



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 14
• Sección Primera	14 - 18
• Sección Segunda	18 - 26
• Sección Tercera	27 - 37
• Sección Cuarta	37 - 46
• Sección Quinta	46 - 48
• Sala de Consulta y Servicio Civil	49 - 54
• Noticias Destacadas	55

## Noticias destacadas

**MAGISTRADO  
GUSTAVO GÓMEZ  
ARANGUREN, NUEVO  
VICEPRESIDENTE DEL  
CONSEJO DE ESTADO**

## EDITORIAL

Con enorme satisfacción saludamos la elección que la Sala Plena del Consejo de Estado realizó en cabeza del señor Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren para el cargo de Vicepresidente de la Corporación. La trayectoria, la experiencia, la erudición, la dedicación, los conocimientos y el compromiso institucional de los cuales hace gala permanentemente el doctor Gómez Aranguren, garantizan el éxito que ha de obtener en el desempeño de sus nuevas responsabilidades y, naturalmente, ofrecemos y solicitamos para ello toda la colaboración que pueda requerir.

De igual forma queremos informar a nuestros lectores que con ocasión de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, en cabeza de su Sala Plena, ha adoptado la importante y significativa labor de diseñar y preparar, con el apoyo de diferentes autoridades y entidades del orden nacional, departamental y municipal, la celebración de varios eventos en distintos lugares de la geografía nacional, con el fin de presentar y divulgar los aspectos más relevantes contenidos en la nueva codificación, cuya vigencia se encuentra prevista para el 2 de julio del próximo año.

Ciudades como Cúcuta, Cartagena, Popayán, Cartagena, Pasto, Yopal, Valledupar, Villavicencio, Medellín e Ibagué, se encuentran incluidas como sedes de estas importantes jornadas académicas, las cuales se dirigen principalmente a los jueces, Magistrados de Tribunal y autoridades administrativas departamentales y locales de la región de influencia de la ciudad correspondiente y que contarán con la participación activa y decisiva de los Consejeros de Estado.

Estaremos informando oportunamente acerca del desarrollo y avance de estos eventos.

Mauricio Fajardo Gómez  
Presidente

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

### ACCIONES CONSTITUCIONALES

#### TUTELAS

##### 1. a) Procedencia de la tutela frente a los actos académicos

La Sección Segunda amparo los derechos al debido proceso y a la buena fe del actor, a quien se le canceló su matrícula universitaria antes de finalizar el proceso disciplinario que se le seguía por plagio, en consecuencia, ordeno su reintegro. Además ordenó modificar a la Universidad del Tolima reformar en su integridad el procedimiento disciplinario del Estatuto de los Estudiantes y adecuarlo al derecho disciplinario y sancionatorio concebido por el ordenamiento jurídico.

Frente a los actos académicos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado inveteradamente que no son susceptibles de contradicción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, la acción de tutela se erige precedente para analizar la trasgresión de derechos fundamentales en torno a su contenido. Por lo anteriormente expresado, la Sala abordó el estudio del fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta que los motivos de inconformidad expresados por el actor frente a la actuación de la Universidad del Tolima se circunscribían a la forma como se llevó a cabo el procedimiento que desencadenó su sanción disciplinaria por plagio, y al hecho de que fue cancelada su matrícula universitaria, por razón del doble bajo rendimiento académico (BRA) que presentó, según afirma el tutelante, porque el docente encargado no pasó las notas correspondientes a su asignatura durante los semestres 2008/B y 2009/A.

**b) Los procedimientos disciplinarios deben adecuarse y obedecer a los principios del derecho disciplinario y sancionatorio.**

La Sala encontró que la investigación disciplinaria surtió el proceso delimitado en el Estatuto de los Estudiantes, de manera que no se observa trasgresión del derecho al debido proceso del tutelante. No obstante, llamó la atención de la Sala el contenido del Acuerdo sancionatorio al decir “Que el investigado no logró demostrar su inocencia sobre la falta que se le imputa, por lo tanto le asiste responsabilidad disciplinaria, debido a que no logró desvirtuar el cargo que le fue endilgado y se recomienda la imposición de una sanción acorde con lo estipulado en el estatuto estudiantil vigente”, frases contrarias al ordenamiento jurídico superior en tanto comportan la idea equivocada de que es el investigado quien debe probar su inocencia, cuando según los principios constitucionales de la buena fe y la presunción de inocencia (artículos 83 y 29, respectivamente, de la Constitución Política de 1991) corresponde al investigador, a través de las pruebas arrojadas, llegar al convencimiento de que la conducta desplegada transgrede, en este caso, el reglamento estudiantil y en consecuencia, la existencia de la responsabilidad disciplinaria correspondiente. Examinado en su integridad el Reglamento Académico de la Universidad del Tolima, contenido en el Acuerdo 006 de 1996, se evidenció que el régimen disciplinario aplicable se desarrolla de los artículos 28 a 31, en estos se delimitan: las medidas o sanciones disciplinarias por las faltas cometidas (artículo 28), los tipos de faltas (artículo 29), los términos procesales aplicables en el proceso disciplinario (artículo 30) y las autoridades que ayudarán a los estudiantes a una mayor comprensión del Estatuto y de los trámites (artículo 31). Lo anterior, a juicio de la Sala, comprende un desarrollo inadecuado del procedimiento disciplinario que debe gobernar al amplio estudiantado de la Universidad accionada, donde no se delimitan presupuestos como autoridades competentes para adelantar la investigación, ante quién se deben interponer los recursos procedentes, el tema de los impedimentos y recusaciones, entre muchos otros. En ese orden de ideas, se deja al margen de la discrecionalidad la forma como debe desarrollarse el proceso aludido, hecho que traspasa los límites de la autonomía universitaria tal como está concebida constitucionalmente, régimen al que, indefectiblemente, debe atenerse la Institución. En consecuencia, la Sala consideró que las frases aludidas, contenidas en el Acuerdo 0325 de 10 de agosto de 2009, bien podían ser producto de una imprecisión gramatical, empero, era necesario requerir a la autoridad universitaria, para que suprimiera definitivamente dichos apartes de los acuerdos sancionatorios, y los adecuara a unas palabras que obedecieran al sentido de la Constitución Política y de la manera en que se lleva a cabo la investigación, teniendo en cuenta que es al ente investigador a quien corresponde demostrar que la conducta ocurrió y merece sanción. De otro lado, ordenó a las directivas de la Universidad del Tolima reformar en su integridad el procedimiento disciplinario contenido en el Acuerdo 006 de 1996, de manera que se adecue y obedezca a los principios del derecho disciplinario y sancionatorio concebido por nuestro ordenamiento jurídico.

**c) Vulneración del debido proceso por imposición de sanción sin que se hubiera finalizado la investigación disciplinaria**

Según las pruebas del proceso, antes de que fuera proferido el Acuerdo que sancionó al actor (10 de agosto de 2009), el docente tomó la decisión de adjudicar una nota frente a la materia, dándola por

perdida en vista del serio cuestionamiento sobre la autoría del plagio que se investigaba, en otras palabras, prejuzgó y determinó que la nota merecida era 0.0, sin que se hubiera determinado aún el resultado de la investigación disciplinaria, a la que ya se aludió. Esto indicó que la actuación de cancelación de matrícula adelantada contra el actor, trasgredió su derecho al debido proceso, en tanto se adjudicó una nota dando por perdida una materia, sin saber aún el resultado de la investigación. Pues bien, la Sala no desconoció las normas de la Universidad frente al tema del bajo rendimiento y las sanciones al respecto, empero, no consideró que no era dable que antes de proferirse la sanción se impusiera el castigo, que desencadenó nada más y nada menos que en la cancelación de la matrícula, que según el Estatuto Estudiantil, puede ser hasta por cuatro (4) periodos académicos (artículo 28, parágrafo 1°). En consecuencia, dejó sin efectos la decisión del Consejo de Facultad de cancelar la matrícula del actor, y ordenar su reintegro.

**Sentencia de 14 de febrero de 2011, Exp. 73001-23-31-000-2010-00652-01(AC), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**2. a) Vulneración del derecho a la personalidad jurídica por omisión en inscripción de escritura pública que incluye el apellido materno en registro civil**

La Sección Segunda amparó el derecho a la personalidad jurídica del actor vulnerado por la Registraduría Municipal del Municipio de Santander al negar la inscripción de la Escritura Pública que corrige en el registro civil del solicitante un error en el sexo e incluye el apellido materno.

En cuanto a la solicitud de inclusión del apellido materno del accionante, destacó que el artículo 3 de la Ley 92 de 1938 y el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, sólo exigían que se registrara el apellido paterno, situación que cambió en virtud del artículo 4 del Decreto 999 de 1988 que reformó la segunda de las normas citadas, y que brindó la posibilidad a las personas que estuvieran inscritas con un solo apellido a que se adicionara el segundo, siguiendo el trámite establecido en el inciso 1 artículo 94 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el 6 Decreto 999 de 1988 que reza: “Artículo 94. El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal.” De conformidad con las normas antes señaladas, cuando se registró el nacimiento del actor, en principio no se incurrió en un error al identificar al mismo sólo con el apellido de su padre, pero también lo es, que el peticionario en virtud del artículo 4 del Decreto 999 de 1988, tiene derecho a ser identificado con el apellido materno, motivo por el cual cuando la Registraduría Municipal de Jesús María tuvo conocimiento de la solicitud del demandante sobre el particular, debió tramitar la misma de acuerdo al procedimiento previsto, y no reusarse a adelantar éste invocando un error frente al lugar de nacimiento, que como antes se expuso carece de fundamento, máxime cuando el peticionario dispuso la inclusión de su segundo apellido mediante la escritura pública N 1659 del 1 de julio de 2009, ante la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, esto es, cumpliendo con la exigencia arriba descrita. En ese orden ideas, la mencionada registraduría desconoció el derecho a la personalidad jurídica del actor, particularmente a que el mismo sea reconocido ante la sociedad no sólo por sus nombres y el apellido de su padre, sino también por el apellido de su señora madre, al negarse a inscribir la referida escritura pública.

**b) La corrección del sexo en registro civil de nacimiento puede hacerse mediante escritura pública si fue un simple error**

En lo que respecta a la corrección del sexo señalado en el registro civil de nacimiento, el Tribunal consideró que tal modificación requiere de la intervención del juez familia por tratarse de la alteración de un aspecto esencial del estado civil del accionante, motivo por el cual la acción de tutela en virtud de su naturaleza subsidiaria se torna improcedente. Frente al argumento expuesto por el A quo, la Sala consideró pertinente aclarar de la lectura sistemática de los artículos 87 a 97 del “Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas”, que el legislador (extraordinario) previó 3 formas de corregir y/o modificar las inscripciones existentes en el mencionado registro, las cuales a

saber son: 1) Ante los funcionarios encargados de llevar éste, 2) mediante el otorgamiento de una escritura pública, 3) o a través de una decisión judicial producto de un proceso de la misma naturaleza. Por intermedio de los funcionarios encargados de llevar el registro, el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970 señala, que la persona interesada debe elevar una solicitud por escrito cuando se trata de corregir “errores mecanográficos, ortográficos y aquellos que se establezcan con la comparación del documento antecedente o con la sola lectura del folio”. Asimismo dicha norma establece que el mecanismo adecuado es la escritura pública, frente a errores de inscripción distintos a los antes señalados, sin especificar en qué casos puede presentarse tal situación. En el presente caso, por las razones que a continuación se exponen, el hecho que en el registro civil del accionante se haya indicado como sexo el femenino en lugar al masculino, constituye un simple error que puede corregirse mediante una escritura pública, como la que otorgó el actor el 1° de julio de 2009 ante el Notario 42 del Círculo de Bogotá. En ese orden de ideas, si bien la inexistencia de un documento antecedente al registro impide que se corrijan los errores existentes en el registro civil ante el funcionario que lleva el mismo, tal circunstancia no imposibilita que el yerro se enmiende a través de una escritura pública, toda vez que el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970, expresamente prevé que la corrección pertinente se realizará por vía notarial cuando no pueda verificarse la existencia del error mediante la comparación con documentos antecedentes, a contrario sensu, permite la corrección del mismo cuando se verifica con otros documentos como ocurre en esta oportunidad. Consideró la Sala que no es necesario que el actor inicie un proceso de jurisdicción voluntaria para que se corrija el mencionado error, se reitera, en atención que el mismo obedeció a una simple imprecisión al momento de sentar el registro civil, la cual puede ser corregida mediante una escritura pública de conformidad con el artículo 91 del Decreto 1260 de 1970. Adicionalmente estimó que resultaba desproporcionado para el demandante, que se le exigiera iniciar y finalizar un proceso de jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que dieron lugar al referido yerro, que de los documentos aportados a este trámite puede inferirse que el sexo del actor es masculino, y que ha interpuesto la presente acción de tutela a fin de prevenir que en el reconocimiento de su derecho a la pensión tenga inconvenientes por las imprecisiones antes señaladas. En virtud de lo anterior, en efecto es desproporcionado que se inste al accionante a sus 62 años de edad, a probar dentro de un proceso judicial cuál es su sexo, y eventualmente, que no ha intentado modificar el mismo. En ese orden de ideas, en amparo del derecho a la personalidad jurídica, se ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Registraduría Municipal de Jesús María, que adelantaran todas las gestiones pertinentes para que se inscribiera en el registro civil de nacimiento del accionante, la escritura pública N° 1659 del 1° de julio de 2009, otorgada ante la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se identificó correctamente el sexo de aquél.

[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-03696-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

### **3. a) Vulneración del derecho a la salud y al habeas data por omisión de la Empresa Prestadora de Salud en actualizar base de datos del sistema de salud**

Mediante el ejercicio de la presente acción, la actora pretendía que se ordenara a las entidades accionadas, adelantar las gestiones pertinentes para su desafiliación a la EPS SOLSALUD y así proceder a la afiliación a la EPS SALUD CÓNDOR.

Frente a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección al derecho al Habeas Data la Corte Constitucional ha sostenido la Corte Constitucional: “siguiendo el lenguaje del numeral 6° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, ha exigido, como requisito indispensable para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para la protección del derecho fundamental al *habeas data*, que el peticionario haya elevado solicitud a la entidad correspondiente, para efectos de corregir, aclarar, rectificar o actualizar el dato o la información que tiene sobre él”. En el caso propuesto se tiene que por medio de comunicado del 22 de octubre de 2010, la funcionaria competente de la Secretaría de Salud de Manizales remitió a la EPS SOLSALUD la solicitud para la iniciación del respectivo procedimiento para lograr la desafiliación de la accionante y de su grupo

familiar. A la fecha de la sentencia dicha entidad no se había pronunciado en ese sentido. Con base en lo anterior, y, comoquiera que pese a los requerimientos de la funcionaria de la Secretaría de Salud de Manizales la información de la accionante contenida en la base de datos que administra Fosyga no había sido actualizada por las entidades accionadas, se concluyó que con dicha omisión se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante y de su grupo familiar.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 17001-23-31-000-2010-00431-01\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

**4. Vulneración del debido proceso y del derecho a la igualdad por defecto fáctico y por desconocimiento de la unificación jurisprudencial sobre los estudios técnicos exigidos en los procesos de reestructuración**

La Sección Cuarta tuteló los derechos fundamentales del actor al debido proceso y a la igualdad y dejó sin efectos la providencia de 13 de abril de 2010, del Tribunal Administrativo de Antioquia que desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los estudios técnicos exigidos en los procesos de reestructuración de las entidades administrativas.

Para la modificación de las plantas de personal se deben realizar estudios técnicos que justifiquen dicha reestructuración, pero, además, dichos estudios deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen uno o varios de los aspectos consagrados en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998. En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que la configuración del defecto fáctico se presenta cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva. Esto es, cuando el funcionario judicial i) deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; ii) excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales. En esa medida, lo que corresponde al juez constitucional es evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso. En virtud de esta garantía constitucional de autonomía y competencia de los operadores judiciales, la Corte Constitucional ha concluido que sólo ante una valoración probatoria ostensiblemente incorrecta, se configura el defecto fáctico. (...) Ahora bien, en un caso similar, la Sala amparó los derechos fundamentales de la señora María Ilduara Miranda Espinoza, quien trabajaba para el departamento de Antioquia como Auxiliar 565-2-3 de la Secretaría de Gobierno y Apoyo Ciudadano de Medellín y cuyo cargo fue suprimido en circunstancias similares a las mencionadas por el accionante en este proceso. Al respecto, se observó que en este caso se incurrió en el mismo error fáctico, toda vez observados los documentos denominados “estudios técnicos” no se sujetaron a los parámetros establecidos en la Ley 443 de 1998, pues en ellos sólo se indicaron las causas que motivaron la modificación de la planta de personal, la supresión, creación o fusión de dependencias, la redistribución de funciones, las cargas de trabajo y la racionalización del gasto de la Administración Departamental, sin exponer los criterios técnicos de deben fundamentar dichos procesos de reestructuración. Consecuencialmente, los denominados “estudios técnicos” no podían considerarse como tales, pues no incluyeron el análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, la evaluación de las funciones asignadas a los empleados, la evaluación de las cargas laborales, la revisión de la estructura de la entidad, el estudio de la planta actual en la que se analizan los perfiles de los empleos, los cargos existentes, los cargos suprimidos y, como consecuencia de ello, la propuesta de la nueva planta de personal. Adicionalmente, la Sección Segunda de ésta Corporación, en sentencia de unificación de de 11 de marzo de 2010, consideró que los documentos tenidos como estudios técnicos para el proceso de reestructuración administrativa del Departamento de Antioquia no pueden ser tenidos como tales, pues, no contienen los ítems establecidos en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998. Ante la unificación expuesta, la Sala, para garantizar el derecho fundamental a la igualdad, reconocerá la ausencia de estudio técnico dentro del proceso de reestructuración adelantado por el Departamento de Antioquia, no solo por dicho pronunciamiento, sino porque, se reitera, así se encuentra acreditado en el expediente de tutela de la referencia.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-01011-01\(AC\), MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ](#)

**5. Vulneración del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas por falta de condiciones mínimas en casa de descanso de guardianes del Inpec en Valledupar**

La Sección Cuarta amparó el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de los guardianes del Inpec de Valledupar, por falta de condiciones mínimas de alojamiento en casa asignada para su descanso.

La Sala señaló que el derecho que tiene el trabajador al descanso, originado en la relación laboral, es de carácter fundamental según lo considerado por la Corte Constitucional, el disfrute de ese derecho busca recobrar las fuerzas perdidas, cuando se ha laborado un periodo largo de tiempo, y proteger la salud física y mental. Además lograr un adecuado descanso garantiza el desarrollo de las actividades encomendadas en forma más eficiente, para el caso en concreto la función de vigilar a los internos del penal, entre otras. Del anterior recuento probatorio se advierte sin duda alguna que la casa que el INPEC tiene destinada para el descanso del personal de vigilancia y custodia del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Valledupar no cumple con las condiciones mínimas necesarias para un adecuado descanso, como lo son, en primer lugar, una cama en buen estado con un colchón cómodo en condiciones de higiene que prevengan la producción de ácaros. Es importante además que la locación en la que se pretende descansar esté en condiciones agradables, así como los lugares contiguos a la misma de manera que no exista riesgo alguno para la vida y salud de quien descansa. En este sentido se indicó que es obligación del Estado brindar las condiciones necesarias para que la labor que desempeñan sus empleados sea prestada en condiciones dignas y justas [art. 25 CP]. Bajo ese entendido el descanso, como derecho fundamental que nace de la relación de trabajo debe igualmente ser garantizado [art. 53 ib]. Un adecuado descanso beneficia tanto al trabajador como al empleador pues su goce repercute en alto grado en el eficiente y eficaz desarrollo de las funciones encomendadas.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Exp. 20001-23-31-000-2010-00310-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**6. Vulneración del debido proceso en proceso de cobro coactivo por indebida notificación del acto que resolvió las excepciones contra el mandamiento de pago**

La Sección Quinta confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Casanare que amparó el derecho al debido proceso de la BP Exploration Colombia en un procedimiento de cobro coactivo que le adelanta CORPORINOQUIA. La protección obedeció a que la accionada le notificó indebidamente a la tutelante el acto (Resolución 4000081-41-10-236 del 24 de agosto de 2010) que decidió las excepciones que ésta presentó contra el mandamiento de pago del 29 de julio de 2010, pues, al efecto, no siguió las reglas del Estatuto Tributario, aplicable a dicho procedimiento por remisión de la Ley 1066 de 2006, sino la notificación por estado prevista por el Código de Procedimiento Civil.

También, porque, por un lado, la accionada no levantó las medidas cautelares decretadas en el procedimiento, a pesar de que la actora presentó las garantías necesarias para ello y, por otro lado, porque excedió las facultades de disposición que tenía sobre los bienes, de propiedad de la tutelante, objeto de la medida de embargo.

La Sala sostuvo: “La notificación de las decisiones de las autoridades administrativas es un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso, porque permite a los administrados conocerlas y consecuentemente controvertirlas. De allí que la forma cómo la Administración practica la notificación debe adecuarse con su finalidad, a saber, que el administrado conozca efectivamente los actos administrativos. Si el mecanismo de notificación del que hace uso la Administración no es el adecuado, verbi gracia el previsto por la ley, lo que subyace a esta irregularidad no es el

incumplimiento de una simple formalidad, sino la privación al administrado de ejercer su derecho de defensa. En otras palabras, se priva al interesado del medio que tiene para instrumentalizar su derecho al debido proceso. Sobre el punto, concretamente la actora reclama que CORPORINOQUIA notificó la Resolución 4000081-41-10-236 del 24 de agosto de 2010 por estado, cuando correspondía notificarla según las reglas del artículo 565 del Estatuto Tributario, norma aplicable al caso por remisión expresa del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, que ordena a las entidades públicas del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, que tengan jurisdicción coactiva seguir para el efecto el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario. La Sala coincidió con el *a quo* en que, efectivamente, el artículo 565 del Estatuto Tributario es la norma que debió aplicar la accionada para notificar a la tutelante de la Resolución 4000081-41-10-236 del 24 de agosto de 2010, pues así lo dispone el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006. Ésta norma no puede interpretarse y aplicarse parcialmente, como lo sugiere CORPORINOQUIA, comoquiera que el enunciado normativo es contundente en su remisión al procedimiento del Estatuto Tributario, más no a un fragmento de éste. En efecto, nótese que el mandato “deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario” no permite inferir, ni siquiera con un gran esfuerzo interpretativo, que la expresión procedimiento se limita a un título del estatuto o excluye la aplicación de alguna norma de éste. Por demás, una interpretación sistemática del aludido artículo 5 con el resto de las previsiones de la Ley 1066 no permite concluir que la remisión al procedimiento del Estatuto Tributario tiene alguna excepción, específicamente en materia de notificaciones. La Resolución 200.15.07-125 de CORPORINOQUIA “Reglamento Interno de Recaudo de Cartera” en su numeral 10, que trata sobre el trámite de las excepciones al mandamiento de pago no prevé remisión alguna al Código de Procedimiento Civil, normativa que establece la notificación por estado (artículo 321 del C. de P.C); por el contrario, las reglas sobre la materia tienen referencia directa al Estatuto Tributario. En ese orden de ideas, la Sala no advirtió que del reglamento de la accionada se pueda llegar a la conclusión que la notificación del acto que resuelve las excepciones contra el mandamiento de pago se debe hacer por estado. Lo que sí es evidente es que dicho trámite [excepciones al mandamiento de pago] tiene fundamento en las normas del Estatuto Tributario. En conclusión, la notificación del acto que resolvió las excepciones contra el mandamiento de pago para el presente caso se debió ceñir a las previsiones del artículo 565 del Estatuto Tributario y, por contera, no podía hacerse por estado, como lo hizo la accionada, habida cuenta de que el aludido artículo no prevé esa forma de notificación.

