



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 12
• Sección Primera	13 - 20
• Sección Segunda	20 - 27
• Sección Tercera	27 - 50
• Sección Cuarta	50 - 59
• Sala de Consulta	60 - 64
• Noticias Destacadas	65

## Noticias destacadas

### PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ACEPTÓ CORDIAL INVITACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

## EDITORIAL

En esta oportunidad resulta de la mayor importancia reseñar que la Sala Plena del Consejo de Estado, en consideración a la grave crisis humanitaria que en la actualidad atraviesan gran cantidad de colombianos como consecuencia de la temporada invernal, aprobó la iniciativa de promover entre los funcionarios y empleados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la realización voluntaria de aportes con destino a los citados damnificados. Dicha contribución sería descontada por nómina y los funcionarios no tendrían que hacer ninguna otra gestión para hacer su donación.

Estamos seguros de que contaremos con el apoyo y aporte solidario y generoso de todos los integrantes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De otra parte informamos a nuestros lectores que en la Ley 1450 del 16 de junio de 2011 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*, se aprobaron dos disposiciones relacionadas con aspectos procesales aplicables directamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Una de dichas normas es el artículo 198, el cual prevé la aplicación inmediata, a su vez, del artículo 157 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- para efectos de determinar la competencia en razón de la cuantía y el otro precepto es el artículo 200, el cual aclara que los términos a los cuales se refiere el artículo 9° de la Ley 1395 no se aplican a los procesos que se tramitan ante esta Jurisdicción.

Invitamos a los funcionarios y empleados de la Corporación a que conozcan, analicen y estudien los alcances de dicha normatividad con el fin de garantizar el adecuado trámite de los procesos que se adelantan la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**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:

### SALA PLENA

Se niega la pérdida de investidura solicitada con relación al Representante a la Cámara Telésforo Pedraza Ortega al establecerse que no incurrió en conflicto de intereses por haber participado en el debate del Acto Legislativo 1 de 2009, que permitió a los congresistas cambiar de partido por un lapso de dos meses, y haberse pasado del partido de la U al partido Conservador Colombiano.

**Extracto:** La Sala considera que no existe relación directa entre la aprobación del párrafo que permitió a los congresistas cambiar de partido -así como a los demás miembros de corporaciones públicas-, por un lapso de dos meses, y su traslado efectivo, por las siguientes razones:

De un lado, porque al momento de aprobarse el artículo no quedó demostrado que el demandado hubiera considerado la posibilidad de servirse de esa disposición para favorecerse personalmente, de allí que se desconoce si para ese instante existía el conflicto de intereses. En esta línea de pensamiento, la utilización efectiva de la posibilidad que creó el Acto Legislativo No. 1 de 2009 es posterior a la norma, y de hecho muchos congresistas -se sabe bien- no hicieron uso de ella. Se trata, no cabe duda, de una razón subjetiva que se desconoce si parcializó al funcionario -aunque está probado que efectivamente se cambió de partido político-, como para inhabilitarlo para participar del proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, ponderación y desinterés que la norma moral y la norma legal exigen. De otro lado, tampoco se configuró el conflicto de intereses porque la posibilidad que cuestiona el actor no era exclusivamente aplicable al congresista demandado, sino a los miembros del Congreso, por ello es que todos tuvieron la oportunidad de cambiar de partido, desapareciendo con esta circunstancia la existencia de un beneficio particular. Como si fuera poco, no sólo se trató de una oportunidad al alcance de los congresistas, sino que lo fue de todos los integrantes de las corporaciones públicas de elección popular del país -concejos, asambleas y juntas administradoras locales-, de manera que no se trató de una medida de alcance particular sino general. Esta perspectiva del tema también excluye la existencia de un conflicto de intereses, porque la oportunidad que concedió la norma constitucional trascendió la esfera personal del demandado, y se extendió a los cuerpos colegiados de elección popular. En tercer lugar, tampoco se configuró el conflicto de intereses, porque la norma aprobada con participación del demandado es de naturaleza constitucional, y la Corte tiene establecido que la participación en su trámite legislativo no hace incurrir en conflicto de intereses a los congresistas que la deben votar -sentencia C-1040 de 2005-. Al respecto estableció: “Para esta Corporación, al igual que lo ha sostenido el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre demandas de pérdida de investidura de congresistas, la regla general es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos excepcionales en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso. (...) En estos términos, para la Sala el caso sub iudice se enmarca en la doctrina expresada en esta providencia, lo que la releva de hacer más anotaciones de las que la Corte expresó. Por tal razón, al no configurarse los supuestos de la prohibición prevista en el art. 182 de la CP. y, por tanto, al no haberse incurrido en la causal de pérdida de investidura contemplada en el art. 183.1 CP., la Sala Plena negará las pretensiones de la demanda.

