denegaron las pretensiones de la demanda, pues la disminución del valor nominal de una acción no siempre conlleva detrimento patrimonial cierto para el titular de la misma.

Extracto: “De acuerdo con el glosario de términos financieros de la Superintendencia Financiera, el valor nominal o facial es la cantidad de dinero representada en el título en el momento de su emisión; el de mercado o comercial es el que resulta de apreciar o cuantificar los rendimientos futuros que se obtendrán con una inversión, es decir, la capacidad de la empresa para generar utilidades futuras (...) aumentar su patrimonio y consecuentemente el del accionista. Está sometido a las leyes de oferta y demanda del mercado y el valor en libros o contable es aquel que se obtiene de dividir el patrimonio de la sociedad entre el número de acciones en circulación. Ahora bien, aunque no cabe duda de que, en determinados momentos dichos valores pueden influenciarse recíprocamente, lo cierto es que, por depender de variables diferentes, son distintos y, por lo tanto, incomparables. De este modo resulta a todas luces desafortunado que el monto del daño cuya indemnización se reclama se haga consistir en la diferencia existente entre el valor de mercado que tenían las acciones de Granahorrar el 3 de octubre de 1998 y el valor nominal al que Fogafin ordenó reducir cada una de las acciones, cuando lo adecuado para efectos de determinar una desvalorización es la comparación de valores de la misma naturaleza... en relación con el valor nominal o facial de las acciones, la Sala advierte que, evidentemente, fue afectado con la orden de reducción proferida por Fogafin el 3 de octubre de 1998. Sin embargo, teniendo en cuenta que dicho valor sólo tiene implicaciones económicas reales en hipótesis claramente establecidas por el Código de Comercio, su disminución no siempre conlleva un detrimento patrimonial cierto para el titular de la acción... el valor nominal de la acción sólo tendría efectos económicos efectivos al momento de: i) realizar la distribución de utilidades, ii) ejercer el derecho a negociar libremente las acciones; iii) distribuir los activos sociales en un proceso liquidatorio; y iv) ejercer el derecho a suscribir acciones en nuevas emisiones, esto es, a participar en futuros procesos de capitalización. A propósito del derecho económico relacionado con la distribución de utilidades, encuentra la Sala que, para el 3 de octubre de 1998, no es dable establecer cuál fue la supuesta pérdida patrimonial que tuvieron los tenedores de acciones, en tanto no está acreditado que, al reducirse el valor nominal, recibirían menores utilidades que las que esperarían obtener al cierre del próximo ejercicio social, sobre todo si se tiene en cuenta que, antes de dicha reducción, Granahorrar era una sociedad que presentaba, por lo menos, defectos de liquidez. No de otra manera se explica el que haya tenido que recurrir a los convenios de apoyo a la liquidez a los que se hace amplia referencia durante el trámite del proceso. Tampoco advierte la Sala que, con la reducción del valor nominal de sus acciones, se impusiera a los accionistas restricción alguna para celebrar negocios jurídicos traslaticios de su participación en la Corporación de Ahorro y Vivienda que pudieran configurar una lesión a sus derechos patrimoniales. En cuanto a la participación de los remanentes en un proceso liquidatorio, no se vislumbra la existencia de un daño cierto pues el mismo sólo podría materializarse en el momento en que la sociedad entrara en un proceso de este tipo, situación que no está demostrada. De hecho, bien podía ocurrir que, con ocasión de las medidas de intervención, Granahorrar mejorara su situación financiera y recuperara su valor, logrando que, de adelantarse un proceso liquidatorio -circunstancia que no se presentó-, los accionistas obtuvieran un valor mayor, independientemente de que el porcentaje de su participación accionaria hubiere disminuido. Por último, en lo atinente a futuros procesos de capitalización, también se excluye la existencia de un daño cierto, dado que los accionistas conservaron su participación en el capital social, lo que les permitiría intervenir en aumentos posteriores

de capital. Ahora bien, no es posible afirmar que la capitalización efectuada por Fogafin en virtud del numeral 4 del artículo 320 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, afectó su derecho patrimonial a suscribir nuevas acciones pues, justamente, dicha norma la establecía como la consecuencia necesaria de no haber atendido inicialmente la orden de capitalización proferida por la Superintendencia Bancaria... Así las cosas, la Sala denegará las pretensiones indemnizatorias que eran susceptibles de ser analizadas en el marco de la presente acción de grupo, esto es, aquellas respecto de las cuales no había operado el fenómeno de cosa juzgada y las que se derivaban de actuaciones distintas a la expedición de las órdenes de capitalización de Granahorrar y de reducción del valor nominal de su capital social y de sus acciones, actos administrativos que gozaban de presunción de legalidad. En suma, la Sala deniega, por ausencia de acreditación del daño invocado, las pretensiones indemnizatorias derivadas de las actuaciones de Fogafin y del Banco de la República que, aunque dieron lugar a la expedición de dichos actos administrativos, constituían posibles hechos dañosos distintos de estos últimos”.

SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 25000-23-25-000-2000-09014-05(AG), M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. Acción de cumplimiento es improcedente por existencia de otros medios de defensa judicial para ordenar la protección del patrimonio cultural de la Capilla de Taperas ubicada en el municipio del Agrado -Huila-, así como, para impedir el llenado del Embalse El Quimbo.

Síntesis del caso: El Departamento del Huila, por intermedio de apoderado judicial, promovió acción de cumplimiento en contra del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible - Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y de Emgesa S.A. E.S.P., con el objeto de que se dé cumplimiento a la Ordenanza 007 de 1992, proferida por la Asamblea del Departamento del Huila, por la cual, se protege el patrimonio cultural del Departamento y, en consecuencia, solicitan que se suspenda el llenado del embalse el Quimbo o, subsidiariamente, de no ser técnicamente posible la suspensión del llenado, dispongan el traslado de la Capilla de Taperas del Municipio del Agrado -Huila-, al lugar que disponga el señor Gobernador del Departamento.

Extracto: “En la medida en que el objeto de la impugnación versa expresamente sobre la posibilidad de que las demandadas sí puedan dar cumplimiento a la Ordenanza No. 007 de 1992, lo que a juicio de la demandante implica proteger el patrimonio cultural del Departamento y, así mismo suspender el llenado del embalse, para la Sala resulta posible referir que, tales propósitos podían ser satisfechos en ejercicio de otros medios de defensa judicial. Entonces, partiendo de que la legitimación de las demandadas estaba determinada por el hecho de ser, de un lado, Emgesa la autoridad encargada de llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico, y del otro, la ANLA la autoridad con la función de otorgar y hacer el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales; la Sala considera que tal presupuesto procesal de la acción sí se encontraba satisfecho. Pero no ocurre lo mismo en cuanto a la procedibilidad de la acción de cumplimiento, pues para este Juez Constitucional es posible afirmar que, así como lo hizo la Fundación El Curibano el 17 de junio de 2015, el Departamento podía demandar oportunamente, en ejercicio de la acción popular, la defensa de los derechos e intereses colectivos que se verían afectados por la destrucción de la Capilla, lo cual no hizo. De hecho, valga referir, fue consecuencia de tal proceso constitucional que se llevó a cabo por cuenta de la organización mencionada, que el traslado parcial de la Capilla se dio en agosto del 2015, como lo informó Emgesa, evento este que permitió preservar el patrimonio cultural a pesar de que la inundación del embalse estaba en curso. De otra parte, si el objeto de la accionante era impedir el llenado del embalse mediante la protección y/o preservación del patrimonio cultural, a juicio de la Sala, contaba con la acción de nulidad para censurar la licencia ambiental que permitió a Emgesa llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico El Quimbo, proceso en el cual podía solicitar el decreto de medidas cautelares de parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, con

las cuales se protegiera la Capilla hasta tanto se definiera la legalidad del acto. Conforme a lo dicho, resta a la Sala referir que la decisión de primera instancia será modificada para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de cumplimiento presentada por el Departamento del Huila, porque contó con otros instrumentos judiciales para lograr el efectivo cumplimiento de la norma”.

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2016, EXP. 41001-23-33-000-2015-00674-01(ACU), M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SECCIÓN PRIMERA

1. Se declara la nulidad de la expresión “En caso de reincidencia se podrá ordenar el cierre definitivo del establecimiento” contenida en el inciso primero del artículo 173 y del artículo 174 del Código de Policía de Bogotá -Acuerdo Distrital 079 de 2003-, porque al expedirlos el Concejo Distrital se extralimitó en su facultad de policía residual.

Síntesis del caso: Se demandan en acción de nulidad algunos artículos del Acuerdo 79 del 14 de enero de 2003, “Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D.C.”, por establecer, en síntesis, una serie de contravenciones de policía no autorizadas por la Ley, ni establecidas por el legislador nacional. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones, decisión que fue revocada parcialmente por la Sala al anular los artículos 174 y 177 numeral 6, parcialmente los artículos 173 y 183 parágrafo segundo y condicionar la validez del artículo 170 parágrafo y del 177 inciso primero.

Extracto: Por su parte y en lo que hace al último párrafo del inciso 1° de la disposición acusada, según la cual, “...En caso de reincidencia se podrá ordenar el cierre definitivo del establecimiento”, debe anotarse que éste sí ha de declararse nulo puesto que la reincidencia como causal para el cierre definitivo del establecimiento, sólo se halla estipulada en la Ley 232 de 1995 en los casos en que se repita el incumplimiento en los requisitos de funcionamiento allí previstos. Además, dicha medida se halla detalladamente regulada dada la gravedad de sus efectos frente al ejercicio de la actividad económica, en el artículo 4, numeral 4° de la mencionada ley [...] Ahora, la Corte Constitucional, al evaluar la exequibilidad de la medida de cierre de establecimiento, puntualiza que esta afecta directamente el derecho a la libertad económica e iniciativa privada; por tanto, la imposición de límites a estos derechos es materia reservada a la Ley [...] Así las cosas, es evidente que el Concejo de Bogotá se extralimitó en sus facultades de poder de policía residuales y subsidiarias, al consagrar como definitivo el cierre del establecimiento de comercio, y por tanto se ha de declarar la nulidad del respectivo aparte del artículo 173 demandado. Ahora bien, los razonamientos anteriores han de servir para declarar la nulidad del parágrafo del artículo 173, en tanto éste define lo que ha de entenderse como “un mismo establecimiento de comercio” para efectos de la reincidencia, pues, según se anotó, tanto el cierre de establecimiento, como la reincidencia, han de operar bajo los estrictos parámetros establecidos por el legislador. Asimismo, la adopción de definiciones con fuerza de ley es materia reservada a ésta, lo cual constituye razón de más para declarar su nulidad [...] En lo que respecta al artículo 174, es de anotar que este será declarado nulo en aplicación de los motivos señalados, respecto del cierre definitivo de establecimiento, por violación reincidente de reglas contrarias a la convivencia ciudadana

a. Se declara la validez del parágrafo del artículo 170 del Acuerdo Distrital 079 de 2003, condicionada a que su aplicación verse sobre las multas previstas en el Código Nacional de Policía.

Extracto: Por su parte, el parágrafo del artículo 170 se refiere a la posibilidad de invocar el amparo de pobreza frente a la imposición de la multa, lo cual resulta acorde con lo dispuesto sobre la materia en el Código Civil y de Procedimiento Civil al respecto, sin que se observe un vicio de legalidad que afecte esa disposición. Ahora, no sobra advertir, en todo caso, que el mencionado amparo se ha de invocar ante la

imposición de las multas dispuestas en el Código Nacional de Policía, dada la nulidad decretada respecto de los numerales 2º y 3º ibídem.

b. Se declara que el inciso primero del artículo 177 del Acuerdo Distrital 079 de 2003, es válido en tanto se entienda que el acto administrativo por el que se ordene un decomiso debe ser motivado.