**b) Vulneración del debido proceso al no accederse a levantamiento de medidas cautelares en proceso de cobro activo y por el exceso de la entidad en las facultades conferidas sobre los recursos embargados**

En cuanto a la decisión de no aceptar la caución ofrecida por BP Exploration para el levantamiento del embargo de los dineros de la cuenta bancaria y el traslado de esos recursos de dicha cuenta a un depósito judicial constituido a favor de CORPORINOQUIA, no hay duda que la conducta de la entidad accionada fue contraria a la previsión del artículo 837-1 del Estatuto Tributario. De la simple constatación del aludido artículo se evidencia que si la ejecutada ofrece caución que garantice el pago del 100% en discusión la ejecutada debe levantar las medidas cautelares. Pues, bien en el caso concreto, de acuerdo con el mandamiento de pago 400081-57-10-138 del 29 de julio de 2010 la suma de dinero objeto de la ejecución es dieciséis mil quinientos millones quinientos noventa y cuatro mil doscientos cincuenta pesos y la caución ofrecida por BP Exploration asciende a veinte mil millones de pesos. Coherentemente no se advierte razón alguna para que la accionada no hubiera accedido a la petición de la ejecutada.

La Sala replicó el anterior argumento para advertir la irregularidad de CORPORINOQUIA cuando constituyó un depósito judicial en su favor con los dineros que embargó de la cuenta bancaria de la BP Exploration. En efecto, el artículo 837-1 del Estatuto Tributario dispone que los recursos [los embargados de la cuenta bancaria] no podrán utilizarse por la entidad ejecutora hasta tanto quede plenamente demostrada la acreencia a su favor, con fallo judicial debidamente ejecutoriado o por vencimiento de los términos legales de que dispone el ejecutado para ejercer las acciones judiciales

procedentes. Entonces, CORPORINOQUIA excedió la facultad que tenía sobre los recursos embargados a la ejecutada, pues mientras que la ley ordena tenerlos congelados en la cuenta bancaria, la accionada dispuso su traslado.

[Sentencia de 24 de marzo de 2011, Exp. 85001-23-31-2010-00160-01\(AC\), MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

## ACCIONES POPULARES

**1. La no inclusión de medicamentos en el Plan Obligatorio de Salud, no constituye per se violación del derecho de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública. Inclusión de medicamentos en el Plan Obligatorio de Salud, requiere un adecuado soporte financiero y no puede afectar la progresividad del sistema**

La Sección Primera negó una acción popular por la que se pretendía el a,apro del derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, presuntamente vulnerado porque el medicamento Toxina Botulínica tipo A no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud - Pos

Con fundamento en la normatividad que estructura y fundamenta el Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala concluyó que la sola circunstancia de que un medicamento no se encuentre incluido en el POS no constituye per se violación del derecho de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública. En el caso sub examine, no obró prueba contable ni financiera en el expediente que demuestre que la inclusión de la “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades” en el POS, no afectará el equilibrio económico-financiero del la Seguridad Social en Salud; ni estudio respecto de cambios en la estructura demográfica de la población, que demuestre la necesidad imperiosa de incluir el medicamento en el POS. Las limitaciones financieras del sistema de Seguridad Social hacen imposible que el POS cubra todas las contingencias. Ello explica que la jurisprudencia constitucional haya reconocido que la existencia -por vía general- de limitaciones o exclusiones al POS es compatible con la Constitución Política, pues apunta a asegurar su viabilidad y sostenimiento. En punto al examen en cuestión, consideró que debía tenerse en cuenta que por razón del categórico mandato del artículo 48 de la Constitución Política, el Estado, con la participación de los particulares, está obligado a ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social. Ello significa que la afiliación de toda la población pobre del país a la Seguridad Social en salud y la nivelación entre los servicios ofrecidos por el POS de los regímenes subsidiado y contributivo de Seguridad Social en Salud, de manera que ambos incluyan la prestación de los mismos servicios, son prioridades de rango constitucional. Síguese de ello que la inclusión de un medicamento en el POS no puede hacerse con prescindencia del impacto económico que dicha decisión cause en el cumplimiento de obligaciones cuya satisfacción la Constitución Política considera prioritaria, máxime si se tiene en cuenta que el mandato de progresividad implica que no puede haber retrocesos en niveles de atención o cobertura, ni en el monto presupuestal de los recursos públicos destinados a los planes de atención básica y subsidiado. Dada la escasez de recursos, la decisión de incluir un medicamento en el POS que carece del adecuado soporte financiero, repercutiría en desmedro de los sectores más pobres de la población que tienen la expectativa de ser cubiertos por el régimen subsidiado y de que los servicios del POS subsidiado sean nivelados con los del contributivo, pues los recursos provenientes del situado fiscal y de la participación de los ingresos de la Nación alcanzarían para afiliar un menor porcentaje de población pobre. En las circunstancias macroeconómicas actuales, y dada la magnitud del déficit fiscal, una eventual ampliación de la cobertura del POS implicaría la urgente inyección de dineros del presupuesto nacional para sufragar los costos. Ello explica que para la inclusión de un medicamento en el POS se exijan estudios de costo-efectividad y de cambios en la estructura demográfica de la población, sobre el perfil epidemiológico nacional, y sobre la tecnología apropiada disponible en el país y, además, sobre las condiciones financieras del

sistema. Igualmente, se advirtió que no se desvirtuaron las consideraciones por las cuales el Comité Técnico Científico conceptuó desfavorablemente la inclusión de la “TOXINA BOTULÍNICA TIPO A de 100 unidades” en el POS; ni que ante la necesidad imperiosa de suministrar este medicamento para garantizar la vida en condiciones dignas, este se hubiera negado a los pacientes.

**[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-24-000-2005-01811-01\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)**

**2. Se selecciona para revisión eventual en acción popular la procedencia del incentivo económico tras la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010 ante falta de unificación jurisprudencial**

Sin perjuicio de la expedición de la Ley 1425 de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado dispone en sentencia del 20 de enero de 2011 “(...) se revocará el numeral 4° de la sentencia apelada y, en su lugar, se fijará como incentivo, a favor del demandante, la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, habida cuenta de que la presente acción sirvió para proteger el derecho colectivo al medio ambiente sano y éste no renunció a su derecho de percibir el estímulo”. A su vez, la Sección Tercera de esta Corporación se abstiene de reconocer el incentivo en sentencia del 24 de enero de 2011 argumentando “[e]s así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe aplicarse la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio. (...) En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo”. En armonía con lo expuesto y en cumplimiento de las previsiones del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, a juicio de la Sección Tercera, es tarea ineludible de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificar la jurisprudencia en materia de acción popular, en lo que tiene que ver con i) la relación entre la diligencia observada por el actor y su derecho a percibir el incentivo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 y ii) el reconocimiento del beneficio económico en vigencia de la Ley 1425 de 2010. En este sentido, se accederá a la solicitud de revisión teniendo en cuenta que se cumplen todos los presupuestos exigidos para tal efecto.

**[Auto de 23 de marzo 2011, Exp. 17001-33-31-001- 2009-01489-01\(AP\)REV, MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA](#)**

**3. Se selecciona para revisar la procedencia o improcedencia del incentivo económica en acción popular ante la inasistencia del actor a la audiencia de pacto de cumplimiento y otros comportamientos negligentes**

La Sección Tercera accedió a la solicitud de revisión eventual solicitada por el actor, a quien se le negó el incentivo económico en razón de su inasistencia, a la audiencia de pacto de cumplimiento durante el trámite del proceso.

La Sala señaló: “De conformidad con la sentencia del 20 de septiembre de 2007, proferida por la Sección Primera, dos son las posturas del Consejo de Estado frente al tema que ocupa la atención de la Sala. De una parte se sostiene que la ausencia injustificada del demandante a la audiencia de pacto de cumplimiento, aunada a otros comportamientos negligentes, no lo priva del incentivo, sin perjuicio de las sanciones a las que se hace acreedor por su conducta negligente y, de otra, se dice que la inasistencia injustificada del accionante a la mencionada audiencia, sumada al incumplimiento de otras cargas procesales, lo aleja de la diligencia que demanda el reconocimiento del incentivo económico. Llama la atención que la Sección Primera, en la sentencia traída a colación, cita para abandonar -sin más- la posición jurisprudencial acorde con la cual el comportamiento procesal del actor popular no condiciona el reconocimiento del incentivo,

prohijando, esta vez, una relación inescindible entre el derecho al beneficio económico consagrado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 y la diligencia procesal en orden a la prosperidad de su pretensión. Ahora bien, en sentencia del 18 de febrero de 2010, la misma Sección, con ponencia de igual consejero, retoma la posición otrora abandonada, es decir, reconoce al accionante el incentivo, sin perjuicio de la fallida audiencia de pacto de cumplimiento, atribuida a su inasistencia, a la vez que exhorta al juez de instancia “(...) para que, cuando a ello haya lugar, ante la inasistencia injustificada de la parte actora a la audiencia de pacto de cumplimiento le imponga las sanciones previstas en la ley (...)”. En armonía con lo expuesto y en cumplimiento de las previsiones del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, a juicio de la Sección Tercera, es tarea ineludible de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificar la jurisprudencia en materia de acción popular, en lo que tiene que ver con la relación entre la diligencia observada por el actor y su derecho a percibir el incentivo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998”.

[Auto de 23 de febrero de 2011, Exp. 17001-33-31-001-2009-01566-01\(AP\)REV, MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO](#)

## ACCIÓN DE GRUPO

### **1. a) El Servicio de alumbrado público no tiene carácter de domiciliario**

Los actores ejercieron acción de grupo al considerar que la forma como es liquidado el impuesto de alumbrado público, en el Municipio de Montería para los estratos 5 y 6 y los sectores industrial y comercial, es violatoria de la ley. La Sección Tercera estimó las pretensiones de la demanda, declaró no ajustados al ordenamiento las liquidaciones del tributo realizadas por Electrocosta, declaró responsable a esta empresa y al Municipio y condenó la pago de \$1.449.564.759 a favor de los integrantes del grupo.

La ley 142 de 1994 no consagra las características que definen a los servicios públicos domiciliarios; del tenor de los artículos 1 y 14.21 se desprende para su identificación un criterio de taxatividad; es decir, se optó por la enumeración de aquellas actividades que se pueden enmarcar dentro de esta categorización (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, etc.) y la delimitación de sus rasgos identificadores se dejó en manos del operador jurídico. Ha sido precisamente la jurisprudencia quien ha asumido la tarea, precisando que “Los servicios públicos “domiciliarios” son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”. De lo que se viene de exponer se desprende el carácter no domiciliario del alumbrado público, toda vez que no se encuentra dentro de las actividades referenciadas en el artículo 1 de la ley 142 de 1994. Adicionalmente, como ha señalado el juez constitucional, no sólo este criterio formal justifica su exclusión, también puede deducirse de las características propias del servicio, sobre todo aquella que atiende a su destinación al tener como finalidad la iluminación de lugares comunes o de zonas que constituyen espacio público, destinadas a servir de áreas de libre circulación, facilitando de esta forma una adecuada visibilidad en horas de la noche tanto a vehículos como peatones.

### **b) La acción de grupo es procedente frente a toda actuación administrativa**

Sin esfuerzo argumentativo alguno, se puede deducir entonces, que las acciones de grupo que se interpongan contra sujetos públicos, en términos constitucionales, detentan al menos la siguiente configuración: 1. Tienen rango constitucional y por ende, el legislador debe respetar su naturaleza y esencia; y su correspondiente desarrollo legal debe ser interpretado con base en ello; 2. Son un instrumento para la defensa de algunos derechos de rango constitucional. ¿Cuáles?: Los que resulten

afectados con ocasión de daños antijurídicos imputables a sujetos públicos. 3. Son el único instrumento de rango constitucional concebido para garantizar la responsabilidad patrimonial del Estado, que como se anotó, en sí misma constituye una herramienta de defensa de los derechos constitucionales. Apartándose del análisis de conveniencia y oportunidad conceptual de las tradicionales categorías de la actuación administrativa en el derecho colombiano: actos (unilaterales), contratos, omisiones, hechos y operaciones; se puede decir de manera pacífica, que cualquiera de ellas puede producir daños antijurídicos. Si las acciones de grupo, como se indicó, están concebidas, entre otras, para garantizar la responsabilidad patrimonial del Estado, de manera alguna podría señalarse que éstas sólo resultan procedentes cuando los daños sean imputables a algunas actuaciones administrativas y a otras no. Entender esto significaría una flagrante violación a la Constitución Política, que como se señaló, no distingue entre las actuaciones administrativas (estatales) que dan lugar a una responsabilidad estatal y aquellas que no. Como consecuencia de esta situación, si el legislador estableciera la procedencia de las acciones de grupo únicamente contra hechos, omisiones y operaciones administrativas, estaría limitando su alcance constitucional. Esta consideración en términos lógicos significa, que la interpretación que se le debe dar a la Ley que desarrolle las acciones de grupo no puede ser restrictiva, sino extensiva de las actuaciones administrativas que pueden dar lugar a la generación de daños y a la consecuente responsabilidad patrimonial del Estado. Se infiere entonces, que en el entender de la sala, la interpretación de la sentencia de primera instancia, contraviene la Constitución Política y en particular la naturaleza y esencia que ella le otorga a la acción de grupo, toda vez que, perfectamente una acción de este tipo puede centrar su atención exclusivamente en un daño producido por un acto administrativo, y esta posibilidad, a su vez, no se puede limitar: El daño lo puede producir un acto administrativo legal, pero también uno ilegal.

### **c) La declaratoria de nulidad de actos administrativos es procedente en acción de grupo**

Independientemente al desarrollo legal de la acción constitucional que se estudia, de lo expuesto en el anterior numeral, se deriva la connotación resarcitoria de la acción de grupo. Cuando un número plural de personas se reúne para su presentación, existe, sin discusión, un interés subjetivo de cada una de ellas, de que se le indemnicen unos perjuicios. Como se observa, la existencia del grupo, no desdibuja la configuración de una sumatoria de intereses subjetivos de sus miembros que encuentran una causa común; en el caso que se estudia, reconocida en el daño antijurídico que se le imputa a la administración. Indicar, que no resulta viable la derivación de un daño, de un acto administrativo ilegal proferido por un sujeto público, en el contexto de una acción de grupo, constituye, sin duda alguna, un límite a la connotación resarcitoria ya aludida, toda vez que el grupo podrá obtener una condena que le reconozca una indemnización de perjuicios derivada de la antijuridicidad de un daño ocasionado por un hecho, omisión u operación administrativa, mas no por un acto administrativo. La dimensión colectiva que es inherente a la acción de grupo, que entre otras, contribuye a la economía procesal y a la eficiencia de la Justicia, encontraría en la hipótesis que se estudia, una restricción cuando se trate de actos administrativos ilegales productores de daños, ya que en este caso, solo sería posible acceder a la justicia a través de acciones de tipo individual, específicamente: la de nulidad y restablecimiento del derecho. En lo que respecta a la posibilidad de que en una acción de grupo se pueda analizar el daño originado en un acto administrativo ilegal, sin que esto demande, un pronunciamiento de nulidad, su solo planteamiento resulta absurdo. En la hipótesis que se analiza, el daño antijurídico se configuraría, justamente, por la ilegalidad de un acto administrativo, la cual debe ser declarada, para con base en ello, hacer el ejercicio lógico que se deriva del artículo 90 constitucional: identificar el daño e imputarlo al Estado, en razón de la producción que éste hizo de un acto administrativo ilegal, que tuvo vida, en virtud de la presunción de legalidad que es propia de los actos de esta naturaleza. Una acción judicial como la de nulidad y restablecimiento del derecho, está configurada en el derecho colombiano, como una acción de tipo material, es decir, una acción cuya finalidad es proteger intereses de carácter subjetivo, que pueden resultar afectados con la ilegalidad de un acto administrativo que necesariamente y de manera previa, debe ser declarada por el juez de conocimiento. La experiencia francesa de la “acción de plena jurisdicción”, de la que probablemente proviene la lógica de esta acción, ha enseñado, que cuando un daño antijurídico es

producido por un acto administrativo ilegal, debe declararse la nulidad de este, pero también y como consecuencia de lo anterior, reconocerse el pago de unos perjuicios. Mutatis mutandi, si se concibe que con la acción de grupo se puede y se debe conocer también de daños producidos por actos administrativos ilegales en virtud de su configuración constitucional (literal a), se debe decir, que en estos casos, el juez del conocimiento, debe declarar la ilegalidad del acto administrativo (nulidad) y luego imputar el daño alegado a esta actuación del Estado, para solo con base en ello, reconocer una indemnización de perjuicios. Como consecuencia de lo anterior, si el juez de la acción de grupo se encuentra frente a un daño alegado por un número plural de personas, imputable a un acto administrativo ilegal, debe determinar si esto en efecto es así o no, y sólo en caso de lo primero, le resultará posible identificar y tasar los perjuicios alegados por los actores. La declaratoria de nulidad de actos administrativos, constituye entonces un presupuesto, para aquellas acciones de grupo en que se alegan daños imputables a la ilegalidad de este tipo de manifestaciones unilaterales.

**d) En acción de grupo contra actos administrativos no se deben reunir los mismos requisitos que el ordenamiento exige para la acción individual**

Es necesario determinar si el demandante debe asegurar que la acción ejercida de forma grupal reúna los mismos condicionamientos que el ordenamiento jurídico exige en caso de haber optado por un mecanismo procesal de carácter individual. O lo que es igual, si en el presente caso con la acción de grupo se busca la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo que afecta situaciones jurídicas particulares y concretas y, como consecuencia de ello, la correspondiente indemnización de perjuicios, el actor debe determinar con exactitud las normas que considera violadas, precisar el concepto de la violación, identificar con precisión los actos demandados y agotar la vía gubernativa. Para la sala la respuesta al anterior interrogante, tratándose de acción de grupo no puede ser afirmativa. La característica de la titularidad grupal conlleva indefectiblemente a que el mecanismo procesal se haya consagrado en la constitución y desarrollado en la ley como un modo de buscar un resarcimiento derivado de daños que tengan cierta entidad al tener una repercusión social. Esta connotación, permite que al desechar la acción individual para hacer uso del mecanismo desarrollado en la Ley 472 de 1998, conlleve inexorablemente una flexibilización de algunos de los requisitos exigidos en aquellos casos en los que el individuo decide optar por una acción de carácter resarcitorio como la nulidad y el restablecimiento del derecho. Por ende, no sería ajustado a la finalidad perseguida por el constituyente en el artículo 88, la exigencia de requisitos como la vía gubernativa o la delimitación exacta de los actos demandados en un caso como en el que nos ocupa en el que, dado el carácter continuo y periódico (cada mes) de la expedición de las facturas en las que se fija el monto exacto del impuesto de alumbrado público, imposibilitaría la reunión del mínimo de personas afectadas (20) que exige el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo expuesto, tratándose del requisito del concepto de la violación, éste debe desprenderse del contenido de la demanda, en atención al carácter rogado de la acción de grupo y la necesidad de pronunciamiento judicial sobre la legalidad de los actos administrativos que constituyen la causa generadora del daño. Aunque al expediente sólo se aportaron unas pocas facturas del servicio domiciliario de energía eléctrica como prueba de la causa común que habilita la utilización de la vía procesal establecida en la ley 472 de 1998, en el escrito demandatorio señalan los actores que la manera como ELECTROCOSTA S.A. viene realizando la liquidación del impuesto de alumbrado público es contraria a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo No 50 de 1996 expedido por el municipio de Montería; aducen, como razón de la contradicción, la inclusión de las contribuciones que deben realizar los estratos 5 y 6 y los sectores industrial y comercial para subsidiar a los sectores menos favorecidos en el concepto de “consumo mensual del servicio” (base gravable del impuesto). De allí que, el concepto de la violación aparece acreditado en el proceso, lo cual posibilita el pronunciamiento de la sala.

**e) Ilegalidad de la liquidación del impuesto de alumbrado publico en Montería al incluirse la contribución en el concepto de consumo mensual**

La sala debe señalar en primer término, que el tema objeto de debate ya fue analizado en su momento por la Corte Constitucional en la sentencia C - 086 de 1998 al revisar la constitucionalidad

del artículo 5 de la ley 286 de 1996. En esa oportunidad se precisó que la ley 142 de 1994 (art. 86 y 87) se convirtió en la base legal de los llamados “subsidios tarifados cruzados”, mecanismo que consiste en cobrar a los usuarios de más altos ingresos un sobrepago por la prestación del servicio; de allí que, con las sumas recaudadas, los usuarios de escasos recursos puedan ser beneficiarios del servicio al no pagar su costo real. El sistema descrito tiene relación directa con el artículo 367 de la Constitución, disposición que delega en el legislador el establecimiento de las formas de financiamiento de los llamados servicios públicos domiciliarios, así como la determinación de los criterios y factores a tener en cuenta para fijar las correspondientes tarifas. Es así como, son dos los mecanismos ideados constitucionalmente: subsidios que pueden otorgar la nación y las entidades territoriales de sus respectivos presupuestos (art. 368 de la Constitución) y el recargo en la tarifa que están obligados a cancelar los usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores industrial y comercial. Este valor, como señala el juez constitucional, ha recibido en el ordenamiento jurídico colombiano diversidad de denominaciones: “factor” en la ley 142 de 1994; “contribución” en la Ley 143 de 1994; “sobretasa o contribución especial” en la ley 223 de 1995. Es precisamente en disposiciones como las referenciadas en las que se hace una diferenciación entre el “valor que corresponde al servicio” y el denominado “factor”, “contribución” o “sobretasa” que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Esta aseveración nos conduce a una primera afirmación: la suma de estos dos elementos da como resultado el valor total de la factura más no el monto del consumo que es un componente de la misma. Esta conclusión necesariamente conduce a desentrañar la naturaleza jurídica de la suma cobrada a los estratos 5 y 6 y a los sectores industrial y comercial. La contribución posee el carácter de impuesto, pues como ha señalado el juez constitucional, todos los elementos del tributo pueden identificarse sin dificultad: 1. Ejercicio de la potestad impositiva del estado y ausencia de voluntad de los administrados en cuanto a la posibilidad de su establecimiento; 2. justificación directa en el principio de solidaridad; 3. Imposibilidad de exigir retribución alguna por su pago; 4. Identificación de los elementos de la obligación tributaria: sujetos pasivos (usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores industrial y comercial), agentes recaudadores (las empresas de servicios públicos), el hecho gravable (ser usuario del servicio), la base gravable (el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario) y el monto del impuesto (que en el caso del servicio público de energía se fijó directamente en un 20% en el artículo 95 de la ley 23 de 1995). Adicionalmente, varias disposiciones de la ley 142 de 1994 hacen una equivalencia directa entre consumo y valor del servicio efectivamente recibido. En el artículo 137 .1 cuando se trata lo referente a las reparaciones por falla en la prestación del servicio, entre los derechos que se le reconoce a los usuarios está precisamente el de no hacerle “cobro alguno por conceptos distintos del consumo...”; a su vez el artículo 144 en su inciso primero señala que puede exigirse a los suscriptores o usuarios la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación de los instrumentos necesarios “para medir sus consumos”; el artículo 146 se ocupa de precisar cómo debe llevarse a cabo por los operadores la medición del consumo, incluso reconoce un derecho a que dicha operación se realice utilizando “los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor u usuario”; por su parte, el artículo 148 establece entre los requisitos de las facturas la información al usuario de cómo “se determinaron y valoraron los consumos”. Como puede observarse, la inclusión de la contribución en el concepto de consumo mensual para realizar la liquidación es contrario a lo dispuesto en el acuerdo 050 de 1996, ello se deduce fácilmente de los razonamientos expuestos, de los que se puede inferir que el consumo es un factor comprendido dentro del total de la factura del servicio público de energía eléctrica, que encuentra una identidad con el “valor del servicio efectivamente prestado” al ser medible y comparable a través de los instrumentos que la técnica dispone para el efecto, medición que además constituye un derecho que se traduce en la información que de la misma hace el operador al usuario, que se diferencia claramente de la contribución que, además de ser otro factor a tener en cuenta en el monto total de la factura, es un impuesto de destinación específica cuya base gravable es precisamente el valor del consumo. Vistas así las cosas, esta sala procederá a declarar la ilegalidad del cobro realizado por concepto de alumbrado público en las facturas del servicio domiciliario de energía eléctrica a los estratos 5 y 6 y a los sectores industrial y comercial. Puede entonces concluirse que el daño causado (la suma cobrada de forma indebida) tiene su origen

en los actos administrativos que serán declarados no ajustados al ordenamiento jurídico en esta sentencia (las liquidaciones realizadas)

**f) Responsabilidad de Electro Costa y el Municipio de Montería por la indebida liquidación del impuesto de alumbrado público**

Por otra parte, el daño es imputable en primer lugar a ELECTROCOSTA como quiera que el municipio confió a dicha empresa, a través de convenio, la liquidación y recaudo del impuesto de alumbrado público y, fue precisamente en cumplimiento de esta actividad, a través de la expedición de las facturas, que se generó el detrimento patrimonial. Adicionalmente, debe señalarse que la labor confiada a ELECTROCOSTA constituye el ejercicio de una verdadera función administrativa, toda vez que se le trasladó a la empresa de servicios públicos el desarrollo de varias de las manifestaciones más importantes de la potestad impositiva, como quiera que ésta no sólo se limita al establecimiento en normas generales de los elementos de la obligación tributaria, sino que comprende también las labores de determinar caso por caso el monto a cancelar así como su recaudo. Por este motivo, el daño también resulta imputable al Municipio de Montería, ya que aún cuando él no se encargue directamente de la liquidación no ha renunciado en ningún momento a la titularidad de esta actividad sino que simplemente ha confiado a un tercero su ejercicio. De igual modo, como se desprende de lo demostrado en el proceso, la tasa de alumbrado público se recauda a favor del ente territorial para que éste asuma los gastos que genera la prestación del servicio y es su responsabilidad directa el cobro coactivo de la cartera morosa.

