



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 20
• Sección Primera	20 - 23
• Sección Segunda	23 - 31
• Sección Tercera	31 - 37
• Sección Cuarta	37 - 45
• Sección Quinta	45 - 46
• Sala de Consulta y Servicio Civil	46 - 47
• Noticias Destacadas	48

## Noticias destacadas

### COMISIÓN DE EXPERTOS ENTREGÓ PROPUESTAS PARA REFORMAR LA JUSTICIA

## EDITORIAL

Es importante resaltar en esta oportunidad que, durante los días 22, 23 y 24 de abril, la Comisión para la Reforma del Código Contencioso Administrativo se reunirá en el municipio de Paipa (Boyacá) con el propósito de estudiar las modificaciones que se presentarán al Congreso de la República antes de iniciar el segundo debate.

Estas modificaciones tienen sustento en observaciones que han venido realizando los H. Magistrados de la Sala Plena de la Corporación, Universidades e Instituciones Gubernamentales.

**Luis Fernando Álvarez Jaramillo**  
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:

### SALA PLENA

**1. La prohibición de realizar contribuciones a partidos, movimientos o candidatos políticos, es causal de pérdida de investidura aplicable a los diputados de las asambleas departamentales**

Según el derrotero jurisprudencial trazado por esta Sala y la interpretación que se ha dado al texto constitucional que invoca el actor (art. 110 C.N), se tiene: *i*) la causal de pérdida de investidura, prevista en dicho precepto, comprende dos conductas a saber: la primera consistente en realizar contribuciones para financiar partidos, movimientos o candidatos políticos y la segunda inducir a otros a que lo hagan; *ii*) la expresión “contribución”, a que alude la norma Superior precitada, en armonía con el alcance que le atribuye el artículo 109 ibídem, significa financiar o entregar dinero para el funcionamiento de partidos o movimientos, o para promover campañas; *iii*) los destinatarios de tal precepto son, sin excepción, quienes desempeñan funciones públicas en términos del artículo 123 de la Constitución Política, vale decir los servidores públicos, dentro de los cuales se encuentran los Diputados de las Asambleas Departamentales y *iii*) quienes incumplan la prohibición señalada en la norma que se comenta, se hacen acreedores a la remoción del cargo o a la pérdida de su investidura, según sea el caso.

La prueba testimonial pretende demostrar que los aportes en dinero no fueron realizados por la Diputada demandada sino por el Partido Conservador Colombiano utilizando a la señora Corzo Román como intermediaria y que la inclusión de tales aportes en el rubro correspondiente a donaciones de familiares y particulares se debió a un error proveniente de la falta de ilustración del Partido Conservador y del Consejo Nacional Electoral. Analizadas en conjunto las pruebas documental y testimonial, se concluye que ésta no desvirtúa el contenido de aquella, porque el supuesto error a que aluden los declarantes no fue corroborado por otros elementos probatorios que indiquen que ello fue así, como tampoco aparece demostrado que la demandada realizó las contribuciones económicas varias veces mencionadas, en apoyo de su propia campaña, para obtener en contraprestación el beneficio del voto de los electores de los Municipios de Gramalote y Cácuta, pues lo que indican es que esas contribuciones se realizaron para las campañas de los candidatos a las alcaldías de los municipios mencionados, con lo cual incurrió en la prohibición prevista en el primer supuesto del artículo 110 de la Constitución Política, pues en su condición de servidora pública realizó contribuciones a dos candidatos a alcalde, lo cual acarrea pérdida de su investidura, sin que sobre el punto exista duda que pudiera resolverse a favor de la Diputada Sylvia Patricia Corzo Román. Y aun cuando lo dicho antes constituye razón suficiente para confirmar la sentencia recurrida, ello no obsta para que la Sala comparta lo afirmado por el Agente del Ministerio Público, en el sentido de que si la demandada no hizo ninguna manifestación, tendiente a corregir los errores que pudo detectar en los datos consignados en los documentos contentivos de su rendición de cuentas, lo que significa que estuvo de acuerdo con ellos, incluidos los referentes a las contribuciones económicas que realizó a los candidatos a alcaldes, Ángel Enrique Ibarra y Pedro Jesús Acevedo, contando además con que la aceptación de tales datos por parte de la autoridad electoral, incide en la reposición de votos y no en la causal de pérdida de investidura que se analiza.

[Sentencia de 2 de marzo de 2010, Exp. 54001-23-31-000-2007-00157\(PI\)\(IJ\), M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ.](#)

**\* Con salvamento de voto de los doctores: Martha Teresa Briceño de Valencia, William Giraldo Giraldo, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta**

## **2. a) La falta de competencia por el factor funcional como causal de nulidad procesal**

El recurrente sostiene que la sentencia cuestionada incurre en la causal de nulidad del numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez carece de competencia”. Dicha causal de nulidad está referida al desconocimiento de las reglas procesales que determinan la competencia para tramitar y decidir el asunto, bien sea por la calidad de las partes (factor subjetivo), la materia o el valor (factor objetivo), el territorio (factor territorial), o por la distribución vertical de funciones entre jueces (factor funcional). Al tenor de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, la incompetencia del fallador es una causal de nulidad procesal de naturaleza saneable, a menos que la falta de competencia se configure por el factor funcional, también llamado vertical o de instancia. En efecto, esa norma dispone el saneamiento del vicio procesal que se analiza “cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso”. La nulidad procesal alegada es aquella que, según el recurrente, se originó en la sentencia de segunda instancia por falta de competencia del juez ad quem para pronunciarse en grado jurisdiccional de consulta y, por tanto, con plena competencia, sobre la decisión del a quo, que fue apelada parcialmente. En estas circunstancias, la nulidad resultaría insaneable por falta parcial de competencia funcional.

**b) El grado jurisdicción de consulta sólo es procedente frente a sentencias condenatorias que imponen una obligación económica a cargo de la entidad pública**

Plantea el recurrente que el juez de segunda instancia no estaba facultado para revisar, en grado jurisdiccional de consulta, el fallo del a quo, parcialmente apelado. Y llega a esa conclusión, en cuanto entiende que, si bien la decisión no apelada era adversa a la administración (nulidad del acto administrativo demandado en nulidad y restablecimiento del derecho), la misma no constituía condena contra la entidad pública demandada y, por tanto, no convertía en consultable ante el superior la sentencia parcialmente apelada. Para estudiar la procedencia del recurso, es del caso determinar si el vicio imputado se produjo antes o en el momento de proferir el fallo. En otras palabras, examinar si la irregularidad constitutiva de la nulidad invocada puede calificarse como “originada en la sentencia”. Para este propósito se observa que el demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo de Santander. Luego, el recurso fue admitido por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, por auto del 25 de junio de ese mismo año. Posteriormente, por auto del 26 de agosto siguiente, el Consejero sustanciador ordenó correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público por el término de diez días para que presentaran sus alegatos por escrito. Finalmente, el 12 de septiembre de 1997 el asunto regresó al Despacho del Ponente para fallo. Nótese que en la segunda instancia al recurso se le dio el trámite de la apelación, pues no de otro modo se entiende que el traslado a las partes se haya concedido por diez días y no por cinco días, como corresponde a la consulta (artículo 184 del Código Contencioso Administrativo). De manera que no fue antes de dictar sentencia, sino en el texto de la providencia que puso fin a la controversia, que la Sección Segunda, Subsección A, resolvió asumir el “conocimiento pleno” de la sentencia de primera instancia parcialmente apelada, como si se tratara del grado jurisdiccional de consulta. Comoquiera que la providencia citó como única razón para asumir el conocimiento pleno del asunto el hecho de que la sentencia apelada “contiene una condena contra una entidad pública” y aunque la providencia no es explícita en este punto, se entiende que la asunción de plena competencia sólo pudo sustentarse en lo dispuesto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, sobre el grado jurisdiccional de consulta, en la versión de esa norma -entonces vigente- aplicable al caso, según la cual eran consultables las providencias dictadas en primera instancia que liquidaran una condena u obligación impuesta en abstracto a cualquier entidad pública, siempre que no fueran apeladas por la administración. El recurrente afirma que la sentencia del a quo no era consultable por no contener una condena, ni en concreto ni en abstracto, contra la entidad pública demandada. La doctrina jurídica en materia procesal ha elaborado criterios para distinguir las sentencias que declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias de condena que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las constitutivas que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva. Por tanto, las sentencias consultables son aquellas condenatorias que imponen una obligación de carácter económico a cargo de cualquier entidad pública. Es necesario agregar que, a pesar de que el texto entonces vigente del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo no estableció un monto o cuantía para la procedibilidad de la consulta, la jurisprudencia de esta Corporación siempre consideró necesario, para ese efecto, tener en cuenta el monto de la condena impuesta.

**c) La incompetencia funcional como causal de nulidad de la sentencia se configura si el fallador asume el conocimiento en grado jurisdiccional de consulta cuando el marco de competencia es el recurso de apelación**

Establecidos los requisitos de procedibilidad del grado jurisdiccional de consulta, es preciso estudiar si la sentencia proferida el 3 de febrero de 1997 por el Tribunal Administrativo de Santander era o no consultable ante el superior funcional. Como se anotó en los antecedentes de esta providencia, las pretensiones de la demanda consistieron en: i) la declaración de nulidad de la Resolución que declaró la insubsistencia del nombramiento del actor como Auditor Regional; ii) el reconocimiento y pago de la bonificación por “su retiro a causa de la reestructuración de la Contraloría y supresión de su cargo”; y iii) subsidiariamente, en caso de no obtener la bonificación, “que se le restablezca en el servicio en un cargo equivalente o superior y se le reconozcan los salarios y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales”. El fallo

acusado resolvió tales pretensiones en el sentido de declarar sólo la nulidad del acto de insubsistencia acusado y denegar todas las prestaciones de restablecimiento del derecho. Así las cosas, es evidente que la providencia de primera instancia no era susceptible de ser conocida por el superior en grado jurisdiccional de consulta y, menos aún cuando sólo apeló el demandante, respecto de una de las decisiones para él desfavorables, es decir, con exclusión de la declaración judicial de nulidad del acto acusado. Por ende, no podía la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado asumir frente a lo decidido en la sentencia parcialmente apelada “un conocimiento pleno”, pues al no existir condena económica que afectara el erario faltó el requisito de procedibilidad para conocer del grado jurisdiccional de consulta. El fallador de segundo grado asumió una competencia funcional que no le correspondía al revisar sin limitación alguna el fallo de primera instancia, incluida la declaración de nulidad del acto acusado, con violación del principio de la no reformatio in pejus y excediendo, con ello, el marco de su competencia al cual, como juez de la apelación, se encontraba sometido. En efecto, mientras que el grado de consulta faculta al superior para revisar la totalidad de lo decidido por el inferior, el recurso de apelación impide al ad quem pronunciarse sobre los aspectos no apelados de la decisión impugnada (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil).

**d) La nulidad de acto administrativo de insubsistencia implica el restablecimiento del derecho que surge como consecuencia de la invalidación**

En principio, “la nulidad de un acto administrativo que dispone el retiro del servicio de un empleado, implica la orden de reintegrarlo al servicio y pagarle todos los salarios prestaciones y demás derechos que se hubieran causado en su favor, haciendo la ficción de que para efectos laborales no hubo solución de continuidad en la relación laboral (...) se deben regresar las cosas al estado anterior, ordenando el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar porque para todos los efectos legales, se debe entender que durante dicho tiempo permaneció vinculado con la administración”. De manera que, declarada la nulidad del acto administrativo de insubsistencia, la cuestión por resolver no es otra que el restablecimiento del derecho que surge como consecuencia de la invalidación. Y para determinar el restablecimiento particular y concreto del derecho, es necesario constatar la situación jurídica y fáctica en que se encontraba el servidor al momento en que se profirió el acto de insubsistencia para, de ser posible, ordenar que la situación del actor retorne al estado en que se encontraba en ese momento, como si el acto nulo no hubiera existido. Para la fecha de la expedición del acto acusado (19 de julio de 1994), el demandante se encontraba vinculado a la Contraloría General de la República, prestando sus servicios en el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga, empleo que desempeñó hasta el 5 de agosto de 1994, según consta en la certificación expedida el 17 de agosto de 1994 por el Director de la Oficina Seccional para Santander de la Contraloría General de la República. En este punto del análisis debe advertirse que para esa fecha el citado cargo estaba transitoriamente vigente en la planta de personal de la Contraloría General de la República. Sin embargo, según la Ley 106 de 1993, el cargo desempeñado por el demandante no podía tener existencia sino hasta el 30 de diciembre de 1994, entonces, el restablecimiento debe consistir, no en el reintegro -que es jurídica y materialmente imposible-, sino en el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar, lo cual operará desde la fecha de insubsistencia hasta el 30 de diciembre de 1994, momento hasta el cual, por mandato de la ley, el cargo tuvo vigencia. Es destacable que en reciente sentencia de esta Sala Plena se estableció que el reintegro y el pago de prestaciones sociales procede “por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.”.

**e) Cuando un cargo ha sido suprimido y se pretende el reintegro, debe probarse que en la nueva planta existen cargos para los cuales no sólo se cumplen los requisitos legales, sino que se ostenta un mejor derecho a ser nombrado que el que le asiste al servidor que allí se desempeña**

Se precisa que para obtener el reintegro a un cargo similar o superior de la nueva planta de personal, es carga del demandante demostrar que en esa nueva planta existen cargos para los cuales no sólo cumple los requisitos legales, sino que ostenta un mejor derecho a ser nombrado que el que le asiste a cada uno de los servidores que allí se desempeñan (v. gr., porque a diferencia del actor, éstos no ingresaron a la carrera administrativa). De no ser así, el desplazar a estos servidores por mandato judicial implicaría el desconocimiento, en forma grave, de sus legítimos derechos. En este caso el actor no adujo ni presentó prueba alguna para que, de conformidad con lo antes expuesto, su reintegro al servicio fuera procedente en un cargo de la nueva planta de personal adoptada mediante la Ley 106 de 1993. En todo caso, no sobra agregar que la supresión del cargo de Auditor Regional que obró por virtud de la Ley 106 de 1993, no tuvo finalidad distinta que la de ajustar la planta de personal de la Contraloría General de la República a las tareas que le asignó la Constitución Política de 1991, las cuales implicaron el abandono del modelo de control fiscal previo, reemplazado por el control fiscal posterior y selectivo que impuso la nueva Carta (artículo 267 constitucional). Para la fecha de esta sentencia, no procede, entonces, el restablecimiento pretendido por el demandante, en cuanto solicita ser reintegrado en la nueva planta de personal, en un cargo “equivalente o superior” al que desempeñaba, pues la situación fáctica y jurídica en que se encontraba al momento de proferirse la decisión anulada, esto es, aquella situación que debe restablecerse como consecuencia de la anulación ordenada en primera instancia, no era otra que la de quien ocupaba un cargo transitoriamente vigente. Sin más consideraciones, es del caso revocar parcialmente el fallo impugnado, concretamente, la decisión que fue objeto de impugnación para, en su lugar, ordenar el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar, el cual operará desde el momento de su desvinculación efectiva hasta la fecha máxima de vigencia del cargo que ocupaba para ese entonces, esto es, hasta el 30 de diciembre de 1994.

[Sentencia de 2 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-15-000-2001-00091-01\(R\). M.P. MAURICIO TORRES CUERVO.](#)

\* Con aclaración de voto de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

**1. Procedencia de la tutela para exigir el pago de una recompensa ante la imposibilidad de ejercer el proceso ejecutivo, por inexistencia del acta que reconoce la obligación.**

La acción de tutela que ahora ocupa la atención de la Sala es interpuesta con el fin de exigir el pago de una recompensa la cual tuvo origen en una manifestación de la voluntad de la administración, que quedó consignada en el acta del Consejo de Seguridad llevado a cabo por las autoridades del Meta en el mes de junio del año 2007. Existe prueba dentro del proceso de que la mencionada acta levantada en el Consejo de Seguridad no existe, por cuanto así lo reconoce la Alcaldía de Villavicencio. Pese a la anterior circunstancia existe reconocimiento expreso de la misma entidad, de la Gobernación del Departamento y de la Dirección de la Policía Nacional, de la obligación entre éstas y el actor, es decir, del pago pendiente de la recompensa, al hacer mención de tal situación en las respuestas dadas a los múltiples derechos de petición elevados por el actor. De los mismos, infiere la Sala que la única entidad que está dispuesta a cumplir con su obligación es la Gobernación del Departamento del Meta, razón por la cual, se ordenará en la parte resolutive de esta providencia que se haga entrega del dinero al actor. Respecto del saldo insoluto que como quedó visto, corresponde su pago a la Policía Nacional - Departamento de Policía del Meta y a la Alcaldía Municipal de Villavicencio, advierte la sala que existe una obligación clara y expresa, pero no exigible en la medida en que está sujeta a condición, como lo es, la disponibilidad presupuestal, tal como lo han afirmado en

reiteradas oportunidades. En consecuencia se ordenará a las entidades en mención incluir en el rubro presupuestal correspondiente el dinero, para que procedan proporcionalmente al pago de la recompensa adeudada al actor. En consecuencia, la Sala concluye que el medio de defensa judicial que podría tener el actor para hacer efectivo el pago de la recompensa ofrecida por la Administración, sería el de adelantar un proceso ejecutivo que no puede ser ejercido por aquel, ya que no existe título ejecutivo por circunstancias ajenas a su voluntad y atribuibles a la administración.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2009-00406-01\(AC\), M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

## **2. a) El debido proceso administrativo se vulnera cuando la decisión administrativa carece de soporte probatorio**

En el presente asunto, la actora pretende, como mecanismo transitorio de protección, la tutela de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la vida en condiciones dignas, el debido proceso, la seguridad social y el pago oportuno de la mesada pensional, a su juicio vulnerados por el Ministerio de la Protección Social - Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, al no reconocer el beneficio de sustitución pensional al que tiene derecho como cónyuge sobreviviente del señor Pedro Antonio Vergara Meléndez. Aduce que el medio judicial ordinario existente no garantiza la protección que requiere.

Al respecto, la Sala concuerda con el razonamiento efectuado por el Tribunal de instancia, respecto de la existencia de otro medio de defensa judicial. En efecto, para lograr el reconocimiento y pago de acreencias laborales y pensionales, se ha sostenido reiterativamente que la acción de tutela es, en principio, improcedente, por cuanto el legislador ordinario ha dispuesto un medio judicial para lograr tal pretensión. En tal virtud, la tutelante puede, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lograr la anulación de los actos administrativos a través de los cuales el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, denegó la sustitución pensional que reclama.

Sin embargo, la actora aporta al plenario sendas certificaciones según las cuales adeuda las sumas de 40 millones de pesos, desde septiembre de 2008, para cubrir gastos del hogar, conformado por su hija y nietos, y para enviarle a su hija que vive en Argentina cursando estudios de especialización. Así mismo, la suma de 6 millones de pesos en la tienda "Maceita", por concepto de suministro diario de víveres, crédito que ha mantenido desde que su esposo se encontraba en vida. Ambos acreedores manifiestan que desde el momento de la defunción no se han efectuado abonos y han dado espera hasta que se solucione la gestión de la sustitución pensional del esposo de la actora. Del mismo modo, aparece el registro de deuda del Impuesto Predial Unificado por valor de 3'106.764, desde el 31 de julio de 2008. Según las afirmaciones de la actora, el no pago de la pensión que, como sustituta de su cónyuge fallecido merece, genera afectación de su mínimo vital, en tanto siempre se dedicó al hogar, no tiene profesión ni empleo alguno, y su manutención siempre la proveyó su señor esposo. Ahora, las razones que llevaron al Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia a denegar el reconocimiento del beneficio de la sustitución pensional a favor de la solicitante, se resumen en el hecho de que sobre la mesada pensional se encuentra registrado un embargo de alimentos desplegado por la señora Rocha de Vergara, ello - según la administración - supone la separación de los cónyuges, en tanto, por regla general, las demandas de esa naturaleza sólo se reputan en tal evento; por consiguiente, no estaba comprobada la convivencia superior a 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, entre este y la cónyuge supérstite. Resta agregar que la actora fue la esposa del pensionado fallecido más de 20 años, que se trataba de un pensionado por invalidez y que no aparece prueba alguna de que hubiere abandonado el hogar o se hubiera divorciado de la peticionaria; igualmente, existen declaraciones que afirman la convivencia durante los últimos cinco años de su vida, lo que evidentemente invierte la carga de la prueba; en suma, la aseveración de la no convivencia de los cónyuges por el simple hecho del embargo por alimentos, sin respaldo probatorio, carece de fundamento alguno. Por lo anterior la Sala observa, prima facie, que el Grupo Interno de Trabajo basó su decisión en cuestiones hipotéticas y en simples suposiciones que no se encuentran apoyadas en pruebas fidedignas para demostrar la no

convivencia de la reclamante con el cónyuge fallecido durante sus últimos años de vida. En este punto, vale la pena recordar que las decisiones de la administración, máxime cuando deniegan un derecho, deben estar soportadas en pruebas concluyentes, de no ser así, se atentaría contra el derecho al debido proceso de los administrados. En todo caso, el tópico reseñado y la efectividad de las pruebas para la denegatoria del derecho pretendido, deberán ser objeto de análisis del juez de la causa. En ese orden de ideas, la Sala concluye que se presenta un perjuicio irremediable en contra de la actora lo que hace procedente, como mecanismo transitorio, el amparo de tutela solicitado para evitarlo.