[Sentencia del 12 de abril de 2011. Exp. 11001-03-15-000-2010-01325-00 \(PI\). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.](#)

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

#### 1. Vulneración del derecho a la intimidad por divulgación de datos personales perjudiciales

Observó la Sala que el problema que surge de los hechos narrados en la demanda y en la contestación de la misma, es si el Estado con el propósito de controlar la actividad de la administración y sus relación con los ciudadanos puede publicar información que pueda afectar la intimidad de la actora, pero que en cierto modo sirva de parámetro para cumplir sus funciones.

Sobre el derecho a la intimidad, resaltó la Sala que el artículo 248 de la Constitución es del siguiente tenor: “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales” Para la Sala, las entidades públicas están facultadas para que en su interior, cuenten con toda la información necesaria para el normal, adecuado, eficiente, legítimo y democrático ejercicio de su función de

servicio a la sociedad civil y defensa del orden público y de las instituciones. No obstante lo anterior, dichas instancias estatales no pueden circular al exterior la información sobre una persona, salvo en el único evento de un "antecedente" penal o contravencional, el cual permite divulgar a terceros la información oficial sobre una persona. Por "antecedente" debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del artículo 248 constitucional. Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes en cualquier actividad con la administración. En consecuencia, cualquier sistema de archivos y bancos de datos oficiales de una rama u órgano del Estado, que contengan información sobre una persona, pueden ser eventualmente conocidos por las demás instancias oficiales, si está previamente autorizada por el ordenamiento jurídico. No obstante, si por el intercambio de información ésta podría ser conocida por terceras personas -como ocurre en el caso objeto de estudio-, la información en estos casos no podrá contener datos perjudiciales de la persona, distintos de los "antecedentes" de que trata el artículo 248 de la Constitución. De lo contrario se violaría el derecho a la intimidad de las personas y el debido proceso al consignar información que no fue producto de un proceso judicial o administrativo que haya concluido definitivamente. En este sentido, concluyó la Sala las siguientes reglas jurídicas sobre la protección del derecho a la intimidad: 1. El Estado tiene la facultad y el deber de recopilar la información relevante para el correcto cumplimiento de sus funciones públicas. Todo ello dentro del respeto del núcleo esencial de los derechos contenidos en la Constitución. 2. Sin embargo, respetar el núcleo esencial de este derecho implica que la facultad de recopilar y administrar dicha información, no permita que la misma sea publicitada o divulgada salvo en los casos expresamente señalados en el artículo 248 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo anterior, estimó la Sala que al divulgarse la información sobre las reclamaciones sobre el pago de prestaciones sociales, la denuncia penal por la presunta existencia de falsedad en documentos privado y la citación a descargos constituye una transgresión del derecho a la intimidad del dato de la parte actora y al debido proceso. En consecuencia, se concedió la tutela interpuesta en el sentido de que la parte demandada no podrá en la certificaciones, divulgar información que no reúna las características previstas en el artículo 248 constitucional. Por ello, se ordenó que expida una nueva certificación sin las señaladas anotaciones.

[Sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2011-00548-00\(AC\), MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**2. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso por indebida suspensión de la totalidad del salario a un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad**

El problema jurídico resuelto consistió en determinar si el Departamento Administrativo de Seguridad había vulnerado los derechos fundamentales del actor, al suspenderle de manera unilateral el 100% del salario percibido como detective de la Institución, a raíz de la detención preventiva en establecimiento carcelario ejecutada en su contra.

Al respecto la Sala consideró: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se encuentran cobijados por un Régimen Especial de Carrera Administrativa determinado en los Decretos 2146 y 2147 de 1989. Para lo que al asunto interesa, se tiene que el Decreto 2146 contempla en su artículo 30 la suspensión del 50% del salario de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, cuando sean sindicados como infractores de la ley penal, y por dicha razón la autoridad judicial lo solicite. No obstante lo anterior, el Departamento Administrativo de Seguridad suspendió en el 100% el pago del salario del tutelante, en consideración a que hasta tanto la autoridad judicial competente no emitiera la orden respectiva frente a la aplicación de la norma precitada, debía darle cumplimiento a lo dispuesto en los Decretos 1647 de 1967 y 1737 de 2009, que autorizan a la Administración para descontar a los trabajadores los salarios correspondientes a los días no laborados sin justa causa. Por esta razón, dado que en su criterio el tutelante se ha ausentado de su trabajo sin razón justificada, le suspendió el pago a las mesadas salariales. (...) Conforme a lo anterior se tiene, que en virtud del Régimen Especial de Carrera Administrativa que cobija a los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, cuando uno de ellos es