[Sentencia de 7 de marzo de 2011, Exp. 23001-23-31-000-2003-00650-02\(AG\), MP. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

## SECCIÓN PRIMERA

**1. Las sociedades a las que se refiere la ley de fomento a la cultura del emprendimiento (Ley 1014 de 2006) deben constituirse atendiendo las categorías societarias establecidas en el Código de Comercio y no como “sociedades unipersonales”**

Se demandó, en acción de nulidad, el Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006 “*por medio del cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006*”, en cuanto permite la constitución de sociedades unipersonales.

**Extracto:** Si se revisan con detenimiento los antecedentes del Proyecto de Ley 143 de 2004 - (Cámara) y 301 de 2005 - (Senado), que habría de convertirse en la Ley 1014 del 26 de enero de 2006, se observa que en ningún momento la intención del legislador fue la de introducir modificaciones al régimen jurídico de las sociedades, mediante el establecimiento de la figura de las “*sociedades unipersonales*” a las cuales hace referencia el Decreto 4463 del 15 de Diciembre de 2006, dictado por el Presidente de la República. (...) Como se puede constatar, en el trámite del proyecto no se mencionó siquiera el propósito de establecer una nueva categoría societaria, tal como lo entendió equivocadamente el ejecutivo al hacer uso de su potestad reglamentaria. (...) Los comentarios que anteceden llevan a la Sala a concluir, que el artículo 22 de la ley 1014 de 2006 al referirse a “*Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo [...]*”, estaba haciendo referencia a las distintas categorías societarias previstas en el Código de Comercio y no a la creación de una nueva especie o tipo de sociedad denominada “*Sociedad unipersonal*”, como equivocadamente lo entendió la administración. Lo que en realidad quiso el legislador al permitir que las “*nuevas sociedades*” que se establezcan y que compartan las características de las microempresas a que se refiere el artículo 2° de la ley 905 de 2004, sean constituidas con el lleno de los requisitos señalados por la ley 222 de 1995, bajo cualquiera de las categorías societarias consagradas en el Código de Comercio, esto es, mediante escrito privado y el

cumplimiento de las demás exigencias establecidas en el artículo 72 de la ley 222, anteriormente transcrito. Por lo anterior, estima la Sala que las pretensiones del demandante deben ser despachadas de manera favorable, por cuanto el Decreto Reglamentario 4463 del 15 de diciembre de 2006, al emplear en varios de sus apartes el sintagma “*sociedad unipersonal*”, está desbordando en forma palmaria lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006”, en cuyo texto, como ya se dijo, no se estableció esa nueva categoría, ni modificó de manera tácita el artículo 98 del Código de Comercio, según el cual la pluralidad de socios o asociados es una condición *sine qua non* para la existencia del contrato de sociedad. Por lo anterior, estamos frente a una ostensible violación de las normas indicadas por el demandante y del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia.

[Sentencia del 20 de enero de 2011. Exp. 11001-03-25-000-2008-00136-00. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

## **2. Las marcas CREMOSITO y CREMY pueden coexistir pacíficamente en el mercado sin generar riesgo de confusión**

Se demanda, en acción de nulidad, las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedió el registro de la marca CREMOSITO (mixta) para distinguir productos de la clase 30 Internacional, por generar confusión con la marca CREMY.

**Extracto:** En segundo lugar, como se trata de comparar una marca denominativa “CREMY” con una mixta “CREMOSITO”, la Sala procederá a examinar si en esta última predomina el elemento verbal o el gráfico. (...) Para la Sala resulta claro, que en la marca cremosito predomina la parte denominativa, porque su sola lectura es la que trae en la mente del consumidor la palabra que distingue, sin que la parte gráfica, que consiste en que la palabra CREMOSITO está repetida y tiene una determinada forma y en que contiene un óvalo que no indica nada en especial y ocupa un lugar secundario, sea de relevancia, amén de que los productos amparados bajo la misma son solicitados a su expendedor por su denominación y no por la descripción de su parte gráfica. En consecuencia, la marca mixta “CREMOSITO” se considerará como marca denominativa para efectos de su comparación con la marca denominativa “CREMY”. Siguiendo el direccionamiento del Tribunal Andino de Justicia, la Sala procederá al cotejo de los signos denominativos, para constatar si existe algún riesgo de confusión: (...) Ahora bien, es claro para la Sala que la causal de irregistrabilidad consagrada en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina exige que se consideren probados dos requisitos, de una parte la semejanza determinante de error en el público consumidor y, de otra, la identidad o relación entre los productos que se pretenden proteger con el signo, a punto de poder causar confusión en aquél. Conforme lo señala el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el análisis de distintividad debe hacerse valorando los signos sin descomponer la unidad de cada uno, para verificar si el todo prevalece sobre las partes. Los signos a comparar son: CREMOSITO / CREMY Se observa que, no obstante que los signos se asemejan en la parte inicial en las letras CREM, el signo registrado CREMOSITO tiene 4 sílabas mientras que el signo registrado opositor tiene 2. La longitud de las palabras es diferente, lo que hace que visualmente no sean confundibles; la parte fonética es distinta, pues la primera expresión se pronuncia CRE-MO-SI-TO y la segunda CRE-MY y el acento de aquella está en la sílaba SI, mientras que en ésta en CRE. Ahora, los productos que ambas marcas pretenden proteger son de la clase 30 internacional, para distinguir confitería. Empero, como lo expresó la entidad demandada, las marcas pueden coexistir pacíficamente en el mercado sin generar ningún riesgo de confusión en el público consumidor, como sucede en este caso. En consecuencia, no prospera este cargo. Al no existir riesgo de confundibilidad entre las marcas “CREMOSITO” y “CREMY”, la Sala negará las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

[Sentencia del 20 de enero de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2004-00295-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

### 3. Infracción aduanera. Es obligación del transportador verificar el peso de la mercancía y su correspondencia con el indicado en la declaración de tránsito aduanero.

La Sociedad Eduardo Botero Soto & Cia Ltda. demandó las Resoluciones 141 de 1996 y 43 de 1999 de la DIAN, por medio de las cuales se le declaró responsable por el incumplimiento de lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 1105 de 1992, en lo referente a la no presentación en debida forma de la información contenida en el manifiesto de carga.

**Extracto:** De acuerdo con lo expuesto, la pregunta que se plantea, en voces del inciso cuarto del artículo 4° del Decreto 1105 de 1992, es la de si en el presente caso le es *“imputable a la transportadora”* la aparición en el CONTENEDOR de mercancías adicionales a las que aparecen descritas en la Declaración de Tránsito Aduanero, elaborada y presentada por el Importador. En otras palabras, es preciso dilucidar si se le puede atribuir o no al Transportador la responsabilidad de que el CONTENEDOR aquí mencionado hubiese llegado a la aduana de destino con mercancía que no fue declarada en dicho documento. En principio, podría decirse que la respuesta a tales interrogantes debe ser negativa, pues no es dable predicar que en este caso el transportador haya intervenido en la conformación o consolidación de las mercancías, como tampoco en el diligenciamiento de la respectiva Declaración de Tránsito Aduanero. Expresado en otras palabras, su intervención se limitó a recibir, cargar, transportar y entregar en la aduana de destino el referido embalaje, con la documentación que para el efecto le fue entregada, especialmente la D.T.A. en mención, que en estos casos hace las veces de Manifiesto de Carga. No obstante lo anterior y si bien el transportador no intervino en la conformación o consolidación de las mercancías ni en el diligenciamiento de la Declaración de Tránsito Aduanero, lo cierto es que antes de proceder a transportar el contenedor a Medellín, ha debido verificar el peso de la mercancía y su correspondencia con el peso indicado en dicha declaración. (...) Además de ello, considera la Sala que en el presente caso no puede aducirse que la administración incurrió en un desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad, pues tal como queda dicho, el artículo 3° del Decreto 1909 de 1992 es claro al preceptuar que el transportador es responsable de *“las obligaciones que se deriven por su intervención”*, y en el asunto bajo examen, dicha intervención consistía en cargar, transportar y entregar exactamente las mismas mercancías que fueron descritas en el D.T.A. 3423 de julio 22 de 1994. La diferencia de peso advertida por las autoridades aduaneras al momento del descargue, indica que el transportador entregó el container con un peso superior al declarado, lo cual constituye una infracción aduanera que compromete su responsabilidad, pues ello es demostrativo de que la carga entregada no correspondía exactamente a la que fue descrita en los documentos aduaneros, lo cual fue corroborado al parecer en el contenedor, además de las máquinas de coser y sus respectivos accesorios, los retazos de tela de algodón y los carretes de que da cuenta el acta de aprehensión. En ese orden de ideas, se infiere que la empresa sancionada obró de manera negligente al transportar la mercancía sin verificar previamente la exactitud de su peso, así no haya evidencia en el proceso de que aquél haya intervenido el contenedor durante el tiempo en que estuvo en su poder. En últimas, transportó mercancías no declaradas y ello es de suyo contrario al ordenamiento jurídico.

[Sentencia del 20 de enero de 2011. Exp. 05001-23-31-000-1999-02246-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

### 4. Facultades de la Superintendencia de Subsidio Familiar: i) Administrativas con carácter sancionatorio (Decreto 341 de 1988); y ii) De intervención administrativa (Decreto 2150 de 1992)

Se cuestionan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Subsidio Familiar con los cuales se interviene como medida cautelar la administración de la Caja de compensación Familiar de Sucre COMFASUCRE

**Extracto:** Se concreta el problema jurídico en establecer si las resoluciones acusadas, por medio de las cuales se impuso y confirmó una medida cautelar y se designó un agente especial como nuevo director administrativo de COMFASUCRE, se expidieron con violación al debido proceso y fueron

falsamente motivadas. (...) Colige la Sala de lo antes expuesto que por tratarse en este caso de una MEDIDA CAUTELAR DE INTERVENCIÓN, esto es, del ejercicio de una competencia de carácter policivo, no estaba obligada la Superintendencia de Subsidio Familiar a adelantar el procedimiento que echa de menos el actor, esto es, el del Decreto 341 de 1988, que conforme a lo anotado no se aplica en este caso, amén de que la medida se adoptó frente a la Caja, precisamente, para garantizar su continuidad y no contra su personal, y no tiene el carácter de sanción. (...) Ahora, en el citado concepto, radicado núm. 1055, Consejero ponente doctor Luís Camilo Osorio Isaza, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresó, refiriéndose a las funciones de la Superintendencia de Subsidio Familiar, que hay diferencia entre las funciones administrativas con carácter sancionatorio que deben aplicarse de conformidad con el Decreto 341 de 1988 y la intervención administrativa contemplada en el Decreto 2150 de 1992, que puede ser impuesta por el Superintendente en forma preventiva mediante acto administrativo, una vez comprobada la causa que lo fundamenta, de conformidad con el artículo 7°. 23 a) y b). De otro lado, se tiene que de conformidad con el artículo 93 del Decreto 341 de 1988, el Superintendente de Subsidio Familiar puede designar agentes especiales para asistirlo en la tarea de administración directa de la entidad intervenida, luego la designación de un agente especial mediante la Resolución acusada núm. 0042 de 2002, se hizo conforme a la ley.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 23001-23-31-000-2003-00135-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

#### **5. Se decreta pérdida de investidura de Edil de la Localidad de Ciudad Bolívar por conflicto de intereses.**

La Sección Primera del Consejo de Estado decretó la pérdida de la investidura del Edil RUBEN ANTONIO FORERO ESPINOSA, porque a pesar de que su hermano es propietario del Colegio Popular Bolivariano de la Localidad de Ciudad Bolívar, participó en los diferentes debates del proyecto de acuerdo local mediante el cual se expidió el presupuesto anual de renta e ingresos y de gastos e inversiones del Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar para las vigencias fiscales 2006, 2007, 2008 y 2009, con el cual se beneficiaba el mencionado establecimiento educativo.

**Extracto:** Está demostrada la calidad de Edil de la Localidad de Ciudad Bolívar Zona 19 de Bogotá, que ostenta el ciudadano RUBEN ANTONIO FORERO ESPINOSA, para el período 2008-2011 (fl. 10). Obran en el expediente las siguientes pruebas que acreditan el parentesco entre el Edil demandado y el señor LUIS ALBERTO FORERO ESPINOSA: A folios 12 y 13 del Expediente, obran dos certificaciones expedidas el 6 de septiembre de 2009 por la Parroquia Nuestra Señora de la Candelaria del municipio de Machetá (Cundinamarca), en las que consta que los señores LUÍS ALBERTO FORERO ESPINOSA y RUBÉN ANTONIO FORERO ESPINOSA fueron bautizados en dicha parroquia y son hijos legítimos de Filiberto Forero y Carmen Espinosa. Adicionalmente, en la contestación de la demanda, el apoderado del demandante señaló como respuesta al hecho 18 de la demanda, lo siguiente: “[...] DIECESEIS, DIECISIETE Y DIECIOCHO: En honor a la verdad se acepta como cierto, no obstante que no se allegó con la demanda prueba idónea del parentesco [...]”. Para acreditar la propiedad del establecimiento educativo “Colegio Popular Bolivariano”, el demandante aportó el Certificado de Matrícula de Establecimiento de Comercio expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de agosto de 2009 (12:06:46), el cual indica que el señor “[...] FORERO ESPINOSA LUIS ABERTO [...] C.C.: 19232155 [...] es propietario de dicha institución. (...) En efecto, el Edil RUBEN ANTONIO FORERO ESPINOSA participó en los diferentes debates del proyecto de acuerdo local, mediante el cual se expidió el presupuesto anual de renta e ingresos y de gastos e inversiones del Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar, para las vigencias fiscales 2006, 2007, 2008 y 2009. En la desagregación de los rubros correspondientes al presupuesto de inversión, aparece el programa denominado “Subsidios a la demanda educativa” y el subprograma “Más y Mejor Educación para todos y todas” y “Ampliación de cobertura a través de convenios con instituciones educativas privadas y con programas de nivelación primaria y bachillerato para jóvenes y adultos”, respaldados para su ejecución en los diferentes convenios suscritos entre la Administración y establecimientos educativos de carácter privado,

dentro de los cuales está el Colegio Popular Bolivariano. Si bien es cierto que dicha partida se asigna de manera general, también es cierto que al descender al subprograma que hace parte de los anexos al Plan de Desarrollo Local de la vigencia correspondiente, incluye la apropiación para todos los contratos que empezaron a ejecutarse a partir del año 2005. De suerte que, al Edil demandado no le podía resultar ajeno el hecho de que mediante la aprobación de dicho acuerdo, entraba a beneficiarse el establecimiento educativo de propiedad de su hermano. Para la Sala, el hecho de que el Edil RUBEN ANTONIO FORERO ESPINOSA haya aceptado ejercer el control político sobre el Convenio 018-2007, conforme consta en el Acta de 13 de octubre de 2007, es razón suficiente para endilgarle responsabilidad frente a la ocurrencia del conflicto de interés, pues la situación personal en la que se encontraba el demandado, le implicaba un interés en el asunto en provecho de su hermano. Así pues, estima la Sala que el Edil demandado debió además de declararse impedido, abstenerse de participar tanto en la discusión que condujo a la aprobación de los proyectos del programa de educación y del control que se hizo al convenio que desarrolló dicho programa, en el que se encontraba involucrado el plantel educativo de propiedad de su hermano; y por no haberlo hecho se situó en el supuesto fáctico del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Fuerza es, entonces revocar la sentencia apelada y decretar la pérdida de investidura de Edil del señor RUBEN ANTONIO FORERO ESPINOSA.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-15-000-2010-00484-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Pérdida de Investidura.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

1. Se niega nulidad del acto administrativo por el cual se revocó oficiosamente la sanción disciplinaria impuesta al Alcalde del municipio de Ambalema (Tolima), en razón que la revocatoria directa de manera oficiosa procede sin el consentimiento del administrado y aún si se hayan interpuesto los recursos ordinarios. Además, para que se configure la inhabilidad por celebración de contrato con entidad pública se requiere no sólo la celebración misma del contrato sino que se cumpla con el requisito temporal, su celebración en el año anterior a la elección, sin que tenga incidencia su termino de ejecución en el caso de los contratos de tracto sucesivo, como el contrato de arrendamiento, por el carácter restrictivo de las inhabilidades.

La controversia se circunscribe a determinar si procede, de oficio, la revocatoria directa de fallos sancionatorios contra los cuales el disciplinado interpuso recursos en la vía gubernativa, para lo cual la Sala establece si para el presente evento se configuró la causal que faculta a la administración para revocar oficiosamente y sin el consentimiento del afectado, un fallo sancionatorio y si en consecuencia el acto demandado mantiene su legalidad.

El demandante dirige la demanda contra la providencia que decidió revocar los fallos sancionatorios proferidos en contra del señor Héctor Bustos Abril, aduciendo que no se cumplió con el presupuesto de procedibilidad consistente en que contra el fallo no se hubieran interpuesto los recursos ordinarios y el consentimiento del administrado. Sobre estos presupuestos acorde con el marco normativo que se dejó expuesto, precisa la Sala que no son exigibles cuando es la administración la que en forma oficiosa decide avocar el conocimiento de una decisión sancionatoria que considera no se ajusta a los lineamientos constitucionales y legales de tal manera que resulta lesiva para los derechos fundamentales del disciplinado. Igualmente, es claro que la causal de inhabilidad se configura no sólo por la celebración de contratos con la entidad, sino que además se exige la ocurrencia del presupuesto temporal, es decir, que dicho contrato se haya celebrado durante el año anterior a la elección, y como en el caso concreto tal y como quedó demostrado, el contrato de arrendamiento lo celebró el señor Hernán Bustos Abril mucho antes de su inscripción como

candidato, su conducta no se enmarca dentro de la causal generadora de la inhabilidad por la cual se le sancionó y que acertadamente revocó la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en el acto administrativo cuya legalidad hoy se revisa. Olvidaron los jueces del proceso disciplinario que las causales de inhabilidad dado que comportan una sanción, son restrictivas y así deben interpretarse. Sobre el punto el Consejo de Estado ha sido claro en señalar que la causal inhabilitante de la celebración de contratos, se debe enmarcar dentro del período comprendido entre la celebración del contrato y la inscripción de la candidatura y que es preciso separar dos actividades distintas cuales son, la celebración del contrato y su ejecución. Que para efectos de la inhabilidad ha de tenerse en cuenta sólo su celebración porque así lo dispuso la ley, sin consideración a los contratos de ejecución sucesiva como lo es, para el caso en concreto, el contrato de arrendamiento que, se insiste, se celebró en junio de 1998 y la inscripción de la candidatura se llevó a cabo el 6 de agosto de 2003), es decir, más de cinco años después de celebrado.

[Sentencia de 23 de febrero de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2005-00114-00\(4983-05\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**2. El Régimen Pensional Especial de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Régimen no reguló los factores para su liquidación, por lo que debe aplicarse el régimen de los empleados del orden nacional o lo consagrado en el régimen de transición, según el caso. La prima de riesgo y el subsidio familiar no son factores de liquidación pensional por no tener carácter salarial.**

Establecer si el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación del régimen especial de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994.

El régimen especial aplicable a los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión por lo que, por remisión de los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional. El régimen al que hace alusión la Ley 32 de 1986 vigente en ese momento era el previsto en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, el parágrafo 2 del artículo 1º de la citada Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición que resulta aplicable a la situación del actor, toda vez que para la fecha en que entró en vigencia dicha ley -13 de febrero de 1985- éste contaba con más de 15 años de servicios. Bajo estos supuestos, para determinar que factores deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del señor Cadena Duarte debe acudirse a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, esto es, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Así las cosas, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte y las primas de servicios, vacaciones y navidad. No se ordena la inclusión de la prima de riesgo ni del subsidio familiar, por cuanto el Legislador señaló expresamente en los artículos 11 y 15 del Decreto 446 de 1994 que dichos emolumentos no constituían factor salarial.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp No 15001-23-31-000-2001-02453-01\(1260-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**3. Se declara la nulidad del acto de insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción, por encontrarse acreditado la desviación de poder al establecer que la administración lo expidió como sanción al demandante por calificar satisfactoriamente a empleado sindicalizado**

Dilucidar si el actor por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado discrecionalmente ó si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente su nombramiento se incurrió en desviación de poder.