La protección que se ordena en el presente fallo cesará en caso de no ser interpuesta la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho correspondiente; en caso de haberse radicado ya, tendrá efectos mientras se surte el proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

#### **b) El pago del retroactivo pensional no puede ordenarse por medio de tutela**

Finalmente, la Sala se abstendrá de ordenar el pago de las mesadas pensionales desde el momento en que se hubiere causado el derecho, en tanto ello desbordaría el ámbito de competencia otorgado al juez de tutela, en vista de que su función se limita a proteger el mínimo vital eventualmente vulnerado, por lo que ordenar pagos retroactivos, implicaría el reconocimiento abstracto de un derecho, cuyo marco está reservado al juez de la causa.

[Sentencia de 15 de marzo de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2009-00420-01\(AC\), M.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

#### **3. a) Procedencia de la tutela para evitar un perjuicio irremediable puesto que el mecanismo ordinario es ineficaz**

En el presente asunto, la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de lograr la anulación de las Resoluciones que extinguieron el derecho que, como beneficiaria de su difunto compañero permanente, le asiste a devengar la asignación de retiro, y en consecuencia, que se ordene el restablecimiento del pago de dicha prestación, hecho que, en principio, hace improcedente la acción de tutela de acuerdo con los postulados del artículo 6°, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991. No obstante, en virtud también de dicha norma, la Sala está llamada a examinar la eficacia del medio dispuesto por el ordenamiento jurídico a la luz de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, para determinar la procedencia bien sea excepcional o definitiva, de la acción de tutela, y de ser procedente, la protección de los derechos fundamentales invocados. Según el dicho de la actora, cuenta en la actualidad con aproximadamente 73 años de edad, y conforme a la historia clínica arrimada al plenario padece enfermedades de tipo coronario que han implicado su internación en la unidad de cuidados intensivos y la colocación de un marcapaso. Del mismo modo, refiere que se encuentra viviendo de la caridad y de los dineros que logra conseguir lavando ropas, por lo que sus condiciones son deplorables, tanto por su estado de salud como por la falta de recursos para subsistir debido a la suspensión del pago de la asignación de retiro que devengaba como beneficiaria de su compañero permanente. A partir de lo anterior, la Sala concluye que se presenta un perjuicio irremediable en cabeza de la actora, en tanto, su avanzado estado de edad (73 años aproximadamente) sumado a sus padecimientos cardiovasculares, harían eventualmente nugatoria la resolución de la causa por el mecanismo ordinario dispuesto por la ley en un tiempo prudencial.

#### **b) El derecho a la pensión de sobreviviente es irrenunciable y no puede ser objeto de conciliación**

Según las afirmaciones de la tutelante, el consentimiento contenido en el escrito que presentó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares renunciando a la pensión de jubilación, se encuentra viciado porque la pensión como modalidad del derecho a la seguridad social, es irrenunciable, y por

cuenta de la coacción y el conflicto que se suscitó con sus hijos, quienes pretendieron que les pagara un porcentaje de dicha prestación por ser la herencia de su padre, hecho que se encuentra debidamente probado en el plenario. Conforme al artículo 14 del Estatuto del Trabajo, la regla general en materia laboral es que los derechos relacionados con el trabajo humano -incluidos los derechos pensionales- son irrenunciables, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario. La irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social, fue elevada a canon constitucional a través del artículo 53 de la Constitución Política de 1991, que si bien impone una actuación positiva por parte del Congreso de la República al expedir el estatuto del trabajo, no es óbice para que la Administración se sustraiga de su contenido en sus actuaciones frente a los administrados. Ahora bien, relativo al derecho de las viudas o compañeras permanentes a recibir la pensión de sus cónyuges o compañeros fallecidos, la Ley laboral no estableció ninguna excepción a la irrenunciabilidad. Por lo tanto, desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo es ilegal la celebración de acuerdos conciliatorios, mediante los cuales se pretenda que el trabajador renuncie a su derecho pensional. Con base en el anterior recuento, es más que evidente la ilegalidad del acuerdo relativo a la renuncia del derecho a la pensión de jubilación efectuado por la actora, a quien no le estaba dado renunciar a lo irrenunciable. Del mismo modo, la Administración desconoció el mandato constitucional y jurisprudencial citado, al aceptar a la demandante la renuncia de la prestación pensional, y lo que es más, al prestarle asesoría sobre la forma como tenía que presentar un documento autenticado en el que indicara que no tenía derecho a la asignación, como puede entreverse de las afirmaciones tanto de la tutelante como de las contenidas en el escrito de impugnación de la Entidad.

**C) Violación del debido proceso y del derecho a la seguridad social al aceptarse la renuncia de una pensión de sobreviviente. Se deja sin efecto acto administrativo que extingue el derecho pensional**

La actuación de la Caja que, sin que mediara acto administrativo de extinción, suspendió, a través de una Orden Interna, el pago de la asignación de retiro a la actora, es contraria a todo orden, como a bien lo tuvo el Tribunal de instancia. En efecto, no es dable que una actuación que requiere necesariamente la voluntad inequívoca de la administración expresada, por antonomasia, a través del acto administrativo, ocurra sin su producción, la cual se efectuó únicamente un año después, pues primero se ordenó el cese del pago, y después se expidió el acto que fundamentaba tal actuación. En otras palabras, durante un considerable tiempo, la actuación de la administración además de versar sobre un derecho irrenunciable, no estuvo soportada eficazmente. Así las cosas, como lo expresó el a quo, la entidad demandada a pesar de contar con el consentimiento de la interesada para revocar su propio acto administrativo, vulneró el debido proceso administrativo y a la seguridad social en pensiones en conexidad con la vida digna y el mínimo vital de la administrada, al aceptar la dejación de un derecho irrenunciable, cuando lo procedente era demandar en acción de lesividad su propio acto de reconocimiento de pensión de beneficiarios. En conclusión, si la administración consideraba que el reconocimiento extinguido era ilegal, el único camino jurídico - legal de que disponía, era el de demandar su propio acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hecho que no ocurrió. Con base en todo lo anterior, entendiendo la irrenunciabilidad del derecho pensional y la carga de la Administración de demandar su propio acto, a fin de determinar que no le asiste el derecho de devengar la pensión de beneficiaria a la señora Virgelina León Esguerra, carga que no puede trasladarse al administrado, la Sala adicionará la decisión de instancia en el sentido de dejar sin efectos las Resoluciones No. 1185 de 2009 y 2229 de 2009, y la confirmará en lo demás.

[Sentencia de 8 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-01920-01\(AC\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

**4. El retardo injustificado en la expedición de un bono pensional vulnera los derechos fundamentales de las personas que aspiran a obtener el reconocimiento de una pensión**

Por regla general la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de derechos motivo de litigio, pues, en principio, éstos deben ser ventilados ante los jueces competentes y en uso de los procedimientos establecidos para el efecto. Sin embargo, corresponde al juez de tutela determinar en cada caso concreto, si el reconocimiento de derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional, por lo cual la acción de tutela procede para proteger el derecho fundamental a la seguridad social, en conexidad con el derecho a la vida, al mínimo vital de subsistencia y la dignidad humana. Asimismo, en los casos en que el reconocimiento y pago de una pensión depende de la exigencia de un bono pensional, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la tutela es procedente siempre que no sea utilizada para pretermitir el trámite administrativo correspondiente. Sin embargo, de comprobarse que los trámites administrativos se dilatan de manera injustificada y causan retardo en la expedición del bono pensional, se produce vulneración a los derechos fundamentales de las personas que aspiran a obtener el reconocimiento de una pensión.

En el *sub lite*, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que la AFP Protección no ha solicitado la emisión del bono pensional de la actora y que, en consecuencia, no pueden pretermitirse los trámites establecidos en la ley para la expedición del bono mencionado. Por su parte, AFP Protección S.A. sostuvo que al momento de hacer la reconstrucción de la historia laboral encontró que existe un conflicto de múltiple afiliación que impide saber qué administradora de fondos de pensiones tiene a cargo el reconocimiento de la prestación económica de la señora Fandiño. Adujo que por esta razón le solicitó al Instituto de Seguros Sociales que celebre un comité extraordinario de multifiliación para definir el conflicto, pero que, a la fecha de sustentación de la impugnación, el ISS no se había pronunciado. Asimismo, dijo que si como resultado de ese comité se determina que esa AFP es la encargada de la prestación económica de la actora, es indispensable que el ISS corrija la historia laboral de la actora de la base de datos de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público porque, en esa base, la demandante aparece como afiliada al ISS. Explicó que esta circunstancia impediría que ese Ministerio emita el bono pensional. La Sala considera que la demora en la emisión del bono pensional perjudica los derechos fundamentales invocados, pues no puede concebirse que la actora espere indefinidamente en el tiempo la expedición de ese bono para que se le pueda decidir sobre su derecho a la pensión de invalidez, más si se tiene en cuenta que la actora, según la calificación de invalidez, es portadora de VIH positivo. En ese entendido, es necesario que se emita ese bono pensional en el menor tiempo posible. Sin embargo, como la entidad emisora, en este caso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no puede expedir el bono pensional sin la solicitud previa de la AFP Protección S.A. y ésta afirma que no pudo presentarla porque en el caso de la señora Fandiño existe un conflicto de múltiple afiliación, que debe definirse con el Instituto de Seguros Sociales, es necesario ordenar al ISS que, junto con AFP Protección, realicen un comité extraordinario de multifiliación, que ya solicitó la AFP, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo. La situación de múltiple afiliación de la actora deberá definirse en los términos del decreto 3995 de 2008. En todo caso, dentro de ese término y sin importar qué administradora de fondos resulte como encargada de la prestación de la actora, el ISS deberá actualizar la historia laboral de la actora. Una vez definida la entidad encargada de la prestación económica de la actora, dentro de los 3 días siguientes, ésta deberá presentar la solicitud de emisión de bono pensional ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La entidad emisora del bono pensional, es decir, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá decidir sobre la emisión del bono mencionado en los estrictos términos del parágrafo 2 del artículo 14 del decreto 1474 de 1997. Una vez decidido sobre la emisión del bono pensional la administradora de fondos encargada de la prestación económica de la actora deberá dar respuesta a la solicitud de pensión de invalidez en el término de 5 días.

[Sentencia de 25 de febrero de 2010, Exp. 73001-23-31-000-2009-00519-01\(AC\), M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

5. El rechazo injustificado de la postulación a un subsidio de vivienda para la población desplazada, vulnera el derecho a la vivienda digna y la igualdad

En virtud de las garantías que deben otorgarse a la población desplazada, el actor se postuló junto con su grupo familiar a través de la COMFAMILIAR (Huila) para acceder al subsidio de vivienda en la modalidad “Vivienda Nueva o Usada” y según lo informaron FONVIVIENDA y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el escrito de oposición, actualmente se encuentra en estado “Rechazado y/o cruzado”. Advierten que dicha situación se generó porque el actor figura como beneficiario de una entidad diferente a FONVIVIENDA, no fue posible determinar el sitio origen de expulsión y además tiene una propiedad a nivel nacional. Sin embargo, para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por las citadas autoridades, por cuanto se advierte del informe rendido por la Jefe de la Oficina de Difusión y Mercadeo de Información del Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC-, en el que se allega el certificado catastral a nivel nacional de esa entidad, que el actor es titular de dos (2) bienes rurales en el Municipio de Colombia (Huila). Así mismo, COMFAMILIAR allegó el formulario de postulación al subsidio de vivienda en la modalidad de desplazados, en el que el actor señaló a dicho Municipio como sitio origen de expulsión. Teniendo en cuenta lo anterior, es clara la contradicción en que incurren los entes accionados, al señalar que no fue posible determinar el sitio de expulsión del actor, habida cuenta que este fue señalado de manera clara por actor al diligenciar el formulario de postulación al subsidio de vivienda en la modalidad de desplazados y en consecuencia, debió haberse indagado de manera diligente y juiciosa sí, en efecto, ese fue el sitio de expulsión del actor, de lo contrario, era del caso dar aplicación al principio constitucional de la buena fe. Además, la afirmación del actor no fue desvirtuada por las accionadas en la presente acción, ni por Acción Social, que ni siquiera dio respuesta a los requerimientos efectuados por el Despacho sustanciador, por lo que se tienen por ciertos los hechos señalados en la presente tutela, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, es claro que las propiedades rurales cuya titularidad esta en cabeza del actor corresponden a bienes situados en el Municipio de Colombia (Huila), sitio origen del desplazamiento del señor DELGADO QUINTERO y su núcleo familiar, por consiguiente, la Sala no acepta que el rechazo en la postulación del actor tenga su origen en el hecho de que sea propietario de esos bienes, ya que los mismos se encuentran en el lugar de donde fue desarraigado por la violencia. Aceptar dicho argumento sería cerrar los ojos ante el problema que padece el actor y su familia como personas en situación de desplazamiento. Considera la Sala que las entidades accionadas, no actuaron en este caso con eficacia y diligencia, - *principios que gobiernan la función administrativa*-, al realizar el estudio del otorgamiento del subsidio de vivienda al actor, ya que se limitaron a establecer que es propietario de algún bien rural para proceder a rechazar su postulación, sin tener en cuenta que el sitio origen del desplazamiento es el mismo en el que se encuentran sus propiedades. Se concluye de lo anterior que el rechazo del actor en la postulación para acceder a un subsidio de vivienda fue injustificado y con ello se violó no sólo el derecho a la vivienda digna sino a la igualdad frente a las otras personas, que como él, se postularon a la Convocatoria 2007 y no fueron excluidas, por consiguiente, dada la irregularidad en que se incurrió en este caso y teniendo en cuenta la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta el actor y su núcleo familiar, es legítimo que se le otorgue prioridad en la asignación del subsidio en cuestión.

En consecuencia, para efectos de proteger el derecho fundamental a la vivienda digna y a la igualdad del actor, se ordenará al Director de FONVIVIENDA que en el presente caso haga una excepción al orden normal de asignación de subsidios, y en consecuencia, dentro del término máximo de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia adopte todas las medidas administrativas que sean necesarias para que, a más tardar dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la notificación de esta sentencia, se incluya al actor en el listado de calificados para el acceso a un subsidio de vivienda y reciba prioridad dentro de la lista de beneficiarios, de tal forma que se le asigne el orden que debería tener si no hubiera sido rechazada su solicitud de subsidio de vivienda.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010. Exp. 41001-23-31-000-2009-00271-01\(AC\), M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**6. a) La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial debe analizarse en cada caso concreto determinando la naturaleza de la decisión y la oportunidad procesal en la que se profirió**

La Sección Quinta, con fundamento en la sentencia C- 543 del 1º de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, reiteradamente ha rechazado la tutela contra providencias judiciales, Sin embargo, excepcionalmente, en determinados eventos, cuando la providencia judicial solo sea tal en apariencia por constituir una verdadera decisión ilegítima, afectada por defectos procedimentales, fácticos, orgánicos y sustantivos, que comporte violación de derechos fundamentales que no puedan ser subsanados mediante el ejercicio de las acciones o recursos ordinarios, la Sección Quinta ha considerado viable admitir la procedibilidad de la acción contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política, para garantizar su amparo. Ante la presencia de tales errores jurídicos o fácticos inexcusables, el juez constitucional de tutela está habilitado para revisar las decisiones de otros operadores jurídicos. Entonces, la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales no es un criterio que automáticamente se aplique para rechazar o negar las solicitudes de tutela, pues obedece al caso concreto que se someta a consideración de la Sala, como juez constitucional, siendo importante tener en cuenta para la eventual procedencia de la acción, el que el interesado hubiese tenido a su alcance los mecanismos que la ley contempla para hacer efectivo el derecho de contradicción en el respectivo proceso ordinario, para lo cual surge la necesidad de determinar la naturaleza de la providencia y la oportunidad procesal en la que se profirió, es decir, si se está frente a una providencia que da inicio al trámite, o que se dictó dentro del proceso o que puso fin al mismo.

**b) Se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia cuando se exige el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación, para las demandas presentadas antes de que hubiera sido reglamentado.**

El problema jurídico a resolver es la procedencia de la acción de tutela frente a la decisión de rechazo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación previsto en la Ley 1285 de 2009.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 dispuso: “Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 u 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”. La norma utilizó la expresión “siempre constituirá requisito”, pero condicionó esa obligación a que los “asuntos sean conciliables”, el operador jurídico debe entrar a determinar qué casos quedan cobijados por la excepción a la regla de agotar el requisito de procedibilidad.

Entonces, cuando se trata de derechos ciertos e indiscutibles, el requisito de procedibilidad es inoperante, porque el beneficiario de los mismos, al tenor de las normas constitucionales, no podría renunciar a los mismos.

En el caso, la accionante considera que su petición de reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión gracia, es una prestación social que a términos del artículo 53 de la Constitución Política es irrenunciable. Al margen de que dicha apreciación sea aceptable, lo cierto es que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se instauró antes de que se reglamentara el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, pues de la solicitud de tutela y de las providencias aportadas al expediente se infiere que aquella se presentó el 25 de febrero de 2009, en tanto que el Decreto 1716 mediante el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se expidió el 14 de mayo de 2009. Entonces, frente a la disposición contenida en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, que condiciona la exigencia de la conciliación prejudicial como requisito para demandar, a que los asuntos “sean conciliables”, y a falta de reglamentación, el operador jurídico debió privilegiar el acceso a la administración de justicia. Exigir dicho requisito antes de que se hubiese regulado legal o reglamentariamente su

operatividad, su manejo, su procedimiento, se constituye en una actuación que vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, que constitucional y jurisprudencialmente se ha integrado con el núcleo esencial del debido proceso, irrogándole el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata.

Por otra parte también debe resaltarse que la interesada ejerció oportunamente los mecanismos ordinarios para controvertir la decisión inicial, pues interpuso el recurso pertinente contra el auto del Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué mediante el cual rechazó la demanda.

Por ello, el razonamiento del citado Juzgado Administrativo y especialmente el del Tribunal Administrativo del Tolima para rechazar la demanda, atinente a que “la Corte (Constitucional) enfatiza en la necesidad de la conciliación en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ventilan asuntos de contenido económico, sin discriminar si en ellos se debaten derechos laborales”, como quiera que esa decisión omitió considerar que para el momento en el que se presentó la demanda no se había reglamentado el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, ocasiona vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, se revocará el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y se dejarán sin efecto las siguientes providencias, proferidas dentro del radicado 73001-13-31-000-007-2009-00061-00 y 2009-00061-01 para en su lugar ordenar, que el Juzgado Administrativo provea de nuevo sobre la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la actora, sin tener en cuenta el requisito de procedibilidad de la conciliación.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2009-01125-01\(AC\), M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

## **ACCIONES POPULARES**

### **1. Concepto y alcance de los derechos colectivos. La diversidad étnica y cultural de comunidades indígenas no es un derecho colectivo, susceptible de protección por vía de la acción popular**

Esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha explicado el concepto y alcance de los derechos colectivos y ha señalado que: “Los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley”. De esta manera, la Sala considera que asistió razón al Tribunal al limitar el estudio de la demanda a los derechos colectivos relacionados con un ambiente sano y la salubridad pública, porque “la diversidad étnica y cultural, el territorio, la participación y consulta de las comunidades indígenas” no es un derecho o interés colectivo, susceptible de protección por vía de la acción popular. No sucede lo mismo con el amparo del derecho a la salud declarado por el Tribunal, pues resulta innecesario decretar una orden de protección sobre el mismo cuando se está protegiendo a su vez el derecho a la salubridad pública, atendiendo al concepto de este último, es decir, derecho de la comunidad de acceder a instalaciones y organizaciones que garanticen su salud.