Extracto: En lo que se refiere al artículo 177, concerniente al decomiso, la Sala tampoco declarará su nulidad, por cuanto la medida allí estipulada, claramente propende por la seguridad y salubridad de los ciudadanos, protección de la fauna y del medio ambiente; tal como corresponde al marco competencial de las autoridades policivas, sin que se advierta extralimitación regulatoria alguna en su redacción [...] Ahora, vale la pena aclarar que la respectiva resolución que declare el decomiso debe ser debidamente motivada como presupuesto de legalidad del acto, en los términos ordenados por la norma del Código Nacional de Policía transcrita, de modo que la validez de lo dispuesto en el artículo 174 habrá de supeditarse a que los actos administrativos que de él se deriven cuenten con aquella, según se indicará en la parte resolutive de esta Providencia

c. Se declara la nulidad de la expresión “equivalentes a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes” contenida en el párrafo segundo del artículo 183 del Acuerdo Distrital 079 de 2003, por ser contraria al Código Nacional de Policía, pues este contempla que por insolvencia todas las multas se convertirán en trabajo

Extracto: Respecto del párrafo segundo, por el cual se dispone: “cuando se trate de multas equivalentes a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes, la autoridad de policía que la impuso, podrá, previa solicitud del sancionado sustituir la multa por trabajo en obra de interés público, de carácter ecológico o de apoyo a poblaciones vulnerables”, debe advertirse que este se ha de declarar nulo en el aparte subrayado; puesto que se está imponiendo un condicionante en función del monto de la multa que no se estipula en el ordenamiento superior, para efectos de sustituir la sanción por trabajos en favor del interés público. Nótese que el Código Nacional de Policía, supedita la sustitución de la sanción de multa por obras a favor de la comunidad, a la circunstancia consistente en que el sancionado no cuente con capacidad económica para sufragarla en los términos del inciso 4º del artículo 193 del Código Nacional de Policía [...] Así las cosas, la Sala ha de acudir, mutatis mutandis, a los planteamientos expuestos por la sentencia prohijada de 19 de marzo de 2015, para señalar que la limitante introducida por el Acuerdo Distrital en la norma enjuiciada, se erige en un exceso en el ejercicio del poder de policía que contraviene las directrices impartidas por el Código Nacional de Policía, para efectos de la sustitución sancionatoria que se comenta; la cual, además, redundaría en perjuicio de la comunidad al restringir la posibilidad de que los infractores realicen obras a su favor, en razón del valor de la respectiva multa.

Sentencia de 24 de septiembre de 2015, Exp. 25000 23 24 000 2006 00688 01, M.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Acción de nulidad

2. La conciliación prejudicial no se debe agotar en los asuntos tributarios aduaneros.

Síntesis del caso: *La sociedad PETROLEUM AVIATION AND SERVICES S.A.S. promovió demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, buscando obtener la nulidad de las resoluciones proferidas por la DIAN, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo, modalidad leasing, y se sancionó con multa. La demanda fue admitida por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero en audiencia inicial se resolvió declarar la falta de competencia; declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado y remitir el proceso a la Secretaría de la Sección Primera de esa Corporación. Allí se inadmitió la demanda con el fin de que la parte actora acreditara el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 del CPACA.; y luego fue rechazada. Decisión que fue revocada en segunda instancia.*

Extracto: Al respecto debe la Sala rectificar y unificar su criterio en el sentido de aclarar que la citada providencia (de 5 de marzo de 2015, por medio de la cual se resolvió una acción de tutela presentada por

ARGO CANADIAN MOTORS SAS., contra el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá -Sección Primera y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera) no tiene la virtualidad de cambiar la postura pacífica y uniforme que ésta Sección ha venido esgrimiendo por largos años, en torno a asegurar que las operaciones relacionadas con importaciones temporales a corto o largo plazo tienen carácter tributario aduanero. Para el efecto, vale la pena aclarar que la operación que se discute en el proceso actual (2014-01513-01), se refiere a una importación temporal a largo plazo, y que según se explicó es claro el carácter tributario de los actos que se enjuician; en tanto que la sentencia proferida en la acción de tutela cuyos apartes se transcribieron (2014-04424-00) alude es a una importación temporal a corto plazo. Bajo ese escenario, también es pertinente precisar que de conformidad con lo expuesto en el artículo 144 del Decreto 2685 de 1999 en las importaciones temporales a corto plazo surge la obligación de liquidar tributos aduaneros aun cuando no deban cancelarse, circunstancia ésta que no hace desaparecer el carácter tributario aduanero propio de la actividad que se pretende regular [...] Siendo ello así, como los actos administrativos que atacó la sociedad ARGO CANADIAN MOTORS SAS., se referían al incumplimiento del régimen de importación temporal a corto plazo y además ordenaban el pago de una suma de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000.00) por concepto de tributos aduaneros, producto del cambio de régimen a importación ordinaria, tal controversia se suscitaba sobre un asunto tributario aduanero que al tenor de lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 2º del Decreto 1619 de 2009 no debió agotar el requisito de conciliación extrajudicial. En consecuencia, habrá de revocarse la decisión de rechazo de la demanda proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de marzo de 2015, para que en su lugar, sea repartido a la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la cual debe conocer de los asuntos aduaneros, y de otra, sea ésta Sección la que provea sobre su admisión.

Sentencia del 31 de agosto de 2015, Exp. 25000 23 41 000 2014 01513-01, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

3. Se suspende provisionalmente el Decreto 0454 de 2009 del D.E.I.P de Barranquilla por señalar para la entrega de los vehículos inmovilizados requisitos adicionales a los previstos en el artículo 125 del Código Nacional de Tránsito.

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción de nulidad se presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, con el fin de que se declare la nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto 0454 de 27 de mayo de 2009, que modificó parcialmente el Decreto 0423 de 2009, y que a su vez consagra como condición para la entrega de vehículos inmovilizados el pago del valor de la multa y que el infractor se encuentre a paz y salvo por todo concepto de multas, contrariando abiertamente el artículo 125 de la Ley 769 de 2002, "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones", dado que esta norma contempla la inmovilización del vehículo hasta que se subsane o cese la causa que le dio origen. El Tribunal suspendió provisionalmente los efectos del Decreto 0454 de 27 de mayo de 2009, decisión confirmada por la Sala.

Extracto: Para la Sala, sin duda, el acto acusado desbordó la competencia de los Alcaldes en materia de tránsito, consagrada en el artículo 6º, parágrafo 3º, de la Ley 769 de 2002, que prohíbe a estos “dictar normas de tránsito de carácter permanente, que impliquen adiciones o modificaciones al Código de Tránsito”. Y ello es así, por cuanto el Código Nacional de Tránsito Terrestre define con claridad el procedimiento para la inmovilización de vehículos en caso de infracción, [...] De lo anterior se infiere que no podía el DISTRITO DE BARRANQUILLA establecer nuevos requisitos que modificaran el Código Nacional de Tránsito, específicamente, obligar a quien pretenda retirar el vehículo inmovilizado a causa de una infracción de tránsito, proceder al pago total de las multas de tránsito o suscribir acuerdos de pago con dicho fin, porque ello no fue previsto por el Legislador. Aún más, de la sanción de inmovilización de que trata la norma en comento [Artículo 125 del Código Nacional de Tránsito], no se desprende la posibilidad del recaudo de multas que buscó implementar la entidad demandada, sino que la finalidad de dicha sanción, como lo indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 16 de diciembre de 2003 (Radicado núm. 1545), es la de conminar al conductor a cumplir las normas de tránsito.

Sentencia de 12 de noviembre de 2015, Exp. 08001 23 31 000 2011 00020 01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ. Acción de nulidad

4. La competencia del Ministerio de Salud y Protección Social para revisar empaques o cajetillas de cigarrillos es integral.

Síntesis del caso: La sociedad BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Ministerio de Salud y Protección Social para obtener la nulidad de las comunicaciones números. 2100000-7742 de 1º de febrero de 2012 y 21000000-74028 de 13 de abril de 2012, y el oficio núm. 116613 de 5 de junio de 2012, mediante los cuales no se autorizó la comercialización de los empaques de cigarrillos utilizando las expresiones “Click & On”, “Click & Roll”, “Krystal Frost”, “Filter Kings” y “Frozen Nights”. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la sociedad actora. La sentencia fue confirmada por la Sala.

Extracto: Ante las restricciones legalmente impuestas al tabaco, resulta procedente que el Ministerio de Salud y Protección Social, como autoridad sanitaria a cargo de la política pública del sector salud revise todos los elementos de los empaques y etiquetas de los productos; no hacer un ejercicio integral indicaría que las empresas productoras y comercializadoras podrían introducir elementos de carácter promocional o publicitario, lo cual está prohibido por la legislación colombiana, al tenor de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, en concordancia con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, o introducir frases que no sean coherentes con las advertencias y pictogramas, es decir, que las desdibujen y las hagan ineficaces y sería una pugna entre la advertencia y el lema comercial, de manera que este último neutralice los efectos del primero [...] En manera alguna sería lógico que el Ministerio, en el caso del cigarrillo y demás derivados del tabaco, no hiciera un estudio previo integral de la simulación del etiquetado y empaque de los cigarrillos y se limitara a revisar las advertencias y pictogramas, permitiendo que se produzcan y salgan al mercado con mensajes ambiguos o no armónicos, como tampoco lo sería que el control se hiciera únicamente de manera posterior, cuando ya están en el mercado, como pretende entenderlo la actora. Entonces, en otras palabras, considera la Sala que los empaques y etiquetas de tabaco y sus derivados no deben ser ambiguos, por ello, como lo dispone la ley, antes de que se produzcan y comercialicen los productos, las empresas deben enviar al Ministerio de Salud y Protección Social con anticipación una simulación de éstos, para un control previo, precisamente para prevenir que en un control posterior realizado por las entidades competentes, se establezca que existen elementos que constituyen publicidad que alienta y estimula su consumo o sea engañosa, y se inicie un procedimiento administrativo que puede culminar en una sanción.

a. Los mensajes publicitarios persuasivos y que incentivan al público para consumir tabaco no pueden incluirse en los empaques o cajetillas de cigarrillo.

Extracto: Al examinar las expresiones que se prohibieron en los actos acusados, a saber, “Click & On”, “Click & Roll”, “Krystal Frost”, “Filter Kings” y “Frozen Nights”, la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en el acto que resolvió el recurso de apelación en el sentido de que “el examen exige una confrontación con aspectos lingüísticos, sociológicos, de mentalidad e idiosincrasia que determinan la conducta en el individuo y estimulan una pulsión hacia el consumo” considera que constituyen claros ejemplos de mensajes publicitarios prohibidos, pues tanto en su idioma inglés, como en su traducción al español, son persuasivos, incentivan al público para consumir los cigarrillos, razón suficiente para que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera prohibido su impresión en los empaques y etiquetados definitivos, pues sí expresan dominio, enrolarse en un status o dejarse absorber, operación electrónica y sentir sensaciones de frescura y placer; no hay claridad en la información y por lo tanto son engañosas, y no se está pensando en los efectos y riesgos que produce su consumo [...] Indudablemente las expresiones prohibidas tienen el efecto o posible efecto de promover el consumo de cigarrillo, como lo ha expresado y explicado el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo cual no existe censura, porque dichos mensajes publicitarios desconocen la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de

tabaco, contemplada en la Ley 1335 de 2009, ya que llaman la atención e incitan a su consumo, tanto en su expresión en inglés como en español; además permitirlo no sería coherente con las campañas educativas de que trata la misma Ley.

Sentencia de 24 de septiembre de 2015, Exp. 25000 23 41 000 2012 00607 01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se declara la nulidad del artículo 5 del Acuerdo 001 de 2001, expedido por el Concejo Municipal del Distrito Especial de Cartagena, por extralimitación de funciones y vulneración de norma superior al modificar los requisitos del cargo de secretario ejecutivo del Concejo Municipal.

Síntesis del caso: Establecer la legalidad de acto demandado que modifica los requisitos del cargo de secretario ejecutivo del Distrito Especial de Cartagena.