Agrega que el señor Villaneda Jiménez antes de salir a vacaciones procedió a calificar el desempeño de la señora Rosalba Flórez en forma satisfactoria, haciéndolo a conciencia; hechos de los cuales se enteró el Director del INPA por voces del Secretario General a través de quien le indicó al demandante que si no cambiaba la calificación, lo declararía insubsistente, lo que aconteció finalmente. Las testigos coinciden en la alta trayectoria del accionante, su idoneidad y profesionalismo en la asunción de las responsabilidades a él asignadas; y el comentario generalizado era que había sido declarado insubsistente por la calificación satisfactoria que había emitido a favor de una funcionaria sindicalizada, lo cual supo todo el mundo; por lo que mal pueden aceptarse por esta Corporación las afirmaciones hechas por la accionada en el sentido que el retiro del actor obedeció al mejoramiento del buen servicio, pues de igual manera el INPA no demostró en qué quería mejorar el servicio. Las anteriores pruebas integralmente analizadas, son las que desvirtúan la presunción de legalidad del acto acusado, por haberse configurado la desviación de poder en su expedición; a juicio de la Sala, las circunstancias que rodearon la situación anterior a la insubsistencia, constituyen indicio serio de que lo verdaderamente pretendido por el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura, no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al demandante por la calificación satisfactoria que profirió a favor de una funcionaria sindicalizada.

[Sentencia de 3 de febrero de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2002-00492-01\(0388-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**4. Para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes nacionalizados afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio se aplica la Ley 33 de 1985 y restrictivamente el régimen de transición.**

Determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, como docente nacionalizada, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985

Si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993), entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación - derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente. Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial". Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994. En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales". Observa la Sala, que dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante ostenta la calidad de docente nacionalizado el cual prestó sus servicios desde el 1 de marzo de 1972 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Bajo estos supuestos, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, esto es, el 6 de julio de 2000. En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, al demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

[Sentencia de 17 de febrero de 2011, Exp. 54001-23-31-000-2003-00630-01\(0802-10\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

5. La falta del certificado de disponibilidad presupuestal y de competencia para el reconocimiento de la prima técnica atacan su legalidad, pero que no constituyen causal para que la administración proceda unilateralmente a la revocatoria directa del acto administrativo

Se plantea la ilegalidad de la revocatoria directa del acto que reconoció la prima técnica al demandante.

La revocatoria de los actos administrativos de forma unilateral de los actos que crean situaciones particulares se da cuando concurren las causales del artículo 69, siempre y cuando el acto sea producto del silencio positivo de la administración, o cuando el que se pretenda revocar sea expedido de manera ilícita. Al entrar al análisis de las causales anteriormente expuestas, se observa que las dos atacan la legalidad de los actos administrativos, es decir, su oposición a la Constitución o a la Ley, lo cual no configura una causal de revocatoria directa unilateral de los actos administrativos que crean una situación particular. Tanto el certificado de disponibilidad presupuestal, como la falta de competencia para otorgar la prima técnica, alegados por la entidad demandada en el acto acusado, son parte del análisis de la verificación de requisitos para acceder a la prima técnica lo cual no está dado a la Sala analizar por no ser objeto de litigio. Por lo anterior, a juicio de la Sala la entidad demandada debió acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones que reconocieron la prima técnica al actor, ya que la motivación de la entidad demandada para revocar dicho reconocimiento, no tiene relación directa con la ilegalidad manifiesta en cuanto a la expedición de los actos de reconocimiento, sino con el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a la prima técnica.

[Sentencia de 17 de febrero de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2003-02691-02\(0650-10\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

6. Se niega nulidad del acto de destitución de miembro de la Policía Nacional que usó arma de fuego contra vehículo en fuga, causando la muerte de unos de los ocupantes, por desconocer que sólo es permitido cuando éste se usa como arma contra un bien jurídico determinado y equivalente

Determinar la legalidad del acto de destitución de miembro de la Policía Nacional que causó la muerte a ocupante de vehículo en fuga.

Los miembros de la Policía no pueden utilizar las armas de fuego contra fugitivos que huyen de la acción de la autoridad valiéndose por sí mismos o utilizando vehículos, ni siquiera bajo la errada concepción de inmovilizar el medio de locomoción disparando a sus partes (motor, llantas, etc.), lo cual, por sí mismo, configura el tipo penal de disparo de arma de fuego contra vehículo. Entiéndase por fugitivo cualquier persona que huye del requerimiento de la autoridad, con o sin señalamiento de haber participado en una conducta contravencional o penal. Los policías pueden disparar contra vehículos en movimiento cuando son utilizados como armas con la intención de causar injustamente daños a bienes jurídicos equivalentes o cuando desde estos se dispara para proteger la huida. En este caso, el demandante no estaba habilitado legalmente para disparar contra el automotor marca Audi - Placas BLG 203, porque este no estaba siendo utilizado como arma para causar daño a un bien jurídico determinado y equivalente, y porque desde su interior no se estaba disparando. El Manual ilustrado de procedimientos para registro de vehículos y personas, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, establece claramente que *“en caso de que un vehículo haga caso omiso a la señal de detenerse, NO se deben usar las armas de fuego por constituirse en el delito de disparo de arma de fuego contra vehículos. En tal caso, se utilizarán todos los medios posibles para*

alcanzarlo, o reportar a una unidad cercana para que nos ayude a interceptarlo”, aprobado por la resolución 1620 de 7 de marzo de 1980. La reacción extralimitada y desproporcionada del demandante, que terminó truncando una vida (la de la periodista y columnista de “El Tiempo” Clara Inés Rueda Gómez) constituye una falta gravísima que efectivamente da lugar, atendiendo los atenuantes que se consideraron (buen desempeño y ausencia de antecedentes disciplinarios) a la sanción impuesta (destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de un año).

[Sentencia de 17 febrero de 2011, Exp No25000-23-25-000-2005-01043-01\(284-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**7. Se declara nulidad del acto de inscripción de la Junta Directiva del Comité Regional del Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafetero, por no cumplir con número mínimo de afiliaciones en el municipio exigidas en el artículo 55 de la ley 50 de 1990**

La conformación válida de un Comité Regional exige: (i) que en los estatutos de la respectiva organización este prevista esta posibilidad; (ii) que la subdivisión tenga su sede en un municipio distinto a aquel en el cual el sindicato tiene su domicilio principal; (iii) que en el municipio respectivo el sindicato tenga un número no inferior a doce (12) afiliados. Afiliaciones que deben provenir de sindicalizados que laboren en la sede donde se cree o funcione ese órgano de representación territorial; y (iv) que no exista más de un comité por cada municipio. Esta relación permite establecer que el Comité Regional de Pereira no cuenta con las doce (12) afiliaciones mínimas exigidas en el artículo 55 de la ley 50 de 1990, pues los sindicalizados con sede laboral en esa ciudad son sólo nueve (9). Al no contar el Comité Regional de Pereira con las afiliaciones exigidas para su funcionamiento válido, es claro que las resoluciones que inscribieron su Junta Directiva están viciadas de nulidad. Ahora bien, las circunstancias de que el Comité Regional de Pereira estuviera reconocido desde la convención colectiva de 1965 y que los estatutos del Sintrafec prevean la conformación de estas subdivisiones, en condiciones diferentes a la previstas en el artículo 55 de la ley 50 de 1990, no consolidan, por la presunción de legalidad que pueden amparar a esas actuaciones, derechos adquiridos. Del literal a) del artículo 46 de la Ley 50 de 1990, se infiere que los estatutos de las asociaciones sindicales en todo momento deben estar sujetos a la ley y por tanto el Ministerio antes de inscribir cualquier Junta Sindical, debe confrontar si las disposiciones estatutarias que sirven de fundamento, respetan o no las limitaciones contenidas en el artículo 55 de la ley 50 de 1990.

[Sentencia de 3 de marzo de 20110, Exp. 11001-03-25-000-2004-00131-01\(2037-200\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**8. El oficio que comunica la supresión de cargo, es un acto integrador del principal, puesto que permite a la supresión ser eficaz y mediante este se materializa al actor el derecho de conocer el acto principal.**

Situación fáctica: el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si la Resolución No. 538 de 15 de febrero de 2000, en cuanto suprimió los cargos que venían desempeñando los demandante, se encuentra ajustada a derecho, especialmente en cuanto a la protección de sus derechos de carrera.

A pesar de lo anterior ha de precisar la Sala que los Oficios a través de los cuales la entidad demandada les comunicó a los actores la decisión adoptada por la Resolución No. 538 de 2000 de suprimirles sus cargos, constituyen un acto integrador del principal, por cuanto, en primer lugar, fueron los medios que le permitieron a la Resolución No. 538 de 2000 ser eficaz; y, en segundo lugar, porque a través de ellos se les materializó a los actores el derecho de conocer el acto principal, a través del cual se adoptó la decisión de suprimirles el cargo, a más de constituirse en un parámetro para efectos de establecer el término de caducidad. Por tal motivo, no puede considerarse que

frente a los Oficios opere la inhibición del juez para efectuar un pronunciamiento de fondo, pues ellos integran el acto principal. Ahora bien, dicha conclusión no implica que en aquellos casos en los que la comunicación no se demande pueda llegarse a proferir un fallo inhibitorio, (dicho acto puede ser medio de prueba para determinar que el acto administrativo principal es eficaz, se comunica, y de otra parte para los efectos relacionados con la caducidad), por la existencia de una omisión en el ejercicio del derecho de acción, pues ello implicaría ir en contravía de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal así como también del derecho al acceso a la administración de justicia.

[Sentencia de 26 de agosto de 2010, Exp. 05001-23-31-000-2000-02783-01\(0283-08\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**9. El estudio técnico para realizar una supresión de cargos debe contener de manera detallada los análisis técnicos misionales o de apoyo, en los cuales se basa la reducción o desaparición de cargos, para con ello evidenciarse de manera clara la necesidad de la reestructuración de la planta de empleos.**

Situación fáctica: El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad del retiro, por supresión de cargo, de la señora Edith Arnedo de Orozco. Para ello deberá establecerse si: el ajuste a la planta de personal de la Contraloría contó con los requisitos legales, específicamente, el estudio técnico; y si en el presente asunto existió o no supresión efectiva del empleo.

Esta última prueba, la cual fue allegada por el Concejo Distrital, esto es, por la propia Administración, permite ilustrar que en el estudio técnico la entidad hizo una serie de consideraciones generales, algunas de contenido programático, tendientes a justificar la supresión de algunos cargos. Ello, de conformidad con lo allí establecido se hizo con fundamento en criterios objetivos, así como de acuerdo a las necesidades de la institución de cara a su carga de trabajo, empero, concretamente, no se observa un análisis sobre la oportunidad de suprimir qué cargo y de crear cuáles otros, ni tampoco el análisis de procesos técnico misionales o de apoyo, de la prestación concreta de los servicios o de las funciones asignadas y cargas de trabajo. El documento allegado, en algunos apartes funge más como un instructivo de cómo hacer el estudio técnico, que en verdad ser la materialización de uno de ellos. Así entonces, puede concluirse que formalmente hay un estudio, pero dicho documento no es un soporte técnico válido del cual se derive con claridad la necesidad de supresión del cargo de la actora. Ahora bien, observada la prueba allegada en esta instancia en virtud del Auto de mejor proveer dictado por la Subsección, se concluye que, al amparo de las reglas de la sana crítica: (i) merece toda la aceptación y credibilidad, pues a pesar de haber sido allegada en copia fue remitida por la autoridad administrativa respectiva; (ii) es válida para soportar la presente decisión, en la medida en que la propia Contraloría solicitó dentro de su oportunidad que si algún documento faltaba referente al trámite previo a la adopción del Acuerdo No. 002 de 2002 fuera solicitado a dicho ente; y (iii) finalmente, es de resaltar que con su arribo al expediente, no se modificó de manera negativa la situación de las partes que no condujeron a que la misma se allegara al proceso; razón por la cual, a la luz de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, se reitera, es un válido soporte de la presente decisión. Por lo anterior, de cara a la normatividad aplicable, es preciso afirmar que en el presente asunto la entidad no contó con un documento que justificara el ajuste de la planta de personal, contrariando con ello lo ordenado por el ordenamiento jurídico.

[Sentencia de 4 de noviembre de 2010, Exp. 13001-23-31-000-2002-01039-01\(0621-09\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**10. Por incumplir su propio reglamento al nombrar a la Decana del Programa de Secretariado Ejecutivo sin el lleno de los requisitos mínimos exigidos, se declara la nulidad del acto administrativo, proferido por el Instituto Tecnológico Metropolitano que declaro insubsistente al actor por encontrarse demostrada la desviación del poder.**

Situación fáctica: El problema jurídico por resolver se contrae a establecer, si la declaratoria de insubsistencia del señor Jesús Álvaro Franco Ferro se produjo con desviación de poder.

Encuentra la Sala en la hoja de vida de la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez, quien fue nombrada en el cargo que ostentaba Franco Ferro, como Decana de Programa de Docencia, para el cual según el Manual de Funciones se exige un título universitario en área afín al programa y experiencia docente de dos años por lo menos en Educación Superior y haber ejercido la profesión por el mismo lapso con excelente reputación moral y buen crédito. La señora Rosero Jiménez, es bibliotecóloga de profesión, con especialización en gerencia de proyectos, según se desprende de su hoja de vida que aunque no está acompañada de los diplomas respectivos, como fue suministrada por la entidad demandada la Sala dará total credibilidad a lo allí expuesto. Como docente, acredita un año de servicio, en el área de humanidades (literatura y artes) en la Universidad Industrial de Santander, no más, cuando la norma exigía 2 años cuando más en educación superior; lo que demuestra, que la entidad incumplió su propio reglamento al no exigirle a la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez el respeto de los requisitos mínimos contemplados en el Manual de Funciones para ocupar el cargo de Decana del Programa de Docencia, Unidad Administrativa. Debía entonces la entidad demandada como mínimo demostrar ante el Juez, que la persona que fue nombrada en reemplazo del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, llenaba los requisitos exigidos por la misma institución para ocupar el cargo, habida cuenta que el incumplimiento de su preceptiva evidencia que el acto demandado no persiguió las razones del buen servicio y en cambio si, desbordó el juicio de proporcionalidad que conlleva tal decisión, para hacer prosperar el cargo de desviación de poder, al nombrar como se insiste, a una persona sin el lleno de requisitos, en reemplazo del actor que era un funcionario con un alto perfil profesional, que mezclaba la preparación académica con la experiencia laboral.

[Sentencia de 17 de marzo de 2011, Exp. 05001-23-31-000-1999-03163-01\(0580-10\) MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**11 a) la ausencia de pruebas que permitan demostrar la conducta de incremento patrimonial injustificado de un servidor publico investigado mediante proceso disciplinario, conlleva a la nulidad de los actos administrativos que los sancionaron disciplinariamente, al ser evidente la causal de nulidad por falsa motivación.**

Situación fáctica: se controvierte una sanción disciplinaria administrativa impuesta a los demandantes, por el Banco Agrario S.A., consistente en la destitución del cargo y una inhabilidad general de diez (10) y once (11) años, respectivamente, además la cancelación de los antecedentes disciplinarios existentes tanto en el BANAGRARIO como en la Procuraduría General de la Nación.

El incremento patrimonial injustificado puede demostrarse en el proceso disciplinario utilizando varios medios, verbi gratia a través de una prueba técnica -que es fundamental en el enriquecimiento ilícito, porque es un delito de resultado-, un peritazgo, un informe contable, o cualquier otra prueba que demuestre el aumento injustificado del capital, en fin, el investigador tiene libertad de prueba para demostrar la causal, siempre y cuando ella reúna los requisitos de contradicción y los demás presupuestos de la misma, como son la conducencia, pertinencia y utilidad. Precisamente esa prueba es la que se echa de menos en el sub lite. No se demostró ese quantum patrimonial incrementado e injustificado, sino que las probanzas a que se hizo referencia en este aserto demostraron tal incremento por deducción y conjetura. Esto es, que aplicaron un silogismo a partir de unos presupuestos que en su concepto determinaron la tipicidad de la falta. Lo planteado por el Control interno disciplinario se resume, en que al asignarse un presupuesto para el

cobro de cartera vencida a través de un programa llamado “Brigada de Directores” para la Regional de San José del Guaviare que debía ser manejado por los disciplinados, éste se consumió sin que la prestación del servicio que recayó en cabeza del señor José Orlando Pinilla, se hubiera prestado idóneamente, esto es, que el servicio fue ocasional -según los testimonios de los empleados de la regional-, no se pactó el valor de la hora sino un costo global, no habían cuentas de cobro, ni controles sobre el uso vehicular y por el contrario, si se autorizaron dichas sumas a favor de un proveedor; es decir, en palabras del operador disciplinario, se permitió que un tercero dispusiera de dineros públicos sin que se diera cabal cumplimiento a la contraprestación y sin que nada justificase tal actitud. Este análisis deductivo y presuntivo realizado en las decisiones disciplinarias del ente empleador, puede dar lugar a una sanción por incumplimiento de los deberes o por haber incurrido en una prohibición, pero jamás aterrizar en la falta gravísima que les fue enrostrada, o por lo menos no como fue planteada por el operador disciplinario, en donde aplicó un nexo de causalidad entre los hechos y el incumplimiento de las funciones de los servidores, para concluir que se dio un incremento injustificado en el patrimonio de un tercero -proveedor de servicios-

**b) Los trabajadores oficiales que laboran en el Banco Agrario de Colombia y esta por ser una empresa de de sociedad mixta, son sujetos disciplinables de conformidad con el Código Disciplinario Único.**

En ambos contratos en la cláusula décima primera, se les obliga a suscribir un acta especial de compromiso que los conmina a cumplir con el Código de Conducta, el Manual para la Prevención del Lavado de Activos del Banco, así como se les hace saber que están sujetos a la Ley 200 de 1995 -Código Disciplinario Único- y a la Ley 190 de 1995 -Estatuto Anticorrupción-, manuales y procedimientos y reglamentaciones internas y externas que rijan al Banco Agrario de Colombia S.A., que se considera parte integrante del contrato. Así mismo, en la cláusula décima tercera, manifiestan que conocen los Estatutos del Banco. Todo lo anterior para concluir, que los empleados oficiales de las sociedades de economía mixta que se gobiernan por el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por tener un capital público igual o superior al 90%, son sujetos disciplinables conforme al C.D.U, no sin antes advertir que el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, citado por el actor para solventar la nulidad, hace referencia al derecho privado en lo que toca al desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, por ende, el cargo soportado en la incompetencia de la entidad para adelantar y fallar el proceso disciplinario, es improcedente.

[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2008-00126-00\(2740-08\) MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**12. El reconocimiento de la pensión de invalidez a causa de un atentado terrorista sufrido por un integrante de la Fuerza Militares, se debe hacer desde cuando la junta medico laboral lo determine y no cuando la administración así lo establezca.**

Situación fáctica: El problema jurídico de determinar a partir de cuándo tiene derecho el actor al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, para de allí establecer si le asiste razón en su pretensión.

El 30 de noviembre de 2000, por medio de la Resolución No. 2511, fue ascendido al grado de Coronel y se hizo efectivo su retiro del servicio activo por incapacidad absoluta y permanente y por Resolución 942 de 11 de junio de 2001 (fl.38), le fue reconocido y ordenado el pago de una pensión mensual de invalidez a partir del 1º de marzo de 2001, en cuantía el 100% en el grado de Coronel. El 2 y 14 de enero de 2002, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez entre el 18 de agosto de 1996 y el 1º de marzo de 2001, fundamentándose en que el atentado por el cual había adquirido las lesiones ocurrió en la fecha citada y a partir de allí surgió el derecho al reconocimiento y pago de la prestación solicitada. La anterior petición fue negada mediante los actos acusados, en consideración a que para el período por el que el actor reclama el pago de la pensión de invalidez, se

encontraba en actividad y sólo fue retirado hasta el 30 de noviembre de 2000. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda por considerar que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, nadie puede devengar dos asignaciones del tesoro público y el hecho de que el actor pretendiera además del salario que le fue cancelado, que por el mismo período se le pagara pensión de invalidez, constituía una situación que se enmarcaba dentro del tal prohibición. Sin embargo, considera la Sala que si bien asiste razón al Tribunal en esta oportunidad y por tal motivo no es procedente el pago de salario y pensión a la vez, lo cierto es que si las normas consagraban la obligación de retirar del servicio al actor por la incapacidad que lo aquejaba, así ha debido proceder, dando cumplimiento y ordenando el pago de todas las prestaciones que le correspondían, las cuales, como se dejó dicho, están señaladas en el artículo 183 del Decreto 1211 de 1990. En el presente caso no se trató de una afección que le causara el detrimento paulatino del estado de salud del actor, como para tener duda en cuanto a la fecha en que lo cobijó la incapacidad absoluta y permanente. Fue un hecho -atentado- el que le produjo las lesiones y secuelas que llevaron a que se determinara una incapacidad laboral del 95.26%. De tal manera que es a partir de la fecha del atentado -18 de agosto de 1996- que el actor tenía derecho al ascenso y con fundamento en él a la liquidación de la pensión de invalidez.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-06997-01\(1600-07\) MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**13. La aparente legalidad del acto que declaro insubsistente del cargo desempeñado por la demandante en la Alcaldía del Municipio de Valledupar, fue desvirtuado al comprobarse que la presunción de legalidad que lo revestía incurrió en desviación de poder.**

Situación fáctica: El problema jurídico consiste en establecer si el acto de remoción acusado, fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, o si por el contrario, la administración con su actuar persiguió razones diferentes al buen servicio público con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora al sancionar su conducta eventualmente irregular, configurándose de esa manera la desviación de poder.

Como quiera que la actora manifiesta que el acto acusado fue expedido con desviación de poder al disfrazar su destitución con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por cuanto los hechos reales que originaron su expedición, consistieron en que fue inculpada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio, de divertirse plácidamente en un computador con imágenes pornográficas iniciando una faena erótica sexual en horas de trabajo, corresponde a la Sala precisar si tales afirmaciones tienen asidero jurídico. La circunstancia de inmediatez en el tiempo en relación con los hechos y la expedición del acto mismo de retiro por insubsistencia, son las que llevan a la Sala a determinar que efectivamente existió una relación de causalidad entre la situación de facto con la de retiro, de donde se desprende, como se dijo, que efectivamente el acto acusado está viciado de la causal de nulidad “desviación de poder”, pues resulta evidente que la administración obró arbitrariamente en relación con la demandante disfrazando su verdadera intención de sancionarla por una presunta irregularidad que hasta ese momento no había sido objeto de investigación, con la aparente legalidad del acto administrativo de insubsistencia. En este orden de ideas, le asiste razón al Tribunal al concluir, que la declaratoria de insubsistencia de la demandante está revestida de desviación de poder, por cuanto con la misma se le impuso a la actora una sanción, por unos hechos al parecer irregulares realizados en horas del servicio, es decir, que el acto acusado, no fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, por el contrario, la Administración con su actuar, persiguió razones diferentes al buen servicio público.

[Sentencia de 7 de octubre de 2010, Exp. 20001-23-31-000-2004-00687-01\(0256-09\) MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

## SECCIÓN TERCERA

1. Se libra mandamiento de pago a favor de la sociedad Concreconic S.A y en contra del Instituto Nacional de Vías. El Consejo de Estado confirmó el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia que decidió, por vía de reposición, no exigir el pago de intereses a la entidad demandada, hasta tanto la sociedad ejecutante aporte el total de los documentos pertinentes para exigir el cobro de la obligación.