### **b) Prohibición de verter, sin tratamiento, residuos sólidos, líquidos o gaseosos que puedan contaminar las aguas o poner en riesgo la salud humana**

El artículo 211 del Decreto 1541 de 1978 (28 de julio), reglamentario de la Ley 23 de 1973 prohíbe verter, sin tratamiento, residuos sólidos, líquidos o gaseosos, que puedan contaminar o eutroficar las aguas, causar daño o poner en peligro la salud humana o el normal desarrollo de la flora o fauna, o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos. El Decreto 1594 de 1984 (21 de junio), reglamentario de la Ley 9ª de 1979, gobierna el uso del agua y los residuos líquidos, y en su artículo 61 establece la prohibición de verter residuos líquidos a un acuífero. A esos efectos, indica que los sedimentos, lodos, y sustancias sólidas provenientes de sistemas de tratamiento de agua o equipos que causen contaminación ambiental, y otras tales como cenizas, cachaza y bagazo, no podrán

disponerse en cuerpos de aguas superficiales, subterráneas, marinas, estuarinas o sistemas de alcantarillado, y para su disposición deberá cumplirse con las normas legales en materia de residuos sólidos. El artículo 12 del Decreto 3100 de 2003 establece que los usuarios prestadores del servicio de alcantarillado sujetos al pago de la tasa retributiva deberán presentar a la autoridad ambiental competente el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos (PSMV), de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el cual deberá contener las actividades e inversiones necesarias para avanzar en el saneamiento y tratamiento de los vertimientos. Dicho, plan contendrá la meta, individual de reducción de carga contaminante de los usuarios mencionados que se fijará por la autoridad ambiental competente, cuyo cumplimiento se evaluará de acuerdo con los compromisos establecidos en el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos.

**c) Vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la salubridad pública en el Municipio de Maicao, por inadecuado sistema de aguas servidas**

De los planteamientos normativos y probatorios esbozados, se tiene que el Municipio de Maicao es el encargado de ejercer la vigilancia y control del saneamiento ambiental y del manejo y disposición final de los residuos líquidos en su jurisdicción. Aparece probado que en el Municipio de Maicao no hay un sistema adecuado de aguas servidas debido a la existencia de una única laguna de oxidación que, pese a ubicarse en un lugar técnica y ambientalmente propicio para el tratamiento de aguas, se encuentra en estado de desbordamiento, sin ningún tipo de mantenimiento, sin cerramiento adecuado y con filtraciones, circunstancias que han ocasionado problemas de contaminación del ambiente y de la salud de las comunidades aledañas. Lo anterior evidencia inequívocamente la vulneración de los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la salubridad pública, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y al acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna. En este aspecto se adicionará el numeral segundo de la parte resolutoria de la sentencia de primera instancia para determinar los derechos colectivos vulnerados cuya declaratoria no hizo el a quo.

**d) La participación de la comunidad en la vulneración de los derechos colectivos, no exime a las autoridades competentes del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales**

Alega la Empresa Aguas de la Península, que no existe una adecuada infraestructura de la laguna de oxidación que le permita cumplir con sus obligaciones, en razón a los “actos vandálicos” de parte de las comunidades aledañas a la laguna, quienes han impedido por las “vías de hecho”, realizar las obras de mantenimiento. Para la Sala, es a todas luces inaceptable e inexcusable la omisión del municipio en el manejo y disposición final de los residuos líquidos en la laguna de oxidación, dadas las concluyentes obligaciones que en materia ambiental y salubridad le impone la normativa constitucional y legal que ha sido examinada. Cabe mencionar la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se resaltó que el hecho de la participación de los afectados en la vulneración del derecho colectivo, no exime a las autoridades de su deber legal y constitucional, en relación con el cumplimiento de sus funciones y la prestación de los servicios que tienen a su cargo, la Sala enfatizó que el ente territorial no puede excusar su responsabilidad alegando que los habitantes de las viviendas que sufren el riesgo o amenaza a la salubridad son responsables de su causación por tratarse de un asentamiento ilegal, pues la violación de la ley por los ciudadanos en modo alguno exonera a las autoridades del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. Lo propio sucede en el caso bajo estudio, en el que se demostró que las autoridades del Municipio de Maicao conocían de la oposición de la comunidad de “El Limoncito” a la construcción de las lagunas de oxidación, y se excusaron en ello para no cumplir con sus deberes legales y constitucionales, sin tomar las medidas necesarias para lograr el cometido al que estaban obligadas y para el cual contaban con todas las herramientas legales y administrativas a su alcance. De ser ciertas las amenazas contra la integridad personal de los funcionarios de Aguas de la Provincia S.A., que no fueron probadas, el alcalde está obligado a adoptar las medidas policivas para enfrentar las supuestas “medidas de hecho” tomadas por la comunidad y hacer cumplir la Constitución y la ley

para conservar el orden público, en caso de ser necesaria la intervención de la fuerza policial con miras a mitigar cualquier disturbio. No en vano, según el artículo 315-2 de la Constitución Política, el Alcalde es la primera autoridad de policía del municipio y, conforme al numeral 3° ídem, le compete dirigir la acción administrativa del Municipio y asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.

**e) Si la comunidad se opone a la adopción de planes y proyectos que causen impacto ambiental, debe haber concertación entre las partes o mediación del Ministerio del Medio Ambiente**

Al punto de la decisión la Sala se enfrenta a la siguiente disyuntiva: El Municipio de Maicao y Aguas de la Península S.A. E.S.P. han trabajado en la construcción de un sistema de tratamiento de aguas residuales, para lo cual dispusieron la creación de unas lagunas de oxidación en el sector de “El Limoncito”, con el fin de mejorar el funcionamiento de la única laguna existente. Sin embargo, quedó demostrado que sus esfuerzos no fueron suficientes para darle cumplimiento a las normas sobre saneamiento ambiental y disposición final de residuos, pese a la celebración del contrato para la realización del diseño del sistema de tratamiento de aguas residuales del Municipio de Maicao. Por ello, se les declaró responsables de la vulneración de los derechos colectivos atrás mencionados. Los miembros de las comunidades aledañas a la laguna de oxidación de “El Limoncito” se oponen a la construcción de otras lagunas de estabilización en ese sector, por varias razones, entre ellas, el inadecuado tratamiento de aguas negras, los perjuicios a la salud que ha traído la permanencia de la laguna, y la falta de participación en las decisiones que pueden afectar los intereses de la comunidad indígena. Pese a las intervenciones y soluciones que proponen cada uno de los participantes, no se logra avenencia en la solución de la problemática de la laguna de oxidación y el tratamiento de aguas negras del Municipio, cuestión que cobra relevancia en punto de la participación ciudadana que consagra la Constitución Política en todas las decisiones que afecten el medio ambiente; participación que, en el caso concreto, deberá ser parte integral de la solución que se determine en la presente acción popular. Bajo esta perspectiva, la Sala estima que la decisión que salvaguarda los derechos de la comunidad involucrada en el conflicto es la adopción de un nuevo Plan Maestro de Alcantarillado que incluye el cierre de la laguna de oxidación de “El Limoncito” y proceder a la reubicación del proyecto de Aguas de la Península S.A. Es preciso aclarar que si bien es cierto, los pueblos indígenas constituyen un grupo especial de protección constitucional, en el sub judice la protección se hace en torno a la comprobada vulneración de los derechos colectivos a un medio ambiente sano, a la salubridad pública, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y al acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna, y no porque “sea la oportunidad de hacer una reafirmación jurídica de los derechos de las comunidades indígenas” como lo afirmó el Tribunal en la sentencia apelada, pues, como ya se dijo, ese tipo de reclamaciones son objeto de acciones distintas a la popular. No obstante, es menester precisar para la adopción del mencionado plan, comoquiera que se trata de una actividad que puede causar impacto en el medio ambiente, debe estar acompañada de una concertación con todas las partes que han intervenido en este conflicto, en especial, con los miembros de las comunidades indígenas afectadas con la problemática de la laguna de oxidación. Si agotada esta etapa de concertación, persiste un conflicto irresoluble, deberá agotarse la instancia de mediación prevista en el numeral 31 del artículo 5° de la Ley 99 de 1993, que preceptúa: “Artículo 5°. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: ... 31. Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con motivo del ejercicio de sus funciones y establecer criterios o adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente.”

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 44001-23-31-000-2005-00328-01\(AP\). M.P.: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**2. Procedencia del incidente de desacato para el cumplimiento del pago del incentivo en acción popular**

En lo que hace referencia a la cancelación del incentivo en la parte correspondiente fijada a cargo del Departamento del Meta, el Tribunal consideró que dicho ente territorial no debía ser sancionado, toda vez que el actor tenía a su disposición la acción ejecutiva para hacer efectivo al pago de la suma respectiva. Al respecto, debe esta Sala aclarar que como quiera que se trata de una orden consagrada en la parte resolutive de la sentencia y que opera por mandato de la ley, ésta debe ser cumplida así como las que se encuentran previstas en los demás numerales. Así lo ha reconocido esta sección, cuando en un caso similar la entidad demandada no dio cumplimiento a la orden de publicación del fallo en un diario de amplia circulación nacional confirmando la sanción impuesta por el Tribunal Administrativo de la Guajira. En tal contexto, al imponerse la sanción por el incumplimiento de un deber que pudiera llamarse formal, si se compara con las órdenes sustanciales dispuestas en los fallos estimatorios de las pretensiones de una acción popular, como el de la publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, con mayor razón debe sancionarse por el incumplimiento en el pago del incentivo debidamente ordenado, máxime si se tiene en cuenta que es el reconocimiento a la actuación de un ciudadano orientada a obtener por vía judicial el amparo de los derechos e intereses colectivos de la comunidad. Interpretar de la forma como lo hizo el tribunal el pago de este emolumento, sería imponer una carga adicional al demandante, desconociendo que por virtud de su actuación se vislumbró la vulneración de los derechos que se pretenden proteger con la acción popular, y que adicionalmente, fue por su diligencia que se observó el incumplimiento de la orden judicial producto del trámite constitucional.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 50001-23-31-000-2003-10432-01\(AP\). M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## **ACCIÓN DE GRUPO**

### **1. a) Para el cómputo de la caducidad en la acción de grupo, debe precisarse la causa del daño y establecer si es común al grupo**

En desarrollo del artículo 47 de la ley 472 de 1998, las acciones de grupo, deberán promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. En consecuencia, para establecer el momento a partir del cual empieza a correr el término para intentar la acción, el juez debe en cada caso particular establecer si los daños producidos se originaron en una actuación administrativa que se agotó en su ejecución o, en cambio, fueron producto de una serie sucesiva de hechos. Sin embargo, debe tenerse especial cuidado de no confundir la causa del daño con la prolongación del mismo, pues el término de caducidad deberá computarse a partir del momento en que se produce el daño, a menos que se tenga noticia del mismo en un momento posterior, caso en el cual se hará a partir de allí. Siguiendo la orientación dada por la Sala, en el caso concreto, para contar el término de caducidad de la acción deberá precisarse cuál es la causa del daño cuya indemnización se solicita, y establecer cuales son los hechos que se imputa a los demandados para determinar si los mismos constituyen o no causas comunes al grupo. Deberá entonces resolverse sobre las imputaciones hechas contra del Distrito Capital - Alcaldía Mayor de Bogotá, Alcaldía Menor de la Localidad de Santafé, Departamento Administrativo de Planeación Distrital y la Constructora Colmena S.A. por los daños ocasionados en los inmuebles de propiedad de los actores, por la acción y la omisión de las autoridades distritales al no exigir a la Constructora Colmena S.A. previamente a la expedición de la licencia de construcción, un estudio serio y adecuado, geológico y geotécnico del terreno y de la exploración adecuada del subsuelo. Igualmente, por no suspender la construcción de las viviendas al no cumplir con los requisitos impuestos en licencia de construcción expedida mediante la resolución 0099 del 13 de enero de 1995, al no exigir un estudio ambiental y adicionalmente, por los defectos de la construcción, y la indebida planeación de las obras ejecutadas por parte de la CONSTRUCTORA

COLMENA S.A. hoy Prouurbanismo S.A. en los inmuebles de la ciudadela Parque de la Roca. Las imputaciones hechas, conducen a inferir que el término para el ejercicio de la acción deberá computarse a partir del momento en que cesaron las acciones causantes del daño, por tratarse de aquellos casos donde están presentes una serie sucesiva de hechos que además dan lugar a la prolongación del daño. Lo anterior cobra fuerza en el caso concreto, porque solo a partir de que se tuvo certeza del daño a la totalidad de las viviendas, daño que en todo caso se predica de la totalidad del grupo, es posible contabilizar el término para el ejercicio de la acción, pues, solo allí se concreta el daño a la comunidad afectada. Del material probatorio existente en el proceso, no hay duda que la acción fue ejercida oportunamente, pues la distinta prueba documental y pericial, da cuenta, que los daños o afectaciones en la urbanización y en las viviendas se presentaron desde el inicio de la obra y cobraron mayor intensidad entre los años de 1998 y el año 2000. La abundante prueba documental y las experticias especializadas dan cuenta sobre la oportunidad legal en que fue ejercida la acción de grupo, pues, hubo certeza sobre los daños causados en los meses de mayo y junio del año 2000, y como quiera que la demanda se presentó en el mes de febrero del año 2001, no hay lugar a dudas sobre la oportunidad de la acción.

**b) la legitimación en la causa por activa no constituye una excepción sino un presupuesto material de la sentencia favorable. Acreditación de la propiedad de bienes inmuebles**

La Sala observa que si bien es cierto, la legitimación en la causa por activa no goza de la naturaleza de una excepción, si constituye un presupuesto material de la sentencia favorable, en la medida que hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre el demandante y el demandado, y el interés perseguido en el juicio. La calificación que la Alcaldía Local de Santafé de Bogotá, hizo sobre el particular, no es más que una simple oposición a las pretensiones propuestas por la demandante, que no tiene el alcance de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo que enerve parcial o totalmente las pretensiones de la demanda. El fenómeno exceptivo para ser considerado como tal debe implicar un hecho que por sí mismo tenga ese alcance, y no puede confundirse con el derecho de oposición general que puede ejercer cualquier demandado. En las acciones de grupo, el daño deberá demostrarse inicialmente respecto del grupo y una vez acreditado, cada miembro deberá demostrar su pertenencia al grupo. Cabe señalar que la oportunidad para acreditar la pertenencia al grupo en este tipo de acciones será hasta después de proferida la sentencia, ante el Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, pues, será dicha entidad la encargada de administrar el monto total de la indemnización y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte en el proceso de conformidad con lo dispuesto en la sentencia. La previsión normativa que así lo dispone, obedece al hecho de que la sentencia tiene efectos respecto del grupo demandante y define las pretensiones de todo el grupo. En esa oportunidad el fallador deberá pronunciarse si están estructurados los elementos que configuran la responsabilidad a cargo de la parte demandada y a favor del grupo demandante. Adicionalmente, el Fondo deberá resolver sobre aquellas solicitudes que se llegaren a presentar dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, que reúnan los requisitos exigidos en la providencia, las cuales se decidirán mediante acto administrativo. En el asunto que ocupa nuestra atención, los miembros del grupo no aportaron las distintas escrituras públicas de compraventa. Sin embargo, acreditaron la pertenencia al grupo, con los certificados de libertad y tradición de los inmuebles afectados ubicados en la Urbanización “El Parque de la Roca”. De accederse a las pretensiones propuestas por el grupo demandante, y como requisito previo para hacer efectivo su derecho, deberán acreditar ante el mencionado Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos la calidad de propietarios acompañando la respectiva escritura pública de cada uno de los inmuebles que no fueron aportadas. En este punto en particular, resultaría desproporcionado permitir que quienes no concurren al proceso como integrantes del grupo, acudan con posterioridad a la publicación de la sentencia al mencionado Fondo acreditando su pertenencia al grupo, y demostrando en dicha oportunidad la calidad de propietarios (con la escritura pública y el folio de matrícula inmobiliaria) de algún inmueble que eventualmente resultare afectado con ocasión de los mismos hechos, y en cambio impedir que se acompañen las respectivas escrituras de compraventa de los inmuebles que efectivamente resultaron dañados y que se encuentran inscritos a nombre de varios de los

integrantes del grupo demandante. Cabe recordar que la certificación expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en modo alguno suple la titulación que en ellos se menciona, dicho documento tiene la virtualidad de acreditar el estado o situación en que se encuentran el inmueble, pero no la propiedad, de manera que para acreditar la calidad de propietario, es necesario aportar la copia auténtica de la escritura pública de compraventa, y el correspondiente registro, en los términos del artículo 43 del Decreto 1250 de 1970.

Acreditada la propiedad ante el Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, se hará efectiva la indemnización reconocida, especialmente, porque la calidad de propietario no puede acreditarse de otra manera, de lo contrario se tendrá por no probada, según lo establece el artículo 265 del C. de P.C., *“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad....”*. En consecuencia, los integrantes del grupo que en el curso de la acción contenciosa no incorporaron las escrituras públicas de compraventa, deberán acompañar ante el Fondo los títulos que hagan falta, para demostrar la calidad de propietarios de los distintos inmuebles, y sólo a continuación, el mencionado Fondo distribuirá el monto de la condena como se verá más adelante, quien dará cumplimiento a la decisión judicial, y se limitará a verificar el cumplimiento de los requisitos determinados en esta sentencia, y la distribución se hará siguiendo los lineamientos de la misma. Lo anterior tiene correspondencia con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 472 de 1998, el cual señala que entre las funciones del Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos está la de administrar y pagar las indemnizaciones de que trata el artículo 65 numeral 3 de la presente ley.

**c) Daños en la Urbanización Parque de la Roca son imputables al Distrito Capital por omisión en su facultad para imponer sanciones urbanísticas por incumplimiento de constructor a los requerimientos contenidos en licencias de construcción**

En el caso objeto de estudio, de entrada la Sala encuentra configurada la existencia de un daño sufrido por el grupo demandante, pues la distinta prueba documental y pericial que obra en el expediente, da cuenta abundantemente del mismo, al punto que la entidad distrital, reconoce la existencia de los daños generados en las viviendas de propiedad de los demandantes, según se infiere del diagnóstico 484 de 23 de septiembre de 1998, ordenado por el Distrito Capital, a solicitud de la Junta de Acción Comunal de la ciudadela Parque de la Roca, y del diagnóstico No. 951 de 23 de marzo de 2000 expedido por la Dirección de Prevención y Atención de Emergencias, consistentes en la afectación del terreno y como consecuencia obligada en las viviendas ubicadas en dicha ciudadela, entre los que se destacan el derrumbe de manzanas con desprendimiento de areniscas, desprendimiento de Roca, desplome de muros de contención, deslizamiento de los taludes, deslizamientos de terrazas del talud natural, fallas del terreno, fugas de agua, mal manejo de las aguas lluvias, agrietamientos en las viviendas, hundimiento de los ándenes y asentamiento de las viviendas, es decir afectaciones en toda la urbanización especialmente en 19 manzanas. En consecuencia, se evidencia de manera inequívoca la existencia de éste, y la consiguiente condición de víctimas de algunos de los propietarios de las viviendas ubicadas en la urbanización Ciudadela Parque de la Roca del sur occidente de esta ciudad. Sin embargo, la ocurrencia del daño no significa automáticamente que la parte demandada sea responsable. Este será un aspecto que deberá confrontarse con los elementos de juicio incorporados al proceso, pues, deberán estar presentes los elementos que configuran la responsabilidad de la administración y de la firma particular, y en ese sentido, le corresponderá a la parte actora para la prosperidad de sus pretensiones, una vez acreditado el hecho dañoso, demostrar su imputabilidad al demandado, así como el nexo de causalidad entre éstos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C. de P.C. Además, éste constituye el análisis central del debate en el recurso de apelación, como quiera, que el Distrito Capital consideró que el daño ocurrido resulta únicamente imputable a la Sociedad Constructora. En primer término, para la Sala el Distrito Capital resulta responsable, pues en desarrollo de las normas urbanísticas de sismo resistencia y de usos del suelo, incurrió en una seria omisión de sus deberes de conducta. Dentro del trámite referido la entidad distrital advirtió sobre las características del terreno e hizo recomendaciones relacionadas con las conductas que debía adoptar la firma constructora, al ejecutar la obra, unas referidas a la exploración del subsuelo dada la

heterogeneidad de los depósitos, otras atinentes al manejo de los cortes por considerar que su ejecución aumentaba la inestabilidad del terreno y otras, a la construcción de muros de contención para evitar problemas en su capacidad portante. Según Resoluciones Nos. 1666 del 12 de octubre de 1995 y 849 del 28 de agosto de 1996, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital concedió licencia para la ejecución de obras de urbanismo de la segunda y tercera etapa de la citada ciudadela, respectivamente. Así mismo se expidió la resolución 50200 el 29 de diciembre de 1997, mediante la cual, la Curaduría Urbana aprobó la modificación del proyecto inicial contenido en la resolución 0099 de 1995, y concedió licencia de construcción para las manzanas 30A y 33ª de la tercera etapa. Iniciadas las obras de construcción, la entidad Distrital estaba obligada a hacer un acompañamiento durante toda la obra, verificando y controlando que ésta se sujetara al contenido de las licencias de urbanismo y construcción. Sin embargo, los elementos de juicio incorporados demuestran lo contrario. Las normas administrativas otorgaron competencia a las entidades territoriales, para sancionar a los urbanizadores - constructores, de modo que el Distrito Capital, estaba habilitado para imponer sanciones cuando no se diera cumplimiento por parte del constructor a los requerimientos contenidos en las respectivas licencias, consistentes en multas, suspensión de las obras, e inclusive demolición de algunas de las edificaciones. Adicionalmente, el Decreto Distrital 389 de 1994, dispuso en su artículo 11 que el titular de la licencia debía cumplir las obligaciones urbanísticas y arquitectónicas derivadas de aquélla y respondería extracontractualmente por los perjuicios que causaren a terceros con motivo de la ejecución de las obras. Si bien, en principio podría sostenerse que se cumplieron a cabalidad los requisitos exigidos para la obtención de la licencia, en las condiciones indicadas en las respectivas resoluciones y, previas las recomendaciones tantas veces referidas, no podría sostenerse lo mismo en relación con las conductas esperadas, posteriores a la expedición de la licencia, y desde el comienzo de la ejecución de las obras, tal y como lo previeron las distintas normas vigentes para la época en que sucedieron los hechos. El constructor era el responsable de la ejecución del proyecto, quien estaba obligado a garantizar unas viviendas dignas a los compradores. Sin embargo, el Distrito también estaba obligado a ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento físico. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 389 de 1994, debía ejercer una interventoría de las obras, lo que implicaba una vigilancia estricta sobre el desarrollo del proyecto para garantizar que el constructor cumpliera con las condiciones exigidas en la resolución que autorizó la ejecución del proyecto ciudadela “El Parque de la Roca”.