Extracto: La corporación pública que profirió el acto demandado debía sujetarse a las disposiciones consagradas en la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario, ii) El empleo de Secretario Ejecutivo es del nivel Administrativo y iii) Los requisitos generales que servirán de “base para establecer los manuales específicos...” serán “diploma de bachiller en cualquier modalidad o cuatro (4) años de educación básica secundaria”. Como se ve a simple vista, el artículo transcrito que hace parte del Acuerdo demandado, fija como requisito para el citado empleo “Formación profesional” que dista mucho de la exigencia de “bachiller” que consagra la norma general, por lo que de bulto se evidencia no sólo una extralimitación de funciones a cargo del Concejo Distrital sino también un quebrantamiento de la norma superior que hace anulable la disposición en cita.

Sentencia de 10 de diciembre de 2015, Exp. 13001-23-31-000-2001-00817-01(1723-11), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Medio de control de nulidad

SECCIÓN TERCERA

1. Se declaró patrimonial y extracontractualmente responsable al Municipio de Puerto Colombia - Atlántico, con ocasión de la actuación adelantada por la Alcaldía Municipal que culminó con el desalojo de la Sociedad Laboratorios Heves Limitada en el predio Puntas de Sabanilla, Corregimiento de Salgar, y con la posterior demolición, a manos de personas indeterminadas, de las edificaciones por ella construidas.

Síntesis del caso: La Corporación Country Club de Barranquilla solicitó ante la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia protección policiva a predio rural, ocupado en su criterio por el representante legal de la Sociedad Laboratorios Heves Limitada, este último se opuso cuando se realizaba inspección judicial al terreno, por acreditar ser poseedor con justo título, sin que fuera vinculado al proceso posesorio en una abierta vía de hecho al ordenarse su desalojo en diligencia que adelantó el Alcalde como autoridad de policía.

a. Vía de hecho de Alcalde Municipal por dar sentido diferente a sentencia dictada en proceso de lanzamiento por ocupación de hecho y ejecutarla contra poseedor con justo título.

Extracto: “Advierte la Sala que la resolución No. 042 de 1986, confirmada por la Resolución No. 053 del mismo año, comporta una vía de hecho de la administración municipal de Puerto Colombia, en la medida en que dio un alcance que no tenía la sentencia del 3 de octubre de 1984 proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, esto es, extendió sus efectos a poseedores con justo título que no integraron el extremo pasivo de aquella litis. En ese orden de ideas, la resolución No. 010, por medio de la cual se ordenó dar cumplimiento a lo establecido en las resoluciones No. 042 y 053 de 1986, que su vez fue ejecutada el 10 de julio siguiente, con la diligencia de desalojo por la que se demanda, constituyen una flagrante vía de hecho en tanto desconoció toda la normatividad vigente sobre la materia y generó perjuicios a la parte actora que deberán ser indemnizados por el ente territorial”.

b. Condena a Alcalde Municipal llamado en garantía por ejecutar diligencia de lanzamiento dolosamente frente a poseedor de predio rural con justo título.

Extracto: “Mediante la sentencia proferida el 22 de abril de 2002 por el Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso posesorio abreviado iniciado por Laboratorios Heves Ltda. contra la Corporación Country Club de Barranquilla, se decidió condenar a la mencionada corporación a restituir la posesión del predio objeto de esta controversia a la sociedad actora, así como al pago de la suma de doscientos treinta y seis millones ciento ochenta y seis mil cuatrocientos setenta pesos (\$236.186.470.00), equivalente al valor de las construcciones demolidas y sus respectivos “frutos civiles”, ello no es óbice para que esta Sala acceda a la pretensión relativa al pago de las construcciones demolidas, sin embargo, el valor pagado con ocasión de la mencionada providencia, se descontará a la condena que aquí se imponga por este concepto. No obstante, debe aclararse que dicha condena deberá hacerse en abstracto en tanto que los elementos de prueba obrante en el plenario, no permiten proferir una condena en concreto”.

Sentencia de 3 de septiembre de 2015, Exp. 08001-23-31-000-1997-12523-01(34255) M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa

* Con aclaración de voto del Doctor Danilo Rojas Betancourth.

2. Se reconoció la indemnización por concepto de perjuicios morales a los suegros de un ciudadano que fue víctima de privación injusta de la libertad.

Síntesis del caso: Los señores Nubia Lucía Vera Rodríguez y Juan Orlando Penagos Urrego fueron vinculados a proceso penal y privados de la libertad bajo la modalidad de detención preventiva entre el 19 de noviembre de 2001 y el 4 de diciembre del mismo año -por cuanto en esta última fecha se les impuso la detención domiciliaria-. Posteriormente, el ente investigador resolvió favorablemente a éstos precluyendo la investigación.

Extracto. “la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha manifestado que, en casos de privación injusta de la libertad, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos ha sufrido un daño antijurídico, como el que se juzga en el presente caso, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y con base en las máximas de la experiencia, resulta suficiente para inferir que tanto el peticionario como los integrantes de su familia han padecido el perjuicio moral por cuya reparación se demanda. Respecto del *quantum* al cual debe ascender la indemnización de estos perjuicios, la Sala acudirá a los parámetros establecidos en la reciente sentencia de unificación de la Sección Tercera de la Corporación, (...) [Así las cosas] los señores Manuel Vicente Torres Triviño y Gloria Ospina de Torres, quienes dijeron acudir en calidad de suegros del señor Juan Orlando Penagos Urrego, demostraron ese hecho con la declaración que rindieron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Juan Carlos Moreno Mejía y Gerardo Arnoldo Vargas Vásquez, quienes aseguraron que los reconocían como los suegros del señor Penagos Urrego y en sus declaraciones coincidieron en manifestar sobre el profundo dolor, tristeza y desilusión que les produjo la privación de su libertad. La Sala da crédito a estos testimonios y, por lo tanto, tendrá a estos demandantes como suegros del afectado directo para efectos

del reconocimiento de la indemnización de los perjuicios morales de quien aseguraron los deponentes padecieron dolor, tristeza y sufrimiento por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido Juan Orlando Penagos Urrego. (...) En efecto, habrá que condenarse a la demandada por el perjuicio por el cual reclaman resarcimiento los actores y, al hacerlo, se tendrá en cuenta la naturaleza, intensidad, extensión y gravedad de la afectación o lesión al derecho o interés legítimo respectivo, por lo que se asignarán a ese título, para cada uno de los demandantes, los valores que se indican a continuación.”

Sentencia de 23 de septiembre de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2002-02167-01(36575). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Reparación Directa

* Con aclaración de voto del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

3.a. Se condenó a la Fiscalía General de la Nación al determinarse la privación injusta de la libertad de la que fueron objeto dos ciudadanos colombianos, quienes fueron vinculados a investigaciones penales por los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales e interés ilícito en la celebración de contratos, ya que se ordenó la preclusión de los procesos penales adelantados contra estos.

Síntesis del caso: El señor Álvaro Gómez Botero fue vinculado a dos investigaciones penales como presunto autor de los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales e interés ilícito en la celebración de contratos. En estos procesos fue igualmente vinculada la señora Claudia Mercedes Muriel Patiño, esposa del señor Gómez Botero, y le fue impuesta una medida de aseguramiento consistente en caución prendaria. En ambos procesos las investigaciones terminaron con preclusión.

Extracto: "En el presente caso, la Sala comprueba que, a pesar de que el fiscal recalcó la existencia de "dudas" sobre la responsabilidad del señor Álvaro Gómez Botero en los delitos imputados, tal afirmación resulta simplemente una invocación nominal del principio constitucional *in dubio pro reo*, mas no una constatación efectiva y material de la presencia de una duda razonable sobre la participación del procesado en los hechos punibles. La razón que llevó a la Fiscalía a la preclusión de la investigación, se reitera, se contrae a la inexistencia de pruebas suficientes para corroborar la materialidad de los delitos, esto es, que las conductas de verdad constituyeran hechos ilícitos. Por lo anterior, al haberse comprobado que la absolución del señor Álvaro Gómez Botero y la señora Claudia Muriel Patiño tuvo sustento en la falta de pruebas sobre la existencia de los delitos endilgados, la Sala debe reconocer que sus conductas no constituyeron hechos punibles y, por tanto, su caso se subsume en uno de los supuestos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que los habilita para reclamar una indemnización del Estado por las medidas de aseguramiento que debieron soportar en la indagación: la detención preventiva en el caso de Gómez Botero, y la caución prendaria en el caso de Muriel Patiño. (...) Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación alegó haber procedido según las normas constitucionales y legales que rigen sus funciones, por lo que, al no evidenciarse un error judicial o conducta arbitraria o ilegal, debe eximirse de responsabilidad a la administración. No obstante, como ha sido el criterio reiterado de la Corporación, no es necesario demostrar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de error. Al damnificado le basta con probar que se le impuso una medida privativa de su libertad o restrictiva de sus derechos en el curso de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con una decisión favorable a su inocencia y que se le causó un perjuicio con ocasión de la detención o la medida impuesta. Con esa sola circunstancia, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos. La razón de ser de esta regla se sustenta en la constatación de que la persona, por el hecho de vivir en comunidad, no está obligada a soportar una carga tan lesiva de sus derechos fundamentales y, en general, de su proyecto de vida, como la privación de la libertad, sin recibir a cambio algún tipo de compensación. Dado que Álvaro Gómez Botero tuvo que soportar la carga de estar recluido en su lugar de domicilio mientras que la administración, a través de su aparato investigativo, examinaba su responsabilidad en unas conductas punibles, merece ser compensado por el hecho de haberse fracturado, en perjuicio suyo, el principio de igualdad ante las cargas públicas. (...) Finalmente, se aclara que la responsabilidad patrimonial por el daño causado a los demandantes resulta imputable a la Fiscalía General de la Nación, pues fue en desarrollo de las actuaciones de esta

entidad que se privó de la libertad al señor Álvaro Gómez Botero y se impuso la medida de aseguramiento de caución prendaria a la señora Claudia Muriel Patiño.”

b. Se ordenó la reparación a una ciudadana por la imposición de caución prendaria dentro de investigación penal por cuanto no estaba obligada a soportar dicha carga.

Extracto: “En el caso de la señora Claudia Muriel Patiño, se insiste en que el Estado debe asumir su responsabilidad también en los daños antijurídicos originados en situaciones distintas a la detención preventiva de personas, como cuando se imponen cauciones prendarias o se dispone la incautación de los bienes de las personas sindicadas, siempre que tales restricciones y medidas resulten injustificadas y los afectados con las mismas no hubieran originado el hecho que dé lugar a la medida cautelar. En este asunto, la imposición de una medida cautelar de caución prendaria en su contra no es una carga que estuviera obligada a soportar, por lo que debe ser reparada.”

Sentencia de 28 de agosto de 2015. Exp. 17001-23-31-000-2000-01292-01(33914). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de Controversias Contractuales

* Con aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

4. Se condenó solidariamente al Instituto del Deporte y Recreación de Medellín -INDER- y a la Empresa Organizadora de Eventos ESPARTA S.A. por las lesiones sufridas por una ciudadana durante la realización de un espectáculo público, ya que estas no adelantaron las medidas de vigilancia, control y seguimiento del evento, así como no se adoptaron todas las acciones tendientes a la prevención de riesgos inherentes a la actividad, respectivamente.

Síntesis del caso: La señora Nazly Navarro Mejía sufrió múltiples lesiones con ocasión de la caída de las tribunas del Estadio Atanasio Girardot durante un concierto público celebrado el 22 de febrero de 1997; hechos que ocurrieron en la ciudad de Medellín. El evento era promovido por la Empresa ESPARTA S.A. y la entidad responsable de la vigilancia sobre estas actividades era el Instituto de Deporte y Recreación - INDER.