Para tomar la decisión la Sala de la Sección Tercera - Subsección C, estimó que al tribunal de instancia le asistió razón al reponer los literales B y C del artículo segundo del auto mediante el cual se libró mandamiento de pago a favor del ejecutante. Para la Sala fue claro que el auto que, por vía de reposición, revocó parcialmente el mandamiento estuvo ajustado a derecho, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil; el literal B dejado sin efecto, ordenaba al pago de los intereses insolutos liquidados desde el 14 de febrero de 2007 hasta el 28 de enero de 2011.

La Sala de la Sección Tercera, consideró que para adelantar una acción ejecutiva es indispensable que exista un título ejecutivo, en el presente caso, se trató de un título ejecutivo complejo, integrado por el acta de conciliación y por la providencia aprobatoria del mismo y que exigía para su cobro la presentación, ante la entidad pública ejecutada, de la solicitud de pago y de la primera copia auténtica de la providencia que aprobó el acuerdo conciliatorio, documento que no fue anexado por la parte ejecutante, a pesar de los diversos requerimientos que le hizo el Instituto Nacional de Vías, razón suficiente para que no se dieran los presupuestos establecidos para la causación de intereses, en atención a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

**Extracto:** “Respecto de la procedencia del recurso de apelación contra el auto que revoca parcialmente el mandamiento de pago por vía de reposición, el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, dispone: “Artículo 505. (...)El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente, lo será en el efecto suspensivo; y el que por vía de reposición lo revoque, en el diferido. (...) Procede, entonces, la Sala a resolverlo, por cuanto la parte ejecutante, lo interpuso contra la providencia del 27 de julio de 2010, en la que el Tribunal decidió reponer los literales B y C del artículo segundo del auto del 23 de abril de 2010, mediante el cual se libró mandamiento de pago a su favor (...)la sociedad Concreconic S.A., pretende la ejecución de las sumas de dinero generadas por el incumplimiento del acuerdo conciliatorio celebrado el 26 de octubre de 2006 con el Instituto Nacional de Vías- Invías-, y de la aprobación de éste por el Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia del 4 de diciembre del mismo año, donde quedó establecido que la entidad pagaría a la sociedad, la suma de \$5.111.236.575.18. Así las cosas, se trata de un título ejecutivo complejo integrado por el acta de conciliación y por la providencia judicial aprobatoria del mismo. (...)La parte ejecutada, en el recurso de reposición, afirmó que como la demandante, con la solicitud de pago ante el Invías, no allegó la primera copia de la providencia que aprobó el acuerdo conciliatorio, que era la que prestaba mérito ejecutivo, ni con posterioridad, luego de los requerimientos para que lo hiciera (...) Advierte la Sala, que si bien quedó plasmada la voluntad del acuerdo respecto de la causación de los intereses, lo cierto es que como regla general para hacer efectivas las condenas a cargo de las entidades públicas, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que si cumplidos 6 meses desde la ejecutoria de la providencia que aprueba una conciliación, los beneficiarios no han acudido ante la entidad responsable pudiendo haberlo hecho, por tener en su poder las copias respectivas para hacer efectivo el pago, cesa la causación de intereses de todo tipo, desde entonces y hasta cuando se presente la solicitud en debida forma. Se tiene, entonces, que para la causación de intereses, el acreedor debió acudir ante la entidad responsable presentando la totalidad de los documentos pertinentes para ese efecto, de

los que trata el artículo 3 del Decreto 678 de 1993, y como en el presente caso la sociedad no lo hizo así, no se dieron los presupuestos establecidos para tal efecto.”

**Auto de 7 de marzo de 2011. Exp. 05001-23-31-000-2010- 00169-01 (39.948). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL**

2. El Consejo de Estado declaró la legalidad de los Decretos números 332, 333, 334 y 335, expedidos por el Gobernador de Arauca el 18 de julio de 2005, mediante los cuales se suprimió el Instituto Departamental de Salud de Arauca, se designó a su liquidador y se crearon la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca y la Empresa Social del Estado Departamental de primer nivel MORENO Y CLAVIJO.

El pasado 21 de febrero del presente año, la Sala de la Sección Tercera - Subsección C, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, declaró probada la excepción de cosa juzgada parcial y confirmó la providencia recurrida, proferida por el tribunal de instancia en la cual no hizo pronunciamiento de mérito de la nulidad propuesta y se negó las súplicas de la demanda.

La Sala decidió declarar de oficio la excepción de cosa juzgada parcial, por encontrar demostrados los elementos necesarios para su configuración en un proceso de nulidad simple; igualmente, consideró que los cargos formulados por el demandante, contra los actos administrativos demandados, no estaban llamados a prosperar, en razón a que los Decreto 332, 333 y 334 de 2005 fueron expedidos por el Gobernador, al asumir la competencia de la Asamblea Departamental, de manera excepcional e investido de precisas facultades extraordinarias y pro tempore, de acuerdo a lo dispuesto en la Ordenanza 001 de 2005, pero cuando designó al liquidador mediante el Decreto 235 de 2005, estaba cumpliendo una atribución propia del ejecutivo en virtud del alcance de la llamada potestad de auto-organización que es una manifestación de la autonomía territorial reconocida. Para la Sala fue claro que el Gobernador al expedir los actos demandados no incurrió en falsa motivación ni en desviación de poder y por lo tanto no estaban viciados de legalidad.

**Extracto:** “los dos elementos para conformar la cosa juzgada parcial en el proceso de nulidad simple se encuentran demostrados: tanto las disposiciones cuestionadas como la causa petendi son las mismas. Y es el último aspecto el que cobra relevancia para la sala: la identidad del cargo aducido no posibilita un nuevo pronunciamiento del juez respecto de un asunto en el que ya se profirió sentencia negando la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas. (...)Se comparte la argumentación realizada por el *ad quo*, como quiera que la mención en el Decreto 335 de la ordenanza 001 del 29 de marzo de 2001, corresponde a un error mecanográfico; para darse cuenta de ello, basta sólo con leer el Decreto 332 (norma también demandada) en el que se señala como fundamento de la supresión del Instituto Departamental de Salud la Ordenanza 001 del 29 de marzo de 2005.(...) La norma transcrita autoriza al Gobernador para que suprima entidades administrativas; como en su momento señaló la sala, aún cuando esta competencia se confía a las Asambleas, éstas pueden autorizar al Gobierno departamental para que la ejerza, con las limitaciones que en su momento fueron objeto de estudio en el apartado anterior. El INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL ARAUCA fue suprimido por el Decreto 332 de 2005 en virtud de autorización expresa de la ordenanza 001 de 19 de marzo de 2005. (...)el Decreto 335 de 2005, mediante el cual se designa liquidador, constituye el ejercicio de la potestad de auto-organización que corresponde al ejecutivo, en otras palabras, mediante esta norma no se está alterando el diseño organizativo del ente territorial sino que se están aplicando aquellas disposiciones que se ocupan de determinar la estructura de la administración. En definitiva, el Decreto 335 constituye una reglamentación del Decreto 332. Basta recordar que con la supresión del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD el gobernador, de manera excepcional, asumió la competencia de la Asamblea departamental, mientras que cuando designó liquidador estaba cumpliendo una atribución propia, específicamente la referente al poder de nominación que le se le confía. (...)El motivo consignado en el Decreto 332 de 2005 para justificar la supresión del Instituto Departamental de Salud se encuentra en el resultado que arrojó el estudio técnico que en su momento realizó el gobierno departamental, estudio que

conforme a los considerandos de la norma demandada llegó a la conclusión de que la entidad administrativa no cumplía con los parámetros establecidos en la Ley 715 de 2001. De igual modo, se sostuvo que se incurría en altos costos de operación y sobredimensionamiento del recurso humano de IDESA, lo cual reflejaba la inviabilidad financiera. El estudio técnico no fue aportado al proceso razón por la que no es posible analizar el diagnóstico que en él se realizó, así como tampoco se puede delimitar el alcance de las conclusiones que desembocaron en la necesidad de supresión y liquidación del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD. (...) Cuando el actor en el concepto de la violación señala que con la expedición de los actos administrativos se incurrió en desviación de poder, debe encaminar toda su actividad a cuestionar el cómo se conformó el elemento finalidad del acto administrativo, el cual no sólo se encuentra compuesto por la consecución del interés general propio de toda autoridad administrativa sino también por el objetivo pretendido por el legislador en el momento de asignar una competencia. Se trata, entonces, de desentrañar los móviles internos de quien profiere la decisión, y para ello es indispensable valerse de medios probatorios indirectos. En otros términos, en el proceso se debe convencer al juez de la existencia de unos hechos para que de los mismos el deduzca “*la intención real*” que subyace a la actuación del funcionario.”

[Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 07001-23-31-000-2007-00011-01 \(34.756\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE NULIDAD](#)

**3. Se niegan las pretensiones de la demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Policía Nacional, porque no se configuró el desplazamiento forzado alegado por los demandantes, al no encontrarse probado la ocurrencia concreta de los hechos señalados en la demanda.**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmó la providencia recurrida. La Sala abordó el estudio del caso de la siguiente manera: aproximación al tratamiento del desplazamiento forzado; la responsabilidad del estado cuando se produce un desplazamiento forzado; hechos probados; la imputación de responsabilidad de las demandadas como consecuencia del desplazamiento forzado ocurrido en la Inspección La Cooperativa, del municipio de Mapiripán.

**Extracto:** “El desplazamiento forzado ha sido definido como una situación fáctica como consecuencia de la cual se produce un desarraigo producto de la violencia generalizada, la vulneración de los derechos humanos o la amenaza de las garantías del derecho humanitario. La Constitución Política garantiza la libre escogencia del lugar en el que todo ciudadano decide vivir, desarrollarse y realizar actividades económicas, así como la libre circulación en todo el territorio nacional. En el ordenamiento jurídico colombiano la ley 387 de 1998 vino a regular la situación de desplazamiento forzado y a definir al desplazado en el artículo 1° (...) Como respaldo al ordenamiento jurídico colombiano, y en aplicación del artículo 93 de la Carta Política (y del denominado bloque de constitucionalidad ampliado), el concepto de desplazamiento forzado encuentra respaldo en lo consagrado en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por la ley 171 de 1994 (...) Tal como se desprende de la normativa vigente, la situación de desplazamiento implica que la persona (o personas) se ven obligadas forzosamente a migrar, a desarraigarse del lugar en donde tenía afincada su residencia o el lugar habitual de su actividad profesional, productiva o económica, ante las amenazas a su vida, integridad física, libertad personal, dignidad, como consecuencia del conflicto armado interno, de la violencia generalizada, de la vulneración masiva, continuada y sistemática de los Derechos Humanos, de la infracción al Derecho Internacional Humanitario, o de toda aquella circunstancia que altere, modifique o quiebre radicalmente el orden público (...) es necesario demostrar para que una persona sea considerada como desplazado interno que haya sido obligada a migrar más allá de los límites territoriales del municipio en el que vivía o residía (...) La Sala abordará el estudio del caso desde la tesis de la posición de garante, partiendo de la base de la existencia, en abstracto, del deber jurídico del Estado y de sus órganos de proveer, precaver y prevenir la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos con ocasión de la acción de terceros, en este evento, de la acción de grupos armados al margen de la ley,

concretamente de paramilitares. Para encuadrar al supuesto mencionado, es necesario que se haya demostrado en el caso concreto la existencia de los hechos, de los “riesgos inminentes y cognoscibles” y de la omisión del Estado de adoptar todas las medidas razonables para haber precavido y prevenido la ocurrencia de las amenazas y/o vulneraciones de los derechos fundamentales, o de los derechos humanos de los demandantes, para así concretarse la situación fáctica de desplazamiento forzado que estos invocaron. Las pruebas documentales y testimoniales valoradas conjuntamente no dan cuenta de que un grupo paramilitar u organización al margen de la ley haya incursionado el 28 de diciembre de 1999 en la Inspección Municipal de La Cooperativa, jurisdicción del municipio de Mapiripán (Meta), como se desprende de los oficios aportados por el oficial de operaciones de la séptima Brigada, del oficial del B-2 de la misma guarnición y del segundo Comandante y JEM de la mencionada Brigada.”

**Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 5001-23-31-000-2001-00171-01 (31.093). MP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**4. Se declaró que el Instituto Nacional de Vías no es administrativamente responsable por los hechos ocurridos el 26 de julio de 1995, en el kilómetro 29 de la vía Cauya - La Pintada, Sector el Tabor, jurisdicción del Municipio de Quinchía, Departamento de Risaralda, donde murieron varias personas a causa de un alud de tierra que cayó sobre la carretera**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección A, confirmó la decisión del tribunal de instancia al encontrar demostrado que la falla del servicio no se configuró y por lo tanto no se puede endilgar a la entidad la responsabilidad por el hecho trágico ocasionado por el alud de tierra que cayó en la vía, sepultando a varias personas, algunas de las cuales se encontraban auxiliando al conductor de una camioneta que se atascó en el barro.

**Extracto:** “Se imputa al INVÍAS la falta de medidas de seguridad y control en el sector denominado El Tabor, particularmente después de que se presentó en ese lugar un deslizamiento de tierra; sin embargo, las pruebas aportadas al plenario indican otra cosa (...) obran los testimonios de Alix Jiménez, Rubén Darío Arteaga Castaño, Ever Alberto Díaz Quebrada, Carlos Alberto Suárez García y Jesús Antonio Díaz Díaz, quienes manifestaron que inmediatamente ocurrió el primer deslizamiento de tierra, acudieron al lugar las distintas autoridades con el propósito de despejar la vía y permitir el paso vehicular, asegurando que la zona se encontraba debidamente señalizada. (...) La versión anterior coincide con lo manifestado por el ingeniero Rubén Darío Arteaga Castaño, quien aseguró que después del primer derrumbe se procedió inmediatamente a despejar la vía, permitiendo el paso vehicular, y que además en ese lugar existían señales preventivas. La misma situación contempló Carlos Alberto Suárez García, al asegurar que en el sitio del derrumbe existían dos clases de señales: una que indicaba “peligro”, y la otra que informaba sobre un “derrumbe”. Por su parte, Jesús Antonio Díaz dijo que el primer derrumbe fue controlado por las autoridades que acudieron al lugar de los hechos y que era cierto de que allí existía señalización mediante la cual se advertía la presencia de un derrumbe en la zona. Para la Sala la sola circunstancia de que algunos de los testigos mencionados laboraran en el INVÍAS cuando ocurrieron los hechos, no le resta credibilidad a su dicho, pues debe tenerse presente que ellos estuvieron en el lugar de los hechos controlando la situación, además sus versiones son claras, coherentes, precisas y no muestran ánimo de perjudicar o beneficiar a alguien en particular, pero además porque lo manifestado por ellos encuentra respaldo en otros medios de prueba valorados en el proceso. Lo anterior, aunado al hecho de que los actores hubiesen manifestado en el recurso de apelación que después del primer deslizamiento de tierra en el sitio denominado El Tabor, las autoridades colocaron a cada lado de la vía una “valla”, desvirtúa la versión de quienes afirmaron en el proceso que en el lugar de los hechos no existían señales de prevención ni autoridad alguna que controlara la situación. (...) Pero independientemente de las señales preventivas que echan de menos los demandantes, lo cierto es que las pruebas aportadas al plenario evidencian que desde el mismo momento en que se presentó el primer deslizamiento de tierra, en el sector de El Tabor, las autoridades correspondientes acudieron inmediatamente al lugar de los hechos con el propósito de apersonarse de la situación, a tal punto que en horas de la tarde

fue habilitada la vía para el tránsito vehicular. (...) queda claro que los actores no demostraron falla alguna del servicio. Sin duda, se trató de un hecho de la naturaleza con connotación de imprevisible e irresistible, lo cual impide la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada."

[Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 66001-23-31-000-1999-03680-01 \(17.520\). MP \(E\). GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**5. Se declara la nulidad de la resolución número 635 de 25 de abril de 1997, expedida por el Alcalde de Armenia, mediante la cual se adjudicó al Consorcio San Francisco, la licitación pública No. 02 de 1997, cuyo objeto constituyó el suministro y distribución de 4.900 desayunos escolares**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección A, decidió el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Distrimundo, mediante el cual solicitó la nulidad de la resolución 635 de 1997 y el pago de la indemnización causada, al considerar que su propuesta era mejor. La Sala confirmó la parcialmente la sentencia del tribunal de instancia, declaró la nulidad de la resolución mencionada y denegó las pretensiones de la demanda.

La Sala para adoptar la decisión abordó el análisis de los siguientes temas: Competencia del Consejo de Estado; el objeto del recurso interpuesto por la parte demandada donde se examinaron las limitaciones del Juez de segunda instancia dentro del marco fundamental de competencia cuando el apelante es único y la aplicación del principio de la no reformatio in pejus; las pruebas aportadas al proceso y el caso concreto donde se realizó un estudio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los proponentes y/o contratistas del Estado y la procedencia de la indemnización concedida.

**Extracto:** "La parte actora instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución Nos. 635 del 25 de abril de 1997, mediante la cual se adjudicó al Consorcio San Francisco la Licitación Pública No. 02 de 1997. La cuantía de la pretensión económica más alta asciende a \$80'515.820.00, suma ésta que resulta superior a lo requerido en las normas anteriormente citadas para que un proceso sea conocido en segunda instancia por esta Corporación (...) Resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'" (...) Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus (...) A la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C. (...) No es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. (...) El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó

también la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad. Bajo esta perspectiva, resulta necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos (...) también dispone la norma que aquellas a las cuales se refieren los literales b) y e) se cuentan a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma, de cuyo texto se infiere que las inhabilidades consagradas en estos dos literales no requieren de una declaratoria (...) de conformidad con lo expuesto anteriormente, respecto de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, puede concluirse que en el caso que ahora estudia la Sala no se requería de tal declaratoria, toda vez que esta exigencia no se encuentra consagrada en la norma (...) Así pues, no le asiste razón a la demandada cuando afirma, en el escrito contentivo del recurso de apelación, que la inhabilidad carecía de un término de vigencia, dado que la misma tiene estipulada una vigencia de cinco años (...) los consorcios no son personas jurídicas y que su representación conjunta es para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos. Toda vez que el consorcio o la unión temporal no constituye una persona diferente de los miembros que lo conforman (...) Cabe advertir que en tanto alguno de los miembros de un consorcio o de una unión temporal se encuentre en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, el consorcio o la unión temporal no puede ser proponente o contratista del Estado (...) el demandante no probó que su oferta hubiere sido la mejor, comoquiera que no aportó al expediente copia auténtica de todas las ofertas que fueron presentadas para la mencionada Licitación Pública, de forma tal que la Sala pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes (...) Por lo anterior se negará la solicitud de indemnización presentada por el Consorcio Distrimundo”

[Sentencia de 10 de febrero de 2011. Exp. 63001-23-31-000-1997-04865-01\(16.306\). MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO](#)

**6. Se declara la responsable al Instituto de Seguros Sociales por la deficiente atención médica recibida por una mujer en estado de embarazo y la muerte del recién nacido, El Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la entidad demandada y la condenó al pago de perjuicios morales para la madre y la familia del bebé**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección B, decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, declaró probada la falla del servicio médico por la deficiente atención atención ginecobstétrica recibida por la paciente y que provocó la muerte del recién nacido, revocó la sentencia y condenó a pagar a los demandantes los perjuicios morales reclamados. Igualmente declaró la responsabilidad de los llamados en garantía y los condenó a reintegrar a favor de la entidad demandada el 40% del valor de la condena.

La Sala para adoptar la decisión abordó el análisis de los siguientes temas: Legitimación para pedir; régimen aplicable al caso concreto y finalmente determinó si había lugar a la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

**Extracto:** “Constituye posición consolidada de la Sala en esta materia que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud, es de naturaleza subjetiva, como quiera que la falla probada del servicio es el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica. (...) bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización (...) ” no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal

con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica. (...)” En armonía con lo expuesto huelga concluir que el presente asunto habrá de resolverse bajo los parámetros de la falla probada del servicio. (...)La decisión adoptada por la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas habrá de revocarse, para, en su lugar, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, por encontrarse demostrado en el plenario que la muerte del recién nacido JHON FREDY OSORIO QUINTERO es imputable a la falla del servicio en que incurrieron el personal de enfermeras y médicos vinculados a la Clínica Villa Pilar del Instituto de Seguro Social, por haber incumplido los protocolos médicos que exigía la atención inmediata de la señora LUZ MARY OSORIO MARTÍNEZ y el monitoreo permanente de su estado (...)Los llamados en garantía, esto es los médicos GERMÁN MUÑOZ y FABIO MÁRQUEZ fundamentan su defensa en que la señora OSORIO MARTÍNEZ fue debidamente atendida por todo el personal que se encontraba de turno. No obstante, la Historia Clínica que constituye base de información necesaria para conocer el diagnóstico, tratamiento y evolución de la paciente, los exámenes practicados y los resultados logrados, demuestran que la madre de JHON FREDY no recibió atención entre la noche del 14 de julio de 1996 y el amanecer del día 15, sin perjuicio de la orden impartida por los médicos de suministrar a la paciente oxitocina para inducir su trabajo de parto (...)Probada como se encuentra la falla del servicio y habiéndose establecido que la muerte del pequeño JHON FREDY ocurrió por la ingesta de meconio y esto se habría podido evitar si la madre hubiese sido atendida oportuna y debidamente, la sentencia de instancia habrá de ser revocada. (...)Acreditada la responsabilidad del Instituto del Seguro Social como también la de los llamados en garantía médicos GERMÁN MUÑOZ ARISTIZÁBAL y FABIO MÁRQUEZ RENDÓN, la entidad demandada responderá por el cien por ciento (100%) de la condena, pero podrá repetir contra los galenos antes mencionados en un veinticinco por ciento (25%) sobre el patrimonio del médico MÁRQUEZ RENDÓN y en un quince por ciento (15%) sobre los bienes del médico MUÑOZ ARISTIZÁBAL. (...)Establecidos como se encuentran los vínculos de consanguinidad entre la víctima, sus padres y sus abuelos, plenamente acreditados con las pruebas documentales a las que se ha hecho referencia, hacen presumir la afectación moral que la muerte de JHON FREDY QUINTERO OSORIO les causó. En consecuencia, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes, como lo viene sosteniendo la Corporación (...) “

**[Sentencia de 28 de febrero de 2011. Exp. 17001-23 31-000-1997-08001-01 \(18.515\). MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

\* Impedimento manifestado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio y aceptado por la Sala de la Sección Tercera, Subsección B.