**d) Responsabilidad de constructora por incumplimiento de recomendaciones técnicas contenidas en licencia de construcción y por utilización de materiales de baja calidad en la Urbanización Parque de la Roca**

La Sala concluye que el terreno donde se construyó la Urbanización Parque de la Roca, presentaba riesgos para la obra propuesta, los cuales no impedían la ejecución de la construcción, pero si imponían el desarrollo de la misma con estricta sujeción a los resultados de los distintos estudios técnicos, a las recomendaciones contenidas en la Resolución No. 0099 del 13 de enero de 1995, que concedió la licencia de urbanismo a la Constructora Colmena S.A, para así, entregar unas viviendas en condiciones de ser habitables y seguras. En consecuencia, la prueba arrimada muestra que la sociedad constructora incumplió no solo las recomendaciones técnicas relacionadas con las condiciones del terreno, sino que también utilizó materiales de baja calidad, lo que empeoró la situación particular de cada uno de los inmuebles, comprometiendo su responsabilidad por los perjuicios causados a los miembros del grupo, pues, el hecho dañoso le resulta a todas luces imputable. El constructor era el responsable de garantizar la estabilización del suelo, las obras de drenaje, el correcto manejo de las aguas, el cumplimiento de las especificaciones técnicas para la ejecución de las estructuras que aseguraran la adecuada construcción, y la utilización de materiales de buena calidad. En consecuencia, se mantendrá la decisión del Tribunal en cuanto declaró responsable solidariamente al Distrito Capital y a la Constructora Colmena S.A. - hoy Prourbanismo S.A., pues en desarrollo de la normatividad civil, cuando el daño tenga origen en la culpa concurrente de dos o más personas, cada una de ellas será responsable solidariamente.

**e) Procedencia de la acción de grupo para demandar defectos de construcción, dada su naturaleza indemnizatoria**

La Constructora, solicitó revocar la sentencia del Tribunal en cuanto la encontró responsable, por considerar que frente a ella no cabía la acción de grupo, pues las reclamaciones por parte de los propietarios de las viviendas debían materializarse a través de la acción contractual ante la justicia ordinaria, en la medida que mediaba con cada uno de los compradores de las viviendas un contrato de compraventa, y era en ese escenario procesal donde debían discutirse los eventuales incumplimientos por parte del vendedor, aún los relativos a los vicios ocultos que afectaron a los inmuebles y que se evidenciaron con posterioridad a la entrega material de cada una de las viviendas, en el lapso comprendido entre 1998 y el mes de junio del año 2000. En esta clase de contratos, y en desarrollo del artículo 1893 del C.C., el vendedor asume obligaciones de saneamiento frente al comprador, las cuales comprenden, por un lado la de ampararlo en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y por otro, la de responder por los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios. En este último caso, en ejercicio de la acción redhibitoria el comprador podrá solicitar o bien la rescisión del contrato o bien la rebaja del precio, para lo cual los artículos 1923 y 1926 del C.C. previeron que la acción redhibitoria prescribiría en seis meses respecto de las cosas muebles, un año respecto de los bienes raíces, y 18 meses para pedir la rebaja precio. No obstante lo relativo al ejercicio de la acción redhibitoria en los términos previstos por la ley, dicha acción no impide que el comprador pueda reclamar la indemnización respectiva por los defectos que adolezca el inmueble, por los daños originados en la construcción o por los vicios del suelo donde se levantaron la edificaciones, no solo contra el vendedor del inmueble sino contra el constructor. En consecuencia, no es acertado lo dicho por la Constructora Colmena S.A., hoy Prouurbanismo S.A. en el sentido de que en desarrollo del contrato de compraventa, la indemnización perseguida debía serlo únicamente por la vía contractual, por haberse incumplido el contrato de venta, primero porque la acción redhibitoria tiene unos alcances específicos, como son la rebaja del precio o la rescisión del contrato, y segundo, porque en este caso existe una relación entre el comprador por un lado y por el otro, el empresario - constructor - vendedor, el cual tiene esa doble condición, y por esa razón deberá responder por los defectos en la construcción, de conformidad con lo previsto en el artículo 2060 del C.C. numeral 3°. En suma entre los propietarios de las viviendas y la Constructora Colmena S.A. se celebraron contratos de compraventa, y no de construcción, en cuyo caso, frente al constructor - vendedor, también le resultaba pasible una acción indemnizatoria por los perjuicios causados, originados en la actividad de la construcción. Además, lo anterior no contradice lo sostenido por la Sala en repetidas oportunidades en el entendido de que en desarrollo del artículo constitucional 88 y artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, la acción de grupo tiene carácter indemnizatorio, y por lo tanto la demanda deberá estar orientada simplemente a la obtención de una indemnización. Aquí no se pretende dejar sin efectos los aludidos contratos de compraventa, tampoco se busca discutir el alcance de los mismos, ni se ha colocado en tela de juicio su contenido obligacional. En realidad, la acción ejercida, constituye una típica acción indemnizatoria contra la sociedad constructora y el Distrito Capital, por los problemas de derivados del terreno, por los defectos en la construcción y por la falta de vigilancia e intervención sobre las obras ejecutadas por parte de la entidad territorial.

**f) Metodología empleada para reconocimiento de perjuicios materiales causados a las viviendas**

La Sala se aparta de la Solución dada por el Tribunal en cuanto a la metodología empleada para el reconocimiento de los perjuicios materiales, como quiera que el a quo promedió las distintas experticias, y de esa manera determinó los perjuicios materiales. Esta solución resulta equivocada, y no refleja el valor de los perjuicios causados, como pasa a exponerse: En primer término los dictámenes se pronunciaron sobre diferentes aspectos, uno tuvo como propósito específico establecer el valor actual de las viviendas después de la depreciación sufrida, para lo cual hizo una apreciación porcentual del monto que constituía la depreciación de cada inmueble. En cambio, la experticia rendida por los peritos arquitectos ENRIQUE PERDOMO y GERARDO RAMIREZ, tuvo como propósito establecer el monto de los daños causados, y solo ese rubro. La Sala acogerá el dictamen

rendido por los señores arquitectos, que establecieron el valor de los daños causados, para cada vivienda. Dicho valor será actualizado con los índices de precios al consumidor correspondientes a la fecha en que se elaboró el dictamen y a la fecha de esta sentencia.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2001-09005-01 \(AG\), M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### 1. CONFLICTO SOBRE POSICIÓN ARANCELARIA DE MERCANCÍA DEBE DEFINIRSE DANDO PRIORIDAD A PARTIDA ARANCELARIA MAS ESPECIFICA.

La cuestión a resolver en la presente instancia es establecer si la posición arancelaria que corresponde a la mercancía objeto del acto acusado, CATO SIZE 52 A, es la subpartida 35.05.10.00.00, aplicada por la Administración, o la del Código 38.09.92.00.00 utilizada por la actora en la liquidación corregida (...). Tal cuestión ya fue resuelta por la Sala en sentencia donde se dirimió un caso similar, y reiterada en providencias posteriores, en virtud también de situaciones iguales a la del sub lite, de modo que no le queda más que reiterar lo concluido al respecto, en el sentido de que “existiendo una subpartida específica para los aprestos del tipo de los utilizados en la industria del papel ‘Del tipo de utilización en la industria del papel o industria similares’ como es la 38.09.10.92, y no estando comprendidos en otra parte, puesto que incluso están excluidos expresamente de la partida 35.05, y siendo la mercancía objeto de la litis un apresto preparado a base almidón de maíz modificado, para ser utilizado en la industria del papel, fuerza concluir que dicha mercancía debe clasificarse en la mencionada subpartida 38.09.10.00, tal como lo hizo la actora.” Además, la Sala, en posterior sentencia a la precitada y respecto del producto objeto de la presente controversia, CATO SIZE 52 A, llegó a la misma conclusión, al decir que “...colige la Sala que la DIAN no le dio el alcance correcto a la regla 3 de interpretación de la nomenclatura arancelaria, pues de su texto se infiere con claridad que si existen dos o más posiciones aplicables a un mismo bien, como podría ocurrir en este caso en que las propiedades químicas de los productos permiten encajarlos en la partida 35.05 ó 38.09, debe darse prioridad a la más específica, que en el evento sub examine es la 38.09, ya que de acuerdo con el dicho de los expertos, los aditivos contenidos en los productos los hacen distintos de los almidones modificados de los que provienen.” Seguidamente se agregó que “...aceptando, en gracia de discusión, que en este caso las dos partidas arancelarias son específicas, de acuerdo con las reglas antes reseñadas, cuando las reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta, de donde resulta que la partida 38.09, referida a aprestos y productos de acabado utilizados en la industria del papel, es de posterior numeración a la 35.05.” (...). En el caso del sub lite se está ante la situación prevista en la regla 3, puesto que el dilema se ha presentado justamente porque la materia importada puede clasificarse en principio dentro de las dos subpartidas objeto de la controversia, pudiéndose considerar sin dificultad que en virtud de dicha regla y de la nota explicativa de la partida 35.05, en el sentido de que no comprende “Los aprestos preparados a base de almidón o de dextrina, para la industria textil, la industria del papel o industrias similares”, y es tan explícita la exclusión de los mismos que el mismo Decreto 2317 de 1995 le agrega entre paréntesis a la nota respectiva la partida 38.09, según se observa en la anterior transcripción de dicha nota, la cual es vinculante ya que según la regla 1 de interpretación, sirven para determinar la clasificación arancelaria. De modo que siendo esta última partida más específica en su descripción, y atendiendo el literal a) de la citada regla 3, ella “tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico”, como es la de la partida 35.05 en lo que a almidones se refiere, pues es claro que los que tienen la condición o carácter de aprestos son más específicos que los previstos en esa partida, toda vez que como aprestos son almidones modificados y como tales vienen a ser una especie dentro de los almidones modificados que de forma genérica se incluyen en dicha partida. (En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en sentencias de

Sección Primera, expediente núm. 20003338 01, de 23 de junio de 2005, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y expediente núm. 2001-00116 de 20 de septiembre de 2007, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno)

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 76001-23-25-000-2004-01464-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## **2. RÉGIMEN TARIFARIO PARA MULTIUSUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO NO VULNERA PRINCIPIOS DE IGUALDAD NI SOLIDARIDAD COMO TAMPOCO EL DERECHO DE TODO USUARIO A LA MEDICIÓN REAL DE SU CONSUMO Y A QUE ÉSTE SEA EL PRINCIPAL ELEMENTO DE LA FACTURA DE COBRO.**

El estudio de legalidad de las disposiciones acusadas se contraerá entonces, al cargo relativo a la vulneración al derecho fundamental de todo usuario a la medición de sus consumos reales y que éstos sean el principal elemento de la factura de cobro, derecho contenido en los artículos 9º y 146 de la Ley 142 de 1994 (...) Según los actores, como a los usuarios agrupados les son medidos sus residuos sólidos de manera conjunta y con base en dicha medición les es calculada la tarifa por concepto de prestación del servicio, ello es violatorio del principio bajo análisis en tanto que, en su criterio, el cobro final del servicio bajo dicha opción tarifaria es el resultado de la medición real e individual de los residuos sólidos presentados, mientras que para los usuarios individuales no es así. (...) De ahí que la opción tarifaria bajo estudio acarree para los usuarios agrupados e individuales dos sistemas de aforo o medición distintos, y, en consecuencia, dos regímenes tarifarios diferentes, que al representar para la empresa prestadora del servicio costos mayores de prestación consecuentemente implican para sus prestatarios el cobro del servicio mediante sistemas de cálculo de tarifa distintos. Es por ello que la Sala considera que la opción tarifaria bajo estudio no es violatoria del derecho que tiene todo usuario a la medición de sus consumos reales y que éstos sean el principal elemento de la factura de cobro, en tanto que aun cuando a los usuarios o prestatarios del servicio (individual o agrupado) les son medidos sus residuos sólidos mediante sistemas de aforo distintos, el cobro del servicio obedece única y exclusivamente a los residuos sólidos presentados por unos y otros (cargo variable) y al cargo por costos de prestación del servicio (cargo fijo). (...) Aunado a lo anterior, la opción tarifaria establecida en la resolución que se acusa, permanece vigente hasta tanto el multiusuario solicite a la persona prestadora su terminación, por lo que no es cierto que la opción tarifaria de multiusuario imposibilite el aforo individual de los residuos sólidos que se presentan, ya que en cualquier momento los usuarios agrupados pueden decidir acogerse a la opción de usuario individual y, consecuentemente, recibir de la empresa prestadora del servicio la aplicación de la metodología correspondiente para la medición individual de sus residuos sólidos o viceversa, tal y como en reiteradas ocasiones lo ha venido señalando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Para la Sala, la opción tarifaria de multiusuarios del servicio público de aseo es manifestación de la libertad de escogencia que tienen los prestatarios del servicio de la tarifa que más se ajuste a sus necesidades dentro del contexto normativo que plantea el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, cuyo tenor literal es el siguiente: « ARTÍCULO 87. CRITERIOS PARA DEFINIR EL RÉGIMEN TARIFARIO. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. [...] 87.2. Por neutralidad se entiende que cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades. [...]» Para la Sala es claro que si los costos en los que incurre la empresa prestadora del servicio en su prestación a multiusuarios son mayores a aquellos en los que incurre al prestarlo a los usuarios individuales, tal y como quedó visto, entonces el régimen tarifario de unos y otros deberá consecuentemente, ser diferente, en aplicación del principio de igualdad material. A su turno y aun cuando se dijo que los cargos formulados por los actores se contraen a uno solo, observa la Sala que los cargos relativos a la violación de los principios de solidaridad y equidad no se encuentran técnicamente sustentados como quiera que los demandantes se limitan a realizar

afirmaciones que no cumplen los requisitos mínimos de que trata el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto acusan a la Resolución 233 de 2002 de vulnerar dicho principio sin hacer mención de las normas violadas, ni mucho menos sustentan en qué consiste tal vulneración. Aun así, la Sala considera que el acto demandado no desconoce el principio de solidaridad porque por tratarse de dos metodologías de medición de residuos sólidos, lógicamente la base gravable para los usuarios agrupados por concepto de la prestación del servicio, no será en ningún caso, idéntica a la de los usuario individuales y, en consecuencia, el porcentaje a cancelar por parte de aquellos corresponderá verdaderamente a los costos y demás elementos propios de la factura que emite el prestador del servicio. Idéntico razonamiento es aplicable para desvirtuar la presunta vulneración del principio de equidad

[Sentencia del 28 de enero de 2010, Exp. acumulados 2005-00013-01 y 2003-00503-01., M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

### **3. LEGALIDAD DE RESOLUCIÓN QUE CONCEDIÓ EL REGISTRO DE LA MARCA TEXTURATTO PARA DISTINGUIR PRODUCTOS DE LA CLASE 2ª DE LA CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DE NIZA POR CUMPLIRSE REQUISITOS PARA OBTENER TAL REGISTRO Y NO PROBARSE MALA FE DEL SOLICITANTE.**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial N° 185-IP-2006, solicitada por esta Corporación, señaló que teniendo en cuenta que la solicitud de registro del signo “TEXTURATTO” se presentó en vigencia de la Decisión 344, es procedente la interpretación de los artículos 83 literal d) y 113 literal c) de la citada Decisión, y de oficio los artículos 81, 82 literal d), 83 literales a) y e), 84 íbidem, y la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (...). La Sala, siguiendo los parámetros establecidos en la interpretación prejudicial solicitada, considera pertinente referirse, en primer lugar, a la similitud entre las marcas registradas TEXTURA y TEXTURIZADO de la actora y “TEXTURATTO” cuestionada, alegada en la demanda. Al respecto, el Tribunal Andino se refiere a la necesidad de analizar las características propias de la situación de semejanza entre las marcas en conflicto, para determinar el riesgo de confusión directa o indirecta que pueda existir entre las mismas, para lo cual señala: “Similitud ideológica, que se presenta entre signos que evocan las mismas o similares ideas. Al respecto señala el profesor OTAMENDI, que aquélla es la que ‘deriva del mismo parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea, la que impide al consumidor distinguir una de otra’. En consecuencia, pueden ser considerados confundibles signos, que, aunque visual o fonéticamente no sean similares, puedan sin embargo inducir a error al público consumidor en cuanto a su procedencia empresarial, en caso de evocar, la misma o similar idea; (folio 310)”. En efecto, para que se presente esta característica propia de similitud entre marcas, se requiere que el consumidor evoque en su mente el mismo concepto o similar idea, que lo conduzca a error o confusión, respecto al origen empresarial de tales signos y, por ende, se presente la causal de irregistrabilidad del signo solicitado (...). Por otra parte, a juicio de la Sala y siguiendo los parámetros establecidos por el Tribunal Andino sobre las marcas descriptivas (folios 311 a 313), la palabra “textura” de acuerdo con las definiciones antes proporcionadas, no puede ser objeto de apropiación por ninguna persona, dado que constituye una característica propia de los productos de varias clases, entre ellas, la clase 2ª de la Clasificación Internacional de Niza, es decir, es descriptiva de una de las propiedades de tales productos, tal como lo afirma el tercero interesado en las resultados del proceso. De manera, que las marcas que contengan tal expresión deben estar acompañadas de una partícula o elemento distintivo suficiente, para que sea objeto de registro en Colombia, de conformidad con la normativa andina, cuestión que sucede, en este caso, con la marca cuestionada, pues la partícula TTO, le da un matiz diferenciador y contundente, para que sea registrable, como en efecto lo consideró la Administración. (...) En cuanto a la mala fe, en que supuestamente incurrió BASF S.A., “...al registrar una marca idéntica a una de las marcas de la sociedad TINTAS CORAL LTDA. y esencialmente semejante y confundible a otras marcas usadas y registradas por la sociedad TINTAS CORAL LTDA.” alegada por la actora, con fundamento en el literal c) del artículo 113 de la Decisión 344, el Tribunal Andino expresa: “Sobre la “mala fe”, este Tribunal en su jurisprudencia ha sostenido

que para determinar si una persona obró con mala fe es necesario que su actuación sea consecuencia de la intención o de la conciencia de violar una disposición legal o contractual, o causar un perjuicio injusto o ilegal. Así mismo, ha manifestado que se presume que todo comportamiento está conforme con los deberes que se desprenden del principio de la buena fe. Por ello, quien afirme inobservancia debe probarla, para con base en ello deducir las específicas consecuencias jurídicas dispuestas por el ordenamiento. Se presume además, que el comportamiento de una persona no se ha manifestado con la intención de causar daño, de violar una disposición normativa o de abstenerse de ejecutar un deber propio; en consecuencia, quien pretenda afirmar lo contrario debe probarlo” (folio 307). Al respecto, a juicio de la Sala, las consideraciones jurídicas antes anotadas que explican claramente acerca de la legalidad de los actos administrativos acusados al haber registrado en debida forma la marca “TEXTURATTO”, para la clase 2ª Internacional, a favor de BASF S.A., así como las evidencias aportadas por la actora que obran a folios 6 a 29, son más que suficientes para determinar la inexistencia de la mala fe por parte del tercero interesado en las resultas del proceso, pues como sostiene el Tribunal, quien la alegue debe probarla, situación que no se presentó en el sub lite.