Extracto: “[L]a Sala considera que el Instituto del Deporte de Medellín [INDER] incurrió en falla del servicio al haber incumplido los deberes normativos consagrados en el Decreto 1355 de 1970, decretos 270 y 271 de 1993 y Acuerdo 06 de 1994, dado que no se sujetó a la debida diligencia en autorización, vigilancia, control y seguimiento del concierto celebrado el 22 de febrero de 1997, así como por no haber adoptado, o haber exigido la consideración por parte del contratista ESPARTA S.A. de todas las medidas y acciones de gestión de los riesgos inherentes y derivados de la realización del espectáculo público. Así mismo, por no disponer oportunamente de los medios normativos y técnicos que razonablemente existía y podía emplear para la administración adecuada del escenario deportivo, estadio Atanasio Girardot, donde se celebró el concierto, con el fin de determinar las condiciones físicas de las infraestructuras, delimitar áreas en las que podía acogerse a los espectadores, y áreas con restricción por deficiencias o por cuestiones de seguridad, lo que queda comprendido dentro del incumplimiento a las obligaciones de prevención, vigilancia y control, que se aúna a la indebida reglamentación que para el uso del escenario deportivo con el concierto se hizo a partir de las obligaciones estipuladas en el contrato de arrendamiento suscrito con ESPARTA S.A. Con base en los anteriores argumentos, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la responsabilidad del INDER por el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía. (...) A su vez, a ESPARTA S.A., como contratista, empresario o promotor del concierto celebrado el 22 de febrero de 1997 le es atribuible el daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía, ya que conociendo los riesgos de este tipo de actividades no cumplió con las obligaciones establecidas en el Decreto 1355 de 1970 al no haber asegurado el normal desarrollo del espectáculo acreditado el accidente en el que resultaron lesionadas varias personas, entre ellas Nazly Alcira, así como por no haber ofrecido a los espectadores, especialmente a Navarro Mejía las condiciones de comodidad y seguridad para el disfrute y visión del concierto. Así mismo, es responsable por utilizar como material de distracción elementos que promovían el desorden, como el balón inflable, y la realización de conductas que propiciaron y materializaron riesgos como el ocurrido al romperse la baranda en la zona de oriental

donde se encontraba la lesionada y sus compañeros. Finalmente, es responsable ESPARTA S.A., ya que conociendo que se trataba de un evento que comportaba ciertos riesgos derivados de la concentración de un número elevado de personas, por no haber controlado en su acceso el ingreso de estas en condiciones de alicoramiento [supuesto que está acreditado pero que no es determinante para enervar la responsabilidad], y no haber exigido al INDER la delimitación de las áreas o zonas con restricción de acceso por deficiencias en la infraestructura, o por razones de seguridad. Con fundamento en los anteriores argumentos, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la responsabilidad solidaria de ESPARTA S.A., como consecuencia del daño antijurídico ocasionado a Nazly Alcira Navarro Mejía. (...) Determinada la imputación, fáctica y jurídica, del daño antijurídico ocasionado a Narly Alcira Navarro Mejía, procede la Sala a examinar si se encuentran acreditados los perjuicios reclamados como consecuencia del mencionado daño, tanto por la lesionada, como por sus familiares.”

Sentencia de 1 de julio de 2015. Exp. 05001-23-31-000-1997-01510-01(30420). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa

5. Configuración del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ante la inobservancia de las garantías constitucionales y legales instituidas en favor de terceros de buena fe afectados por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación.

Síntesis del caso: La Fiscalía 118 Seccional, Unidad Tercera Delitos contra el Patrimonio Económico, ordenó cancelar, por estar viciados de ilegalidad, los actos que llevaron a traditar la propiedad del predio identificado con matrícula inmobiliaria 50S-40042331, dentro de los cuales figuraba la adjudicación realizada por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá a favor del señor Publio Hernando Zambrano Rodríguez con ocasión de la diligencia de remate decretada en el marco del proceso ejecutivo singular adelantado por ese juzgado. Ante la cancelación de su derecho real de dominio el actor presentó múltiples acciones de tutela en contra del ente instructor por la violación a su derecho fundamental del debido proceso, la última de las cuales resolvió amparar el derecho vulnerado para lo cual, el juez constitucional le ordenó a la Fiscalía General de la Nación proveer nuevamente sobre la situación del tercero de buena fe afectado con la decisión de cancelación de la cadena traditicia.

Extracto: “[L]a Fiscalía 118 Seccional, Unidad Tercera de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico inobservó las garantías constitucionales y legales instituidas en favor de los terceros de buena fe afectados con la providencia del 10 de diciembre de 1999, mediante la cual ordenó cancelar, por estar viciados de ilegalidad, los actos que llevaron a traditar la propiedad del predio identificado con matrícula inmobiliaria 50S-40042331 y todos aquellos que de esa anotación devinieron. (...) el ente investigador pese [a] conocer que la adquisición del inmueble por parte del peticionario se derivó de la subasta pública ofertada por un juez civil de la república, negó las expedición de las piezas procesales solicitadas con el único argumento del carácter espurio de los títulos que permitieron la enajenación del inmueble, situación que no comprometió la actuación del señor Zambrano Rodríguez y que comportaba la descripción de tercero de buena fe que la norma establecía, pues como se reitera, su relación con el inmueble se originó en una diligencia de remate publicada por una autoridad judicial que en principio, podría tenerse como una actuación legal. (...) la negativa por parte de la Fiscalía General de la Nación de permitir la intervención del señor Zambrano Rodríguez una vez radicó su solicitud, vulneró su derecho fundamental al debido proceso y desconoció el marco legal instituido para ese fin, vulneración que solo fue conjurada por la intervención del juez constitucional que anuló la declaratoria de prescripción de la acción penal al paso que instó por la vinculación al proceso del peticionario. No obstante la orden impartida, y luego de escuchar al incidentalista y al Distrito de Bogotá, la Fiscalía General insistió en su decisión de cancelar los actos traditicios de dominio pese a la declaratoria de prescripción de la acción legal (...) providencia que a la luz de la interpretación constitucional reiterada, constituía de suyo la vulneración de los derechos del tercero de buena fe, esto si se tiene en cuenta que el máximo órgano constitucional supeditó la cancelación de los actos de registro como medida definitiva, solo en los eventos de proferirse sentencia penal condenatoria, supuesto que en el presente caso no se configuró.”

Sentencia de octubre 15 de 2015. Exp. 25000-23-15-000-2003-02207-01(34548). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Medio de control de reparación directa

6. Para que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad es necesario que su conducta sea la causa adecuada del daño, pero de catalogarse como una concausa, en la producción del mismo, se configuraría una culpa compartida.

Síntesis del caso: El 13 de junio de 2001, el infante de marina Juan Guillermo Restrepo Hincapié, murió como consecuencia de un paro cardiorrespiratorio ocasionado por electrocución; el IMAR se encontraba prestando su servicio militar obligatorio en el Batallón Fluvial de IM No. 80 de Inírida (Guanía) y sabía que la cerca que rodeaba el lugar se encontraba electrificada, aun así se evadió de su puesto de trabajo y cuando ingresaba nuevamente sufrió la descarga que le quitó la vida.

Extracto: “[L]a víctima no tuvo en cuenta, conociéndolos, los riesgos que se desprendían de su comportamiento imprudente, con lo cual, sin lugar a dudas, contribuyó a la producción del hecho dañoso. En suma, la conducta negligente del infante de marina Juan Guillermo Restrepo Hincapié, derivada de su desacato a la orden de permanecer en el alojamiento y en acuartelamiento de primer grado, resultó necesaria para causar o producir el daño. (...) a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario determinar si su conducta fue determinante en la producción del daño y en qué medida. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que, para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues, en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no exime al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, hay lugar a rebajar el monto de la reparación en proporción a la participación de la víctima. (...) si bien es cierto, como atrás se señaló, que la actuación de la víctima fue decisiva en la generación del daño, es también cierto que ella (la actuación) no fue exclusiva, es decir, no fue la única causa del fallecimiento del señor Restrepo Hincapié, habida cuenta que la entidad demandada también contribuyó a su producción (...) comoquiera que lo que sucedió en este caso no fue lo esperable, esto es, que el soldado se resistiera a entrar en contacto nuevamente con el cable, sino que, por el contrario, se produjo su muerte al tocar la cuerda, resulta posible atribuir responsabilidad también a la parte demandada, pues es claro que la cuerda estaba presentando una falla en la medida en que estaba conduciendo electricidad de mayor intensidad (...) en virtud del artículo 177 del C. de P.C., la parte demandada tenía la carga de probar la existencia de la culpa exclusiva y determinante de la víctima, a efectos de eximirse por completo de responsabilidad y no logró hacerlo, resulta claro que debe responder por el daño causado; no obstante, como sí está probada la concurrencia de la actuación de la víctima en la causación de su propio daño, es forzoso, entonces, dar aplicación al artículo 2357 del Código Civil, de tal suerte que la condena a imponerse será reducida en un 50%.”

Sentencia de noviembre 19 de 2015. Exp. 50001-23-31-000-2003-30215-01(38779). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Medio de control de reparación directa

SECCIÓN CUARTA

1.a. En las Cooperativas no hay lugar a pagar impuesto de renta en el régimen tributario especial si todo el excedente contable se destina a enjugar las pérdidas de ejercicios anteriores.

Síntesis del caso: A una Cooperativa de Motoristas le fue notificada por parte de la DIAN Seccional Neiva, una liquidación oficial de revisión respecto de la declaración de renta y complementarios por el año gravable 2005, debido a que aquella entidad sin ánimo de lucro no liquidó ni pagó el impuesto sobre la renta respecto al beneficio neto o excedente por ese año, ya que el excedente contable que es la base para liquidar el aporte para educación formal, que a su vez constituye la condición para la exención total del impuesto de renta, fue absorbido por las pérdidas contables de años anteriores. Para la DIAN el aporte del 20% para educación tomado del excedente contable, era obligatorio hacerlo con el fin de gozar de la exención total del beneficio

neto o excedente, mientras que para el contribuyente tiene prevalencia la Ley 79 de 1988 que establece la forma como de distribuye el excedente contable.

Extracto: “...Fíjese que la norma transcrita (Decreto 4400 de 2004 artículo 12) dice expresamente que si el excedente contable se destina en todo o en parte en forma diferente a lo establecido en esa norma, se hará gravable la totalidad del excedente fiscal. Entonces, es claro que las cooperativas deben acatar la Ley 79 de 1988, en especial el artículo 54, al que remite la norma transcrita, y que prevé la forma en que debe destinarse el excedente contable, así:...Pero, además, el artículo 55 de la Ley 79 de 1988 dispone que **“No obstante lo previsto en el artículo anterior, el excedente de las cooperativas se aplicará en primer término a compensar pérdidas de ejercicios anteriores. Cuando la reserva de protección de los aportes sociales se hubiere empleado para compensar pérdidas, la primera aplicación del excedente será la de establecer la reserva al nivel que tenía antes de su utilización.”** Queda en evidencia, entonces, que las cooperativas están obligadas a aplicar el excedente contable, en primer término, a compensar las pérdidas de ejercicios anteriores. De manera que, si todo el excedente contable toca aplicarlo a esas pérdidas, por sustracción de materia, ya no habrá excedente contable para aplicar a los otros rubros que prevé el artículo 74 de la Ley 79 de 1988, pero, igual, se habrá cumplido esa ley y, por lo tanto, como el excedente contable no se destinó en forma diferente a como lo manda la legislación cooperativa, no es gravable el excedente fiscal. De manera que la interpretación sistemática de los artículos 54 y 55 de la Ley 79 de 1988, 11 y 12 del Decreto 4400 de 2004, 19 [numeral 4] y 356 del E.T. es la que permite concluir que la Cooperativa que arrastre pérdidas de ejercicios anteriores está eximida de pagar el impuesto de renta sobre el excedente fiscal si todo el excedente contable lo aplicó a compensar esas pérdidas. Precisamente por la dualidad de conceptos que se manejaron para el año 2005 [excedente fiscal y excedente contable] y las diversas interpretaciones que suscitó su aplicación, se modificó la ley para equipararlos [el numeral 4 del artículo 19 del E.T., se reitera, fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1066 de 2006]. Esto no quiere decir que la Sala esté aplicando de manera retroactiva el artículo 10 de la Ley 1066 de 2006 a un caso del año 2005. Se trata, simplemente, de precisar la interpretación adecuada que se le debió dar a las normas citadas como violadas a efectos de darles el efecto útil que les corresponde.

b. El beneficio neto o excedente de las Cooperativas está exento si el 20 por ciento tomado del excedente contable se destina a financiar cupos o programas educativos.

