



Radicado: 08001-23-33-000-2016-01402 (63339)
Demandante: Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S. - Coltabaco

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de reparación directa
Radicación: 08001-23-33-000-2016-01402 (63339)
Demandante: Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S. - Coltabaco
Demandado: Rama Judicial

Temas: Error judicial. Se confirma la decisión de primera instancia porque la sociedad demandante: (i) no formuló acción de tutela contra la sentencia que en su concepto desconoció una regla jurisprudencial, y (ii) pretendió estructurar un error judicial sin referirse a las consideraciones que sustentaron la decisión que califica de equivocada. La aplicación retroactiva del nuevo precedente judicial fue un tema expresamente estudiado en la sentencia, en la cual se explicó por qué este argumento no justificaba las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 9 de octubre de 2018, que negó las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente en segunda instancia para conocer de las sentencias proferidas por los tribunales administrativos. En virtud del numeral 6 del artículo 152 del CPACA, estos conocen en primera instancia de la <<reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes>>.

I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- La demanda que dio origen al proceso fue presentada el **24 de noviembre de 2016** por la Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S. – Coltabaco (en adelante <<Coltabaco>> o la <<demandante>>) y se dirigió contra la Rama Judicial. Se pretendió obtener la reparación del daño causado por el error judicial contenido en la sentencia proferida el 27 de marzo de 2014 por la Sección Cuarta del



Consejo de Estado, dentro del proceso con radicado No. 08001-23-31-000-2010-00204-01. Esta providencia confirmó la decisión de primera instancia de negar las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por la demandante contra el Departamento del Atlántico para que se declarara la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 7-1612-007P del 14 de octubre de 2008.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

<<PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se declare que la Nación – Rama Judicial, es responsable por falla en la administración de justicia al no aplicar debidamente el precedente judicial y como consecuencia de ello debe responder por la totalidad de los daños y perjuicios que se le han ocasionado a la sociedad demandante COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A.S. (Antes Compañía Colombiana de Tabaco S.A.) como consecuencia directa de la sentencia proferida el día 27 de marzo de 2014, por el Honorable Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 08001-23-31-000-2010-00204-01 (19430), ejecutoriada el 3 de septiembre de 2014.

PRETENSIONES CONSECUENCIALES

PRIMERA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación – Rama Judicial, a indemnizar a título de DAÑO EMERGENTE a la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A.S. por la suma de trescientos ochenta y un millones doscientos setenta mil doscientos veinticinco pesos (\$381.270.225)

SEGUNDA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación – Rama Judicial, al pago de la suma de doscientos un millones quinientos dos mil pesos (\$201.502.000), correspondiente a la liquidación del interés bancario corriente a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre la suma de trescientos ochenta y un millones doscientos setenta mil doscientos veinticinco pesos (\$381.270.225), a título de lucro cesante, desde la fecha en que se realizó el pago, esto es el 24 de octubre de 2014 hasta el 9 de agosto de 2016 y posteriormente su correspondiente reajuste hasta la fecha en que se dirima la presente controversia.

TERCERA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones las sumas de dinero antes mencionadas se actualicen con base en la variación porcentual de los índices nacionales de precios al consumidor entre los meses de octubre de 2014 y el anterior a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

CUARTA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL: Que se ordene a la Nación – Rama Judicial, a cumplir la sentencia en los términos de los artículos 187, 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, e imputar, en primer lugar a intereses todo pago que se efectúe.

PRETENSIONES GENERALES

Que se condene en costas a la parte demandada>>.



3.- Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

3.1.- Mediante declaración privada No. C-06046 del 20 de junio de 2006, la demandante declaró y pagó al Departamento del Atlántico los impuestos de consumo al tabaco y destino al deporte. El artículo 209 de la Ley 222 de 1995 indica que el tributo se causa <<en el momento en que el productor los entrega en fábrica o en planta para su distribución, venta o permuta en el país, o para publicidad, promoción, donación, comisión o los destina a autoconsumo>>.

3.2.- Con base en la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, Coltabaco no incluyó en la declaración la entrega de productos a dependencias o bodegas de la misma sociedad. Esto, porque no se trataba de una entrega para una distribución, venta o permuta en el país.