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2001-00299-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

### 1. EL HECHO DE SER CONDENADO PENALMENTE NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE ACCEDER AL RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO EN LA POLICÍA NACIONAL

En el caso sub lite el actor fue condenado, como coautor material y responsable de los delitos de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y falso testimonio, a la pena principal de cincuenta y seis (56) meses de prisión, pérdida del empleo e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual, más no a la pérdida de los derechos prestacionales a los que tuviera derecho con ocasión de la prestación del servicio en la Policía Nacional. Ahora bien, respecto del argumento de la demandada para negar la prestación reclamada, debe precisarse que si bien el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, no señala expresamente la posibilidad de obtener asignación de retiro para aquellos funcionarios que hayan sido retirados del cargo bajo la causal de separación absoluta del servicio activo, sí indica la eventualidad de obtener dicha prestación para aquellos empleados que han sido retirados del servicio después de 15 años, bajo la causal de mala conducta, razón por la cual al hacer una interpretación amplia de la norma, debe entenderse tal causal como un tipo en blanco en donde se encuentran incluidos acontecimientos que al verse cuestionados pueden devenir en una sanción bien sea de carácter penal, fiscal, o disciplinario y que al ser llevadas al caso concreto evidencian que la separación del servicio se realizó con fundamento en la existencia de una mala conducta y que en nada excluyen al peticionario para que luego de verificado el cumplimiento de los requisitos legales, le reconozcan la asignación de retiro que solicita. Aunado a lo anterior, el artículo 175 del Decreto 1212 de 1990 establece que quien es separado del cargo tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones que se originaron con ocasión de la prestación del servicio, que como en el presente caso, el actor laboró al servicio de la Institución por un periodo superior a 16 años, tiene derecho a que se le reconozca la asignación de retiro que solicita, pues ésta es una de aquellas prestaciones de las que trata el artículo en mención.

[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 19001-23-31-000-2004-00666-01\(0910-09\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

### 2. a) APLICACIÓN INTEGRAL DEL RÉGIMEN ANTERIOR EN VIRTUD AL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

La liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos: 1) La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición. 2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años; y 3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el ingreso base de liquidación de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años. Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión.

**b) EN LA LIQUIDACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN AL NO IMPONERSE REGLA JURÍDICA HOMOGÉNEA CORRESPONDE AL INTERESADO ALEGAR Y PROBAR LA FAVORABILIDAD SEGÚN EL CASO**

Se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3° en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma.

[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2003-07987-01\(0836-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

**3. DESVIACIÓN DE PODER EN ACTO DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL AL EJERCER LA FACULTAD DISCRECIONAL EN CONCOMITANCIA CON LA INVESTIGACIÓN PENAL O DISCIPLINARIA**

Es evidente no sólo la concomitancia entre la investigación adelantada (5 de abril de 2002) y la facultad discrecional (25 de abril de 2002), sino además la relación de causalidad existente entre dicho procedimiento irregular y el acto de remoción, pues como bien se encargó de evidenciarlo el demandante, es clara la injusticia que rodeó su desvinculación. Probado así el nexo causal entre la facultad discrecional y la investigación penal, no sobra señalar, que en el expediente no se

vislumbra, cómo la investigación reprochada, afectó de forma contundente el cumplimiento de objetivos funcionales de la entidad. Factor que, en un momento dado, si hubiera desquebrajado la prestación del servicio como tal habría facultado a la demandada para utilizar concomitante estas dos figuras. Las anteriores circunstancias permiten inferir que la entidad nominadora con la expedición del acto acusado, no se inspiró en razones del buen servicio público, sino que el fin perseguido se orientó a castigar al actor por la investigación que en detalle se consignó, lo cual pone en evidencia la relación de causalidad entre la ocurrencia de tal procedimiento y la expedición del acto de retiro. Entonces, en el sub lite no sólo se demuestra la actitud desviada y falsa con que actuó la administración, sino la vulneración de los derechos de defensa y debido proceso, los cuales rigen toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En situaciones, como la que ha quedado demostrada, frente a la eventual comisión de hechos constitutivos de responsabilidad disciplinaria o penal, el ordenamiento contempla la suspensión en el ejercicio de las funciones del inculpado, mientras se adelantan las correspondientes investigaciones, garantizándole el adecuado ejercicio del derecho de defensa, sin necesidad de incurrir en decisiones precipitadas y radicales, como sucedió en el sub-lite, en que se expidió el acto de retiro, aduciendo una facultad discrecional, con el ánimo de sancionar al actor. A quien, no está por demás decirlo, posteriormente se le precluyó la investigación, toda vez que “su conducta fue atípica por ausencia de los elementos jurídicos que estructuran la conducta punible” (Auto N° 092 del 1° de julio de 2004, de Terminación del Procedimiento proferido por el Grupo Disciplinario Interno del Departamento de Policía del Quindío).

[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2002-03579-01\(0205-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

#### **4. EL TIEMPO DE SERVICIOS PRESTADO POR DOCENTES EN EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS ES VALIDO PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN GRACIA**

Es importante revisar en aras de determinar la existencia preliminar del derecho, la calidad del nombramiento docente que ostenta el interesado en obtener dicha prestación, frente a lo cual cabe resaltar que el carácter territorial o nacional de los nombramientos docentes, no lo determina la ubicación del Establecimiento Educativo en donde se presten los servicios, sino el Ente gubernativo que en efecto profiere dicho acto, lo que a su vez define la planta de personal a la que pertenecen y el presupuesto de donde proceden los pagos laborales respectivos. Conforme a las dos anteriores certificaciones se deduce con toda claridad que el docente gozaba de vinculaciones de carácter territorial por cuanto la misma certificación expedida por la Secretaria de Hacienda Distrital hace hincapié en que el nombramiento en las Empresas Públicas fue del orden municipal y el mencionado Decreto 171 fue suscrito por el Gobernador del Atlántico y por su Secretario de Educación, sin la firma de ningún delegado del Ministerio de Educación Nacional. Debe precisarse además, que aun cuando la actividad legalmente asignada a las Empresas Públicas de Barraquilla no fue precisamente la prestación del Servicio Público Educativo, ello no implica que el personal que desempeñó la labor docente en esas condiciones se encuentre excluido del régimen especial que les asiste en algunos aspectos como la pensión gracia, justamente por la naturaleza pública de sus servicios, determinada por la Entidad en la que fueron prestados. El panorama probatorio esbozado, permite concluir a la Sala que los tiempos de servicios laborados por el actor, a diferencia de lo expuesto por el Tribunal, si resultan aptos para el reconocimiento de la pensión gracia consagrada en la Ley 114 de 1913.

[Sentencia de 28 de enero de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2004-01341-01\(0232-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

#### **5. a) CUANDO SE RECONOCE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL Y EXISTIENDO HIJOS CON DERECHO NO DESPLAZA LA PROPORCIÓN ASIGNADA AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE**

Conforme al Decreto 1160 de 1989, la sustitución pensional se causa y se hace exigible a partir de la muerte del pensionado; y de acuerdo con la misma norma, el cónyuge sobreviviente, existiendo hijos

con derecho, no adquiere el 100o/o de la pensión, sino el 50o/o. El derecho concedido por el Tribunal a la hija menor del pensionado, sobre el 25o/o de la pensión, no desplaza el 50o/o asignado a la cónyuge, sino el porcentaje inicialmente asignado al otro hijo menor del causante, dado que la norma aplicable establece que será un “50o/o para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50o/o para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.” Las anteriores precisiones, sirven también para reiterar que la declaración de nulidad de la Resolución No. 4476 de 29 de diciembre de 1997, no puede ser total, sino parcial, porque el derecho reconocido en este acto a la cónyuge, se encuentra ajustado al ordenamiento legal.

**b) AL ENCONTRAR DEMOSTRADO QUE EXISTE UN NUEVO BENEFICIARIO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL Y LA ENTIDAD NO RECONOCE A TIEMPO ESE DERECHO, TIENE LA OBLIGACIÓN DE ASUMIR A TÍTULO DE CONDENA ESE DOBLE PAGO, A PARTIR DE LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ILEGAL**

Advierte la entidad recurrente que si la sustitución de la pensión a la parte actora y el correspondiente pago de las mesadas pensionales se causan a partir de la fecha en la cual falleció el pensionado, se ocasiona una doble erogación o un mayor valor pagado, por cuanto la entidad ya ha cancelado el 100% de las mesadas a partir del fallecimiento del causante a los reclamantes iniciales, es decir, a la cónyuge e hijo del causante. Aunque en este punto le asiste razón a la entidad, por cuanto FAVIDI reconoció la sustitución pensional conforme a derecho y de acuerdo con los elementos de juicio existentes en ese momento, la entidad demandada tiene la obligación jurídica de asumir, a título de condena, ese doble pago, por no haber reconocido en tiempo el derecho, es decir, desde cuando se presentó la nueva beneficiaria. Por ello, el pago se ordenará a partir del 29 de diciembre de 1997, fecha de expedición de la Resolución No. 4476, cuya nulidad parcial se declara en esta providencia, pues bien hubiera podido la entidad de previsión en esta fecha modificar la resolución de reconocimiento pensional, al encontrar demostrado que existía otra persona con derecho a la sustitución del pensionado fallecido; como no lo hizo, deberá pagar desde la expedición del acto ilegal, mas no desde la muerte del causante, como lo dispuso el Tribunal.

[Sentencia de 21 de octubre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-1998-01427-01\(4520-04\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

**6. EL NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES, NO CONSTITUYE UNA SANCIÓN, SÓLO BUSCA GARANTIZAR EL PATRIMONIO PÚBLICO, MANTENER EL EQUILIBRIO DE LA RELACIÓN LABORAL Y EL PRINCIPIO QUE A TODA LABOR EJECUTADA LE CORRESPONDE UNA REMUNERACIÓN, POR LO CUAL SE NIEGA NULIDAD DEL DECRETO 1844 DE 2007**

A este respecto es claro que tampoco se trató de una sanción, ni se puso en peligro el derecho de asociación, ni hay persecución sindical, sino que la medida dispuesta es razonable para garantizar el patrimonio público. Por supuesto que los gremios y asociaciones preservan la posibilidad de tomar sus propias determinaciones para influir en la negociación de sus intereses, pero el Gobierno cumple su deber de proteger los intereses de todos mediante la preservación de la integridad del patrimonio público, como lo destacan los precedentes de la Sala. El derecho de asociación no se ejerce de cualquier modo, sino por unos cauces normativos, de modo que no puede pretenderse que con los bienes del Estado se pueda subsidiar la asociación sindical incentivando una cesación de funciones, menos en este caso, por motivos ajenos a los intereses de los trabajadores del magisterio. El Gobierno no interfirió el derecho de asociación, solo preservó el patrimonio público. Tampoco hubo violación al debido proceso, pues quedó a salvo la posibilidad de que los docentes pudieran acreditar las razones que les impidieron cumplir la jornada laboral, no hubo sanción individual a cada trabajador, a juicio del Consejo de Estado no puede tomarse como sanción mantener el equilibrio de la relación laboral y el principio de que toda labor ejecutada le corresponde una remuneración. Tampoco se resiente el derecho al trabajo, pues la relación laboral o reglamentaria supone el cumplimiento de las obligaciones que a cada uno de sus participantes le corresponde. No es cierto que haya violación al bloque de constitucionalidad pues ninguno de los instrumentos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, establece que aún en estado de cesación de actividades, deba

mantenerse el pago del salario. Por el contrario cabe recordar que la misma Organización Internacional de Trabajo ha considerado que el descuento a los salarios de los días en que los trabajadores participen en la huelga o cese de actividades es legal; así lo sostuvo expresamente en el párrafo 654 de la recopilación de decisiones. El derecho a la libertad de expresión no guarda ninguna relación con la medida adoptada por el Gobierno Nacional; por lo demás, so pena de no coartar la libertad de expresión no se puede lesionar el En cuanto a que el Gobierno Nacional no está facultado sino para reglamentar las leyes, pero que no puede hacerlo con normas que estén jerárquicamente por debajo de las mismas, juzga el Consejo de Estado que en el Decreto acusado apenas se anuncia la existencia previa del Decreto No. 1647 de 1967, pero en ninguna parte se menciona como propósito reglamentar un decreto reglamentario, sino usar de la potestad reglamentaria genérica que ejerce el Presidente de la República a la luz del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Como señalan los precedentes citados, sí es del resorte del Presidente de la República reglamentar la materia y si ya lo hizo en una ocasión mediante instrumentos que demandados en acción de nulidad pasaron el control judicial, bien puede proveer de nuevo para atender situaciones similares, sin que ello implique, como entiende el demandante que el poder reglamentario del Presidente de la República quedó agotado con un primer decreto y que no puede volver de nuevo sobre el asunto si se hiciera necesario.

[Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2008-00021-00\(0549-08\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA](#)

**7. a) EL EMPLEADOR PUEDE SOLICITAR LA PENSIÓN POR EL EMPLEADO. EL EMPLEADOR PUEDE OBLIGAR AL TRABAJADOR A PENSIONARSE. EL RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ES APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

En relación con la posibilidad que tiene el empleador de obligar al empleado a pensionarse cuando cumple requisitos de pensión y no solicita la pensión, aclara la Sala, que el segundo inciso del párrafo 3, Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al prever que luego de treinta días de cumplir los requisitos pensionales, si el trabajador no solicita la pensión, *el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél*. Dos aspectos importantes hay en este elemento: de una parte, que es legal el trámite pensional por parte del empleador, lo que en la práctica se traduce en que la entidad empleadora sí puede obligar a pensionarse al trabajador que cumple requisitos. Y en el mismo sentido, el empleador *puede* obligar al empleado a pensionarse, pero no está obligado a hacerlo, es decir, que esa posibilidad es facultativa y no obligatoria para la entidad empleadora. En consecuencia, si un servidor público incorporado al sistema general de pensiones en virtud del Decreto 691 de 1994, obtiene su pensión de jubilación o de vejez conforme al régimen de transición que le sea aplicable, puede ser sujeto de esta causal de terminación del vínculo laboral en los términos de la norma y con la aplicación del condicionante de la inclusión en nómina de pensionados, conforme a la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional. Finalmente, cabe destacar que la Sala en oportunidad anterior ha señalado que esta causal de retiro resulta aplicable a los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, por remisión expresa del régimen laboral administrativo de esa entidad (Decreto Ley 262 de 2000).

**b) RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN - ALCANCE FRENTE A LA EDAD DE RETIRO FORZOSO. LA CAUSAL DE RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ES APLICABLE PARA EL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

Así mismo considera la Sala que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para tomar la decisión de retirar del servicio a la accionante como efectivamente lo hizo, dado que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, derogó en forma tácita lo dispuesto previamente en los artículos 150 de la Ley 100 de 1993 y en el 19 de la Ley 344 de 1996, como se desprende del siguiente análisis: En primer lugar, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996,

al disponer que “el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio hasta que cumpla la edad de retiro forzoso”, resulta en contradicción con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, ya que, conforme se ha explicado, la nueva norma tiene expreso alcance con respecto a los servidores públicos y, además, la precitada Ley 344 permite al servidor público que adquiere el derecho pensional optar entre pensionarse o continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, al paso que la regla dispuesta en la Ley 797 de 2003, no solamente autoriza el retiro del servidor público al obtener el reconocimiento de la pensión (con su correspondiente inclusión en nómina, conforme a la sentencia de constitucionalidad), sino que faculta al empleador a tramitar el reconocimiento de la pensión cuando el servidor público no la solicita al cumplir requisitos, de suerte que resulta claro que esta ley reguló la misma situación de forma diferente a aquella, en norma posterior, con lo cual se configuró la derogatoria tácita del artículo 19 de la Ley 433 de 1996. En segundo término, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual *no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso*, resulta también derogado en forma tácita por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en cuanto ésta se dirige igualmente a los servidores públicos, y permite al empleador tramitar el reconocimiento de la pensión al cumplirse los requisitos respectivos. No hay, en consecuencia, excepción alguna en estas reglas con respecto a los empleados públicos por el hecho de encontrarse escalafonados en la carrera administrativa. Por lo anterior, la Sala concluye que no se trata, en este caso, de conflicto normativo que deba resolverse con criterio de favorabilidad, conforme a la regla constitucional que rige en materia de relaciones de trabajo en todas sus modalidades, sino de norma posterior, del mismo rango, que deroga tácitamente las anteriores que le son contrarias, conforme a las reglas básicas de vigencia de las leyes en nuestro sistema normativo.

**c) LA CAUSAL DE RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ES APLICABLE TANTO A QUIENES CONSOLIDARON EL STATUS DE PENSIONADO, COMO A QUIENES HAYAN OBTENIDO SU RECONOCIMIENTO, CON ANTERIORIDAD A SU CONSAGRACIÓN LEGAL**

La consolidación del status de pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 no implica, como lo sostiene la actora, la no aplicación de tal disposición, puesto que lo que hizo la norma fue crear una nueva causal de terminación del vínculo laboral y no establecer requisitos para acceder a la pensión, caso éste último en el cual, sí hubiera podido invocarse válidamente la existencia de derechos adquiridos al tener reconocida tal prestación por parte de la entidad pagadora de pensiones, que en el caso de autos fue el Seguro Social. Sin embargo, como el parágrafo 3o del artículo 9° *ibidem* establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria el cumplimiento de “los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión”, no constituye ningún impedimento para la aplicación de dicha justa causa el hecho de que al trabajador ya se le hubiera reconocido su pensión de vejez o de jubilación. Tampoco la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la norma a dicha situación sino que, únicamente se refirió, como ya se ha reiterado, a la inclusión en la respectiva nómina de pensionados.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009, Exp. 25000-2325-000-2005-05688-02\(00164-08\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**8. SE NIEGA NULIDAD DEL ARTICULO 9 DEL ACUERDO 31 DE 1998 Y DEL ARTICULO 9 DEL ACUERDO 29 DE 1999, PUES SÓLO ESTABLECEN LOS PARÁMETROS PARA DETERMINAR LOS SALARIO DE LOS DOCENTES DEL MUNICIPIO DE TAMINANGO, SIN QUE ELLO IMPLIQUE SU FIJACIÓN EN FORMA INDETERMINADA**

Se encuentra que cuando los artículos 3° del Acuerdo N° 10 de 20 de mayo de 1998 y 3° del Acuerdo N° 28 de 29 de diciembre de 1999 determinan que, para las vigencias fiscales de 1998 y 2000, la asignación de los docentes municipales será el equivalente de dividir el total de la disponibilidad

presupuestal en porcentajes iguales, de acuerdo a la asignación básica mensual fijada para los distintos grados del Escalafón Nacional Docente, no está fijando, como asegura la apelante, el salario de esos servidores y menos podría hacerlo en forma indeterminada, pues lo que en realidad hizo fue señalar unos parámetros a seguir para poder determinar el salario que debían devengar los docentes en tales vigencias fiscales, pues no se puede olvidar que el presupuesto del servicio educativo cedido a las entidades como el Municipio de Taminango incluye cesiones de recursos de ingresos de la Nación, que deben integrarse al presupuesto de educación local y en el caso del Municipio referido, para la vigencia respectiva, también debía integrarse un aporte adicional consistente en la ayuda financiera para los docentes municipales en suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), o lo que le correspondiera, proveniente del Fondo Educativo de Compensación; así mismo debía tenerse en cuenta el incremento de la planta de personal por razones diferentes a la decisión de la Administración como son las contenidas en sentencias judiciales. A diferencia de lo que ocurrió con los docentes de Taminango, para los demás empleados de la Administración Municipal, en cuyo presupuesto no incidían componentes como los referidos, el Cabildo Local les fijó una suma determinada, teniendo en cuenta los respectivos niveles y grados, lo cual no demuestra como asegura la apelante que existía trato discriminatorio para los docentes. Pues bien, si, como quedó demostrado, los artículos 3° del Acuerdo N° 10 de 20 de mayo de 1998 y 3° del Acuerdo N° 28 de 29 de diciembre de 1999 no fijaron sino tan solo señalaron unas directrices para fijar salarios a los docentes municipales de Taminango, mal podría afirmarse que tales emolumentos fueron fijados de forma indeterminada por los preceptos cuya nulidad se demanda y en esa medida tampoco resulta demostrada infracción alguna.