**7. El Estado declaró responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, con ocasión de la muerte de un joven que falleció como consecuencia de un impacto de bala causado por agentes de la Policía Nacional vestidos de civil que se desplazaban en una moto y hacían parte de un grupo dedicado a mantener el orden mediante la comisión de crímenes selectivos en contra de peronas que consideraban indeseables**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección B, resolvió el recurso de apelación interpuesto las parte demandante y revocó la providencia recurrida al abordar el estudio del presente caso, encontró acreditado que el ciudadano murió como consecuencia de un impacto por arma de fuego causado por agentes de la Policía Nacional, porque presuntamente la víctima pertenecía a un grupo de

“galladas “ o “viciosos”. La Sala de la Sección declaró la responsabilidad de la entidad demandada y condenó al pago de perjuicios morales y materiales

**Extracto:** “En el sub examine se acreditó que la muerte del señor Vladimir Giraldo Castro sí tuvo nexos con el servicio, es decir, que supuso una manifestación del desempeño o ejercicio de un cargo público, en tanto se demostró que el hecho fue cometido por agentes del Estado, en circunstancias vinculadas con los servicios que les correspondía prestar, aunque, sin lugar a dudas, contraviniendo los más elementales derechos de la víctima. A esa conclusión se llega con fundamento en las pruebas documentales traídas por las partes en las oportunidades legales correspondientes y en los testimonios recibidos en el proceso; así como en los testimonios, documentos, providencias e informes técnicos trasladados de la investigación penal adelantada por la Unidad Seccional de Rionegro de la Fiscalía General de la Nación, por la muerte del joven Vladimir Giraldo Castro, las cuales obran en copia auténtica en el expediente (fls. 1-214 C-2), y pueden ser valoradas en este proceso porque su traslado fue solicitado por la parte demandante y la parte demandada manifestó adherirse a esa solicitud. (...) En resumen, las pruebas que obran en el expediente permiten concluir que en la muerte de Vladimir Giraldo Castro estuvieron involucrados los agentes de la Policía Gonzalo Hernán y Jhon Jairo Valencia Arbeláez y que la razón por la cual le dispararon fue la de haberlo confundido con César Oswaldo Rendón, o simplemente por el hecho de hallarse en un parque de la localidad, en horas de la noche, acompañado de otros amigos, lo que hizo pensar a aquéllos que se trataba de “viciosos”, a quienes ellos se consideraban en el deber de asesinar. (...) En síntesis, las pruebas que se recogieron en el expediente y los indicios que se construyen a partir de las mismas permiten concluir que la muerte de Vladimir Giraldo Castro fue cometido por los agentes de la Policía que hacían parte de un grupo dedicado a mantener el orden mediante la comisión de crímenes selectivos en contra de personas que consideraban indeseables y en esa medida, sus acciones constituyen expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público que les fue encomendado, aunque de manera indebida.”

[Sentencia de 10 de febrero de 2011. Exp. 050001-23-31-000-1995-00784-01\(19.123\) MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**8. Se condenó la Nación - Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC, por la muerte de un obrero como consecuencia de una electrocución causada por el desprendimiento de una cuerda de alta tensión, cuando que se encontraba laborando en la construcción de una vía pública**

La Sala de la Sección Tercera -Subsección A, concluyó que del análisis de las pruebas se encontró debidamente acreditado que hecho dañoso era imputable al propietario de la cosa mediante la cual se presta y desarrolla la actividad de transmisión y comercialización de energía, que en determinados eventos puede llegar a causar un daño que la persona no se encontraba obligada a soportar, en tanto se sometió a la víctima a un riesgo excepcional. Igualmente condenó a la compañía aseguradora, llamada en garantía, hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, la proporción correspondiente a las sumas que la última tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, pero únicamente hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, esto es la suma equivalente al 60% de la condena, de conformidad con la parte considerativa de la sentencia.

**Extracto:** “En este caso, debe precisarse que debido a que el hecho dañoso demandado se produjo como consecuencia del ejercicio de una actividad riesgosa (conducción de energía a través de redes eléctricas), quien realiza este tipo de actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, puesto que los mismos son inherentes al ejercicio de dicha actividad, sin que se requiera prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable, toda vez que -bueno es reiterarlo-, bajo este régimen de responsabilidad objetiva (riesgo excepcional), quien realiza esta actividad solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o por el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero. (...) la parte actora pretende derivar responsabilidad a las demandadas, pues -en su criterio-, la concreción del daño se debió a una descarga eléctrica que ocasionó la muerte del señor Arcesio Restrepo Medina, quien no estaba

obligado a soportar el daño, comoquiera que ese riesgo que se materializó rompió con las cargas públicas a que se encuentra sometida cualquier persona; adicionalmente, según la demanda, las entidades demandadas incurrieron en una falla del servicio por no adoptar las medidas de seguridad y/o precaución necesarias para evitar accidentes con las redes eléctricas como el que le quitó la vida al señor Restrepo Medina, al paso que se permitió que existiera un tendido eléctrico por debajo del metraje mínimo establecido para este tipo de infraestructura. (...) comoquiera que no se demostró que el hecho dañoso demandado se hubiere producido por una falla del servicio imputable a alguna de las entidades públicas demandadas (...) por ser una actividad riesgosa (..) el caso sub lite debe analizarse -según se consideró anteriormente-, bajo la perspectiva del régimen objetivo de responsabilidad, cual es el riesgo excepcional, respecto de la persona jurídica propietaria de la red eléctrica (...) Así las cosas, comoquiera que el daño resulta imputable a la Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC, se procederá a declarar su responsabilidad, a título de riesgo excepcional, por los hechos objeto de esta demanda, motivo por el cual se condenará al pago de los perjuicios causados a los demandantes y, de manera consecencial, se condenará a la empresa llamada en garantía Seguros Atlas S.A. (o la persona jurídica que la suceda), a reintegrar, hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, las sumas que la primera tenga la obligación de cancelar por la condena impuesta. En efecto, según la póliza de seguros de responsabilidad civil extracontractual No. 19, renovación No. 634 expedida por dicha compañía aseguradora (fls. 292 a 295 C. 1), la cual se encontraba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, se tiene que el siniestro denominado “[p]redios, labores y operaciones” a cargo del tomador, se encontraba amparado por la referida póliza de seguros, sin que se observe exclusión expresa respecto de dicho amparo.(...)”

[Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 66001-023-31-000-1998-00409-01 \(19.067\) MP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**9. Se declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas contra entre ésta y. Luis Antonio Carrillo Candelo, Jesús Fernando Ramírez Carrillo y el Consorcio Versiones Integrales Santander, con ocasión del contrato No. GEG-UCP-043-003-03 del 14 de octubre de 2003**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró infundado el recurso de anulación interpuesto que invocó como causales las contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; la Sala consideró que ninguno de los cargos formulados estaban llamados a prosperar y condenó en costas al recurrente

**Extracto:** “. De la sola lectura del fundamento del cargo que se propone al amparo de la causal 6ª se desprende que él está llamado a no prosperar porque el recurrente pretende convertir este recurso de anulación en una segunda instancia ya que cuestiona la valoración probatoria que hicieron los árbitros para imponer la condena al pago de los costos financieros en cuantía de \$45.788.222.06. Aún más, se escuda para ello en la causal 6ª cuando en verdad las razones que trae no se acercan ni siquiera remotamente a los elementos que la configuran porque si bien menciona la causal 6ª, la cadena argumentativa que presenta para demostrar el cargo no la estructura toda vez que no apunta a demostrar que los árbitros no motivaron su decisión, que prescindieron totalmente de consideraciones jurídicas o probatorias, que inaplicaron la ley por considerarla inícuo o que conducía a una situación inequitativa, o que buscaron la solución del caso por fuera del ámbito de la ley. Lo que hace el impugnante es reclamar por vicios in iudicando tratando de acomodar su inconformidad en una de las enlistadas en la ley como causal de nulidad sin que en verdad se configure ella. Esta manera de plantear el asunto por el recurrente determina, como ya se dijo, que el cargo resulte impróspero porque el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente. (...) Con fundamento en la causal prevista en el numeral 7° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la recurrente pide que se anule el laudo porque contiene errores aritméticos. El cargo lo sustenta argumentando que el Tribunal considera

que la participación del contratista por lo efectivamente ejecutado contractualmente asciende a \$800.929.382, es decir reconoce el 100%, y que como la convocante recibió \$234.408.795 queda a su favor \$566.520.588, pero al discurrir así incurre en un error aritmético porque no tiene en cuenta que según el acta de liquidación final debe imputársele también al contratista el valor del IVA por lo que en verdad hay que descontar \$359.857.323 que finalmente arroja un saldo a favor de los convocantes de \$441.072.059.10, del cual solo tiene derecho al 50%, es decir a \$220.536.030. Este cuestionamiento que la impugnante escuda en la causal 7ª también pretende controvertir el fondo de la decisión que tomó el Tribunal de Arbitramento porque combate las razones y la valoración probatoria que hicieron los árbitros para condenar a la convocada al pago de una determinada suma de dinero por concepto del restablecimiento económico del contrato. En efecto, planteado así el asunto resulta incuestionable que la recurrente persigue que se modifique el *quantum* de la condena o, lo que es lo mismo que esta Sección revise el mérito de la decisión del Tribunal de Arbitramento y la modifique, cuestión del todo improcedente en un recurso de anulación que se edifica sobre la causal 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. (...) Luego, lo presentado como un error aritmético en verdad no lo constituye porque no se refiere a un yerro en el resultado al efectuar alguna de las operaciones aritméticas sino a la cantidad que la impugnante considera que debe ser pagada a la parte contratista por concepto del restablecimiento económico del contrato. Así las cosas resulta claro que las razones que se aducen no configuran el error aritmético que se alega al amparo de la causal 7ª y por consiguiente este cargo también está llamado a fracasar.”

[Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-26-000-2010-00019-00 \(38.484\) MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL.](#)

**10. El Estado declaró responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con ocasión de las lesiones causadas a un soldado que prestaba el servicio militar obligatorio, como consecuencia de una caída sufrida desde una altura superior a los 4 metros, cuando se encontraba adelantando labores de mantenimiento en las instalaciones del Batallón de Servicios No. 10 “Manuel Beltrán”**

El pasado 10 de marzo del presente año, la Sala de la Sección Tercera - Subsección B, Al abordar el caso consideró que la entidad demandada, toda vez que la actividad que desempeñaba el soldado entrañaba un riesgo de naturaleza excepcional, causándole una pérdida de su capacidad laboral en una proporción del 39.58%.

**Extracto:** “Para la Sala resulta claro que la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional se ve comprometida en el caso bajo análisis a título de riesgo excepcional, pues en el momento en el cual el mencionado joven fue incorporado a las filas del Ejército Nacional para cumplir con su obligación de definir su situación militar, éste únicamente tenía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc. Pero como durante la ejecución de su deber constitucional, le sobrevino una vulneración a derechos que tienen protección jurídica, como lo son la integridad personal, la salud y la vida, ella es causa de imputación al Estado del daño por él padecido, por cuanto en este caso, el mencionado soldado regular no compartió ni asumió ese tipo de riesgos con el Estado.(...) En el presente caso no se encuentra configurada la causal excluyente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de la víctima, como lo aseveró la parte demandada en las distintas oportunidades procesales en las cuales intervino, donde señaló que el soldado regular Carlos Andrés Arias Gómez al tener asignada la tarea de mantenimiento de las instalaciones del Batallón, ya debía ser experto en el desempeño de la misma, por lo cual la caída de la escalera, de la cual se derivaron las lesiones por las cuales en esta oportunidad demanda indemnización, se habría debido a su propio descuido y, por lo tanto, dicha situación implicaría la negación de las súplicas de la demanda. Al respecto, ha sostenido la Sala que para que el hecho de la víctima pueda considerarse como causal excluyente de responsabilidad de la Administración, en primer lugar, éste debe ser imprevisible e irresistible para quien lo alega y además, debe acreditarse no sólo que la víctima participó en la realización del daño, sino que entre su actuación y el daño

existe una relación de causalidad adecuada, entendida como aquella causa idónea, eficiente y preponderante cuya consecuencia directa e inmediata es el daño mismo: (...) En el expediente no obra prueba alguna que de manera fehaciente demuestre que la conducta de la víctima hubiere sido la causa exclusiva -y ni siquiera concurrente- del daño por ella padecido. Por el contrario, el material probatorio señala que la lesión sufrida por el soldado regular Carlos Andrés Arias Gómez se debió a un lamentable accidente y no a un acto en el cual su obrar imprudente o irresponsable hubiere sido la causa adecuada del mismo. (...) En consecuencia, precisa la Sala que la causal excluyente de responsabilidad que consiste en el hecho exclusivo de la víctima, alegada por la parte demandada, no fue acreditada por ésta.”

[Sentencia de 10 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1996-03221-01 \(19.159\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURT. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

**11. Se revoca auto que rechazó la demanda y declaró la caducidad de la acción en un proceso de reparación directa interpuesto contra la Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la desaparición forzada de un soldado que prestaba servicio militar obligatorio**

El pasado 21 de febrero del presente año, la Sala de la Sección Tercera - Subsección C, resolvió el recurso de apelación interpuesto la parte actora y modificó la providencia recurrida, al considerar que cuando se configura el delito de desaparición forzada, y dicha conducta no ha cesado, no puede ser considerada caducada la acción de reparación directa

**Extracto:** “En el caso sub examine, al estar en presencia de las anteriores circunstancias, el término de caducidad debe ser el dispuesto en el inciso 2° del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. Debemos precisar que dicho artículo, al ser adicionado por la Ley 589 de 2000, en el sentido de establecer en su inciso segundo una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, no hizo otra cosa que permitir el acceso a la justicia para aquellas personas víctimas de este cruel delito, debido a que, como ya se mencionó, el delito de desaparición forzada continúa en el tiempo hasta tanto ocurra uno de estos eventos: que aparezca la víctima, o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. Luego entonces, el plazo de los dos (2) años se empieza a contabilizar a partir del acaecimiento de cualquiera de los sucesos ya indicados. Del estudio del material probatorio allegado al proceso, es posible establecer que el soldado Gildardo Pabón Perdomo se encuentra desaparecido desde 1998, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero, y por cuanto dicha conducta no ha cesado, no puede considerarse caducada la acción de reparación directa, toda vez que éste no ha recobrado su libertad, ni tampoco se ha proferido sentencia dentro del proceso penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.”

[Auto de 21 de febrero de 2011. Exp. 52001-23-31-000-2010-00214-01 \(39.360\). MP. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. APELACIÓN AUTO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

## SECCIÓN CUARTA

**1. a) Las cuotas de sostenimiento que los contribuyentes pagan a gremios no son deducibles cuando no se pruebe la injerencia que este gasto tuvo en la productividad de la empresa, directa o indirectamente**

La litis se centra en definir (i) si la DIAN vulneró el principio de correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial, previsto en el artículo 711 del E.T., pues de eso depende la procedencia de la deducción por concepto de comisiones pagadas al exterior. Si la Sala

considera que no se vulneró ese principio, le corresponderá analizar si la expensa en la que incurrió la demandante cumple los requisitos que exige el E.T. (ii) Si era procedente deducir los pagos hechos a otras entidades (Instituto Colombiano de Codificación y Automatización Comercial; Consejo Colombiano de Seguridad Industrial e ICONTEC Acoplásticos, el tiempo y la República; y (iv) si procedía deducir los gastos por mantenimiento a bienes recibidos en dación en pago

**Extracto:** Sobre la aceptación de las cuotas de sostenimiento que los contribuyentes pagan a gremios como Acoplásticos, la Sala advierte que, en doctrina judicial reciente, mediante sentencia del 11 de noviembre de dos mil nueve, la aceptó, por considerar que los pagos que hizo la demandante, en ese caso, por concepto de “Cuota de sostenimiento de la Cámara de la Industria Farmacéutica” y por “Afiliación al proyecto contra la falsificación de productos y usurpación de marcas” tenían relación con su objeto social. En otras dos sentencias, confirmó el rechazo de la deducción por pagos de afiliación a gremios como la ANDI, ACRIP y otras instituciones, porque consideró que no eran necesarios para desarrollar la actividad productora de renta, así reporten algún tipo de beneficio. Primó en esa sentencia el carácter de indispensables que debían tener las expensas, para que se acreditara el requisito de necesidad que exige el artículo 107 del E.T. En esta oportunidad, la Sala considera pertinente reiterar que la relación de causalidad, la necesidad y la proporcionalidad como presupuestos de las deducciones no es un asunto que deba interpretarse de manera subjetiva. El alcance de estos presupuestos se deriva de la interpretación jurídica del artículo 107 del E.T. y de la interpretación de los hechos económicos que el contribuyente declaró en virtud de que subsumió tales hechos en los efectos jurídicos de esa norma con el fin de calificar las expensas como deducciones. Pues bien, a partir de lo expuesto sobre la interpretación del artículo 107 del E.T., para el caso concreto, la Sala considera que se debe confirmar el rechazo del pago por cuotas de sostenimiento que la demandante hizo a Acoplásticos, pues en el expediente hay prueba de que hizo el gasto, pero no hay prueba de la injerencia que este gasto tuvo en la productividad de la empresa, directa o indirectamente. Tampoco hay prueba de que la expensa se hizo de manera obligatoria, sea por fuerza de la ley, del cumplimiento del contrato social o de la costumbre mercantil.

**b) Los gastos por mantenimiento en bienes recibidos en dación en pago son expensas necesarias y no requiere acreditarse la costumbre para que proceda como deducción**

**Extracto:** La Sala considera que la demandante tiene razón, pues los gastos por mantenimiento del activo, independientemente del título que acredite la propiedad que sobre el mismo tiene la empresa, son expensas que tienen relación de causalidad con la actividad que desarrolla, pues se deriva del contrato social, como una obligación a cargo de quienes la administran, hacer las erogaciones necesarias para conservar los bienes en estado óptimo de utilización, pues eso coadyuva directa o indirectamente, según el activo de que se trate, en la productividad de la misma. Y es proporcional en cuanto a la renta que obtuvo la empresa. De esa actividad forman parte los activos. Además es una expensa necesaria, porque forzosamente debe hacerse para mantener el bien en condiciones normales de uso, salvo el deterioro normal. Es normalmente acostumbrado en todas las empresas que ejecuten cualquier actividad y, por lo tanto, considera la Sala que no necesita acreditarse la prueba de la costumbre. Y es proporcional en cuanto a la renta que obtuvo la empresa.

[Sentencia de 10 de marzo de 2011. Expediente 25000-23-27-000-2005-01946-01\(17075\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**2. a) La omisión probatoria en las cuotas que se pagan a los gremios da lugar a su rechazo como deducción dado que no se puede establecer si se trata de expensas necesarias**

La Sala decide si procede la deducción por destrucción de inventarios; si proceden otras deducciones; si proceden las deducciones por gastos de fusión y si es procedente la sanción por inexactitud.

**Extracto:** Tributariamente las expensas necesarias corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos no se puede obtener la renta. Son indispensables aunque no sean permanentes sino esporádicos. Como lo exige la norma, lo esencial es que el gasto sea “normalmente acostumbrado en cada actividad”, lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes. La Sala ha reiterado que la relación de causalidad significa que los gastos, erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente. Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que en todo caso le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtenerla y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto. Y, en cuanto a la proporcionalidad, ésta atiende a la magnitud que aquellas representen dentro del total de la renta bruta (utilidad bruta) la cual, debe medirse y analizarse en cada caso, de conformidad con la actividad económica que se lleve a cabo, conforme con la costumbre comercial para ese sector, de manera que el rigor normativo cede ante los gastos reiterados, uniformes y comunes que se realicen, sin perjuicio de la causalidad y necesidad que también deben concurrir. La Sala ha considerado que para su aceptación corresponde a los contribuyentes probar que las sumas solicitadas como deducción, no sólo correspondieron a los conceptos señalados, sino que fueron proporcionales y que fueron pagadas a los beneficiarios y se contabilizaron y respaldaron debidamente con los soportes correspondientes. Así mismo, no basta con señalar que la contribuyente obtuvo beneficios con el pago de tales conceptos. Es determinante demostrar el tipo de beneficio obtenido y que, además, éste se obtuvo gracias a los pagos efectuados a tales entidades.

**b) En la jurisdicción se pueden estimar pruebas diferentes a las valoradas por la Administración**

En virtud del artículo 781 del Estatuto Tributario, no se podían aportar con la demanda las pruebas que no fueron presentadas ante la Administración cuando se requirieron, salvo que la contribuyente demostrara alguna justificación de fuerza mayor o caso fortuito para no haberlas allegado con anterioridad, que no fue éste el presente caso. Pues bien, como lo ha señalado la Sala y lo ha reiterado en varias oportunidades, este argumento de la DIAN no tiene sustento jurídico. La Sala ha sido enfática en considerar que no se pueden descartar las pruebas, cuyo decreto y práctica en la Jurisdicción se ha hecho debida y oportunamente, por el hecho de que no sean las mismas que la Administración recaudó o porque no hayan sido decretadas en la actuación administrativa. Avalar un argumento como el expuesto por la parte demandada, no sólo desconocería el objeto de la Jurisdicción sino la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a la que acuden los administrados con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos, para lo cual, pueden presentar nuevas o mejores pruebas que las aportadas en sede administrativa. Legalmente no existe ningún impedimento para que no se puedan estimar pruebas diferentes a las valoradas por la Administración. Además, es carga de las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (artículo 177 Código de Procedimiento Civil). Por ello, conforme con el artículo 137 [5] del Código Contencioso Administrativo, la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho debe contener, entre otros requisitos, la petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer. Si las pruebas están en su poder, las debe acompañar con la demanda según lo establece el artículo 139 ibídem.

**c) No es deducible los gastos por medicina prepagada cuando se refiere a trabajadores que fueron retirados de la empresa**

Pues bien, se ha considerado que “el servicio de medicina prepagada se estima como una forma de remuneración para los trabajadores, que son parte fundamental en la consecución de los ingresos de la empresa, la cual debe velar por sus condiciones de salud que son necesarias para que la empresa consiga su objeto social enderezado a generar renta. En otras palabras este tipo de gastos guarda

estrecha relación con la actividad generadora de renta de la empresa y resultan necesarios para este propósito”. También ha dicho que “el carácter laboral del gasto, permite igualmente afirmar que existe un nexo causal frente a la actividad productora de renta, puesto que la fuerza laboral constituye, sin duda, un elemento indispensable en la producción de la renta, y por la misma razón, resulta necesario el gasto, para la obtención efectiva del ingreso, en cuanto incide de manera directa en la productividad de la empresa”. Sin embargo, en este caso los pagos efectuados por la actora no tienen ese carácter, porque los planes de medicina prepagada que solicitó como deducción correspondieron a trabajadores que fueron retirados de la empresa, los cuales no hicieron parte del recurso humano a través del cual la sociedad realizó su objeto social, es decir no fueron necesarios para la obtención de la renta.

#### **d) La falta de soportes de las deducciones da lugar a imponer sanción por inexactitud**

Conforme al artículo 647 del Estatuto Tributario, constituye inexactitud sancionable la omisión de ingresos, inclusión de costos, deducciones o descuentos inexistentes y, en general, la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente. En el presente caso, el rechazo de las deducciones obedecieron a varias causas, bien por falta de soportes o por falta de registro en la contabilidad o porque no se probó la naturaleza del gasto ni si cumplían los requisitos para considerarse como expensas necesarias. Estas circunstancias, significaron la inclusión en la declaración de renta de deducciones inexistentes y factores equivocados que derivaron un menor impuesto a pagar. En consecuencia, teniendo en cuenta que hubo partidas que se aceptaron, la sanción se reliquidará. No procede el levantamiento de la sanción porque los rechazos no obedecieron a una diferencia de criterios en torno a la interpretación del derecho aplicable, pues el artículo 107 del Estatuto Tributario es claro en señalar los requisitos para que un gasto se tenga como expensa necesaria, y no puede calificarse como diferencia de criterios en la interpretación de esta norma, la apreciación particular de cada uno de los hechos que originaron las partidas o gastos rechazados para atribuirles la naturaleza de las deducciones precedente. En consecuencia, sobre los conceptos rechazados se mantiene la sanción, pues se trató de una conducta sancionable con inexactitud.