3.3.- Mediante liquidación oficial de revisión No. 7-1612007P del 14 de octubre de 2008, el Departamento modificó la declaración privada realizada por Coltabaco: aumentó el valor a pagar del impuesto y le impuso una sanción por inexactitud. Contrario a lo considerado por la demandante, el Departamento consideró que el impuesto al consumo del tabaco se causaba por la entrega de los bienes producidos en una planta de jurisdicción del departamento, y estimó que era irrelevante si los productos eran entregados en dependencias o bodegas de Coltabaco.

3.4.- La demandante inició una acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declarara la nulidad del anterior acto administrativo, y se ordenara, a título de restablecimiento, eximir a Coltabaco de la obligación de pagar las sumas indicadas en la liquidación oficial de revisión. De conformidad con la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la liquidación privada, el impuesto al consumo se causaba con la entrega del producto para fines de consumo. En este sentido, sostuvo que si el producto se entregaba en bodegas de la sociedad declarante, no se causaba el impuesto, pues dicha entrega no se realizaba con el objetivo de distribuir el producto; la finalidad de consumo se verificaba con la entrega a un tercero para su distribución.

3.5.- Mediante sentencia del 27 de marzo de 2014, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

a.- El Consejo de Estado señaló que de conformidad con la posición jurisprudencial vigente hasta 2009, el impuesto al consumo de tabaco solo se causaba cuando la entrega de los productos se realizara con fines de consumo o distribución. Ello no sucedía cuando el producto era despachado a dependencias o bodegas de la misma sociedad productora.

b.- Sin embargo, a partir de la sentencia del 3 de diciembre de 2009, la Sección Cuarta del Consejo de Estado modificó su jurisprudencia y señaló que el



impuesto se causaba con la sola entrega de los productos, pues esta llevaba implícita la finalidad de consumo.

3.6.- El Consejo de Estado aplicó retroactivamente de la jurisprudencia, pues la declaración privada fue presentada por Coltabaco en 2006. Lo anterior constituye un error judicial y, además, vulnera los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

3.7.- Como consecuencia del error judicial, se le causó a la demandante un daño antijurídico consistente en el pago al Departamento de trescientos ochenta y un millones doscientos setenta mil doscientos veinticinco pesos (\$381.270.225) por concepto de (i) el aumento del impuesto a pagar; (ii) la sanción por inexactitud y (iii) los intereses moratorios sobre el monto adicional del impuesto. También solicitó que, a título de lucro cesante, se le reconocieran intereses sobre la suma anterior desde el momento del pago al Departamento.

B. Posición de la parte demandada

4.- La Rama Judicial no contestó la demanda¹.

C. Sentencia recurrida

5.- Mediante sentencia del 9 de octubre de 2018 el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda. En síntesis, consideró que:

5.1.- De conformidad con el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, el error judicial solo tiene cabida frente a una providencia <<contraria a la ley>>, y, conforme con la jurisprudencia, ello solo ocurre por <<falta de aplicación de la norma que corresponde o indebida aplicación de la misma>>², sin que pueda extenderse al desconocimiento o inaplicación de la jurisprudencia.

5.2.- No se vulneró la confianza legítima de Coltabaco. La declaración privada del impuesto realizada por la demandante se realizó <<en vigencia de la norma interpretada de manera distinta por el Consejo de Estado>>. Además, el cambio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado no fue arbitrario, sino que se realizó en <<armonía con lo pretendido por el legislador>>. Y, en todo caso, afirmar que un cambio jurisprudencial, por sí solo, tiene la connotación de defraudar la confianza legítima de los usuarios de la justicia, impediría la actividad interpretativa de los jueces.

5.3.- El tribunal dijo textualmente:

¹ El auto admisorio de la demanda fue notificado el 2 de febrero de 2017, folios 137 a 141.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de agosto de 1993. No. de expediente: 13258. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque.



<<En conclusión, para la Sala no puede hablarse de la existencia de una situación de confianza legítima cuando la estabilidad de una determinada posición jurisprudencial, sobre la cual afirma el demandante se creó la expectativa, está sometida a constante renovación y/o evolución, lo cual obedece a múltiples factores sociales, políticos, económicos, culturales, etc., evento en los cuales el juez se encuentra jurídicamente habilitado para adoptar en determinadas circunstancias las medidas que considere oportunas sin que por ellos pueda ser objeto de reproche.