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Exp. 52001-23-31-000-2000-01053-01\(10094-05\), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

#### **9. a) INDEXACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN . ACTUALIZACIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS TARDÍAMENTE POR CONCEPTO DEL REAJUSTE DEL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

Estima la Sala que si bien no existe norma expresa que consagre la actualización de las sumas derivadas de una pensión, diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas (art. 14 L. 100/93) la jurisprudencia ha desarrollado, con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene porque soportar las consecuencias negativas de dicha situación al recibir sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario o de la pensión. Observa la Sala que al actor le fue reconocida su pensión de jubilación a partir del 7 de marzo de 1998, en la cual, a pesar de decir que se da cumplimiento a la forma de liquidación prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se incluyó el I.P.C. del año 1997. En consecuencia, el valor de la primera mesada pensional del accionante, en principio, estaba desactualizado y no correspondía a la realidad, como lo admitió la misma entidad demandada, quien procedió a reajustar la pensión de jubilación incluyendo sólo el IPC omitido en la resolución original, mediante las Resoluciones 04787 de 2003 y 01552 de 2004 en respuesta al derecho de petición presentado por el actor. Encuentra la Sala que el INCORA corrigió la omisión de incluir todos los porcentajes que por concepto del Índice de Precios al Consumidor I.P.C. debían tomarse en cuenta año por año y mes a mes en la liquidación del I.B.L. de la pensión de jubilación del demandante, en cumplimiento a lo previsto por la Ley 100 de 1993, en especial del inciso 3° del artículo 36, por ser el trabajador beneficiario del régimen de transición. Sin embargo, los pagos ordenados a título de “diferencia de mesada pensional”, vale decir, la suma de \$29.596.109 prevista en la Resolución 04787 de 2003 y \$5.102.436 prevista en la Resolución No. 01552 de 2004, se efectuaron extemporáneamente, esto es, con posterioridad al reconocimiento de la pensión debiendo la entidad demandada, en consecuencia, actualizar dichas sumas. Lo contrario sería admitir una situación de desigualdad entre quienes recibieron en forma completa la cuantía de la pensión al momento del

cumplimiento de los requisitos para tener el derecho y quienes -como el actor- reciben como mesada pensional una suma inferior a la que legalmente les corresponde.

**b) LA LIQUIDACIÓN DE UNA ENTIDAD PÚBLICA CONSTITUYE FUERZA MAYOR. NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS CUANDO OPERA UNA CAUSAL DE FUERZA MAYOR.**

En los casos en que se ordene la liquidación de un organismo estatal, dicha situación conlleva la suspensión total de los pagos, los cuales solamente podrá adelantar la entidad en estado de liquidación en la forma, oportunidad y orden estrictamente legal. En consecuencia, bien puede concluirse que, el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de la entidad depende directamente de la voluntad del funcionario liquidador designado para el efecto, quien asume la calidad de administrador de los bienes de la institución y, a su vez, está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Así mismo, el pago de las acreencias está condicionado a que se encuentre ejecutoriado el acto que establece los bienes que integran la masa de la liquidación, así como sus activos y pasivos y a que exista la disponibilidad de recursos para poder atender a todos los acreedores reconocidos, teniendo en cuenta que las obligaciones de carácter laboral y pensional tienen prelación legal. Ahora bien, a voces del inciso 2º del artículo 1616 del Código civil es claro que la orden dada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1292 de 2003 para liquidar el INCORA, constituye una circunstancia de fuerza mayor a la que no puede resistirse dicho Instituto y esta circunstancia, tal como lo declara la norma citada, la excluye del reconocimiento de intereses moratorios.

**c) NO HAY LUGAR AL RECONOCIMIENTO DE INTERESES DE MORA CUANDO EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN SE HA INDEXADO, PUES CONSTITUIRÍA UN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA QUE DARÍA LUGAR A UNA ACCIÓN IN REM VERSO**

Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. El reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la *actio in rem verso*, como hizo notar el recurrente demandado.

[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2007-00732-01\(2734-08\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**10. EL JUEZ ADMINISTRATIVO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA A PARTIR DE 28 DE ABRIL DE 2005, FECHA EN QUE ENTRARON EN FUNCIONAMIENTO LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS**

La Ley 446 de 1998 (artículo 42 que modificó el 134A del C.C.A) asignó el conocimiento a los Jueces Administrativos - de los procesos ejecutivos que tienen origen en decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Empero, en materia de competencias su aplicación se encontraba condicionada a que entraran a operar los Juzgados Administrativos; mientras tanto, se aplicaban las normas vigentes a la sanción de dicha Ley, es decir el artículo 177 del C.C.A.. El conflicto relacionado con la obligación de hacer a cargo de la Administración, derivada del cumplimiento de la sentencia judicial contencioso administrativa, corresponde al Juez de la Ejecución que es el Ordinario a través de un proceso ejecutivo dado que la sentencia que presta mérito ejecutivo se profirió el 31 de octubre de 1996; y no el Juez Contencioso Administrativo por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque como se dijo, a partir del 28 de abril de 2005 el Juez de Ejecución competente es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto al proceso.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009, Exp. 1998-00341 \(2202-2004\), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

### SECCIÓN TERCERA

**1. La Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad de unas disposiciones contenidas en los Decreto 4355 de 2005 y 416 de 2007, relacionadas con la intervención correctiva que ejerce el DNP frente al manejo de los recursos provenientes de las regalías.**

Mediante una importante decisión, el Consejo de Estado, al resolver una acción de nulidad, se refirió a la intervención correctiva que se ejerce respecto de los desembolsos que, por concepto de regalías, se producen a favor de los entes territoriales. Según los precisos términos de la Ley 756 de 2002, los referidos desembolsos pueden ser objeto de suspensión cuando se acredite que la entidad territorial está haciendo uso ineficiente o inadecuado de las regalías, medida que tiene lugar hasta tanto quede superada la situación, esto es hasta cuando se supere, en forma clara y concreta, la circunstancia que dio origen a la medida. Pues bien, ocurre que a través de las disposiciones anuladas, se contemplaba -de manera contradictoria a la ley- la posibilidad de levantar la suspensión de los desembolsos mediante la celebración de unos acuerdos denominados “planes de desempeño”, por virtud de los cuales la entidad a la cual se le había suspendido el giro de regalías podía celebrar, hacia futuro, un simple compromiso de enmienda **no previsto** en el ordenamiento jurídico y, de esa manera, salirle al paso a la medida correctiva dispuesta en su contra por vía de una figura distinta a la prevista por el legislador, cuestión que evidenciaba, de manera palmaria y unívoca, la extralimitación del reglamento, puesto que mediante éste se pretendía modificar el procedimiento administrativo correctivo.

[Sentencia de 17 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-26-000-2008-00074-00 \(35.726\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

**2. a) El Debido proceso dentro de la actividad contractual**

Reiteró la Sección Tercera del Consejo de Estado que el debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos. Por lo tanto, recalcó que la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material. La Corporación, en el proceso de consolidación jurisprudencial respecto a la garantía del debido proceso en asuntos contractuales, concluyó en forma categórica que este derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos, incluyendo dentro de éstos el contractual, sancionatorios o no, y que este mandato constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano. Quiere decir lo anterior que, en las voces del artículo 29 de la Constitución Política, por una parte, que con antelación a la adopción de una decisión administrativa en la actividad contractual que pueda resultar perjudicial o contraria a los intereses del contratista es indispensable observar el debido proceso en las diferentes fases o etapas de dicha actividad; por otra parte, es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración.

**b) Debido proceso en los procedimientos de selección contractuales**

Según lo dejó indicado la Sección Tercera, resulta válido afirmar que el derecho al debido proceso y las correlativas garantías de defensa y de contradicción en la etapa precontractual tienen específicas reglas, como por ejemplo: (i) dar publicidad tanto a la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como a los diferentes actos y hechos que se presenten dentro del procedimiento adelantado, garantizando a partir de ese conocimiento a los participantes o posibles oferentes la oportunidad de presentar observaciones sobre las bases del proceso y sus documentos; (ii) suministrar a quien demuestre un interés legítimo, la información del proceso y las copias de los documentos que la integran, con sujeción a las reservas de ley; (iii) observar las formas propias de los procedimientos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable; (iv) cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados para asegurar que no se presenten dilaciones injustificadas en el procedimiento; (v) evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; (vi) brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc.; y (vii) motivar la actuación de la Administración y dar a conocer las razones de sus decisiones. Es decir que, la observancia estricta de las etapas y las reglas de juego establecidas en las bases y documentos de los procedimientos o modalidades de selección del contratista, garantizan el debido proceso, la igualdad, la libertad de concurrencia, la imparcialidad, la objetividad, la transparencia y, en últimas, la legalidad en la actividad contractual del Estado.

**c) El ejercicio de las potestades exorbitantes debe ceñirse al debido proceso y, por lo mismo, los actos mediante los cuales se utilizan tales atribuciones excepcionales deben estar debidamente motivados y ser notificados a quien va dirigida (afecta) la medida excepcional**

La jurisprudencia de la Sección ha precisado que el ejercicio de ese tipo de facultades por parte de la Administración, dada su naturaleza sancionatoria, no puede ser utilizada de manera sorpresiva, toda vez que en ella debe aplicarse el debido proceso y, como corolario del mismo, debe brindarse una oportunidad al particular para que ejerza su derecho de defensa y adecue su conducta a los compromisos contractuales adquiridos. Agregó la Corporación, que para la protección del derecho de defensa es necesario que los actos mediante los cuales se utilizan las atribuciones excepcionales estén debidamente motivados, puesto que es la única forma en que el contratista puede controvertir los fundamentos en que se basó la Administración para proferir la medida. Incluso, destacó, que para que surta efectos el acto administrativo contra quien va dirigida la medida excepcional, es necesario que el mismo le haya sido notificado, momento a partir del cual el colaborador de la Administración se encuentra en la posibilidad de ejercer los recursos y mecanismos para controvertir la decisión, una vez ésta ha sido proferida.

**d) La intensidad o sujeción al debido proceso debe analizarse según el caso y dependiendo de la etapa contractual en que se encuentre la actividad, de modo que aquel principio debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil**

También sostuvo la Sala que la determinación del campo de aplicación de cada una de las garantías que integran el debido proceso y su intensidad se deben analizar según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta para algunos eventos, pero en otros lo será en forma modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración. Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, el cual consiste en un requerimiento previo al contratista para que pueda pronunciarse sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra.

**[Sentencia de 17 de marzo de 2010. Exp. 05001-23-26-000-1992-00117-01 \(18.394\) M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.](#)**

3. La Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad Fresenius Medical Care SA., y el Hospital El Tunal E.S.E., con ocasión de un contrato de cesión de participación en la Unión Temporal denominada “Nueva Clínica Fray Bartolomé de las Casas”, suscrito el 12 de junio de 2002.

A juicio de la Sala, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sin competencia, toda vez que había operado la caducidad de la acción de controversias contractuales, procedente para obtener la declaratoria de inexistencia del contrato, incurriendo así en el vicio de anulación previsto en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por haber resuelto asuntos no sujetos a su decisión. Según expuso la Sección Tercera de la Corporación, el término de caducidad aplicable al caso lo era el previsto en la ley para obtener la declaratoria de nulidad del contrato, toda vez que “regula el caso más parecido a la pretensión de inexistencia, porque tanto en la nulidad como en la (in)existencia el juez hace un estudio del contrato mismo”. Por consiguiente, la Sala sostuvo que si el contrato analizado era de “cesión de la participación” de un miembro de una Unión Temporal en ese negocio, el plazo de caducidad debía computarse desde que aquél se celebró; sin embargo, como el referido contrato era de ejecución instantánea, la acción debió ejercerse “... a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato”. Dado que el término de caducidad de la acción que resultaba procedente -de controversias contractuales- venció en enero de 2005, sin que para esa época se hubiere ejercido tal acción, se imponía concluir que el tribunal de arbitramento no podía resolver la controversia planteada, al carecer de competencia para ello.

**[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-26-000-2009-00058-00 \(37.004\) M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.](#)**

\* Con aclaración de voto de Ruth Stella Correa Palacio y Enrique Gil Botero (magistrado ponente).

4. El Consejo de Estado declaró la validez condicionada de unos actos proferidos por la Subgerencia de Ordenamiento Social de la Propiedad, relacionados con las autorizaciones para la venta y fraccionamiento de predios baldíos, adjudicados a título de Unidades Agrícolas Familiares.

La Corporación, mediante sentencia de legalidad modulada, condicionó la aplicación de las Circulares demandadas (242 de 2001 y 52 de 2002), en el entendido de que éstas sólo restringen la posibilidad de que el adjudicatario grave con hipoteca el predio adjudicado para responder por obligaciones diferentes a aquellas derivadas de los créditos agropecuarios asignados por las entidades financieras. Por tanto, la limitación prevista en los actos acusados no puede extenderse a la posibilidad de enajenación del bien, salvo que con la misma se de un fraccionamiento de la Unidad Agrícola Familiar.

**[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp.11001-03-26-000-2007-00023-00 \(33.934\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)**

5. La Nación (Policía Nacional) debe responder patrimonialmente por la emisión de unos certificados (paz y salvo) frente a unos vehículos que permitieron su enajenación pero que posteriormente fueron incautados debido a que los automotores sí contaban con pendientes judiciales

A juicio de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la certificación oficial de los datos que para el efecto conste en el registro vehicular de las entidades encargadas de emitir los paz y salvo vehiculares (sin pendientes judiciales o restricciones de dominio), genera confianza pública, por lo cual la Administración se encuentra en el deber de diseñar los medios para obtener información verídica, consignar tales datos de manera idónea y emitir los certificarlos en forma que resulten útiles para facilitar las relaciones jurídicas que se deriven de ellos, como lo es, sin duda alguna, su enajenación, tema que lleva precisamente a que los ciudadanos, de manera previa a la celebración de las distintas relaciones jurídico negociales, acudan a las distintas instituciones del Estado con el propósito de obtener certeza acerca de la viabilidad, o no, de lo que será la compra de un automotor. De suerte que, si el administrado adquiere de la entidad el respectivo concepto de viabilidad porque a través del mismo se le informa que el respectivo vehículo automotor no cuenta con pendiente alguno que restrinja su dominio o circulación, ello sin duda alguna le genera la confianza suficiente para adquirir de buena fe el automotor, pero a pesar de ello su vehículo le es retenido más adelante por las mismas autoridades policiales, dado que sobre el vehículo consultado sí existían realmente limitaciones para su enajenación, es evidente la configuración de una falla del servicio en la elaboración del dictamen y la consiguiente emisión del certificado por parte de la SIJIN. A la anterior consideración arribó la Sala, luego de determinar que en el caso materia de estudio, existieron irregularidades en la expedición de los referidos paz y salvo y que además la SIJIN, al momento de adelantar la revisión de cada vehículo, contaba tanto con los mecanismos como con la capacidad técnica y humana suficiente para advertir la existencia de tales irregularidades y abstenerse, por tanto, de emitir los respectivos certificados, pero ello no ocurrió, cuestión que llevó a que el actor pudiese negociar sus automotores, los cuales les fueron retenidos a sus respectivos compradores porque sí presentaban pendientes judiciales, causándole de esa manera un daño antijurídico al demandante.

[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 66001-23-31-000-1997-03961-01\(17542\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.](#)

**6. La Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad de unos artículos contenidos en la Resolución 136 de 2000, expedida por la CRA, “por la cual se dictan medidas tendientes a la promoción de la competencia, se fijan procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico”.**

**a) Naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación**

Al ocuparse de una demanda de simple nulidad interpuesta contra algunas disposiciones contenidas en un acto administrativo expedido por la CRA, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ocupó, a su vez, de analizar y determinar la naturaleza de las Comisiones de Regulación, para lo cual precisó que las mismas son el producto del ejercicio de las atribuciones conferidas al Legislador por el artículo 150-7 constitucional, norma que lo faculta jurídicamente para determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación, supresión o fusión de entidades. En virtud de ello, se crearon las Comisiones de Regulación como Unidades Administrativas Especiales con funciones específicas consistentes en regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales detentan ciertas características particulares, a saber: i) se encuentran sometidas a las reglas que les impongan sus normas de creación; ii) gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial aún sin tener personería jurídica y iii) ejercen su función de regulación a través de las competencias que les asigne el legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación.

**b) La comparecencia al proceso de las Comisiones de Regulación no puede efectuarse de manera autónoma sino que deben hacerlo en representación de la Nación**

Al resolver uno de los aspectos planteados en la litis, consistente en que si las Comisiones de Regulación no detentan la calidad de personas jurídicas, dichos entes no podrían comparecer al proceso de manera independiente o autónoma, la Sección Tercera concluyó que al ser tales entes Unidades Administrativas especiales pertenecen al nivel central, cuyas funciones son de carácter administrativo orientadas a desarrollar o ejecutar programas propios de un Ministerio o del Departamento Administrativo y, concretamente, a regular los servicios públicos domiciliarios, su comparecencia en el proceso no puede hacerse de manera directa como si se tratara de un ente con personería jurídica, sino que deben hacerlo en representación de la Nación.

#### c) Delegación de funciones de regulación

En este punto, la Sala precisó que: i) el Presidente podrá delegar a las Comisiones de Regulación las funciones inherentes a la fijación de políticas de control y eficiencia en materia de servicios públicos; ii) las competencias de regulación atribuidas a las Comisiones de Regulación se materializan a través de actos administrativos, en consecuencia, no tienen rango legislativo; iii) el ejercicio de la facultad reguladora corresponde al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley y, por tanto, requiere previa delegación del Presidente de la República; iv) la función reguladora atribuida a las Comisiones de Regulación de los servicios públicos no corresponde al ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 189-11 de la Constitución Política. También señaló, en relación con aquellas facultades indelegables, que la expedición de los reglamentos para desarrollar y hacer ejecutable la ley, en materia de servicios públicos, no puede ser delegada por el Presidente de la República.

#### d) Contratos de concesión celebrados para la prestación de servicios públicos.

Precisó la Sala que cuando se trate de prestación de servicios públicos correspondientes a acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica en áreas de servicio exclusivo, las entidades territoriales deberán celebrar contratos de concesión mediante el procedimiento de la invitación pública. Adicionó a lo anterior que para la prestación de servicios públicos por parte de las empresas dedicadas a esta actividad, no se requerirá, en todos los casos, de la celebración de contratos de concesión, puesto que tal exigencia está directamente vinculada con la naturaleza de las actividades que desarrollen estas empresas, como expresamente lo señala la ley.

[Sentencia de 9 de septiembre de 2009, Exp. 11001-03-26-000-2000-01922-01\(19.224\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

\* Con salvamento de voto de Enrique Gil Botero.

#### 7. a) Adición contractual

En relación con este tema, la Sala consideró que si bien es cierto que en los términos del artículo 1618 del Código Civil la “intención de los contratantes” debe prevalecer sobre “lo literal de las palabras”, también lo es que la búsqueda de esa común intención se sujeta, en primer término, a lo que se puede deducir del texto correspondiente y del comportamiento relevante de las partes, en atención a lo dicho, entre otras normas, en el inciso primero del artículo 1622 del mismo cuerpo legal, según el cual: “[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”. De conformidad con lo anterior, con el propósito de definir si dentro del caso bajo estudio se había presentado, o no, un

nuevo contrato o una adición del primero, la Corporación encontró que en el clausulado de la pretendida “Adición” se evidenciaba, de manera clara, que la común intención de las partes era la de adicionar el Contrato 247 - 95. Agregó que no se podía acoger el argumento de la prevalencia de la supuesta común intención de hacer un contrato nuevo, cuando la obra adicional había sido ejecutada con anterioridad tanto a la suscripción del Acta de Liquidación Bilateral como de la propia “Adición”.