[Sentencia del 10 de marzo de 2011. Expediente 25000-23-27-000-2006-00788-01\(16966\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

\* Salvamento parcial de voto de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

### **3. La demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo posibilita que con argumentos nuevos se controviertan todos los cargos frente a las irregularidades sustanciales y procedimentales del acto administrativo cuestionado**

Se precisa si es procedente confirmar la sentencia de primera instancia, o dar curso positivo a los argumentos de la apelación y mantener la sanción por devolución y/o compensación improcedente.

**Extracto:** La demandada al apelar, centra su argumento en el artículo 731 *ibidem* que fija como término para alegar las nulidades, el de la interposición del recurso o la adición al mismo. Ahora, la actora interpuso el recurso de reconsideración contra la Resolución Sanción el 21 de septiembre de 2005, dentro de la oportunidad legal, y si bien no solicitó la nulidad por haberse notificado fuera de término la sanción, insistió en la extemporaneidad de la liquidación oficial de revisión. La Sala manifiesta su acuerdo con el argumento expuesto por el Ministerio Público respecto a que el cargo sobre la extemporaneidad de la Resolución Sanción no constituye un hecho nuevo, sino una argumentación jurídica diferente respecto de la violación de los principios constitucionales, circunstancia que fue alegada desde el inicio del proceso ya que la demandante tanto en vía gubernativa como en la jurisdiccional ha cuestionado la legalidad de la sanción discutida, y ante la jurisdicción solo esgrime un nuevo argumento de derecho, que no obstaculiza la aplicación de la

normativa que corresponde, y que fue vulnerada en su oportunidad por la administración tributaria, lo que hace procedente que se confirme la sentencia apelada.

[Sentencia de 16 de marzo de 2011. Expediente 76001-23-31-000-2007-00030-01 \(18173\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

#### 4. a) La costumbre no elimina la necesidad de probar los elementos de la expensa necesaria

Se precisa (i) si la DIAN, efectivamente, no formuló requerimiento especial, cargo que motivó la demandante en el presunto cambio de motivación en los actos demandados y, por lo tanto, si vulneró el derecho de defensa de la demandante (ii) si la DIAN incurrió en falsa motivación y desviación de poder por interpretación errónea y, a partir de ese análisis, si la demandante probó que las expensas que incluyó en la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al sexto bimestre de 2003, en calidad de impuesto descontable, cumplieron los requisitos de los artículos 488, 489, 490 y 107 del E.T. y, (iii) si procedía imponer la sanción por inexactitud.

**Extracto:** la necesidad como la proporcionalidad deben medirse con criterio comercial y, para el efecto, el artículo 107 del E.T. dispone dos parámetros de análisis. El primero, que la expensa se mida teniendo en cuenta que sea una expensa de las normalmente acostumbradas en cada actividad. La segunda, que la ley no limite la expensa como deducible. Respecto de la primera, habida cuenta de que el parámetro de comparación depende de la actividad que desarrolle la empresa y de las expensas que realicen empresas que desarrollen la misma actividad, este es un asunto de hecho que amerita ser probado y, por lo tanto, la dificultad en este punto concierne a la prueba que deberá acreditar el contribuyente para demostrar el derecho a la deducción. La prueba se debe encauzar a que es una “costumbre normal” hacer la erogación, pero, además, forzosa, pues la costumbre no anula la calidad de necesaria de la expensa. Las expensas que se hacen por obligación de la ley no pueden confundirse con la costumbre, como “*Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto.*” En consecuencia, lo forzoso puede devenir del cumplimiento de obligaciones legales, del cumplimiento de obligaciones empresariales o de la costumbre mercantil. Por tanto, la expensa será deducible si cumple el criterio de necesidad atendiendo a cualquiera de las circunstancias descritas.

#### b) Sólo son descontables del impuesto sobre las ventas los impuestos originados en operaciones que constituyan costo o gasto

**Extracto:** Cuando el artículo 488 del E.T. dispone que los bienes corporales muebles y servicios deben destinarse a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas, simplemente está reiterando que el impuesto pagado por esos bienes o servicios es costo o gasto en la actividad productiva de renta de la empresa, porque las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas son las operaciones realizadas dentro del contexto de esa actividad productiva de la empresa. De manera que, cuando se pueda imputar el impuesto directamente al bien o servicio, tal circunstancia se debe probar. De lo contrario, procede aplicar el artículo 490 del E.T. en cuanto dispone que “*Cuando los bienes y servicios que otorgan derecho a descuento se destinen indistintamente a operaciones gravadas, exentas, o excluidas del impuesto y no fuere posible establecer su imputación directa a unas y otras, el cómputo de dicho descuento se efectuará en proporción al monto de tales operaciones del período fiscal correspondiente.(..:)*” Esto permite aplicar el sistema de descuento financiero en impuestos de pluricausación como el IVA, y que busca, en últimas, que el impuesto sea pagado por el consumidor final. En efecto, cuando el impuesto pagado constituye costo o gasto para la empresa, y ese costo o gasto repercute en el precio del bien, el impuesto se irá recaudando durante el transcurso de la cadena productiva y de la comercialización. Así, también se evita que ciertos componentes sobre los que se pagó el IVA los asuma el productor o el comercializador, pero también se evita que el contribuyente descuenta impuestos sobre las ventas que no constituyen costo o gasto para la empresa y que, por tanto, no repercutieron en el precio del bien.

**c) Los gastos por mantenimiento de activos son expensas necesarias que tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta**

la Sala considera que la demandante tiene razón, pues los gastos por mantenimiento de activos (inmuebles) son expensas que tienen relación de causalidad con la actividad que desarrolla la empresa, pues se deriva de las obligaciones que tienen que cumplir quienes administran la empresa en cuanto a que es su deber hacer las erogaciones necesarias para conservar los bienes en estado óptimo de utilización, pues eso coadyuva directa o indirectamente, según el activo de que se trate, en la productividad de la misma. Y es proporcional en cuanto a la renta que obtuvo la empresa. De tal forma que se aceptan los impuestos decontables originados en dicho pago, por reunir los requisitos del artículo 488 del E.T.

**d) El dolo y la culpa no son elementos para imponer la sanción por inexactitud sino la inclusión por error de hechos económicos y la subsunción de los mismos en la norma**

No era procedente exonerar de la sanción a la demandante bajo el entendido de que incurrió en un error de interpretación de las normas, pues, como se precisó, en el caso concreto, la demandante incurrió en un error de interpretación de los hechos, aspecto este que no da lugar a exonerarse de la sanción por inexactitud. La Sala reitera que la sanción prevista en el artículo 647 del E.T. se impone cuando se incluyen costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes. Y, que para que se perfeccione la infracción, la inclusión se debe ejecutar con el propósito de obtener un provecho que se traduce en el menor pago de impuestos o en la determinación de un mayor saldo a favor. Así mismo, reitera que el adjetivo inexistente debe entenderse en sus dos acepciones: como adjetivo relativo a aquello que carece de existencia; y como adjetivo relativo a aquello que, si bien existe, se considera totalmente nulo, porque es “Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo. De ahí que el artículo 647 del E.T. prevea que, en general, lo que se quiere sancionar es la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, puesto que todos estos adjetivos, en últimas, implican la inexistencia de los egresos que se llevan como costo, deducción, descuento, exención, pasivo, impuesto descontable, retención o anticipo, sin serlo, por una de las siguientes razones: o porque en realidad no existen esos egresos; o porque, aún existiendo, no se probaron; o porque, aún probados, no se subsumen en ningún precepto jurídico del Estatuto Tributario que les de valor y fuerza para tener el efecto invocado, por carecer de las solemnidades que exige ese Estatuto Tributario para darles la calidad de tales, a menos que, en éste último caso se verifique la interpretación errónea por parte del contribuyente que lo haya inducido a apreciar de manera errónea la norma y a subsumir los hechos económicos declarados en la misma. Ahora bien, la Sala también precisa que para imponer la sanción por inexactitud no se requiere probar que el contribuyente haya actuado con intención dolosa o culposa, pues la infracción se tipifica simplemente por la inclusión, por error de interpretación, de hechos económicos y de la subsunción de los mismos en la norma que se invoca para amparar el beneficio (infracción objetiva), o por la inclusión, de manera dolosa, de hechos falsos (infracción subjetiva)

**[Sentencia del 22 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00259-01 \(17286\) . MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)**

**5. a) En aplicación del principio de predeterminación los organismos de representación popular pueden fijar los elementos del tributo que la ley haya autorizado**

Se estudia la legalidad del Acuerdo 013 del 5 de junio del 2007, por el cual el Concejo Municipal de Quibdó - Chocó, “regula de manera integral el impuesto para el servicio de alumbrado público”.

**Extracto:** De acuerdo con los artículos 287, 300-4 y 313-4 de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para gestionar sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En virtud de esa autonomía, tanto las Asambleas Departamentales como los Concejos Municipales pueden decretar tributos y gastos locales. El artículo 1° de la Ley 97 de 1913 autorizó la creación del impuesto de alumbrado público en la ciudad de Bogotá, junto con el impuesto sobre telégrafos y teléfonos urbanos. Por su parte, la sentencia C-035 de 2009 examinó la legalidad del artículo 233 (lit. b) del Decreto 1333 de 1986 - Código de Régimen Municipal, porque, entre otra razón, contravenía el principio de legalidad del tributo. Allí la Corte reafirmó que el legislador debe, cuando menos, establecer los límites dentro de los cuales las ordenanzas o los acuerdos pueden fijar los contenidos concretos de la obligación tributaria; pero dejó en claro que la autonomía tributaria de los entes territoriales exige que la ley reserve un espacio para que éstos puedan ejercer sus competencias impositivas, de modo que el congreso no debe demarcar de forma absoluta la constitución del tributo. Así, una vez más el máximo tribunal en lo constitucional admitió que los concejos distritales y municipales pueden determinar los elementos de la obligación tributaria, siempre que (i) medie autorización del legislador para la imposición del gravamen, y (ii) que la ley contenga la delimitación del hecho gravado con el respectivo impuesto o contribución. En ese orden de ideas, dicho proveído retomó el criterio de la sentencia del 15 de octubre de 1999 (exp. 9456) según el cual, en virtud del principio de predeterminación, el establecimiento de los elementos objetivos de la obligación tributaria correspondía exclusivamente a los organismos de representación popular, porque el propio artículo 338 de la Constitución había asignado a las leyes, las ordenanzas y los acuerdos la función indelegable de señalar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos. Así pues y en virtud de los principios de autonomía y descentralización territorial, el criterio actual de la Sala en materia de facultad impositiva territorial reconoce la autonomía fiscal de los municipios para regular directamente los elementos de los tributos que la Ley les haya autorizado.

#### **b) El tributo generado del servicio de alumbrado público es un impuesto**

La Sala puntualizó que el tributo derivado del servicio de alumbrado público es un impuesto, porque del mismo gozan todos los habitantes de una jurisdicción territorial, quieran o no acceder al mismo; que se genera por la mera prestación del servicio; que se cobra indiscriminadamente a todos sus beneficiarios; y que el contribuyente puede o no beneficiarse con el servicio de acuerdo con las condiciones en que se preste, sin que pueda derivarse una relación directa entre el tributo cobrado y el beneficio al que se accede habitual o esporádicamente. En ese contexto y luego de concluir que las normas acusadas no alteraban el hecho generador del impuesto, sino que fijaban una tarifa para unos sujetos determinados, que además consultaba la capacidad de pago del contribuyente por el servicio prestado indiscriminadamente, independientemente de que se beneficiara habitual u ocasionalmente del mismo, precisó que como la carga impositiva derivada del hecho generador “servicio de alumbrado público” era propiamente un impuesto, no era necesario que la Ley ni el Acuerdo municipal fijaran la tarifa del mismo con fundamento en un sistema y un método para definir los costos y beneficios que se derivan de tal servicio, ni la forma de hacer su reparto. Se tiene entonces que, a partir del hecho imponible como modelo abstracto que puede reproducirse en conductas concretas, se constituye, a su vez, el hecho generador revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, el cual, para el caso del impuesto de alumbrado público, es el ser usuario potencial receptor de ese servicio. De acuerdo con tal razonamiento y en consonancia con el concepto del Ministerio Público, se declarará la legalidad condicionada del artículo primero del Acuerdo demandado, en cuanto “adoptó el impuesto sobre el servicio de alumbrado público del orden municipal” como “una contribución especial de carácter obligatorio”, bajo el entendido de que dicho tributo es propiamente un impuesto. Concordantemente y dado que el yerro conceptual trasciende a lo largo de la regulación, tal condicionamiento se extenderá a todas las referencias denominativas que contenga cualquier otro artículo de dicho cuerpo normativo.

**c) La propiedad o tenencia de un inmueble dentro del área rural del municipio no es objeto imponible para efectos del impuesto de alumbrado público**

“la propiedad o tenencia de un bien inmueble(s) en el área geográfica del Municipio de Quibdo”, igualmente incluida como hecho generador del impuesto de alumbrado público”, pues, como tal, las redes físicas que proporcionan el servicio de alumbrado público no llegan a puntos terminales de las viviendas, sino directamente a “las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentran a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales”. En síntesis, como lo anota la sentencia C-035 del 2003, no se accede al servicio de alumbrado público desde el lugar de domicilio, esto es, desde un inmueble individualizado, como sí ocurre con el servicio de energía eléctrica según se desprende los artículos 1 y 14.25 de la Ley 142 de 1994, que lo definen como “el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición”. Así pues, puede decirse que la generación del impuesto por parte de los usuarios residenciales cabe dentro de los supuestos de “disfrute efectivo o potencial del servicio de alumbrado público” y “usuario del servicio público de energía eléctrica”, y que la disposición “la propiedad o tenencia de un bien inmueble(s) en el área geográfica del Municipio de Quibdo” debe anularse por escapar al objeto imponible del impuesto, máxime cuando “la propiedad de bienes inmuebles”, como hecho aislado, es elemento característico de la concentración del ingreso y, en tal condición, genera el impuesto predial, de carácter real, independientemente de las condiciones personales de los contribuyentes. Por lo anterior, el gravamen de la propiedad por impuesto sobre el servicio de alumbrado público bien podría implicar doble tributación.

**d) La categorización del consumo de energía eléctrica por rangos para quienes desempeñan actividades comerciales, industriales o de servicios, es, en principio, un parámetro de medición admisible para establecer la base gravable del impuesto**

En el impuesto de alumbrado público, “el contenido económico” inmerso en el hecho generador y la “capacidad contributiva” del potencial usuario no es evidente, y, por lo mismo, los entes territoriales acuden a distintas fórmulas que, por supuesto, deben referir a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se deriven de él, o se relacionen con éste. A su vez, el Decreto 2424 de 2006, por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de establecer una metodología para la determinación de los costos máximos que debe aplicar los municipios o distritos para remunerar a los prestadores del servicio, así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público. Por su parte, el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995 señaló que los municipios no pueden recuperar más de los usuarios que lo que pagan por el servicio, incluida la expansión y el mantenimiento. Desde esta perspectiva, se ha considerado que no se vulnera el artículo 338 de la Carta Política, en tanto las tarifas sean razonables y proporcionales con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, sin desconocer que la determinación de los costos reales y su redistribución entre los potenciales usuarios no es uniforme en la práctica, dadas las condiciones particulares de cada entidad territorial. Según las premisas anteriores vistas desde la perspectiva de los cargos de nulidad, no advierte la Sala ningún vicio que invalide los numerales 4 y 5 del artículo tercero del Acuerdo Municipal demandado, ni los artículos cuarto y quinto ibídem, pues la categorización del consumo de energía eléctrica por rangos para quienes desempeñan actividades comerciales, industriales o de servicios, es, en principio, un parámetro de medición admisible para establecer la base gravable del impuesto respecto de tales sujetos pasivos, por tener ellos una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio de alumbrado público. Cabe pues la diferenciación que ciertamente integra las dimensiones propias del hecho imponible. En consecuencia se declara ajustado el artículo primero del Acuerdo 013 del 15 de junio del 2007, en el entendido de que adopta un impuesto, no una contribución. Se anula parcialmente el

numeral 3 del artículo tercero. Se niega la nulidad de los numerales 4 y 5 del artículo tercero y de los artículos cuarto y quinto.

[Sentencia del 10 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-27-000-2008-00042-00 \(18141\). MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)

**6. La instalación o establecimiento de la empresa es el acontecimiento que determina temporalmente el momento a partir del cual comienza a transcurrir el término de vigencia de la exención creada por la Ley Páez**

Se estudia la legalidad del Concepto 025648 del 2 de abril del 2007, expedido por la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en cuanto interpretó que el término de vigencia de la exención del impuesto sobre la renta y complementarios, otorgada por la Ley Páez para las nuevas empresas que desarrollen actividades industriales de transformación, turísticas, energéticas, mineras, de construcción o agrícolas, se cuenta desde la fecha de su constitución, por ser éste el momento en que se establecen o instalan.

**Extracto:** Para las nuevas empresas no comerciales, los diez años de la exención deben comenzarse a contar a partir del momento en que se entienden efectivamente establecidas, es decir, cuando manifiestan su intención de acogerse a los beneficios otorgados por el Decreto 1264 de 1994, detallando la actividad económica a la que se dedican, el Capital de la Empresa, su lugar de ubicación y la sede principal de sus negocios. Es así, se insiste, porque en el contexto de la Ley 218, esa instalación se equipara al efectivo establecimiento de la nueva empresa (distinta de la comercial), para la cual el artículo 3° ibidem previó esa regla especial (la de la manifestación de la intención). Tal interpretación, además, resulta coherente con los efectos prácticos de la exención de renta, que no son otros distintos a eximir al contribuyente de pagar el tributo respecto de los ingresos que hubiere obtenido durante el periodo gravable y que sólo pueden provenir del efectivo ejercicio de la actividad que los genera, directamente asociada al real inicio del periodo productivo de la empresa, como bien se extrae del parágrafo 4° del artículo 3° de la Ley 218 de 1995. El Concepto demandado limita y restringe el alcance de la exención prevista en el artículo 2° de la Ley 218 de 1995, respecto de las empresas nuevas no comerciales mencionadas en el inciso 1° de dicha norma, usurpando en tal medida la competencia del legislador en materia de exenciones, y, por consiguiente, debe anularse.

[Sentencia del 24 de marzo de 2011. Expediente: 11001-03-27-000-2007-00041-00\(16805\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)

**7. Para efectos de computar la caducidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se considera presentada al recibo en el despacho judicial de destino**

Se estudia si prospera la excepción de caducidad de la acción, como lo declaro el *a quo* o si, por el contrario, debe conocerse de fondo la legalidad de la actuación por medio de la cual el Municipio de Riohacha ordenó el fraccionamiento del título judicial que consignó la demandante para garantizar el pago de la obligación objeto de cobro coactivo.

**Extracto:** Toda vez que la no caducidad de la acción constituye un presupuesto procesal para instaurar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, le corresponde al demandante la carga de la prueba, con la finalidad de demostrar, al momento de presentarla, la oportunidad en el ejercicio de la respectiva acción. La demandante, por el contrario, ocultó la realidad respecto del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la admisión de la demanda, señalando en el acápite correspondiente: “*la presente demanda se está presentando dentro de los cuatro meses señalados en el numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo*”. A folio 16 del expediente aparece en la demanda el sello de presentación personal ante la Notaría Segunda del Círculo de Riohacha, de fecha 22 de abril de 2002, y en ese folio figura el sello de presentación

de la misma ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Seccional Guajira Oficina Judicial, de fecha 23 de abril del mismo año. Conforme al artículo 142 del Código Contencioso Administrativo, toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe. El signatario podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada al recibo en el despacho judicial de destino. Se debe tener en cuenta que el acto demandado se notificó el 20 de diciembre de 2001, razón por la cual, conforme al artículo 136-2 del Código Contencioso Administrativo, la sociedad actora tenía plazo para presentar la demanda ante la dependencia judicial correspondiente hasta el 22 de abril de 2002. Si bien el actor hizo la presentación personal de la demanda en la misma fecha de vencimiento ante la Notaría Segunda del Círculo de Riohacha, la misma fue recibida en la oficina de reparto el 23 de abril de 2002, es decir, en forma extemporánea, razón por la cual, al operar la caducidad de la acción, no es posible que la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 44001-23-31-000-2002-00234-04\(17540\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

## SECCIÓN QUINTA

### **1. Niega nulidad de elección de ex Diputado como Representante a la Cámara (Iván Darío Agudelo Zapata) basada en la supuesta inhabilidad por coincidencia de períodos.**

El actor sostuvo que el demandado estaba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, porque fue elegido congresista para el período 2010-2014, a pesar de la previa elección como diputado de la Asamblea de Antioquia para el período 2007-2011. Agregó que la renuncia a esta última dignidad no eliminaba la inhabilidad porque no le fue aceptada mediante voto nominal y público de los diputados, como lo exige el artículo 133 de la Constitución Política después de la reforma introducida por el Acto Legislativo 1 de 2009.

La Sala negó las pretensiones de la demanda porque consideró que dicha inhabilidad, conocida como coincidencia de períodos, no se configuró porque el demandado renunció al cargo de diputado antes de la elección e incluso de la inscripción como candidato a la Cámara de Representantes y su renuncia fue aceptada válidamente y en forma unánime por los miembros de la Asamblea de Antioquia.

Por otra parte, la sentencia abordó el estudio de varios aspectos procesales, tales como, el nuevo requisito de procedibilidad de la acción electoral. Al respecto aclaró que el mismo no debía agotarse en el caso de la demanda sustentada en causal subjetiva de nulidad.

Sobre el asunto de fondo relacionado con la inhabilidad, indicó:

**a) No existe inhabilidad por coincidencia de períodos porque la renuncia al cargo de diputado fue válidamente aceptada. La renuncia al cargo en corporaciones públicas de elección popular es válida con el voto nominal y público de sus miembros.**

“Está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea de manera parcial. Ha dicho la Corte Constitucional respecto de esta inhabilidad que no sólo aplica para congresistas sino para todo ciudadano que se elija o se nombre en otro cargo público cuando ya ejerce uno, incluidos, por ende, los miembros de las corporaciones públicas de elección popular del nivel territorial. (...) Bajo esta perspectiva, la Sala examinará si en el sub - lite se presentan los supuestos para que la inhabilidad atribuida al demandado se configure, de acuerdo con los

postulados que al respecto ha fijado la Corporación: i) el relativo, a la elección, en tanto lo que se trata de impedir que una misma persona sea elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo, y la ii) la simultaneidad o coincidencia de los períodos en los que se ha elegido al demandado.

(...)

Está probado que el demandado fue elegido y tomó posesión del cargo de Diputado de la Asamblea Departamental de Antioquia para el período 2007 - 2011. Igualmente está acreditado que fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia período 2010-2014.(...) el demandado resultó elegido para una segunda corporación respecto de la cual existe coincidencia de período.... No obstante, no puede decirse que para el momento de la inscripción y elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia el señor IVAN DARÍO AGUDELO ZAPATA fungía como Diputado a la Asamblea por esa misma circunscripción, pues ocurre, que respecto de esta primera dignidad él presentó renuncia que le fue aceptada el 30 de julio de 2009 en sesión celebrada esa fecha, y formalizada por la Resolución N° 102 de 2009. Esta dimisión ocasionó que respecto del mismo se generara la finalización de la función que desempeñaba, lo que impide que pueda endilgársele que esa primera elección estuviera vigente para el momento de la inscripción ni al de la elección como Congresista, pues estos hechos tuvieron ocurrencia el 2 de febrero y el 14 de mayo de 2010 respectivamente, mientras que la aceptación de la renuncia ocurrió con anterioridad desde el 30 de julio de 2009.