A lo anterior se suma la imposibilidad de imponer a los operadores jurídicos la obligación de obedecer con sumisión los precedentes jurisprudenciales, pues ello equivaldría a recortarles la independencia, que es una condición imprescindible para garantizar el normal funcionamiento de ese servicio público. Entonces, no puede hablarse en este caso de una defraudación a la confianza legítima y menos aún sí es producto de la interpretación normativa y de la aplicación de la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No desconoce el Tribunal que, tal como lo ha reconocido la H. Corte Constitucional, los administrados tienen derecho a que se protejan sus expectativas legítimas frente a la interpretación y aplicación razonable, consistente y uniforme de la ley por parte de los jueces, pero ello no implica que se le exija al juez autónomo e independiente que falle de igual forma como su homólogo; simplemente consistente en que en aquellos casos en los que el fallador pretenda alejarse de la línea jurisprudencial, debe motivar su sentencia y esta se debe ajustar a derecho>>.

D. Recurso de apelación

6.- La parte demandante apela el fallo de primera instancia y formula los siguientes reparos:

6.1.- Coltabaco presentó su declaración privada en el año 2006, de conformidad con la jurisprudencia vigente respecto de la causación del impuesto al consumo del tabaco. Según ésta, el impuesto solo se causaba cuando los productores de tabaco realizaban la entrega de sus productos con fines de consumo, lo cual no ocurría cuando estos eran despachados a bodegas o dependencias de la misma sociedad. Esta interpretación tuvo vigencia entre 1996 y 2009.

6.2.- Mediante sentencia del 3 de diciembre de 2009, la Sección Cuarta del Consejo de Estado modificó la posición referida anteriormente: indicó que el impuesto se causaba con la sola entrega del producto, pues esta llevaba implícita la finalidad de consumo. Sin embargo, el Consejo de Estado no podía aplicar retroactivamente la nueva posición jurisprudencial.

6.3.- En la demanda no se controversió el cambio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado. Se indicó que el error judicial radica en la aplicación retroactiva de una posición jurisprudencial que no estaba vigente para el momento en que Coltabaco presentó la declaración privada del impuesto, lo cual vulneró la confianza legítima de la demandante.



II. CONSIDERACIONES

E. Asuntos procesales, decisión que se adopta y plan de exposición

7.- La acción de reparación directa fue presentada dentro del término de dos años previsto en el artículo 164 numeral 2 literal i) del CPACA. La providencia acusada de incurrir en error judicial quedó ejecutoriada el **3 de septiembre de 2014**³, por lo cual el término de caducidad vencía el **4 de septiembre de 2016**. No obstante, el 30 de agosto de 2016 se radicó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría⁴. La respectiva audiencia se realizó el **24 de noviembre de 2016** y se declaró fallida. La demanda se radicó ese mismo día⁵.

8.- La sentencia de primera instancia en la que se niegan las pretensiones de la demanda será confirmada por dos razones:

8.1.- De una parte, la sociedad demandante podía iniciar acción de tutela contra la decisión del Consejo de Estado, fundamentándose en el desconocimiento de la regla jurisprudencial aplicable. Lo anterior, porque para el momento en que se profirió la decisión referida, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado habían establecido que el <<desconocimiento del precedente>> es una causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Aunque la acción de tutela no es un <<recurso>>, claramente es un medio que le permite a la parte restablecer su derecho fundamental. Así, su no utilización debe ser considerada como una <<culpa de la víctima>> que no le permite reclamar perjuicios por error jurisdiccional.

8.2.- De otra parte, aun cuando es posible que la aplicación indebida de un precedente implique la existencia de un error jurisdiccional, lo cierto es que en la sentencia acusada de error se indicaron expresamente las razones por las cuales no estaba demostrado que la sociedad demandante hubiese actuado conforme con la regla jurisprudencial vigente cuando realizó su declaración. La sociedad demandante omitió hacer referencia a tales consideraciones para estructurar el error judicial en que fundamentó su reclamación.