Extracto: Sea lo primero advertir que para mejor entendimiento del caso, la Sala utilizará los vocablos “excedente fiscal” para referirse al regulado en el Estatuto Tributario, y “excedente contable” para referirse al derivado de la aplicación del PUC para el sector solidario. Esto por cuanto, para la vigencia fiscal del año 2005, el excedente fiscal se calculaba de manera diferente a como se calcula el excedente contable. Ya para el año 2006, la ley dispuso que ambos excedentes se calculan de acuerdo a como lo establezca la ley y la normativa cooperativa vigente. Esto es, que a partir del año 2006, para las cooperativas, el excedente fiscal es igual al excedente contable [artículo 10 de la Ley 1066 de 2006]. Esto es relevante puesto que el período que se analiza en la demanda corresponde al año 2005, y, en consecuencia, es importante tener presente esa diferencia de conceptos puesto que el excedente fiscal resultaba de restar de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, cualquiera sea su naturaleza o denominación, los egresos de cualquier naturaleza que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social, incluyendo las inversiones que hagan en cumplimiento de ese objeto. Y, el excedente contable resultaba [y resulta] de restar de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, cualquiera sea su naturaleza o denominación, los egresos de cualquier naturaleza que permita el PUC del sector solidario. De manera que, en la práctica, el resultado de las dos operaciones podía llegar a ser diferente. Aclarado lo anterior, se precisa que el excedente fiscal, calculado en la forma dicha, podía estar exento del impuesto de renta si el 20% del excedente contable se destinaba de manera autónoma por las propias cooperativas a financiar cupos y programas de educación formal en instituciones autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional.

Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 44001-23-31-000-2009-00476-01 (19578) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

* Salvamento de voto de la Doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

2.a. La deducción por inversión en activos fijos reales productivos adquiridos mediante el contrato de leasing financiero procede en el año en que se realiza la inversión o en el período en que se suscribe el contrato.

Síntesis del caso: Una sociedad presentó su declaración de renta por el año gravable 2007 en la que incluyó como deducción por inversión en activos fijos reales productivos la suma de \$ 6.981.191.000 y determinó un saldo a favor de \$ 1.974.689.000. La DIAN mediante liquidación oficial de revisión le rechazó \$ 2.214.799.000 de la deducción y le redujo el saldo a favor a \$ 1.221.658.000. El argumento de la administración tributaria es que conforme al artículo 4^a del Decreto 1766 de 2004, el monto de la deducción por activos fijos reales productivos, adquiridos mediante contrato de leasing financiero, equivalente al 30% del valor de la inversión, debía solicitarse en la declaración de renta del año en el cual se suscribe el contrato y no en el año en que se inicia el mismo, como lo hizo el contribuyente en su declaración. Por otro lado la DIAN como entidad demandada, presentó igualmente demanda de reconvención contra el demandante, para solicitar la nulidad del acto ficto o presunto que fue protocolizado mediante escritura pública y que se derivó de la presunta extemporaneidad en la decisión del recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión, cuya legalidad se demandó.

Extracto: “...Es de anotar que el artículo 3 del Decreto 1766 de 2004 constituye la regla general sobre la oportunidad en que debe solicitarse la deducción especial del artículo 158-3 del Estatuto Tributario. Por ende, todos los contribuyentes que deseen acogerse a la deducción especial en mención **deben solicitar la deducción en la declaración de renta del periodo en el cual se realiza la inversión**. Esta regla cobija tanto a los bienes que se adquieren de manera directa como a los que se adquieren bajo la modalidad de leasing financiero. Sin embargo, cuando la inversión se hace mediante leasing financiero, el artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 establece, además, **la opción o posibilidad** de que el contribuyente (locatario) solicite la deducción especial en la declaración de renta del periodo **en el que suscribió o firmó el contrato**. Lo anterior significa que el locatario en un contrato de leasing financiero puede pedir la deducción especial del artículo 158-1 del Estatuto Tributario en el periodo gravable en el que hace la inversión (que es cuando se da inicio al contrato y se registra el activo en su patrimonio) o en el año gravable en el que suscribe el contrato. Ello, por cuanto no necesariamente la suscripción del contrato de leasing financiero coincide con la iniciación de este, pues, por lo general, se pacta como fecha de inicio del contrato la del inicio del plazo para el pago del canon. Y, se reitera, es **la fecha de inicio** la que determina los efectos tributarios y contables del contrato de leasing financiero, por cuanto es a partir de ese momento que la ley tributaria (artículo 127-1 numeral 2 literal a) del E.T), permite que los activos se incorporen al patrimonio del locatario, sin ser dueño, debido a que le da el tratamiento de inversión. Como lo sostienen la demandante y el Ministerio Público, la expresión “*podrá*” del artículo 4 del Decreto 1766 de 2004 implica el ejercicio de una opción o facultad, por lo que el contribuyente puede o no hacer uso de esta en el periodo gravable en el cual suscribió el contrato de leasing. No comparte la Sala el criterio de la DIAN en el sentido de que la citada expresión se refiere a la opción de solicitar o no la deducción. Si ese fuera el sentido de la norma, el artículo 3 del Decreto 1766 de 2004 también tendría la expresión “*podrá*”. Sin embargo, el citado artículo dispone que la deducción “*deberá*” solicitarse en el año gravable en que se realiza la inversión.

b. En materia tributaria no se requiere la protocolización del silencio administrativo positivo mediante escritura pública ya que opera por ministerio de la ley, así como tampoco la escritura tiene efectos legales cuando no se cumplen los requisitos del silencio positivo.

Extracto: Es importante anotar que el procedimiento del artículo 42 del Código Contencioso Administrativo no se aplica frente al silencio positivo derivado de la decisión del recurso de reconsideración. Ello, porque los requisitos de este silencio administrativo positivo están regulados en el artículo 734 del Estatuto Tributario, que se aplica de preferencia frente al artículo 42 del C.C.A, por ser una norma especial. Así lo prevé el artículo 1 del C.C.A. También es importante precisar que el administrado adquiere el derecho a que se reconozcan los efectos del silencio administrativo positivo solo cuando se cumplen las condiciones previstas en la ley para que este se configure, pues es la ley la que otorga efectos jurídicos positivos a la abstención de la Administración de resolver un recurso o una petición. Por lo mismo, si no se cumplen los

requisitos fijados en la ley para que exista el silencio administrativo positivo, la escritura protocolizada no produce “los efectos legales de la decisión favorable”, a que se refiere el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo, pues, precisamente, dicha decisión ficta no existió. Así se desprende de la norma en mención, conforme con la cual “La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo” debe protocolizar los documentos a que se refiere esta disposición. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 734 del Estatuto Tributario, en concordancia con el artículo 732 del mismo estatuto, si el recurso de reconsideración no se decide en el término de un año, contado a partir de su interposición en debida forma, se entiende fallado a favor del contribuyente “en cuyo caso la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará”. Así, los efectos de la decisión favorable del recurso de reconsideración por el paso del tiempo deben ser declarados por la Administración, de oficio o a solicitud del interesado, y este no se halla obligado a protocolizar escritura alguna para hacer valer los efectos de ese silencio administrativo. En esa medida, si en materia tributaria la Administración no reconoce oficiosamente la configuración del silencio administrativo positivo frente a la decisión del recurso de reconsideración, el interesado debe solicitarle tal reconocimiento. Y si la Administración se niega a declarar la existencia del silencio administrativo positivo, dicha negativa puede ser controvertida ante esta jurisdicción. Sin embargo, si el demandante no solicita a la Administración que se declare el silencio positivo en relación con la decisión del recurso no significa que el silencio positivo no exista, pues se reitera, el silencio opera por ministerio de la ley. En el mismo orden de ideas, no es la protocolización de unos documentos ni la declaración de la Administración lo que determina que exista una decisión ficta positiva frente a la decisión del recurso de reconsideración. La existencia de un acto ficto positivo depende solo del cumplimiento de los supuestos previstos en la ley para su operancia.

Sentencia del 4 de noviembre de 2015 Exp. 17001-23-31-000-2012-00149-01 (21.151) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

* Salvamento de voto de la Doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

* Aclaración de voto del Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

3. Existe pago de lo no debido cuando el conjunto o edificio paga el impuesto predial de las áreas comunes, caso en el cual para su devolución debe demostrar que el valor cancelado ya hizo parte del pago que hicieron los propietarios individuales respecto de sus inmuebles.

Síntesis del caso: El Municipio de Chía cobró y recaudó el impuesto predial y el porcentaje CAR correspondiente a los años 1991 a 1998 por las áreas comunes de un Centro Comercial organizado en propiedad horizontal. Posteriormente el Centro Comercial presentó la solicitud de devolución por pago de lo no debido, porque las áreas comunes ya estaban incluidas en el avalúo catastral de las unidades privadas, las cuales ya habían pagado el respectivo impuesto predial. Respecto a tal solicitud operó el silencio administrativo negativo, porque no se resolvió dentro del término previsto en el artículo 855 del estatuto tributario, ni ser inadmitió o rechazó por cualquiera de los motivos señalados en el artículo 857 del mismo. Por esa circunstancia el Centro Comercial al demandar solicita que se le restablezca el derecho y se ordene la devolución del impuesto predial pagado y no debido en forma reajustada de acuerdo al IPC y con intereses corrientes y moratorios.

Extracto: “De lo anterior puede inferirse que los bienes comunes pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de los bienes privados y que ello se refleja en la disposición, gravamen o embargo de los bienes privados, de modo que en relación con tales bienes ninguno de esos actos puede efectuarse en forma separada al bien de dominio particular al cual acceden. Así, los bienes comunes no podrían ser objeto de impuesto predial en forma separada de los bienes privados, de modo que éstos incorporarían el correspondiente a los bienes comunes. Es decir, siendo los propietarios de los pisos o departamentos sometidos al régimen de propiedad horizontal, los titulares de la propiedad en común, el pago del impuesto predial sobre cada bien privado satisfaría la obligación tributaria sustancial por ese concepto respecto áreas comunes, y el pago del impuesto predial por las mismas en forma independiente al de

dichos bienes privados devendría claramente en “no debido” para quienes lo hacen, con derecho a devolución, por cuanto: - Lo hace el contribuyente a nombre de la Administración- No tiene fundamento jurídico y, - Fue consecuencia de un error. De esta manera, se entiende cumplida la máxima del artículo 2313 del CC: “si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”. Sin embargo, esa constatación teórica legal no es suficiente por sí misma para reconocer el derecho a la devolución negada por el acto ficto demandado, comoquiera que no se aportaron documentos fehacientes para demostrar que el impuesto predial a cargo de las unidades privadas ubicadas dentro de la copropiedad del Complejo Comercial Centro Chía P. H. pagaron el impuesto cobrado por los recibos visibles en los folios 26 a 27, correspondiente a las vigencias 1997 y 1998, ni para verificar que las áreas de las zonas comunes ya se habían incluido en los avalúos de las áreas privadas. Sin evidencia probatoria contundente sobre los aspectos señalados, el derecho a la devolución se torna incierto y, por tanto, desprovisto de razón suficiente para reconocerse en esta instancia judicial, dado el incumplimiento de la carga procesal impuesta en el artículo 2316 del CC, según la cual, si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no es debido, y si el demandado lo niega, el demandante debe probarlo, y una vez probado, se presume indebido.

Sentencia del 2 de diciembre de 2015 Exp. 25000-23-27-000-2007-90182-01 (18.899) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

4.a. Las razones políticas o de conveniencia que tuvo el Gobierno Nacional para la venta de ISAGEN son aspectos que escapan al control del juez ordinario.