#### **b) Inexistencia del contrato**

Ahora bien, en cuanto a la inexistencia de la referida adición, se indicó que la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal y que los argumentos que sirven para sustentar tal afirmación están concentrados especialmente en que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales y, de manera implícita pero clara, le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse; en segundo lugar, ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente deben aplicarse los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del inciso 1º de su artículo 13; en tercer lugar, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo determina con claridad que la acción de controversias contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual esa norma legal señala, de manera expresa y precisa, que mediante el ejercicio de dicha acción “cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia.”. Dado que en el caso analizado se pretendió adicionar un contrato que ya estaba liquidado, tal actuación no era susceptible entonces de reconocimiento jurídico puesto que una vez liquidado el contrato estatal no es posible hacerle adiciones al mismo. A esa conclusión arribó la Sala con fundamento en la definición comprendida en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y de la interpretación uniforme que la jurisprudencia de la Sección Tercera ha realizado acerca de los efectos que la liquidación bilateral de un contrato produce sobre la correspondiente relación obligacional, pues señaló que en la norma en cita se precisa que la liquidación bilateral de un contrato constituye un negocio jurídico donde se hacen constar “los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”, en consecuencia, por elemental sustracción de materia, cuestión que comporta una imposibilidad tanto ontológica como jurídica, las adiciones no pueden tener lugar después de que tal finiquito ha ocurrido.

#### **c) Ausencia de objeto contractual**

Añadió la Sala, por tanto, que frente a la pretendida adición contractual faltaba un elemento esencial de los contratos, como es el objeto, puesto que la obra que pretendía constituir el objeto material de tal adición había sido ejecutada con anterioridad a la suscripción de éste último documento, por tal razón la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95” carecía de objeto material y por ello mismo carecía también de objeto jurídico dada la imposibilidad física en que se encontraban las partes para convenir y ejecutar, hacia el futuro, unas obras que ya existían, ya habían sido ejecutadas y ya habían sido liquidadas de manera bilateral y definitiva.

#### **d) Nulidad por causa ilícita**

Indicó la Sala, en gracia de discusión, que de haberse aceptado la existencia la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, ello llevaría a la declaratoria de la nulidad absoluta del mismo por causa ilícita, puesto que tal adición tenía como causa la intención, contraria al orden público, de dar la apariencia de legalidad a unos hechos que habían sido cumplidos por fuera de ella, puesto que no era posible adelantar obras adicionales sin que tuviera lugar el lleno de los requisitos legales.

Sostuvo, en otras palabras, que de haber existido el negocio jurídico éste habría estado viciado de causa ilícita puesto que con la suscripción de la “Adición al Contrato de Obra Pública No. 247 - 95”, sólo se perseguía, en apariencia, arreglar las cosas que irregularmente se habían cumplido con anterioridad.

[Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 85001-23-31-000-1997-00403-01\(15.596\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ \(E\). ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.](#)

- \* Con aclaración de voto de Ruth Stella Correa Palacio
- \* Con salvamento de voto del señor consejero Enrique Gil Botero.

## SECCIÓN CUARTA

### 1. EL RECURSO DE APELACIÓN NO ES LA OPORTUNIDAD PARA CONTROVERTIR ASUNTOS AJENOS AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales el Distrito Capital modificó las liquidaciones privadas de predial de 1995, 1997 y 1998 de la actora.

**Tesis:** Según el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, la finalidad del recurso de apelación es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique. De ahí la necesidad de que el recurso de apelación se sustente. La sustentación es la oportunidad o el medio para que la recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la decisión, pero en los aspectos que fundamentaron su posición, como demandante o como demandada, en el debate judicial, y sobre los cuales el *a quo* se pronunció de manera adversa o simplemente no se pronunció. El marco conformado por la sentencia y el recurso de apelación es el parámetro que limita la decisión judicial de segunda instancia. Como lo señaló la jurisprudencia citada, el superior no tiene la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el demandante no controvertió ninguno de los argumentos que motivaron la decisión de primera instancia. El escrito de apelación se dirigió a solicitar la declaratoria de una nulidad procesal, la cual, fue negada mediante auto del 21 de agosto de 2009 por considerar que todas las solicitudes de acumulación que obraban en el expediente fueron decididas por el Tribunal. Que aunque en ambas solicitudes de acumulación se citó el expediente 99-0874 y el Tribunal no lo mencionó, lo cierto es que la acumulación de este proceso era improcedente porque se había declarado la perención y el expediente estaba archivado

[Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-1999-00875-01\(15328\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.](#)

### 2. a) EL SISTEMA DE INVENTARIOS PERMANENTES NO PREVÉ LA DISMINUCIÓN DEL INVENTARIO DEL RESPECTIVO EJERCICIO POR CONCEPTO DE FALTANTES DE MERCANCÍA DE FÁCIL DESTRUCCIÓN O PÉRDIDA PUES TAL CONCEPTO SE MANEJA A TRAVÉS DE UNA PROVISIÓN

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de 2003.

**Tesis:** La Sala en sentencia de 27 de octubre de 2005 precisó que el artículo 64 del Estatuto Tributario autoriza la disminución del inventario final, para los contribuyentes que adoptan el sistema de juego de inventarios, por faltantes de mercancía de fácil destrucción o pérdida, “hasta

en un cinco por ciento (5%) de la suma del inventario inicial más las compras” y si se demuestra la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pueden aceptarse sumas mayores, pero no aceptaba la deducción por pérdidas originadas en la destrucción de mercancías, por ello el inciso final del artículo 148 ibídem de manera expresa advierte sobre la imposibilidad de llevar como deducción tales pérdidas, al decir: “No son deducibles las pérdidas en bienes del activo movable que se han reflejado en el juego de inventarios”. Señaló igualmente que cuando se trata de contribuyentes que deben adoptar el sistema de inventarios permanentes, el régimen tributario no prevé la disminución del inventario de las existencias del respectivo ejercicio, por concepto de faltantes de mercancía de fácil destrucción o pérdida, pues tal concepto se maneja a través de una provisión (artículo 14 del Decreto 2650 de 1993 -estatuto contable), la cual no es deducible para efectos de determinar el impuesto sobre la renta. Sin embargo, explicó que “tratándose de activos movibles que tengan que ser retirados por vencimiento o destrucción y que no puedan ser comercializados de ninguna manera, ni consumidos, ni usados, podría llegar a admitirse su valor como “expensa necesaria” deducible, siempre y cuando se demuestre, en cada caso, que el hecho ocurrió en el respectivo año gravable, que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta y que es necesario y proporcionado a esa actividad; y además, que el contribuyente, demuestre que tal deducción no ha sido reconocida por otros medios, como por ejemplo, el caso de los contribuyentes que llevan el sistema de juego de inventarios, donde tal disminución puede ser tratada como costo (art. 64 E. T.)”.

#### **b) LOS INVENTARIOS DADOS DE BAJA POR DISPOSICIÓN LEGAL SON DEDUCIBLES CUANDO TIENEN RELACIÓN DE CAUSALIDAD CON LA RENTA**

**Tesis:** Aunque la sentencia decidió sobre la procedencia del costo de ventas, las razones expuestas permiten considerar que cuando se solicita por medio de deducción, no debe rechazarse si se demuestran los elementos de las expensas necesarias previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, norma común para costos y deducciones. Así, la anterior posición jurídica fue reiterada en la sentencia de 19 de julio de 2007 para reconocer como deducción solicitada por la actora la destrucción de inventarios, específicamente medicamentos, soportadas con actas de baja, suscritas por funcionarios competentes y avaladas por el revisor fiscal de la sociedad. Con fundamento en el anterior criterio la destrucción de medicamentos en cumplimiento de normas de control sanitario efectuada por la actora según Acta de Destrucción 0064 de 15 de octubre de 2003, es una expensa necesaria deducible, pues disminuye la renta bruta y por tanto tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de la sociedad que es “fabricar, vender, distribuir, importar y exportar por cuenta propia o de terceros toda clase de productos químicos, medicinales, farmacéuticos, cosméticos, veterinarios y agrícolas [...]”. En consecuencia, procede la deducción como la solicitó la demandante en su declaración. No prospera el cargo de apelación de la demandada por lo que en este aspecto se confirma la decisión de primera instancia.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00118-01\(17178\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **3. a) LOS CONCEJOS MUNICIPALES PUEDEN DETERMINAR LOS ELEMENTOS DE LOS TRIBUTOS CUYA CREACIÓN AUTORIZÓ LA LEY**

**Situación fáctica:** El actor mediante la acción de nulidad demandó el artículo décimo primero del Acuerdo 101 del 20 de diciembre de 2002 del Municipio de San José de Cúcuta, mediante el cual Las empresas cuyos oleoductos atravesaran predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio debían pagar un impuesto fijo mensual equivalente a ciento sesenta (160) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Tesis:** Mediante sentencia del 9 de julio de 2009, la Sala modificó la jurisprudencia respecto de la facultad de los Concejos Municipales en materia impositiva. Tal providencia se expidió con ocasión del análisis de legalidad de un acuerdo que, en desarrollo de la Ley 97 de 1913, estableció los elementos

del impuesto “sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y analógicas”. En esa sentencia se determinó la legalidad del acuerdo demandado con fundamento, principalmente, en la sentencia C-504 de 2002, mediante la que, la Corte Constitucional determinó la vigencia de los literales d) e i) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 y declaró que son exequibles bajo el entendido de que corresponde a los concejos municipales determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la citada ley. También se acogió, de la sentencia citada que, “(...) creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular”.

**b) EL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO A OLEODUCTOS NO VULNERA EL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO DE PETRÓLEOS Y EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 141 DE 1994, PORQUE NO TIENE COMO FIN GRAVAR EL TRANSPORTE DE PETRÓLEO SINO HACER DETERMINABLE EL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO**

La Sala considera que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos ni el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 por las siguientes razones: El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 regula el impuesto de alumbrado público y el artículo 16 del Código de Petróleos regula la exención a las actividades y bienes taxativamente enlistados en esa norma. La explotación de recursos naturales no renovables está sometida a una compensación a título de regalía. El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no pretende gravar la explotación de recursos naturales no renovables. El impuesto de alumbrado público tiene como objeto imponible el servicio de alumbrado público y como hecho generador, el hecho de ser usuario potencial del servicio. En esa medida, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos, pues, no grava la explotación de recursos naturales no renovables ni afecta el ingreso que percibe el Estado por concepto de regalías. La exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos, como lo precisó la Corte, tiene como fin esclarecer que sobre la explotación de recursos naturales no renovables se causan regalías cuyo beneficiario es el Estado por ser el propietario del subsuelo. Por eso, las entidades territoriales no pueden imponer otros gravámenes sobre esa actividad, sin perjuicio de la participación que la Constitución previó a favor de las entidades territoriales sobre parte de las regalías. Así mismo, respecto de las otras actividades, como también lo precisó la Corte, la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos y la prohibición establecida en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 no se inmiscuye en los tributos propios de los municipios y, por eso, la regulación de impuestos sobre la propiedad de las empresas que ejecutan la actividad de explotación no vulneran ni la exención ni la prohibición. Ni siquiera, con las limitaciones que ha impuesto la ley, el impuesto de industria y comercio que grava la actividad de comercio como tal, vulnera la exención y la prohibición. En consecuencia, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002, que gravó con el impuesto de alumbrado público a las empresas cuyos oleoductos atraviesan la jurisdicción territorial del municipio de San José de Cúcuta, tampoco vulneran el artículo 16 del Código de Petróleos y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, porque el referente a los oleoductos no tiene como fin gravar el transporte de petróleo sino hacer determinable el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, que, se reitera, no grava ninguna de las actividades o bienes a que se refiere el artículo 16 del Código de Petróleos y ni la actividad de explotación de recursos naturales no renovables a que se refiere el artículo 27 de la Ley 141 de 1994.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010. Exp. 54001-23-31-000-2004-01079-02\(16667\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

**4. a) EL DICTAMEN PERICIAL ES DIFERENTE AL EXPERTICIO**

**Situación fáctica:** Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto que no tuvo como prueba un dictamen pericial.

**Tesis:** Los artículos 1º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, protegen la libertad probatoria al permitir a las partes allegar dentro de la oportunidad procesal experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. Entiéndese como experticio el concepto, informe u opinión que emite un profesional especializado en determinada materia o una institución. De manera que cualquiera de las partes pueden solicitar a un particular experto su concepto u opinión sobre el asunto discutido a instancias judiciales con el fin de sustentar los hechos y afirmaciones de la demanda o de la contestación de la misma. Ese experticio debe ser apreciado por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia junto con las demás pruebas. Se resalta nuevamente la libertad que tienen las partes pues ellas pueden elegir si la cuestión a resolver debe someterse al concepto de un perito designado por el juez (prueba pericial) o si simplemente aportan un informe de un profesional especializado o institución. Si se escoge esta última opción el juez la tendrá como una prueba documental. Conforme con lo expuesto estima la Sala que no debe tomarse de manera literal la solicitud de la sociedad actora de “decretar y tener como prueba el dictamen pericial emitido por la doctora GLORIA ZADY CORREA PALACIO”, toda vez que en este caso se trata de un concepto técnico elaborado por fuera del proceso a solicitud de la demandante, que eligió un profesional en contaduría pública para que explicara el procedimiento de declaración electrónica de retenciones en la fuente a través del Sistema de Declaración y Pago Electrónico de la DIAN. Además el concepto se allegó dentro de una las oportunidades procesales para pedir pruebas, pues se aportó con la adición de la demanda.

#### **b) EL EXPERTICIO EMITIDO POR FUERA DEL PROCESO DEBE TENERSE COMO PRUEBA DENTRO DEL MISMO**

**Tesis:** Se concluye entonces que el dictamen pericial es aquella prueba decretada por el juez y rendido por un perito como auxiliar de la justicia y que del mismo debe darse traslado a las partes. Esta prueba se rige por lo dispuesto en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, los experticios de que tratan los artículos 10 [1] de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, si bien también son conceptos o informes, éstos son presentados por fuera del proceso por profesionales escogidos por las partes y no por el juez y posteriormente se allegan al juicio dentro de las oportunidades procesales para que sean tenidos como prueba. En este sentido la Corte Constitucional se pronunció (sent. T-417/08) y precisó que el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, diferente a la prueba pericial. Primero en el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 y más tarde en el artículo 10 de la Ley 446 de 1998. Norma reiterada por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003 que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

[Auto de 11 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2008-00183-01\(17986\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **5. a) EL REQUERIMIENTO ESPECIAL AL EXPEDIRSE SIN MOTIVACIÓN AFECTA LA VALIDEZ DEL PROCESO TRIBUTARIO**

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales la Administración Distrital modificó la liquidación privada del impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros, presentada por la actora por los bimestres 1 y 2 del año gravable 2004 e impuso sanción por inexactitud.

**Tesis:** La Sala reitera que el requerimiento especial es un acto de trámite, previo a la expedición de la liquidación oficial de revisión, que constituye el acto definitivo por el cual la Administración modifica la liquidación privada del contribuyente. Por lo tanto, el requerimiento no es objeto de control judicial toda vez que de conformidad con los artículos 50 in fine y 135 del Código Contencioso Administrativo, sólo los actos definitivos son demandables ante esta jurisdicción. Ha sido jurisprudencia constante de la Sala considerar que tanto el requerimiento especial como la liquidación oficial son actos administrativos que requieren ser motivados, pues si la autoridad tributaria rechaza la liquidación privada presentada por el contribuyente, debe poner en

conocimiento de éste los motivos de desacuerdo para permitirle ejercer su derecho de contradicción. En efecto, de conformidad con el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos que contienen decisiones que afectan a los particulares deben motivarse al menos de forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión, garantizan el derecho de defensa y de audiencia del contribuyente y enmarcan el contenido de la liquidación de revisión y su discusión. Por lo anterior, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o la falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con el artículo 84 ibídem. Del mismo modo, si el acto previo de la liquidación de revisión se expide sin explicación sumaria, se afecta la validez del proceso administrativo, con base en precisas normas tributarias como son los artículos 703 y 730-4 del Estatuto Tributario. Otra garantía del derecho de defensa es el principio de correspondencia consagrado en el artículo 711 del Estatuto Tributario, conforme al cual la liquidación de revisión debe contraerse exclusivamente a los hechos que hubieren sido analizados en el requerimiento especial”.

#### **b) LOS AJUSTES POR DIFERENCIA EN CAMBIO NO SE INCLUYE PARA DETERMINAR EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Tesis:** Frente al argumento de la demandada en el sentido de que el ajuste por diferencia en cambio no corresponde realmente a un ajuste por inflación por no estar sometido a éste índice sino a la variación de la tasa de cambio, la Sala en la misma providencia antes transcrita, reiteró su jurisprudencia plasmada en la sentencia de 14 de abril de 1994. Por consiguiente, siguiendo con la jurisprudencia que en esta oportunidad se reitera, la Sala concluye que los ajustes por diferencia en cambio hacen parte del sistema de ajustes integrales por inflación, el cual, como lo señala el artículo 330 E.T.N. antes transcrito, no es aplicable al tributo territorial en cuestión y, además, tal disposición es clara en indicar que las disposiciones previstas en el título producen efectos para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes. En consecuencia no procede la adición de ingresos por concepto de ajuste por diferencia en cambio como se plantea en el acto liquidatorio demandado. Por lo anterior no prospera en este punto el recurso de apelación interpuesto.

#### **c) LAS SANCIONES RECIBIDAS DE CLIENTES CONSTITUYEN INGRESOS EXTRAORDINARIOS Y POR TANTO HACEN PARTE DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Tesis:** En relación con las multas por retiro de los clientes o cuando la demandante percibe el 20% de la sanción prevista en el artículo 731 del C. Co., por pagos de cheques que son rechazados por causas imputables al girador, la Sala observa que el objeto social principal de la actora, según el certificado de existencia y representación legal, es la “prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones inalámbricas, tales como (...), y con tal propósito podrá emprender todas las actividades relacionadas con dichos servicios, o que sean conexas o complementarias”. Resulta claro que para desarrollar su actividad comercial y de servicios, la sociedad celebra contratos, con los que entra en relación con sus clientes, y es precisamente en virtud de esa relación, que obtiene los ingresos provenientes de las sanciones antes mencionadas y que son ahora objeto de controversia. Aunque para la actora percibir tales sanciones no constituye su objeto principal o un ingreso ordinario, estas se originan en las condiciones contractuales y legales con que se relaciona con sus clientes y, por tanto, son actos propios de su fin social en cuanto hacen parte de las actividades que se requieren para llevarlo a cabo. Entonces para la Sala las sanciones en cuestión constituyen ingresos extraordinarios y por tanto hacen parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio de conformidad con el artículo 42 del Decreto 252 de 2002.

#### **d) LA DIFERENCIA DE CRITERIOS SE CONFIGURA SÓLO CUANDO EXISTE UNA ARGUMENTACIÓN SÓLIDA AUNQUE EQUIVOCADA POR PARTE DEL CONTRIBUYENTE**

La configuración de una diferencia de criterios, pues como ha dicho la Corporación, “[l]a discrepancia entre el fisco y la contribuyente debe consistir en una argumentación sólida que aunque

equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable le permitió creer que su actuación estaba amparada legalmente y no cuando se presentan argumentos que a pesar de su apariencia jurídica carecen de fundamento objetivo y razonable”. En el caso, la demandante pese a reconocer que los ingresos percibidos por las sanciones antes analizadas provienen las relaciones de sus clientes con la compañía, en todo caso les atribuye la calidad de no gravadas.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00074-01\(17270\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **6. a) PARA QUE SE CONFIGURE LA REPRODUCCIÓN DE UN ACTO ANULADO DEBE CONSERVARSE EN ESENCIA LAS DISPOSICIONES ANULADAS O SUSPENDIDAS**

**Situación fáctica:** Se demanda la nulidad del literal b) del parágrafo 2 del artículo 1 y el artículo 6 del Acuerdo Distrital 105 del 2003 expedido por el Concejo de Bogotá D.C. Respecto del artículo 6 del Acuerdo 105 de 2003 el Tribunal en primera instancia ordenó estarse a lo dispuesto en la sentencia del 20 de septiembre de 2006, radicación 04-01270, que declaró la nulidad parcial. Contra esta decisión no se interpuso recurso alguno, razón por la cual la Sala no hizo ningún análisis y confirmó en esta parte el fallo.