9.- En la primera parte de la providencia se hará referencia a la estructuración de la culpa de la víctima derivada de no haber interpuesto acción de tutela por violación del precedente. En la segunda parte se señalará que **(i)** en contra de lo sostenido por el tribunal, sí es posible que exista error judicial por aplicación indebida de la norma cuando no se tenga en cuenta la regla jurisprudencial vigente; pero **(ii)** el error jurisdiccional no puede plantearse omitiendo hacer referencia a las consideraciones de la sentencia, las cuales expresamente se refieren y descartan la posición del demandante.

³ Cuaderno principal, folio 93, reverso.

⁴ Cuaderno principal folio 128.

⁵ Ibid.



F. La culpa de la víctima por no instaurar la acción de tutela contra la sentencia a la que se le imputa error judicial

10.- El artículo 70 de la Ley 276 de 1996 dispone que, respecto de la responsabilidad del Estado por las acciones y omisiones de la administración de justicia, <<el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo o no haya interpuesto los recursos de ley>>.

11.- La Subsección, con ponencia de este despacho, ha considerado que la culpa de la víctima no se estructura solamente cuando no se interponen los recursos judiciales contra la sentencia, sino cuando no se adelantan todas las acciones con las que contaba el demandante para evitar sufrir los perjuicios reclamados como consecuencia del error judicial. Sobre este punto se ha indicado que:

<< De acuerdo con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 se configura la causal de <<culpa exclusiva de la víctima>> cuando esta <<haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley>>. Es decir, el precepto no limita la procedencia de la excepción a la no interposición de los <<recursos de ley>> y por ende no excluye otros eventos de exoneración de responsabilidad derivados del actuar gravemente culposo o doloso de la víctima.

Por lo anterior, la Sala declarará la culpa exclusiva de la víctima porque su comportamiento de no acudir al trámite de cumplimiento de la tutela siendo este un instrumento que la ley le otorgaba para corregir el error demandado, constituye una conducta que le es atribuible y que de haberla cumplido le habría permitido impedir que ocurriera el daño cuya reclamación persigue en este proceso. Al igual que el legislador considera que no recurrir una providencia que permite corregir el error en el proceso constituye culpa de la víctima, no agotar un trámite judicial con el mismo propósito también estructura esta causal de exoneración por negligencia de la víctima>>⁶.

12.- Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado han señalado que una de las causales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales es el defecto sustantivo por violación del precedente y es claro que dicha acción es procedente para lograr el restablecimiento del derecho fundamental y evitar la ocurrencia de perjuicios irremediables.

13.- Desde antes de proferirse la sentencia C-590 de 2005, en la que se determinaron los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ya la Corte indicaba que el desconocimiento del precedente podía constituir una vía de hecho en la actividad judicial. Por ejemplo, en la sentencia T-1031 de 2001 se indicó que:

<<La restricción a la autonomía judicial que supone el requisito de corrección, se acompaña de otras, derivadas de las propias normas constitucionales. De una parte, el principio de unificación jurisprudencial, que surge del derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (C.P. art. 13) y que tiene claro desarrollo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de julio de 2022, No. de expediente: 52089.



institucional en el artículo 235 de la Carta, que le asigna a la Corte Suprema de Justicia la tarea de ser tribunal de casación, del cual se desprende que para los jueces existe la obligación, en los términos fijados por esta Corporación, de seguir el precedente fijado por el superior. Así, no puede sostenerse que, en punto a la igual aplicación de la ley, la autonomía judicial les otorgue el derecho a interpretar libremente las normas aplicables y las condiciones de aplicabilidad. Es menester, seguir la interpretación fijada por el superior o, en caso contrario, sustentar debidamente la separación de dicha posición. (...)

En estas condiciones, no puede sostenerse que la autonomía judicial equivalga a libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho. Por el contrario, de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional>>⁷.

14.- Con posterioridad a la sentencia C-590 de 2005, el desconocimiento del precedente vertical u horizontal, diferente del precedente constitucional, se entendió como constitutivo de un defecto sustantivo. Por ejemplo, en sentencia T-086 de 2007 la Corte señaló que:

<<el desconocimiento de precedentes jurisprudenciales puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, - sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad>>⁸.

15.- Esta misma posición fue asumida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado desde antes de que se profiriera la sentencia acusada de error. Así, se indicó que, en relación con el desconocimiento del precedente judicial a que se refiere el demandante, se debe precisar lo siguiente:

<<Conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el precedente judicial es "...aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia", de modo que los casos con supuestos fácticos análogos o similares deben ser resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio, toda vez que "(...) el desconocimiento de precedentes jurisprudenciales puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, - sea éste vertical u horizontal -, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad>>⁹.