Síntesis del caso: Una de las demandantes en un proceso diferente a los ya fallados desde septiembre de 2015, solicitó la práctica de unas medidas cautelares respecto al procedimiento llevado a cabo para la enajenación accionaria que el Estado tenía en ISAGEN. La demandante solicita en esencia tres medidas cautelares: (I) la suspensión provisional de los actos administrativos demandados; (ii) la suspensión del procedimiento administrativo de venta de las acciones que la Nación tiene en ISAGEN y (iii) el restablecimiento del proceso de enajenación al Estado en que se encontraba antes de que se iniciara la primera etapa.

Extracto: Obsérvese que entre los hechos que sustentan las decisiones adoptadas por los actos demandados, se encuentran los siguientes: (i) la Nación es propietaria de la mayoría de las acciones de ISAGEN; (ii) existe un convenio interadministrativo para realizar la gerencia del programa de enajenación de la participación accionaria de la nación en las diferentes empresas, previsto por el documentos Conpes 3281 de 2004; (iii) existe concepto favorable de los Ministros; (iv) la Defensoría del Pueblo conoce el programa de enajenación de ISAGEN; (v) se suscribió una oferta de acuerdo de accionistas de ISAGEN; (vi) existe un amplio internos del mercado en participar en el proceso de enajenación de ISAGEN y; (vii) la Sección Cuarta del Consejo de Estado suspendió el proceso de enajenación pero luego fue levantada la medida. Igualmente, las decisiones adoptadas en los decretos se fundamentan, esencialmente, en los artículos 60 y 189-11 de la Constitución, la Ley 226 de 1995 y en el documento Conpes 3281 de 2004. De esa motivación es clara la finalidad pretendida por el Gobierno Nacional, que no es otra que implementar el procedimiento para la venta de las acciones que la Nación posee en ISAGEN, fijar su plazo, así como el valor de las acciones. Así las cosas, no es posible predicarse falta de motivación de los actos cuya suspensión se solicita. Como la enajenación de las acciones que el Estado posee en empresas o públicas o privadas es una facultad discrecional del Gobierno, éste la puede ejercer cuando lo considere conveniente para adoptar o ejecutar las políticas de su plan de gobierno. Se advierte que las razones políticas o de conveniencia que llevaron al Gobierno Nacional a tomar la decisión de venta y a establecer la destinación específica de los recursos que se obtendrían con la misma, son aspectos que, en principio, escapan al control del juez ordinario, como tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Cuarta de esta Corporación en la sentencia del 10 de septiembre antes citada; más cuando el artículo 4 de la Ley 226 de 1995 prevé que el producto de las enajenaciones de la participación accionaria del Estado en una empresa, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo, para cumplir con los planes de desarrollo respectivos.

b. No se presenta falsa motivación en los Decretos que autorizan la venta de ISAGEN ya que el Gobierno Nacional no está obligado a manifestar en tales decretos las razones políticas o de conveniencia para la venta.

Extracto: El Gobierno Nacional, se insiste, no estaba obligado a manifestar en los considerandos de los decretos demandados las razones políticas o de conveniencia que lo llevaron a tomar la decisión de venta y, mucho menos, a establecer la destinación específica de los recursos que se obtendrían con la venta. Al tratarse de una decisión eminentemente política y, por ende discrecional, el control que debe ejercerse sobre la conveniencia de dicha decisión le corresponde fundamentalmente al Congreso, no al juez ordinario de lo contencioso administrativo. Así mismo, la decisión de destinar los recursos obtenidos por la venta de ISAGEN a la financiación de las vías 4G, estuvo sustentada en las recomendaciones efectuadas en el documento Conpes 3760 de 2013. En ese sentido, se concluye, como en efecto se hizo en la sentencia citada, que la decisión de vender ISAGEN estuvo ajustada a derecho. Cosa distinta es el control político y de conveniencia y el control sobre la debida ejecución de los recursos. De acuerdo con lo expuesto, no es posible predicar la contradicción alegada por la demandante y, mucho menos, una falsa motivación, porque si bien en los actos demandados se expresaron los fundamentos de hecho y las razones jurídicas que motivaron la decisión, las diversas declaraciones dadas por el Gobierno Nacional, especialmente ante el Congreso de la República, están referidas a los motivos políticos y de conveniencia que lo llevaron no sólo a tomar la decisión de venta sino a elegir la destinación de los recursos. Unas son las razones jurídicas que sustentan la decisión y, otras, esencialmente diferentes, las razones políticas o de conveniencia que motivan a tomarla. Si bien ambas se complementan, por obvias razones no pueden ser idénticas y tampoco deben estar plasmadas en los mismos actos, pues obedecen a momentos y circunstancias diferentes.

c. Para la enajenación de la participación accionaria del Gobierno en ISAGEN no era necesario que se incluyera en forma expresa y detallada en el Plan Nacional de Desarrollo 201-2014 ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Extracto: “...como en el Plan Nacional de Desarrollo se fijan políticas públicas generales, no se requiere un grado de detalle de cada una de las operaciones en las que se concreten las políticas trazadas por el Gobierno Nacional para el cuatrienio correspondiente, razón por la que no era necesario que en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se incluyera de manera específica la enajenación de la participación accionaria que la Nación posee en ISAGEN. Sin embargo, se advirtió que la estrategia financiera sustentada en la gestión de activos sí estaba definida en el Plan Nacional de Desarrollo correspondiente al cuatrienio 2010-2014, lo que le permitía al Gobierno Nacional elegir autónomamente los bienes objeto de enajenación o consolidación. De hecho, esa estrategia de financiación fue reiterada en el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en cuanto dispuso que el FONDES tendría por objeto la inversión y financiamiento de proyectos de infraestructura y que sería financiado con los recursos producto de la enajenación de la participación accionaria de la Nación. En dicha sentencia también se concluyó que la decisión de enajenar las acciones de ISAGEN no violó la regla fiscal, por lo siguiente:III) *La venta de la participación accionaria de la Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo.(...) El marco fiscal de mediano plazo es una herramienta de planificación y gestión financiera, que permite proyectar las previsiones de ingresos, gastos, excedentes, requerimientos y alternativas de financiamiento necesarios para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. El marco fiscal de mediano plazo incluye un análisis detallado de los resultados macroeconómicos y fiscales observados en la vigencia anterior y la descripción de lo que se proyecta será el comportamiento futuro de las principales variables económicas y los resultados fiscales para la vigencia siguiente y el mediano plazo. En el sub lite, no es cierto que la enajenación del paquete accionario de Isagén debiera ser incluido de manera expresa en el marco fiscal de mediano plazo, como parece entenderlo el señor Daza Gamba, pues bastaba con que se incluyera de manera general la venta de activos como política de financiación del Estado. (...) Como se ve, la política de venta de activos de la Nación sí fue prevista en el marco fiscal de mediano plazo como un mecanismo de financiación para el cumplimiento del plan nacional de desarrollo y la ejecución presupuestal. Otra cosa distinta es, como ya se explicó, que no era necesario que se aludiera específicamente a la enajenación de la participación accionaria en Isagén. IV) La venta de la participación accionaria de la*

Nación en Isagén no debía incluirse de manera expresa en el proyecto de ley del presupuesto general de la Nación.(...) Como insistentemente se ha dicho, esa venta hace parte de la política general de enajenar activos, como mecanismo de financiación del Estado, política que sí fue incluida en el presupuesto general de la Nación. En efecto, en el proyecto de ley de presupuesto de 2013 sí se incluyeron en forma genérica como rentas de los recursos de capital obtenidos por la enajenación de activos de la Nación, por una suma de cinco billones de pesos

Auto del 2 de diciembre de 2015 Exp. 11001-03-27-000-2015-00044-00(21848) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN QUINTA

1. Se admite demanda y se niega suspensión provisional del acto de elección del señor Teófilo Cuesta Borja como director de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el ciudadano Jesús Lácides Mosquera Andrade, instauró demanda con el objeto de obtener la nulidad de los Acuerdos 007 y 009 del 21 de octubre de 2015 expedidos por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó - CODECHOCO, por medio de los cuales se designó al señor Teófilo Cuesta Borja como Director de CODECHOCO para el período 2016 - 2019.*

Extracto: “(...) El escrito en el cual el demandante solicitó la suspensión provisional de los actos acusados, señala que los mencionados acuerdos violan los artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente, aduce la vulneración del artículo 28 de la Ley 1263 de 2008 y del artículo décimo tercero del Acuerdo 006 de julio 15 de 2015 por el cual el Consejo Directivo de CODECHOCO reglamentó el procedimiento para la designación del Director General para el período 2016-2019. Según el accionante, de la simple confrontación de las disposiciones señaladas y del estudio de las pruebas aportadas en la demanda, particularmente los Acuerdos 0003 del 28 de mayo de 2012 y 010 de 22 de noviembre de 2013, se concluye con claridad que el señor Teófilo Cuesta Borja fue elegido como Director de CODECHOCO el 28 de mayo de 2012, luego fue reelegido el 22 de noviembre de 2013 y, posteriormente, por segunda vez reelegido el 21 de octubre de 2015. En suma, según lo estima el accionante, el señor Cuesta Borja se encontraba inhabilitado para ser reelegido nuevamente. Sin embargo, en relación con la designación realizada por medio del Acuerdo No. 003 del 28 de mayo de 2012, la Sala observa que tal designación se realizó para suplir la vacancia generada por la terminación automática del período institucional del Director General de la Corporación Autónoma, con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Ley 3565 del 26 de septiembre de 2011, mediante el cual se había extendido el período de los Directores Generales de las CAR. Ante tal situación, el Consejo Directivo de CODECHOCO, decidió encargar al funcionario Teófilo Cuesta Borja hasta cuando se adelantara el proceso de designación y posesión del nuevo Director General en propiedad. Por otra parte, mediante Acuerdo No. 010 del 22 de noviembre de 2013, el Consejo Directivo de CODECHOCO eligió al señor Teófilo Cuesta Borja como Director General para culminar el período institucional 2012 - 31 de diciembre de 2015, pues el señor Hugo Fernelix Valencia Chaverra quien fungía como Director General, había sido removido del cargo con ocasión de una sentencia de esta Corporación que declaró la nulidad de su elección. A partir de lo anterior, advierte la Sala que las pruebas allegadas y las normas invocadas en el escrito de demanda para demostrar la supuesta irregularidad de los actos acusados, permiten inferir en esta etapa procesal, contrario sensu de lo señalado por el accionante, que el señor Teófilo Cuesta Borja sólo se ha reeligido en una ocasión. En efecto, las pruebas aportadas en el libelo demandatorio indican lo siguiente: (i) Mediante Acuerdo No. 003 del 28 de mayo de 2012, el señor Teófilo Cuesta Borja fue designado Director General de CODECHOCO en calidad de encargado; (ii) Posteriormente, mediante Acuerdo No. 010 del 22 de noviembre de 2013 fue elegido Director General de CODECHOCO para culminar el período institucional que restaba del 2012-2015 y; (iii) Mediante Acuerdos 007 y 009 del 21 de octubre de 2015 fue elegido

nuevamente como Director de CODECHOCO para el período institucional del 1° de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019. Se colige entonces que la designación del señor Teófilo Cuesta Borja realizada mediante Acuerdo No. 003 del 28 de mayo de 2012, no correspondió a una elección sino a un encargo, por lo que no habría incurrido en la inhabilidad traída a colación por parte del demandante, pues esta se refiere a aquellos directores que habiendo sido elegidos para un respectivo período institucional, optan por reelegirse por más de una sola vez. En principio, el encargo es una forma de desempeñar las funciones de manera transitoria que no se puede asimilar a la provisión definitiva del cargo, cual es en este caso, la elección por parte del Consejo Directivo para el respectivo período institucional. Lo discurrido por la Sala permite colegir que no es posible acceder a la suspensión provisional del acto, toda vez que a través de la argumentación presentada por el solicitante no se logró demostrar la violación alegada”.