**Tesis:** Del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, la prohibición que la norma contiene, se da bajo los siguientes presupuestos: a) La existencia de un acto administrativo que haya sido anulado o suspendido; b) La reproducción de ese mismo acto, conservando la esencia de las disposiciones anuladas o suspendidas; c) Que quien lo reproduzca sea el mismo funcionario que haya proferido el acto inicial anulado o suspendido; d) Que no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión. En síntesis los párrafos primero de los artículos 4 y 5 del Acuerdo 39 de 1993 definían que para efectos de las tarifas del impuesto predial unificado el predio era edificado cuando no menos del 30% del área total del lote se encontraba construido. En caso contrario el predio se consideraba urbanizado no edificado. Es decir, que el predio no era edificado cuando se encontraba construido en un área inferior al 30% del total del lote. Por su parte, el literal b) del parágrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo 105 de 2003 dispone, que para efectos de las tarifas del impuesto predial unificado, se considera que un predio no es edificado cuando la construcción o edificación tengan un área inferior al 20% al área del terreno y un avalúo catastral en el que su valor sea inferior al veinticinco por ciento (25%) del valor del terreno. Pues bien, la Sala observa en cuanto a los supuestos de la reproducción lo siguiente: Primero, existe un acto administrativo que fue anulado o suspendido que son los párrafos primeros de los artículos 4 y 5 del Acuerdo 39 de 1993 que fueron anulados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 30 de agosto de 1996, providencia que fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 1997. Es decir, se cumple con la primera condición. Otra condición es que el mismo funcionario que profirió el acto que fue anulado, haya expedido el nuevo acto que se reputa hizo la reproducción. En este caso, tanto el Acuerdo 39 de 1993 como el Acuerdo 105 de 2003, del cual hace parte la norma acusada fueron expedidos por el Concejo de Bogotá D.C. Ahora bien, otro presupuesto para que exista reproducción de acto anulado es que el nuevo acto conserve en esencia las disposiciones anuladas. Esto significa que el nuevo acto repita o vuelva a dictar una disposición que regule la misma materia y de la misma manera como se cuestionó cuando se retiró del ordenamiento jurídico. Eso sí, siempre y cuando no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación. De acuerdo con lo anterior, para que se configure esta prohibición legal tiene que reproducirse lo que no se podía establecer o disponer porque fue anulado. Pero, ello no significa que deba hacerse en términos idénticos. Puede decirse algo en términos similares y corresponder exactamente a la misma disposición que fue anulada.

**b) EL CONCEJO DE BOGOTÁ VULNERÓ EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA AL FIJAR EL PORCENTAJE DE EDIFICACIÓN EN PREDIO URBANIZADO NO EDIFICADO QUE NO HABÍA SIDO ESTABLECIDO PREVIAMENTE POR LA LEY**

Tesis: Los parágrafos primero de los artículos 4 y 5 del Acuerdo 39 de 1993 fueron anulados, en síntesis, porque violaron el principio de legalidad tributaria al establecer una discriminación porcentual para predios urbanizados no edificados que no estaba prevista legalmente. A juicio de la Sección, la administración del tributo y la graduación de las tarifas diferenciales y progresivas en el impuesto predial deben operar con sujeción a los presupuestos de la Ley 44 de 1990 y normas concordantes y, por el contrario, las disposiciones acusadas desvirtuaban estos presupuestos, no sólo por su interpretación sistemática sino por la evidente implicación sobre la determinación del hecho imponible, la base gravable y la tarifa. Además, porque las normas legales que regulan el impuesto predial se refieren a terrenos “urbanizados no edificados”, concepto suficientemente claro para rechazar cualquier hipótesis de construcción o edificación, pues esa expresión debía entenderse en su sentido natural y obvio ya que el legislador no distinguió. Pues bien, en el caso que ocupa la atención actual de la Sala, el Concejo de Bogotá D.C., mediante la disposición acusada, estableció también unos parámetros porcentuales sobre construcción y avalúo de la construcción para determinar si un predio se considera edificado o no para efectos de la tarifa del impuesto predial. Es decir, consagró en términos similares y en esencia las disposiciones anuladas, no obstante los fundamentos legales que motivaron la anulación no habían desaparecido. La Sala advierte en primer lugar que si bien el artículo 2 de la Ley 388 de 1997 señala como uno de los principios en que se fundamenta el ordenamiento del territorio es el de “La distribución equitativa de las cargas y los beneficios”, ello no autoriza al Concejo de Bogotá para determinar un elemento esencial del impuesto predial que no está fijado en la ley tributaria que establece el tributo. Además, en Bogotá el POT tiene su desarrollo a través de los Decretos 619 y 1110 de 2000 y 469 de 2003. Y en segundo lugar, el principio de ordenamiento territorial al que se ha hecho referencia no es aspecto novedoso frente a las disposiciones que fueron anuladas por la Jurisdicción. En esa oportunidad el Distrito adujo, en defensa de los parágrafos censurados, razones de equidad y de progresividad, sobre lo cual el Consejo de Estado consideró que si bien los predios urbanizables no urbanizados y urbanizados no edificados tenían tarifas más gravosas, en todo caso, la graduación de las tarifas diferenciales y progresivas se debía hacer con sujeción a ley. Que la discriminación porcentual hacía más gravoso el tipo impositivo al crearse una subespecie de los predios (los parcialmente edificados) a los cuales se les aplicaba la tarifa de los no edificados, que aparte de ser un contrasentido, dificultaba la determinación de la base gravable. Finalmente dijo el Consejo de Estado que aparte de que la tarifa para esta clase de predios era extraordinariamente gravosa (33 por mil), el contribuyente perdería el beneficio de la limitación del incremento del tributo, contemplado por el numeral 2, parte final, del artículo 155 del decreto 1421 de 1993. Así mismo, el hecho de que la nueva norma establezca un porcentaje de construcción diferente al de la norma anulada e incluya un porcentaje de avalúo que no estaba en la norma anterior, no le resta el carácter esencial de la reproducción. Lo sustancial y la característica más importante es que la nueva norma establece unos parámetros (área de construcción y avalúo), para definir si un predio es urbanizado no edificado, que varían, sin fundamento legal, la materia imponible, la base gravable y el tipo impositivo en el impuesto de industria y comercio, como lo hacía la disposición anulada. En consecuencia, el principio de la distribución equitativa de las cargas y los beneficios no es el fundamento que permita al Concejo de Bogotá establecer una disposición como la demandada que reprodujo en esencia y con los mismos vicios de ilegalidad unas disposiciones que fueron anuladas, teniendo en cuenta que los fundamentos legales de la anulación no desaparecieron. En efecto, todos los motivos de anulación expresados en la sentencia referida pueden predicarse en relación con la norma actualmente demandada, porque en el ámbito del impuesto predial no ha habido una regulación diferente a la estudiada en esa oportunidad que permita al Concejo de Bogotá definir por fuera de la ley algún elemento del tributo. Por esta razón, la Sala encuentra demostrado el cargo de reproducción de acto anulado y procederá a anular la disposición acusada. Declara la nulidad del literal “b” del párrafo 2 del artículo 1 del acuerdo 105 de 2003 expedido por el concejo de Bogotá D.C.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-00848-02\(16971\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA \(E\)](#)

## **7. NO PROCEDE EL RECHAZO DE LA DEMANDA POR CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SIEMPRE QUE EN LA DEMANDA SE CUESTIONE OBJETIVAMENTE Y NO CAPRICHOSA NI SUBJETIVAMENTE, LA FALTA O INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

**Situación fáctica:** Se resuelve el recurso de apelación contra el auto que rechazó la demanda por caducidad.

**Tesis:** La Sala en oportunidades anteriores ha sido del criterio que en los casos en los que en la demanda se controvierte la notificación de los actos acusados, no procede el rechazo de plano de la demanda, pues para decidir sobre la caducidad de la acción deberá tramitarse el proceso, para que en el fallo se defina si la acción se presentó de manera oportuna. Empero, en esta ocasión la Sala debe precisar que esa tesis es aplicable en los casos en que exista duda razonable sobre la caducidad de la acción. Esto es, la tesis opera cuando no sólo se alega la indebida o falta de notificación de los actos, sino cuando se advierte prima facie que hay razones serias para dudar del acaecimiento de la caducidad de la acción. En esos casos, habrá de preferirse la admisión y no el rechazo de la demanda, pero siempre que en la demanda se cuestione objetivamente, no caprichosamente, no subjetivamente, la falta o indebida notificación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que haya serias dudas sobre la fecha de notificación del acto definitivo. En ese caso estaría en discusión la fecha en que opera la caducidad y, por ende, deberá admitirse la demanda. En todo caso, el sólo hecho de que se alegue la indebida o falta de notificación de los actos administrativos no es per se una justa causa para que se prefiera la admisión de la demanda y no el rechazo de la demanda. Se trata, pues, de aquella indeterminación fáctica que se funde en razones objetivas, que impidan tener claridad sobre la caducidad de la acción. De no ser así, se abriría la puerta para que meramente se formulen cargos en los que se cuestione la notificación de los actos acusados con el único propósito de impedir el rechazo de la demanda.

[Auto de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2008-00288-01\(17793\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS](#)

## **8. a) PARA LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS PARA EL FOMENTO DEL DEPORTE SE REQUIERE DE CERTIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE LA CULTURA**

**Situación fáctica:** Se demanda la nulidad de los apartes que se subrayan del Memorando Concepto 0928 del 13 de septiembre de 2001 de la Subdirección Jurídico Tributaria de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

**Tesis:** La Sala comparte también que para efectos de la exención del impuesto de espectáculos públicos para el fomento del deporte se requiere de la certificación del Ministerio de la Cultura sobre la calidad de cultural del espectáculo, función que antes asumía COLCULTURA y que en virtud del artículo 79 de la Ley 397 de 1997 se trasladó al mencionado ministerio. La posición distrital consiste concretamente en señalar que la competencia del Ministerio de la Cultura se limita a certificar la calidad de artístico y cultural de un evento “sólo” para efectos de la concesión de la exención al Impuesto de espectáculos Públicos con destino al Deporte y no para las correspondientes al impuesto de azar y espectáculos. Sin embargo, el requisito previsto en el literal b) del artículo 7 del Decreto Distrital 130 de 1994 permite a la Sala concluir diferente. El Instituto Colombiano de Cultura fue suprimido por medio del artículo 74 de la Ley 397 de 1997 y en el artículo 79 ibídem, se estableció, de manera general, que Colcultura continuaría ejerciendo las funciones relacionadas con la expedición de los actos administrativos referentes a la salida de bienes del país, la definición de los eventos culturales susceptibles o no de la exención del impuesto de espectáculos públicos y los que expida determinando si los bienes a que se refiere la Ley 98 de 1993 son de interés cultural o científico.

## **b) LA CERTIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE LA CULTURA TAMBIÉN TIENE EFECTOS FRENTE AL IMPUESTO DE AZAR Y ESPECTÁCULOS AL SER APLICABLE EL ARTICULO 7 DEL DECRETO DISTRITAL 130 DE 1994**

El concepto señala que la exención del artículo 7 del Decreto 130 de 1994 no tiene aplicación real en el Impuesto de Azar y Espectáculos porque la certificación del Ministerio de la Cultura es sólo para el impuesto de espectáculos públicos con destino al deporte. Sobre este punto, ya se estableció en el cargo anterior que la certificación del Ministerio de la Cultura también tiene efectos frente al impuesto de azar y espectáculos, por lo que no es correcto señalar que el artículo 7 del Decreto 130 de 1994 no tiene aplicación efectiva y que por lo mismo carezca de vigencia. Para la Sala, la decisión apelada se debe confirmar. En primer lugar, el argumento expuesto por el Distrito en el recurso de apelación, no fue esgrimido como fundamento en el Concepto demandado, de manera que, sobre tal circunstancia no se debe hacer ningún análisis porque escapa de la motivación expuesta en el acto acusado y de las consideraciones que tuvo el Tribunal para declarar la nulidad. Aunque lo anterior sería suficiente para confirmar la decisión, la Sala considera que las razones expuestas en el concepto como conclusión de que el literal f) del artículo 82 del Decreto 400 de 1999 no es aplicable en el Distrito Capital no se ajustan al ordenamiento jurídico. Como se consideró en el primer cargo, si para la fecha en que se originó la norma referida (1948), existía a cargo del Ministerio de Educación la certificación de la calidad de artístico de un espectáculo, no puede desconocerse que en la actualidad esa función está a cargo del Ministerio de la Cultura, una vez fue suprimido el Instituto Colombiano de Cultura. Según el artículo 79 de la Ley 397 de 1997, las funciones relacionadas con la expedición de los actos administrativos referentes a la definición de los eventos culturales susceptibles o no de la exención del impuesto de espectáculos públicos las continuará desarrollando el Ministerio de Cultura a la liquidación de Colcultura. Como la disposición no distingue entre el impuesto de espectáculos públicos y el de espectáculos públicos con destino al deporte, la certificación que expida el Ministerio de la Cultura puede sustentar la no sujeción del literal f) del artículo 82 del Decreto 400 de 1999. En conclusión, la nulidad sobre el aparte demandado que considera que no es aplicable en el Distrito la no sujeción a que se refiere el mencionado literal f) se debe confirmar, como en efecto se hará. Se confirma la nulidad del Concepto 928 de 13 de septiembre de 2001 de la Subdirección Jurídico Tributaria de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-02066-01\(16535\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS](#)

## **SECCIÓN QUINTA**

### **1. LA CORRECCIÓN DE LA DEMANDA ELECTORAL QUE INCLUYA NUEVOS NOMBRES DE SUPLANTADORES Y NUEVAS MESAS DE VOTACIÓN DEBE HACERSE DENTRO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ELECTORAL: REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

La Sección Quinta confirmó la sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba negó en primera instancia la nulidad de la elección del alcalde de Montelíbano.

En el recurso de apelación el actor alegaba vulneración al debido proceso porque el a quo se abstuvo de estudiar los cargos que incluyó en la corrección de la demanda por considerar que la acción electoral había caducado cuando presentó dicho escrito.

La Sala cotejó la demanda y la corrección y concluyó que, en efecto, el actor añadió nuevos nombres de suplantadores y nuevas mesas a los cargos de falsedades electorales inicialmente formulados y que lo hizo cuando había vencido el término de caducidad de la acción electoral. La Sala aprovechó, entonces, para reiterar la jurisprudencia de la Sección según la cual las correcciones que involucren

adiciones de aspectos importantes de la demanda deben hacerse antes de que la acción electoral caduque y, naturalmente, antes de que quede en firme el auto admisorio de la demanda, como lo exige el artículo 230 del Código Contencioso Administrativo.

En la sentencia dijo la Sala:

“Es cierto que en el proceso electoral procede la corrección de la demanda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 230 del Código Contencioso Administrativo, pero debe precisarse que tal posibilidad está sujeta a que la corrección se efectúe antes de que quede en firme el auto que admita la demanda y que, en todo caso, la acción no haya caducado, si en la corrección se formulan cargos nuevos. (...) si la corrección de la demanda se limita a precisiones como serían “ampliar o suprimir medios de prueba” o “abundar en razones” frente a cada uno de los “cargos formulados”, su admisibilidad solo se supeditará a lo previsto en el artículo 230 del C.C.A., es decir debe presentarse antes de que quede en firme al auto que admita la demanda, que es el termino para corregirla. Por el contrario, si la corrección de la demanda abarca elementos que llevan a inferir una adición en aspectos importantes como: i) las pretensiones, ii) la causa petendi, iii) las partes o iv) “los cargos”, se hace necesario que no sólo se deba tener en cuenta lo previsto en el artículo 230 del C.C.A., sino también el término de caducidad de la acción”.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010, Exp. 23001-23-31-000-2007-00569-01. M.P.: MAURICIO TORRES CUERVO](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### 1) CUANDO COMISARIOS DE FAMILIA DEJAN VENCER LOS TERMINOS DE LOS PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES LOS COMPETENTES PARA CONTINUAR SON LOS JUECES DE FAMILIA

Correspondió a la Sala de Consulta y Servicio Civil conocer el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia Comuna 16 de Medellín y el Juzgado 11 de Familia de Medellín, quienes consideraban carecer de competencia para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos de una menor de edad que se encontraba en situación de desprotección por ser víctima de violencia intrafamiliar.

Para resolver el conflicto, la Sala se remitió al artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), según el cual los comisarios de familia cuentan con 4 meses -prorrogables por 2 meses más con autorización del Director Regional del ICBF- para tomar la decisión que corresponda en los procesos de dicha naturaleza, so pena de perder competencia y tener que remitir las diligencias inmediatamente al juez de familia quien, además, debe informar del hecho a la Procuraduría General de la Nación para que promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar contra el comisario responsable.

Verificado que el proceso de restablecimiento de derechos que suscitó el conflicto había superado el plazo legal en la Comisaría de Familia, la Sala resolvió que el competente era el Juez 11 de Familia de Medellín, de quien también advirtió una actuación dilatoria.

Ante tal situación, la Sala ordenó remitir copia del auto a la Procuraduría General de la Nación y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

[AUTO DE 25 DE FEBRERO DE 2010. RADICACION 11001-03-06-000-2010-00016-00. CONSEJERO PONENTE: WILLIAM ZAMBRANO CETINA](#)

## **2) INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS CONTRA DOCENTES POR ABUSO SEXUAL O MALTRATO A ESTUDIANTES SON COMPETENCIA DE PROCURADURIAS REGIONALES EN PRIMERA INSTANCIA Y DE PROCURADURIAS DELEGADAS EN SEGUNDA**

La Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá y la Procuraduría Regional de Boyacá alegaban ambas falta de competencia para conocer la queja disciplinaria interpuesta por un padre de familia contra una docente del Colegio San Antonio de Ráquira, por supuesto maltrato a su hija menor de edad.

La Sala advirtió la existencia de un auto de 13 de junio de 2007, en el que el Procurador General de la Nación dispuso que las investigaciones contra docentes por conductas relacionadas con abuso sexual y maltrato a los estudiantes corresponden en primera instancia a las procuradurías regionales y en segunda a las procuradurías delegadas.

Con base en esa providencia, la Sala declaró competente para conocer la queja del caso concreto a la Procuraduría Regional de Boyacá.

[Auto de 25 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-06-000-2010-00014-00. M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**COMISIÓN DE EXPERTOS ENTREGÓ  
PROPUESTAS PARA REFORMAR LA JUSTICIA**

El lunes 12 de abril la Comisión de Expertos, presidida por el doctor Alejandro Bonivento y conformada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente del Consejo de Estado y otros notables juristas, entregó al Gobierno Nacional las propuestas para una Reforma a la Justicia.

Éstas son algunas de las propuestas planteadas:

- Transformar en Consejo Superior de la Judicatura en el Consejo Nacional de Administración Judicial.
- El Fiscal General debe ser elegido por el Presidente de la República, de una lista de 6 candidatos realizada por Corte Suprema de Justicia.
- Reestablecer el Ministerio de Justicia.
- Aumentar la edad de retiro forzoso a 70 años y ampliar el periodo de los magistrados a 12 años.
- La designación de magistrados debe ser por captación y en audiencias públicas y como requisito se debe demostrar una experiencia mayor a 15 años.

El 19 de mayo se conocerá la versión definitiva de este documento, que será estudiado antes por las Altas Cortes, el Gobierno y la academia.

**CONSEJO EDITORIAL**

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ  
JARAMILLO**  
Presidente

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Vicepresidente

**Sala de Gobierno**

**Rafael E. Ostau De Lafont P.**  
Presidente Sección Primera  
**Gustavo Gómez Aranguren**  
Presidente Sección Segunda  
**Ruth Stella Correa Palacio**  
Presidente Sección Tercera  
**Martha Teresa Briceño de V.**  
Presidente Sección Cuarta  
**Mauricio Torres Cuervo**  
Presidente Sección Quinta  
**William Zambrano Cetina**  
Presidente Sala de Consulta

**Reseña fallos**

Relatoría Consejo de Estado

**Coordinación General**

- **Lucía Mazuera Romero**  
Secretaria Privada de Presidencia  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- **Fabiana De La Espriella S.**  
Jefe de Prensa  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117

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](http://www.consejodeestado.gov.co), opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: [boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)