16.- De lo anterior, es claro que la acción de tutela es procedente para lograr el restablecimiento del derecho fundamental violado cuando se desconocen reglas jurisprudenciales pues, de prosperar la tutela, se ordenaría al juez que falló el proceso tener en consideración la regla jurisprudencial vigente para el momento

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1031 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de noviembre de 2012, Rad.: 2012-01328-01, C.P.: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.



del fallo. Así, al evitar que se falle sin tener en cuenta este precedente, se puede evitar la consolidación de un perjuicio irremediable. Si no se intenta la acción de tutela contra la providencia que no tuvo en cuenta el precedente vigente al momento de la ocurrencia de los hechos que la motivan, el perjuicio causado al justiciable se vuelve irremediable.

17.- Por tanto, la única opción que le quedaría al demandante, de no intentarse la tutela, sería demandar para reclamar la reparación de los perjuicios que la decisión judicial contentiva del error le causó. Al ser la tutela la acción que permite *remediar* el error por la inaplicación del precedente vigente y evitar la causación de un perjuicio irremediable, el justiciable debe acudir primero a este instrumento antes de demandar la reparación directa por la existencia de un error judicial. De no hacerlo, se configura una culpa exclusiva de la víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 276 de 1996.

18.- En el presente caso, la sociedad demandante no interpuso acción de tutela contra la sentencia del Consejo de Estado en la cual, de acuerdo con la demanda, se aplicó de forma retroactiva un precedente que no estaba vigente para la fecha en que presentó su declaración privada de impuestos. Por lo tanto, de conformidad con las consideraciones presentadas anteriormente, la Sala considera que se configura una culpa exclusiva de la víctima, lo cual impide la procedencia de las pretensiones de reparación directa por error judicial.

G. La inexistencia del error judicial invocado en la demanda

a. La aplicación retroactiva del precedente puede estructurar un error judicial

19.- Siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado citada por el tribunal en la sentencia apelada, el error judicial puede surgir cuando se aplique una disposición legal sin considerar la regla jurisprudencial de interpretación vigente para el momento en que el justiciable realizó la conducta objeto de juzgamiento. Así las cosas, imponer una sanción a quien obró considerando una regla jurisprudencial que indicaba la forma como debía interpretarse una norma, puede generar el derecho a reparación de perjuicios.

20.- Ello no atenta contra la independencia de los jueces, quienes pueden apartarse de una interpretación jurisprudencial cuando expongan las razones por las cuales consideran que esta es equivocada. Tampoco atenta contra la independencia del propio Consejo de Estado para modificar la regla jurisprudencial por los mismos motivos. Los jueces están sujetos al *imperio de la ley*, lo que implica que *motu proprio* o por iniciativa de las partes, pueden reconsiderar una interpretación jurisprudencial de sus disposiciones.

21.- Establecida la posibilidad de que una regla jurisprudencial se *modifique*, también es cierto que su aplicación implica considerar la regla que tuvo en cuenta



el justiciable al momento de desarrollar su conducta y verificar si éste se sujetó a la regla modificada. En este caso —se itera— es plausible considerar que resulte improcedente imponerle una sanción por haber obrado conforme con la regla vigente que, no obstante no ser obligatoria, sí tiene fuerza vinculante y permite crear en el justiciable la confianza legítima de que puede obrar de ese modo.¹⁰

b. En el caso concreto no se estructura el error judicial porque la providencia acusada de error señaló las razones por las cuales no podía alegarse una aplicación indebida de la regla jurisprudencial vigente y la demandante omitió hacer referencia a estas consideraciones

22.- Para estructurar el error judicial en una sentencia es necesario que el demandante controvierta los fundamentos en los cuales dicha providencia se sustenta. Solo de este modo podrá concluirse que en ella se aplicó indebidamente una disposición legal o, en este caso, la regla jurisprudencial que la interpretaba.

23.- La sociedad demandante señaló en la demanda que en la providencia proferida el 27 de marzo de 2014 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado se aplicó una regla jurisprudencial que modificaba aquella que estaba vigente cuando la citada sociedad presentó la liquidación privada del impuesto al consumo de cigarrillos de fabricación nacional.