Así, no puede predicarse vigencia de períodos coincidentes, ya que el de la Asamblea Departamental quedó inexistente por razón de los efectos de la renuncia que se presume válida.

Respecto de la causal de inhabilidad es preciso señalar que el texto constitucional (numeral 8° del artículo 179) ha sido objeto de modificaciones a través de los actos legislativos N° 01 de 2003 y 01 de 2009; sin embargo, en estas dos oportunidades la Corte Constitucional determinó que eran inexecutable lo que ocasionó que el texto original de la Carta se mantenga sin las modificaciones que a éste se incluyeron, relativas a que la “renuncia” no eliminaba la inhabilidad. En ambos casos, tal determinación obedeció a la existencia de vicios en su formación. (...) Con base en estos lineamientos fijados por la Corte Constitucional, ha de concluirse que la inhabilidad en estudio no se configuró porque, como se dijo atrás, el elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia presentó renuncia al cargo de elección popular que desempeñaba desde el 1° de enero de 2008 y entonces para el momento de su inscripción como candidato al Congreso ya no fungía como Diputado de la Asamblea Departamental de Antioquia.

Ahora, es argumento de la demanda invocar que dicha inhabilidad sí se configura porque pese a existir la “renuncia” al cargo de Diputado, para el momento en que sesionó dicha Corporación ya se encontraba vigente la reforma constitucional adoptada mediante el Acto Legislativo N° 01 de 2009, que obligaba a que las decisiones de tales corporaciones se adoptaran mediante votación nominal y pública, circunstancia que dice, no ocurrió”.

Al respecto, la Sala hizo la siguiente consideración:

“(...) la norma constitucional [Nota: se refiere al art. 133 C.P mod. A.L. 01/09] optó por elevar a regla general que las decisiones de los integrantes de las corporaciones públicas se tomen por cada uno de los miembros debidamente identificados y expresando la aceptación o la negación de manera pública. (...), las decisiones tomadas por los miembros de las corporaciones públicas serán públicas y se dejará constancia de la determinación que adopta cada uno de sus miembros, bien por medio de anotación del sentido que acogen (SI ó NO) o por medios electrónicos, en caso de que operen en las votaciones de tales corporaciones.

(...) La determinación que adoptó la Asamblea para dar trámite a la renuncia presentada por el señor IVÁN DARÍO AGUDELO ZAPATA, se hizo a través de votación unánime de los miembros de la Corporación presentes. (...) En el sub-examine la actuación de aceptación de la demanda cumplió la finalidad de autorizar al servidor público separarse definitivamente de la función y a éste le fue comunicada tal decisión.

(...) corolario de lo anterior, la causal inhabilitante por coincidencia de períodos propuesta por el demandante no se consolidó, en tanto que antes de la inscripción y de la elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia existió aceptación de la renuncia como Diputado por la Asamblea Departamental de Antioquia, que se llevó a cabo mediante la manifestación afirmativa de cada uno de los integrantes del cuerpo colegiado tal como lo registra el acta respectiva.

Esto indica que tampoco el demandante logró demostrar que la modalidad de votación que se produjo en el caso de la aceptación de la renuncia contraría la publicidad e identificación del voto de cada diputado, pues... la decisión la tomaron los 24 Diputados presentes sin que existiera oposición...”.

Sobre el segundo de los temas reseñados, esto es, el requisito de procedibilidad, la Sala consideró:

**b) Requisito de procedibilidad de la acción electoral se exige frente a demanda contra acto de elección popular por causales objetivas de nulidad. No es aplicable a la demanda de nulidad de elección popular sustentada en causales subjetivas.**

“(...) de acuerdo con la previsión constitucional prevista en el parágrafo [del art. 237], es presupuesto procesal de la demanda, cuando se ejercite el contencioso electoral contra actos de elección de carácter popular, que las irregularidades constitutivas de nulidad - diferente a las causales de reclamación del art. 192 del código electoral - relativas a vicios en la votación o en los escrutinios, se hayan sometido antes de la declaratoria de elección, a examen ante la autoridad administrativa electoral correspondiente.

Significa que las demandas electorales contra elecciones por voto ciudadano que se funden en causales objetivas, para que se admitan deben acreditar que los motivos de nulidad que se alegan en el respectivo concepto de violación hayan sido puestos de presente a la autoridad administrativa electoral correspondiente antes de la declaratoria de elección y que lo decidido al respecto de estas irregularidades (constitutivas de causales de nulidad artículo 223 del C.C.A.), así como sobre las reclamaciones (previstas en el Código Electoral), se incluyan en la demanda como actos que también se pide sean anulados, conjuntamente con el que declara la elección. Por tanto, como la demanda cuestiona una elección popular, pero por censuras que atañen a la falta de calidades del elegido no le es aplicable la exigencia de haber atendido el requisito de procedibilidad consagrado en el parágrafo del artículo 237 constitucional.”

**[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-28-000-2010-00020-00. MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)**

\* Con salvamento de voto de la Consejera Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

\* Con salvamento de voto del Conjuez Dr. Carlos Enrique Marín Vélez.

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### **1. La provisión de vacantes de cargos de carrera en el Congreso de la República se rige por las normas generales de carrera administrativa**

El ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del presidente del Senado de la República, consultó a la Sala sobre las reglas para hacer nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera de la entidad, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar la carrera administrativa especial y la inscripción en carrera de sus servidores.

La Sala reiteró lo expuesto en el concepto 1506 de 26 de junio de 2003, que previno sobre la ilegalidad de la inscripción en carrera administrativa del personal que nunca participó en un concurso de méritos para el efecto.

Además, recordó que el sistema de carrera administrativa es la regla general de ingreso a la función pública y que era aplicable al Congreso de la República, entidad que tenía una carrera administrativa especial de origen legal cuya administración y vigilancia correspondía a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por último, advirtió sobre las consecuencias para los servidores públicos desobedientes de las órdenes judiciales, de conformidad con el deber de obediencia al ordenamiento jurídico, a propósito del reconocimiento de derechos de carrera que se siguen reconociendo a empleados del Congreso de la República, sin mediar un concurso de méritos.

Dice el concepto:

#### **a) Los empleos en el Congreso de la República siguen la regla general de carrera y la administración de personal está sometida a reserva legal**

“El Congreso de la República, como órgano del Estado, debe seguir el principio general según el cual sus empleos deben proveerse por el sistema de carrera y que lo relacionado con la creación, provisión y supresión de los empleos que requiera para su funcionamiento, será materia de regulación legal.”

#### **b) Clasificación de empleados del Congreso de la República**

“1) Los funcionarios al servicio del Senado de la República y la Cámara de Representantes, se denominan jurídicamente “empleados de la Rama Legislativa del Poder Público”. 2) Dichos empleados son de tres clases: a) De elección: los cargos taxativamente indicados en la norma cuyos titulares son elegidos por las respectivas Corporaciones; b) De libre nombramiento y remoción: los cargos taxativamente enumerados en la disposición; c) De carrera: constituye la regla general y corresponde a los demás cargos o empleos.”

#### **c) Aplicación de normas generales de administración de personal al Congreso de la República, ante la inexistencia de régimen especial de carrera**

“Las normas precitadas establecen que las disposiciones sobre administración de personal contenidas en la ley 909 y en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, y sus decretos reglamentarios, se aplican a

los empleados del Congreso de la República. Y el párrafo 2 del artículo 3 de la ley 909 reafirma lo dispuesto en el párrafo del artículo 384 de la ley 5ª de 1992, en el sentido que mientras se expiden las normas para los empleados de carrera del Congreso de la República, les serán aplicables las disposiciones de la ley 909 de 2004. De esta manera, puede afirmarse que se trata de la aplicación directa de las normas de la ley 909, por la remisión expresa anotada, y no de su aplicación con carácter supletorio, ya que ésta se dará solamente cuando se haya expedido la legislación del personal de carrera del Congreso y se presente algún vacío que sea necesario llenar con la ley 909.”

**d) Carreras administrativas especiales de origen constitucional y de origen legal: Administración y vigilancia**

“Respecto de las carreras especiales y la excepción prevista en el artículo 130 C.P. para que la CNSC administre y vigile tales carreras, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que existen carreras especiales de origen constitucional y de origen legal. Respecto de las primeras, se ha sostenido la existencia de las siguientes, según se desprende de la sentencia C-175 de 2006 de esa Corporación: a) La de las Fuerzas Militares, prevista en el artículo 217 de la Constitución Política. b) La de la Policía Nacional, consagrada en el inciso 3º del artículo 218 de la Constitución Política. c) La de la Fiscalía General de la Nación, contemplada en el artículo 253 de la Constitución Política. d) La de la Rama Judicial, prevista en el numeral primero del artículo 256 de la Constitución Política. e) La de la Contraloría General de la República, consagrada en el numeral 10 del artículo 268 de la Constitución Política. f) La de la Procuraduría General de la Nación, contemplada en el artículo 279 de la Constitución Política. g) El régimen de las universidades estatales en virtud de lo dispuesto por el artículo 69 de la Constitución Política. Así las cosas, lo que sostiene dicha jurisprudencia es que frente a las carreras de origen constitucional la CNSC queda excluida de su administración y vigilancia, por mandato del artículo 130 C.P. En materia de carreras especiales de origen legal, la jurisprudencia constitucional, y particularmente la sentencia C - 753 de 2008, se ha pronunciado en el sentido que es competencia de la CNSC administrar y vigilar tales sistemas de carrera administrativa. (...) Por consiguiente, no cabe duda que, a luz de la jurisprudencia constitucional y con fundamento en una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 superiores, los sistemas especiales de carrera de origen legal, deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

**e) La carrera administrativa especial del Congreso de la República es de origen legal y su administración y vigilancia corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil**

“La administración y vigilancia de la carrera administrativa en la Rama Legislativa del Poder Público, que es de creación legal y ha sido denominada por la ley 909 como “especial”, es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con los artículos 125 y 130 C.P. y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.”

**f) Justificación de las carreras administrativas especiales**

“Para la existencia de una carrera “especial”, no basta que la ley le de ese título, sino que de conformidad con los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, y la jurisprudencia constitucional citada, el Legislador se encuentra facultado para crear carreras administrativas especiales, siempre y cuando exista una razón suficiente para ello, consistente en que se justifique la creación de la carrera

especial por la naturaleza y las atribuciones de la respectiva entidad y que las normas de la carrera general no le permitan cumplir adecuadamente con sus funciones o interfieran negativamente en la consecución de sus objetivos.”

**g) Cargos de carrera vacantes por regla general deben proveerse con personal de carrera en cargos inferiores que cumplan los requisitos correspondientes: Excepciones. Reglas para nombramientos en provisionalidad según esté o no en trámite un concurso de méritos**

“Es preciso reiterar la regla general según la cual la provisión de los empleos de carrera se debe realizar por concurso, previa convocatoria del mismo. Y “mientras se surte el proceso de selección (...) una vez convocado el respectivo concurso”, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses, tal como lo establece el artículo 24 de la ley 909, lo jurídicamente procedente es encargar a los empleados de carrera, según se ordena en esa misma norma. Los empleados de carrera, entonces, tienen derecho a ser encargados de estos empleos si cumplen los requisitos previstos en ese artículo y al efecto se establece un procedimiento conducente a garantizar el cubrimiento de las vacantes internamente con los servidores activos mediante designación sucesiva de quienes desempeñan cargos inferiores, de manera que si quienes tienen mejor derecho no acreditan las condiciones legales, el encargo entonces recaerá en el empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. Así las cosas, la Sala reitera lo dicho en el concepto 1652 de julio 14 de 2005, en donde se afirmó que la ley 909 de 2004 restringió los nombramientos provisionales de manera drástica, al punto que redujo su mención en la ley para sólo dos eventos, a saber: i) Las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados (art. 25), ii) Mientras se produce la calificación del período de prueba en el caso de los empleados inscritos en carrera administrativa que superen un concurso (art. 31.5). (...) Se observa que el reglamento introduce variantes en los nombramientos provisionales que permiten enfrentar situaciones que en la práctica pueden presentarse en la actividad administrativa, cuando aún no se ha convocado a concurso, pero obviamente bajo el supuesto de que se trata de situaciones excepcionales, que en manera alguna reemplazan la regla general tantas veces citada. En tales casos de excepción, la norma reglamentaria es clara en señalar que deben observarse las siguientes exigencias: a) Autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil. b) Que existan procesos de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de entidades, o c) por necesidades del servicio, debidamente justificadas por el jefe de la entidad. En consecuencia, en el caso excepcional de que resulte necesario realizar nombramientos provisionales o la prórroga de los mismos en cargos pertenecientes a la carrera de la Rama Legislativa del Poder Público, el nominador o su delegado debe cumplir con todos los requisitos indicados en precedencia, salvo que se trate de proveer una de las vacancias temporales exceptuadas de conformidad con la norma transcrita, en concordancia con el artículo 25 de la ley 909 de 2004. Insiste la Sala que las previsiones del decreto reglamentario arriba copiado son una herramienta para remediar situaciones que pueden comprometer el ejercicio eficiente de la función pública, pero en manera alguna alteran la regla general de carácter constitucional según la cual la provisión de los empleos de carrera se debe realizar por concurso, previa convocatoria del mismo. Igualmente llama la atención sobre la transitoriedad normativa de ese acto administrativo, lo que por definición no puede llegar a convertirse en una regla permanente que lleve a desconocer “los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen”.”

**h) Consecuencias del incumplimiento de órdenes judiciales para servidores públicos: Deber de obediencia al ordenamiento jurídico**

“Es preciso recordar el deber de obediencia al ordenamiento jurídico, que se encuentra expresamente consagrado en los artículos 4, inciso segundo, y 95 de la Constitución Política, el cual

se complementa con el artículo 6 ibídem, cuando dispone que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así las cosas, las normas jurídicas y las decisiones judiciales, independientemente de su jerarquía, obligan a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerlas efectivas; la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe. De esta manera, tal deber rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro del esquema de la organización jurídica y política previsto en la Constitución. En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además un presupuesto fundamental para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, lo que además hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste carece de validez, o dicho en otras palabras, es nulo. En consecuencia, la omisión del deber de obediencia del ordenamiento jurídico en general, y la inobservancia de las decisiones judiciales, en particular, implican para los servidores públicos la responsabilidad que las normas jurídicas establecen, la cual puede ser de diversa índole, esto es, administrativa, disciplinaria, fiscal e incluso penal, según el caso.”

#### **i) Provisión de vacantes de cargos de carrera en el Senado de la República**

Se deberán convocar a concurso los cargos o empleos de la planta de personal del Senado de la República que deban proveerse por el sistema de carrera administrativa y así obtener la lista de elegibles correspondiente. Y mientras se surte el proceso de selección una vez convocado el respectivo concurso, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses, tal como lo establece el artículo 24 de la ley 909, lo jurídicamente procedente es encargar a los empleados de carrera, según se ordena en esa misma norma. En el caso excepcional de que resulte necesario realizar nombramientos provisionales o la prórroga de los mismos en cargos pertenecientes a la carrera de la Rama Legislativa del Poder Público, el nominador o su delegado debe cumplir con todos los requisitos indicados en el decreto 4968 de 2007, en concordancia con lo dispuesto en la ley 909 de 2004, sin que dicha posibilidad altere la regla general de carácter constitucional según la cual la provisión de los empleos de carrera se debe realizar por concurso, previa convocatoria del mismo.

#### **j) Ilegalidad de inscripción en carrera administrativa de empleados del Senado de la República que no participaron en concurso de méritos: Reiteración de doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil**

“La Sala reitera lo dicho en la respuesta dada en el concepto 1506 del 26 de junio de 2003, la cual resulta plenamente aplicable para el Senado de la República, en donde textualmente manifestó: “Los funcionarios que ingresaron a la Cámara de Representantes bajo el procedimiento establecido en la Resolución No. 001 de 1.992, no están amparados por el fuero de estabilidad porque dichos procedimientos carecen de fundamento jurídico, al desaparecer el acto administrativo que los sustentaba”.”

[Concepto 2029 de 16 de febrero de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2010-00092-00. MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO OF111 8785 DVJ 0300 DE 9 DE MARZO DE 2011 DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA](#)

**2. Ministro de Comunicaciones no es miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión**

La ministra de Comunicaciones preguntó a la Sala si la ley le atribuía la calidad de miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y si podía delegar su participación.

La Sala, en concepto al que recientemente le fue levantada la reserva de conformidad con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo, respondió que el ministro de Comunicaciones no era miembro de dicha Junta, que su participación era facultativa. En cuanto a la delegación, advirtió que no era viable, mas podía ser representado por el viceministro.

Así lo explicó la Sala:

“El mandato del artículo 2° de la ley 335 de 1996 busca hacer efectivos los principios constitucionales de coordinación y colaboración entre dos entes públicos que no tienen entre sí relación alguna de dependencia pero sí tienen a su cargo, cada uno, aspectos fundamentales de un mismo servicio público, también por disposición constitucional. Para ello, el legislador, sin modificar la norma constitucional específica de la composición de la junta directiva de la CNTV, regula la presencia del Ministro de Comunicaciones en sus sesiones, le da voz, pero en manera alguna le da a éste la connotación de miembro de aquélla. (...) La asistencia del Ministro de Comunicaciones a las sesiones de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, está regulada como una facultad: podrá asistir, dice la norma, y como una función del Ministro que demanda su presencia: asistir. La Sala encuentra que, atendidas esas dos características, la función en comento no es susceptible de delegación, por cuanto la delegación, como la descentralización y la desconcentración, es una modalidad de la acción administrativa orientada a la organización de la función administrativa, y en su definición legal se caracteriza por la “transferencia” del ejercicio de la función. (...) Ahora bien, en la reforma administrativa de 1968 (vigente cuando se expidió la ley 335 de 1996), y actualmente en la ley 489 de 1998, el cargo de Viceministro tiene entre sus funciones la de representar al Ministro, cuando éste se lo solicite, en las juntas, consejos u otros cuerpos colegiados a los que aquél deba asistir. Es pertinente destacar que la norma vigente, el artículo 62 de la ley 489 de 1998, asigna al Viceministro, tres funciones diferentes: ejercer las funciones que el Ministro le delegue, representarlo en actos oficiales, y representarlo en juntas, consejos y cuerpos colegiados. De donde se desprende, de una parte, la autorización de la ley para ejercer funciones que no le son propias, y de otra, que la delegación de funciones del Ministro y la representación del Ministro son instituciones jurídicas diferentes (...) 1. El Ministro de Comunicaciones no tiene la calidad de miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y tampoco le ha sido conferida por el artículo 2° de la ley 335 de 1996, pues en ésta sólo se prevé su asistencia con voz a las sesiones de ese organismo. 2. La asistencia a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión no es delegable. El titular del Ministerio de Comunicaciones puede hacerse representar en ellas por el Viceministro, en aplicación del literal i) del artículo 62 de la ley 489 de 1998.”

[Concepto 1808 de 15 de marzo de 2007, Exp. 11001-03-06-000-2007-00012-00. MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. LEVANTADA LA RESERVA LEGAL CON AUTO DE 16 DE MARZO DE 2011](#)

### **3. Falta de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para dirimir conflictos de competencias administrativas entre dependencias de una misma entidad u organismo nacional**

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social del municipio de San Sebastián de Mariquita (Tolima) y la Coordinación del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial Atlántico del Ministerio de la Protección Social negaban tener competencia para autorizar la terminación de un contrato de trabajo.

Del artículo 5° del Decreto 205 de 2003, la Sala advirtió que las dos entidades en conflicto hacían parte de la estructura orgánica del mencionado Ministerio y señaló que: “De acuerdo con el párrafo del artículo 33 del actual Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo

*4º de la ley 954 de 2005, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es competente para dirimir conflictos de competencias administrativas cuando ocurran entre entidades u organismos estatales del orden nacional o cuando, por lo menos, una de las entidades u organismos pertenezca al orden nacional. De allí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado carezca de competencia para dirimir conflictos de naturaleza administrativa que se susciten entre dependencias de una misma entidad u organismo nacional, caso en el cual la discrepancia o divergencia debe ser resuelta por el superior jerárquico, como ha señalado la Sala en varias oportunidades. Es lo que ocurre en el presente caso, puesto que tanto la Inspección de Trabajo de Mariquita como la Coordinación del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial del Atlántico son dependencias pertenecientes a la estructura orgánica del Ministerio de la Protección Social.”*

[Auto de 10 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2011-00013-00. MP. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

### MAGISTRADO GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, NUEVO VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión realizada el martes 5 de abril de 2011, eligió al Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren como Vicepresidente del Consejo de Estado; el magistrado hace parte de la Sección Segunda de la Corporación.

La Sala Plena también destacó la labor que realizó el Doctor Mauricio Fajardo Gómez como Vicepresidente, durante el año 2010.

#### GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

El Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, boyacense de origen (Cuitiva) es Abogado de la Universidad del Cauca, ha realizado estudios de postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca España, es diplomado en Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Angelicum de Roma y diplomado en derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Su experiencia profesional la ha desarrollado en la rama Judicial en la que se ha desempeñado como Juez Promiscuo Municipal de Pesca, Boyacá; Juez Promiscuo de Menores en Yopal, Casanare; Juez Civil del Circuito en Soatá, Boyacá; Juez de Instrucción Penal Militar, y Fiscal Superior en Tunja. Desde 1988 y por 19 años ejerció la dignidad de Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá. En el año 2007 fue nombrado como Magistrado en la Sección Segunda del Consejo de Estado. Es y ha sido catedrático en los niveles de pregrado y postgrado en diversas Universidades del país entre ellas la Escuela Superior de Administración Pública, Universidad pedagógica y Tecnológica de Tunja, Universidad Santo Tomás en las sedes Bogotá, Tunja, Bucaramanga, Cúcuta, Universidad Libre Seccional Pereira, Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB. Ha sido formador en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y docente en la Maestría de derecho administrativo en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil Ecuador. Es autor de diferentes publicaciones entre ellas, Aproximaciones al Acto Administrativo, Responsabilidad Contractual en el nuevo Estatuto de Contratación, Análisis de la Ley de Contratación, Innovaciones de la Ley 446 de 1998, la Territorialidad en la Constitución de 1991, Principios del Derecho Administrativo y Derecho Administrativo. Fue reconocido como Becario por la Agencia Española de Cooperación Internacional en el año 2002 y distinguido como mejor Magistrado del país en el año 2006.

### CONSEJO EDITORIAL

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Presidente

#### Sala de Gobierno

**Rafael E. Ostau De Lafont P.**  
Presidente Sección Primera  
**Víctor Hernando Alvarado A.**  
Presidente Sección Segunda  
**Enrique Gil Botero**  
Presidente Sección Tercera  
**Martha Teresa Briceño de V.**  
Presidente Sección Cuarta  
**Mauricio Torres Cuervo**  
Presidente Sección Quinta  
**Augusto Hernández Becerra**  
Presidente Sala de Consulta

#### Reseña fallos

Relatoria Consejo de Estado

#### Coordinación General

- **Hugo Álvarez Rosales**  
Secretario Privado 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 **BOLETIN CONSEJO DE ESTADO**, opción **CONSULTAR**, abra el ultimo boletín dando clic sobre Ir al Boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

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