Auto de 15 de diciembre de 2015. Exp. 11001032800020150004900 M.P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE

2. Se admite demanda y se decreta suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial “Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial”.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad electoral el señor Fredy Antonio Machado López, instauró demanda con el objeto de que se declare la nulidad contra el Acuerdo No. 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial y presentó la siguiente pretensión: “(...) se declare la nulidad de la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial, declarada mediante el Acuerdo No. 009 de 2015, así como la convocatoria pública No. 01 de 2015 fundamento del primero”.

Extracto: “(...) Para resolver debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 02 de 2015 en el artículo 15, señaló un periodo individual para estos miembros de 4 años. Sin embargo, en las reglas transitorias contempladas en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo indicó que para la primera conformación del Consejo de Gobierno Judicial “uno de los tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva será elegido para un periodo de dos años, y otro será elegido para un periodo de tres años”. Por su parte, la convocatoria consagró que “los dos primeros miembros designados tendrán periodos individuales de 3 años y el último nombrado lo será para un periodo de 2 años”. De lo anterior, se advierte que si bien el constituyente derivado reguló con claridad el periodo respecto de dos (2) de los miembros de dedicación exclusiva, guardó silencio frente al tercero de éstos, circunstancia que habilitó, por razones de eficacia de la norma jurídica, al Consejo de Gobierno Judicial para establecer el periodo de éste último, so pena de que las disposiciones aludidas cayeran en la inoperatividad. No obstante, es claro que el momento para fijar el periodo mencionado, ante el vacío de la norma del legislador, era la convocatoria, como en efecto ocurrió, y con ello, el Consejo de Gobierno Judicial se obligó a respetar la regla allí prevista no solo en el decurso del proceso sino al momento de la elección. Lo anterior, en tanto, la convocatoria es en esencia el acto por el cual la administración fija las pautas que determinarán la validez de la decisión final, en este caso, de la elección, pues es ésta la que consagra las bases sobre las cuales se desarrollará el concurso, de tal manera que es allí donde se expone a los interesados con claridad las reglas a que se sujetará su participación y las de la propia administración. De allí la importancia de que los procedimientos que se dieran al interior del Consejo de Gobierno Judicial con fines electorales, cumplieran con rigor el principio de legalidad que impone respetar el derecho vigente para el momento en que se inicia el proceso de elección, que para el efecto, ocurre con la convocatoria, so pretexto de violar, entre otros, los principios constitucionales de la transparencia y la buena fe. (...) es claro para la Sala que si bien no constituye yerro alguno, como ya se explicó, que el Consejo de Gobierno Judicial, con el fin de lograr que la norma jurídica fuera eficaz en el ordenamiento jurídico, hubiera llenado el vacío del Acto Legislativo respecto al periodo del tercero de los miembros, si defraudó los principios y derechos constitucionales arriba mencionados, cuando al momento de la elección, mediante el Acuerdo N° 009 de 2015, expresó que el periodo de uno de los miembros iba a ser de 4 años. Porque con ello modificó las reglas y condiciones de participación vinculantes y de obligatorio cumplimiento, inicialmente señaladas en la Convocatoria -regla del concurso-, para proponer otras en la etapa de elección, como si se pudiera

dejar al arbitrio de los electores la variación de las bases del concurso en cualquier etapa, no garantizando el principio de igualdad formal y material prescrito en el artículo 13 de la Constitución.”.

Auto de 15 de diciembre de 2015. Exp. 11001032800020150004800 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

* Con aclaración de voto de la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

3. Se niega la recusación propuesta por el señor César Emilio Valero Soto, contra los doctores Dolly Pedraza de Arenas, Alberto Yepes Barreiro y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez dentro del proceso adelantado contra la elección señor Don Amaris Ramírez París Lobo como alcalde de la ciudad de San José de Cúcuta para el periodo 2012-2015.

Síntesis del caso: El señor Valero Soto, mediante escrito del 5 de junio de 2015, presentó recusación contra los doctores Dolly Pedraza de Arenas, Alberto Yepes Barreiro y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, pues, a su juicio, estaban incurso en las causales que prevé los numerales 12 y 14 del artículo 150 del C.P.C, según la remisión del artículo 160 del C.C.A., esto es, “...haber dado el juez consejo o concepto fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo” y “tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar”.

Extracto: “a juicio de la Sala los hechos que sustentan la presente recusación no se encuadran dentro de los supuestos que estructuran la causal que prevé el numeral 14 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, si bien está demostrado que el señor Jorge Heriberto Moreno Granados interpuso una acción de tutela contra la Sección Quinta del Consejo de Estado con ocasión de la providencia del 27 de marzo de 2014, es lo cierto que dicha solicitud tuvo como finalidad la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. En cambio, en el proceso electoral de la referencia se trata de decidir la legalidad del acto de elección del señor Don Amaris Ramírez como alcalde de Cúcuta, período 2014-2018. De acuerdo con lo anterior, como bien lo pusieron de presente los recusados, es evidente que en dicho proceso no se controvierte la misma cuestión jurídica que el juez debe fallar. Es decir, no existe identidad de objeto, toda vez que un asunto versa sobre la protección de derechos fundamentales mientras que el otro trata sobre la legalidad de una elección. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el trámite de tutela no es de aquellos en los que se pueda predicar la existencia de un “pleito” entre el tutelante o actor y la autoridad judicial accionada. En efecto, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, la acción de tutela “es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtengan oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias fácticas específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales...” Bajo tal concepción es evidente que en la acción de tutela no se configura un litigio entre los implicados y, por ende, no es posible que la causal que prevé el numeral 14 del C.P.C. se configure cuando se trate de oponer un proceso de esta naturaleza”

Auto de 3 de diciembre de 2015. Exp. 54001233100020120000103 M.P. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

4. Se admite demanda y se decreta suspensión provisional del acto de elección de la Doctora Martha Patricia Zea Ramos como magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad electoral los señores Doris Feney Rodríguez, Nicolás Arana, Manuel Páez Ramírez y Consuelo Puerto Cifuentes solicitaron la anulación del Acuerdo No. 089 del 21 de julio de 2015 por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura “nombró”, en provisionalidad, a la señora Martha Patricia Zea Ramos como Magistrada toda vez que, que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para designar a la demandada, ya que no solo se produjo una vacancia definitiva que debía ser suplida por el Congreso de la República, sino que además el “nombramiento” en provisionalidad debía realizarse por el Consejo Superior de la Judicatura en Pleno.

Extracto: “(...) en lo que concierne al vicio relativo a la falta de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria para realizar la designación en provisionalidad, la Sección encuentra que le asiste razón a los demandantes cuando sostienen aquella carecía de competencia para realizar la elección de la señora Zea Ramos, ya que, como se explicará, dicha potestad recaía en la Corporación en pleno y no simplemente en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. En efecto, el inciso final del artículo 77 de la Ley 270 de 1996 consagra que “El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley”, función dentro de la que se encuentra la de proveer, de forma provisional, las vacantes presentadas entre los magistrados que lo conforman. A lo anterior se suma, que según lo establece el numeral 2° del artículo 132 ibidem “En caso de vacancia temporal en el Consejo Superior de la Judicatura, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.” de forma tal que la Sección determinó, en la sentencia antes analizada, que el Consejo Superior de la Judicatura, en pleno, tenía competencia para elegir provisionalmente a los magistrados que conformaban dicha Corporación. Así las cosas, si se atiende al sentido lato de la expresión “corporación”, se puede concluir sin ambages que aquella alude al Consejo Superior de la Judicatura en pleno, es decir, conformado por las dos salas que otrora lo integraban, pues con dicho término se hace referencia a la entidad en su totalidad. Por lo arriba explicado, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no es de recibo el argumento según el cual la Sala Administrativa tenía vedado sesionar debido a su inminente desaparición del ordenamiento jurídico, pero incluso si ello fuese así, aquello no implica que automáticamente las funciones que recaían en la Sala Plena de dicha Corporación se trasladasen a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, comoquiera que la competencia es una potestad expresa que no admite extensiones, ya que los servidores públicos “no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados, vale decir que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites que los textos jurídico que les fijan sus atribuciones”. Así las cosas, es evidente que la falta de competencia, no puede ser subsanada y tampoco se avala que la este elemento esencial de los actos jurídicos pueda ser modificado, prima facie, por la administración, aludiendo a razones de urgencia o conveniencia. En consecuencia, pese a que la Sala no desconoce la situación apremiante que rige en la Sala Disciplinaria en lo que a los procesos disciplinarios se refiere, este solo hecho, no consiente ni permite a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria actuar por fuera de las competencias que en materia de elecciones le fue asignada por la Constitución y la ley, frente a un elemento esencial del acto electoral cuyo desconocimiento general el vicio radical e insoslayable de la incompetencia. Bajo esta perspectiva, no queda sino colegir que únicamente el Consejo Superior de la Judicatura en pleno, esto es, conformado por sus dos Salas, tenía facultad para elegir a los magistrados de sus Salas en provisionalidad, a la espera de que el Congreso designará a alguien en el cargo en propiedad. En el caso concreto está probado que el Acuerdo N° 089 del 21 de octubre de 2015 por medio del cual se eligió a Martha Patricia Zea Ramos como magistrada, en provisionalidad, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se profirió tan solo por una de las Salas que conformaban el Consejo Superior, razón por la cual la Sección colige, en este momento procesal, que está debidamente acreditado el vicio de falta de competencia”.

Auto de 15 de diciembre de 2015. Exp. 11001032800020150004600 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

SALA DE CONSULTA

1. Todas las entidades territoriales, aun cuando hayan cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales, deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9 % del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, transferencia cuya condición es de origen constitucional.

Síntesis del caso: El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó a la Sala de Consulta determinar los efectos y alcances del Concepto 2115 de 3 de Octubre de 2012, en particular en cuanto a: i) si es posible redistribuir los recursos del Sistema General de Participaciones, ya distribuidos a las entidades territoriales a través del FONPET, desde la vigencia de la Ley 715 de 2001 hasta la expedición del Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado No. 2115 de 3 de Octubre de 2012 y ii) si debe darse aplicación extensiva a la tesis del concepto citado sobre los recursos del Sistema Nacional de Regalías y del Fondo Nacional de Regalías.

Extracto: “Los recursos dados a las entidades territoriales vía Sistema General de Participaciones, en lo que tiene que ver con el FONPET, coinciden con los que la Ley 549 de 1999 define como transferencias constitucionales. En efecto, el parágrafo 3° del Artículo 2° de la Ley 549 de 1999, hace una distinción entre los recursos nacionales y las transferencias constitucionales. Indica que para el abono en las cuentas de las entidades territoriales de “recursos nacionales” distintos a las “transferencias constitucionales”, es necesario el cumplimiento de las normas que rigen el régimen pensional. (...) Del mismo modo el artículo 6° de la Ley 549 en cita dispone que, cuando los pasivos pensionales de una entidad estén cubiertos, los recursos que alimentan el Fondo, causados a partir de la fecha de su cubrimiento, pueden ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. También prevé que la posibilidad anterior se suspenda si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto para destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. En todo caso, aclara que los recursos nacionales a que se refiere la ley, -excluye las transferencias constitucionales-, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo. (...) Por su parte el artículo 3° de la Ley 549 de 1999, además de crear el FONPET, señala que las entidades territoriales son las responsables directas de sus pasivos pensionales y dispone que cada una de dichas entidades poseerá una cuenta, cuyos valores registrados les pertenecen y serán complementarios de los recursos que ellas destinen a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios autónomos destinados a garantizar los pasivos pensionales. (...) Le asiste razón al organismo consultante cuando señala que existe una diferencia entre las transferencias constitucionales provenientes del SGP y los recursos nacionales o trasladados por la Nación a las entidades territoriales para el cubrimiento del pasivo pensional, de manera que solo a estos últimos resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4105 de 2004 cuando establece que en caso de que la entidad territorial haya cubierto el 100% del pasivo pensional cesará la obligación de la Nación de transferir a la cuenta de la entidad territorial en el FONPET los recursos de origen nacional previstos en la Ley 549 de 1999, los cuales a su vez, deben ser distribuidos entre las demás entidades territoriales, es decir, entre las que no han logrado cubrir el 100% de su pasivo pensional. De este modo, se aclara que los recursos que conforme al Decreto 4105 de 2004 no se incluyen en favor de las entidades que tengan cubierto su pasivo pensional son los de origen nacional señalados en los numerales 4, 5, 6 y 11 del parágrafo del artículo 2° de la Ley 549 citada, que en su texto original corresponden a los recursos nacionales provenientes de privatizaciones, un porcentaje de la inversión de los particulares en entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación a título de capitalización, el 20% de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación y el 70% del producto del impuesto de timbre nacional, respectivamente. Por el contrario, respecto de las transferencias constitucionales provenientes del SGP aplica lo señalado en el artículo 6° de la Ley 549 de 1999, en el sentido de que una vez cubierto el pasivo pensional de una entidad, los recursos constitucionales que alimentan el Fondo, causados a partir de la fecha de su cubrimiento, pueden ser destinados por la entidad

titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. (...) En conclusión la Sala debe dar una nueva interpretación a las normas analizadas en el Concepto No. 2115 de 2012, en el sentido de señalar ahora que las entidades territoriales que han cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, por ser estas de origen constitucional. Por tanto frente a los interrogantes que plantea la consulta sobre si debe haber una redistribución de los ingresos del FONPET con base en lo señalado en el Concepto No. 2115 de 2012, la Sala considera que la respuesta es necesariamente negativa. (...) Todas las entidades territoriales, aun cuando hayan cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales, deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9% del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, transferencia cuya condición es de origen constitucional. En este caso, las entidades territoriales que hayan cubierto su pasivo pensional deberán usar los excedentes de recursos que reciban del SGP para los fines y con las limitaciones señaladas en el artículo 3° de la Ley 549 de 1999. Por lo tanto, no hay lugar a redistribuir los recursos asignados a las entidades territoriales con base en la Ley 715 de 2001, ni tampoco es viable ordenar el reintegro al FONPET de los excedentes que fueron retirados por la entidad territorial una vez alcanzada la cobertura de su pasivo pensional. En cuanto al Sistema General de Regalías, no se pueden extender a este las normas propias del Sistema General de Participaciones, de manera que la asignación de recursos y el uso de excedentes del Sistema General de Regalías debe hacerse con base en su propia normatividad, en particular de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y en la Ley 1744 de 2014”.

Concepto 2240 de 27 de agosto de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2014-00287-00(2240) M.P. GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR. Levantamiento de reserva legal mediante oficio 20156-0470304 de 1 de diciembre de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

ÍNDICE TEMÁTICO

LEY 1437

- En materia tributaria no existe conciliación prejudicial. La caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento se cuenta en meses a menos que el término de cuatro meses finalice en feriado o vacancia, caso en el cual se extiende hasta el día hábil siguiente.

SALA PLENA

- En aplicación de la medida cautelar de urgencia se decreta la suspensión provisional de la Convocatoria Pública No. 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el Consejo de Gobierno Judicial, para elegir a tres miembros permanentes del Consejo, al no prever regulación alguna para determinar los parámetros de evaluación de hoja de vida de los aspirantes que se encuentran estipulados en el Acto Legislativo 02 de 2015.

ACCIONES DE TUTELA

- Se denegaron las pretensiones de la acción de tutela, mediante la cual el actor pretendía la protección de sus derechos fundamentales y su reintegro a otro cargo como docente al servicio del Municipio de Popayán, considerando tener derecho a la estabilidad laboral reforzada, en razón a la enfermedad que padece.
- Se ampara el derecho fundamental al debido proceso y de defensa invocados por el actor, mediante acción de tutela, revocando la sanción pecuniaria impuesta por desacato, el cual había sido confirmado en grado de consulta, aun estando en trámite de cobro coactivo. Rectificación Jurisprudencial.
- Se rechazó por improcedente la acción de tutela en la que el actor pretendía dejar sin efectos la decisión del Juzgado Único de San Andrés que le negó la solicitud de aplazamiento de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437, pues alegó una incapacidad médica pero no aportó prueba siquiera sumaria de la misma.
- Se revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Santander en la acción popular interpuesta con ocasión de la construcción del Eco-Parque Cerro el Santísimo; en consecuencia, se ordenó que se profiera nueva sentencia teniendo en cuenta las directrices dadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-139 de 2014.

- Se negó la acción de tutela interpuesta por una Juez, quien consideró que un asunto administrativo propio del funcionamiento de su despacho, como lo es el hecho de que uno de sus funcionarios por diagnóstico médico no pudiera ejercer a cabalidad sus funciones, generaba desigualdad con respecto a los demás despachos judiciales.
- Se accedió a las pretensiones de la actora, sujeto de especial protección, a quien se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que se negó a dar cumplimiento a la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a su hermana fallecida, desconociendo que la actora es beneficiaria sustituta de dicha prestación pensional.
- Se tutelaron los derechos de un miembro de la fuerza pública, cuyo acto administrativo de retiro no fue sustentado en razones objetivas y hechos ciertos que lo justificaran.
- Se accedió a las pretensiones del actor, a quien se le vulneró su derecho a la igualdad por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, porque desconoció abiertamente el precedente judicial existente para el reajuste de sueldo y asignaciones de retiro de miembros de la fuerza pública, cuyo incremento debe hacerse conforme al Índice de Precios al Consumidor hasta el año 2004 y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de diciembre de 2004, conforme al principio de oscilación.
- Se accedió a las pretensiones del actor, apelante único dentro de una demanda de controversias contractuales, cuyos derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo del Magdalena que en sentencia de segunda instancia desconoció el principio de *no reformatio in pejus*.
- Ministerio del Interior vulneró el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y Flores De Chincelejo, por haber certificado que en el área de influencia del proyecto de construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo - Tolviejo, se encontraban solo las comunidades indígenas Palmira y Unión Floresta.

ACCIÓN DE GRUPO

- La acción de grupo es procedente cuando la fuente del daño no se encuentra solo en términos de los contratos celebrados por los miembros del grupo, sino también en obligaciones legales que los trascienden.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

- Acción de cumplimiento es improcedente por existencia de otros medios de defensa judicial para ordenar la protección del patrimonio cultural de la Capilla de Taperas ubicada en el municipio del Agrado -Huila-, así como, para impedir el llenado del Embalse El Quimbo.

SECCIÓN PRIMERA

- Se declara la nulidad de la expresión “*En caso de reincidencia se podrá ordenar el cierre definitivo del establecimiento*” contenida en el inciso primero del artículo 173 y del artículo 174 del Código de Policía de Bogotá -Acuerdo Distrital 079 de 2003-, porque al expedirlos el Concejo Distrital se extralimitó en su facultad de policía residual.
- La conciliación prejudicial no se debe agotar en los asuntos tributarios aduaneros.
- Se suspende provisionalmente el Decreto 0454 de 2009 del D.E.I.P de Barranquilla por señalar para la entrega de los vehículos inmovilizados requisitos adicionales a los previstos en el artículo 125 del Código Nacional de Tránsito.
- La competencia del Ministerio de Salud y Protección Social para revisar empaques o cajetillas de cigarrillos es integral.

SECCIÓN SEGUNDA

- Se declara la nulidad del artículo 5 del Acuerdo 001 de 2001, expedido por el Concejo Municipal del Distrito Especial de Cartagena, por extralimitación de funciones y vulneración de norma superior al modificar los requisitos del cargo de secretario ejecutivo del Concejo Municipal.

SECCIÓN TERCERA

- Se declaró patrimonial y extracontractualmente responsable al Municipio de Puerto Colombia - Atlántico, con ocasión de la actuación adelantada por la Alcaldía Municipal que culminó con el desalojo de la Sociedad Laboratorios Heves Limitada en el predio Puntas de Sabanilla, Corregimiento de Salgar, y con la posterior demolición, a manos de personas indeterminadas, de las edificaciones por ella construidas.
- Se reconoció la indemnización por concepto de perjuicios morales a los suegros de un ciudadano que fue víctima de privación injusta de la libertad.
- Se condenó a la Fiscalía General de la Nación al determinarse la privación injusta de la libertad de la que fueron objeto dos ciudadanos colombianos, quienes fueron vinculados a investigaciones penales por los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales e interés ilícito en la celebración de contratos, ya que se ordenó la preclusión de los procesos penales adelantados contra estos.
- Se condenó solidariamente al Instituto del Deporte y Recreación de Medellín -INDER- y a la Empresa Organizadora de Eventos ESPARTA S.A. por las lesiones sufridas por una ciudadana durante la realización de un espectáculo público, ya que estas no adelantaron las medidas de vigilancia, control y seguimiento del evento, así como no se adoptaron todas las acciones tendientes a la prevención de riesgos inherentes a la actividad, respectivamente.

- Configuración del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ante la inobservancia de las garantías constitucionales y legales instituidas en favor de terceros de buena fe afectados por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación.
- Para que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad es necesario que su conducta sea la causa adecuada del daño, pero de catalogarse como una concausa, en la producción del mismo, se configuraría una culpa compartida.

SECCIÓN CUARTA

- En las Cooperativas no hay lugar a pagar impuesto de renta en el régimen tributario especial si todo el excedente contable se destina a enjugar las pérdidas de ejercicios anteriores.
- La deducción por inversión en activos fijos reales productivos adquiridos mediante el contrato de leasing financiero procede en el año en que se realiza la inversión o en el período en que se suscribe el contrato.
- Existe pago de lo no debido cuando el conjunto o edificio paga el impuesto predial de las áreas comunes, caso en el cual para su devolución debe demostrar que el valor cancelado ya hizo parte del pago que hicieron los propietarios individuales respecto de sus inmuebles.
- Las razones políticas o de conveniencia que tuvo el Gobierno Nacional para la venta de ISAGEN son aspectos que escapan al control del juez ordinario.

SECCIÓN QUINTA

- Se admite demanda y se niega suspensión provisional del acto de elección del señor Teófilo Cuesta Borja como director de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó.
- Se admite demanda y se decreta suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial “Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial”.
- Se niega la recusación propuesta por el señor César Emilio Valero Soto, contra los doctores Dolly Pedraza de Arenas, Alberto Yepes Barreiro y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez dentro del proceso adelantado contra la elección señor Don Amaris Ramírez París Lobo como alcalde de la ciudad de San José de Cúcuta para el periodo 2012-2015.
- Se admite demanda y se decreta suspensión provisional del acto de elección de la Doctora Martha Patricia Zea Ramos como magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

SALA DE CONSULTA

- Todas las entidades territoriales, aun cuando hayan cumplido con la provisión de sus pasivos pensionales, deben ser incluidas en la base de distribución de la Asignación Especial del 2,9 % del Sistema General de Participaciones prevista en el artículo 2° de la Ley 715 de 2001 a favor del FONPET, transferencia cuya condición es de origen constitucional.

NOTICIAS DESTACADAS

El abogado Edgar González López es el nuevo magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

El Magistrado se posesionó el martes pasado ante el presidente de la República Juan Manuel Santos, y luego en Sala Plena se le impuso el escudo de Consejero y se le tomó el juramento.

El doctor González López es abogado de la Universidad Nacional y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, donde se graduó también como especialista en Derecho Privado.

Su ejercicio profesional lo ha desarrollado en el sector privado y público. Se ha desempeñado como abogado litigante, director de posgrados en Universidades privadas, socio y gerente de firmas de abogados, vicepresidente jurídico de Telecom, asesor jurídico de la Personería Distrital y Juez Promiscuo Municipal, entre otros. Como docente, se ha distinguido en los niveles de pregrado y posgrado en diferentes universidades del país.

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

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente
JORGE O. RAMÍREZ RAMÍREZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno
Roberto Serrato Valdés
Presidente Sección Primera
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Presidente Sección Segunda
Ramiro Pazos Guerrero
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, Ingrid
Viasus y Blanca Salazar**
Relatoras Acciones
Constitucionales

Coordinación General

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

Jefe de Divulgación
- Nancy Torres Leal
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117