24.- La sociedad demandante no indicó en su demanda que en la citada sentencia el Consejo de Estado se refirió expresamente a esta alegación (la aplicación retroactiva de la nueva regla jurisprudencial) e indicó las razones por las cuales ese argumento no resultaba atendible. Por lo tanto, no podía alegarse que se estaba haciendo una aplicación indebida de la nueva regla. Aplicación que, según su dicho, llevó a que Coltabaco fuera sancionada por ajustar su conducta a la jurisprudencia vigente.

25.- En efecto la sociedad demandante alegó en el proceso que *<<aplicó continua y coherentemente el sistema de liquidación y pago del impuesto de consumo y deportes causando el gravamen sobre las cantidades de cigarrillos entregadas a terceros>>*¹¹ y por tanto *<<los impuestos correspondientes a las cantidades que según (...) el Departamento se dejaron de declarar en un determinado periodo, fueron declaradas y pagadas en quincenas posteriores>>*¹². Sobre este punto, la sentencia acusada de error judicial señaló textualmente:

¹⁰ Sobre este asunto ver: Corte Constitucional, sentencia SU-406 de 2016, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de septiembre de 2017, Exp. 57279, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 25 de septiembre de 2017, Exp. 50892, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Cuaderno principal, folio 55.

¹² Ibid.



<<En el caso en estudio, el departamento debió imponer la sanción por inexactitud puesto que la demandante omitió ingresos por concepto del impuesto al consumo de cigarrillo y tabaco elaborado y el adicional de impuesto a los cigarrillos de producción nacional con destino al deporte y esta omisión condujo a un menor impuesto a pagar frente a los dos tributos en mención. Tal omisión de ingresos se evidenció porque la Administración determinó que la actora no declaró la totalidad del impuesto causado en el periodo.

A su vez, la demandante no demostró que las unidades que declaró, sobre las cuales liquidó los impuestos al consumo y a los cigarrillos de producción nacional con destino al deporte, corresponden a las entregadas en fábrica o en bodega con fines de consumo en el periodo.

Tampoco probó que las unidades movilizadas mediante tornaguías hubieran sido entregadas y declaradas en periodos siguientes. **Lo anterior corrobora que la actora no probó que hubiera actuado con base en el criterio de la Sala anterior al vigente, y, por ende, no se advierte que exista diferencia de criterio entre ésta y el demandado**, por lo cual la sanción debe mantenerse.

Por último, proceden los intereses de mora sobre el mayor impuesto determinado por el departamento, debido a que la actora no demostró que había declarado y pagado el tributo en quincenas posteriores.>>¹³ (Negrilla fuera del texto original).

26.- En síntesis, la demandante no podía imputar la existencia de un error, señalando simplemente que la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la imposición de una sanción, sin tener en cuenta que, al liquidar el impuesto, aplicó la regla jurisprudencial vigente en ese momento y no la que posteriormente se adoptó. Eso implica imputar un error judicial a una sentencia, omitiendo las consideraciones en las que precisamente se da respuesta al supuesto error. Significa afirmar que el juzgador cometió un error por no advertir un aspecto esencial del fallo (la aplicación temporal de una nueva regla jurisprudencial) sin indicar que ese punto fue especialmente tratado y obviamente sin hacer ningún tipo de manifestación en relación con las consideraciones que se omiten.

H. Costas

27.- Al no haber prosperado el recurso de apelación y en la medida en que la entidad demandada otorgó poder a un abogado, la Sala condenará a la recurrente por concepto de agencias en derecho a la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (2 SMMLV). Lo anterior, de conformidad con los criterios y tarifas establecidas por el artículo 5 numeral 1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹⁴ y tomando en consideración la naturaleza, calidad y duración de la gestión del apoderado.

¹³ Cuaderno principal, folio 84.

¹⁴ << En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.>>



Radicado: 08001-23-33-000-2016-01402 (63339)
Demandante: Compañía Colombiana de Tabaco S.A.S. - Coltabaco

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia del 9 de octubre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo Atlántico que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CÓNDENASE en costas a la parte demandante. Por Secretaría, líquidense e inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma de tres millones ochocientos doce mil setecientos dos pesos (\$3.812.702).

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con aclaración de voto