sindicado de la comisión de un delito puede recibir el 50% de su asignación salarial, siempre y cuando medie solicitud de autoridad judicial; sin embargo, el Sistema Penal Acusatorio no contempla pronunciamiento en ese orden, y por tanto la Fiscalía no quedó facultada para realizar dicha solicitud ante el Juez de la causa. No obstante, la norma que así lo dispone, es decir, el Decreto 2146 de 1989 permanece incólume en el ordenamiento jurídico. Por tanto, considera la Sala, que el hecho de que el nuevo Régimen Penal Colombiano no estipule un artículo donde faculte al Ente acusador para solicitar ante el Juez la suspensión del salario del funcionario, no significa que dicho artículo no sea aplicable a quienes son procesados bajo dicha normativa. Lo anterior, como quiera que aunque los funcionarios del Ente acusador se encuentren sujetos al procedimiento penal establecido en la Ley 906 de 2004, lo cierto es que encontrándose en situaciones como la que ahora nos ocupa, debe dar aplicación al ordenamiento jurídico en su integralidad, y hacer uso para lo que al asunto interese, de las normas análogas que así lo permitan. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el régimen de carrera administrativa contempla una serie de situaciones administrativas, como la suspensión en el ejercicio del cargo, y no puede pretenderse que por falta de una norma expresa en la Ley 906 de 2004, se inapliquen los preceptos especiales que en materia de carrera administrativa se encuentran vigentes. Inclusive, deben ser aplicadas en lo que sea pertinente las normas generales respecto de las situaciones administrativas. Adicional a ello, considera la Sala que el Departamento Administrativo de Seguridad tampoco se encuentra excluido de aplicar lo dispuesto de manera especial en el artículo 30 del Decreto 2146 de 1989, pues si bien es cierto no se encuentra agotado el requisito referente a la orden judicial, también lo es que por esta circunstancia no puede aplicar tajantemente el régimen general de pago de los empleados públicos, y en virtud del él, suspender en el 100% el pago del salario del actor, sin tener en cuenta, que por su situación y la de su familia, éste hecho genera la vulneración de sus derechos fundamentales”

[Sentencia de 5 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2011-00369-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

### **3. La omisión en la expedición de copias auténticas de una providencia judicial vulnera el debido proceso y no el derecho de petición**

En cuanto al derecho de petición ante autoridades judiciales, se ha sostenido de tiempo atrás que por regla general los procesos que ante estos se adelanten cuentan con procedimientos expresos dispuestos en la ley, por consiguiente, es en el marco de estos que las solicitudes elevadas por las partes deben resolverse, y no a través del derecho de petición. No obstante, se ha aceptado que pueda ejercerse el derecho de petición ante los jueces, por ejemplo, en asuntos administrativos a su cargo, y en consecuencia éstos se hallan obligados a tramitar y responder las solicitudes que se les presenten, en los términos que la ley señale y, de no hacerlo, desconocen esta garantía fundamental. Dijo la Corte Constitucional que “el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio (artículo 29 C.P.)”. (...) Como se indicó, las actividades del juez están gobernadas por la normatividad correspondiente, por lo cual las solicitudes que presenten las partes y los intervinientes dentro de aquél en temas relacionados con la litis tienen un trámite en el que prevalecen las reglas del proceso. Así, la solicitud de pruebas, acumulación de procesos, de denuncia del pleito, etc., se deben tramitar conforme a las reglas señaladas por los respectivos ordenamientos procesales. En consecuencia, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional en la materia, la omisión del funcionario judicial en resolver las solicitudes formuladas por las partes intervinientes en una actividad jurisdiccional, no transgreden el derecho fundamental de petición, sino al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en la medida en que “dicha conducta, al desconocer los términos de ley sin motivo probado y razonable, implica una dilación injustificada al interior del proceso judicial, la cual está proscrita por el ordenamiento constitucional (C.P. Arts. 29 y 229)”. Sobre las solicitudes de copias en actuaciones judiciales, el numeral 7º del artículo 115 del

C.P.C. establece que: “las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario”, por lo tanto, la decisión de expedir las copias al estar regulada por el ordenamiento procesal, no es posible asimilarla a aquellas en las cuales su resolución se contrae a la aplicación de las normas propias de los actos de la administración a través del derecho de petición. En ese estado de cosas, no puede hablarse de violación al derecho de petición, no porque este derecho no pueda ejercerse ante los funcionarios judiciales, como se dejó visto, sino porque la solicitud de expedición de copias formulada se debió tramitar de conformidad con las normas antes citadas, por ser un trámite específicamente regulado para garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia del demandante. Según la norma, y así lo acepta el propio Tribunal accionado, lo procedente en estos casos es que el funcionario judicial ordene la expedición de las copias mediante auto dentro del término previsto en el artículo 124 del C.P.C. y que, una vez canceladas las expensas correspondientes por cuenta del interesado, el secretario firme las copias y las entregue, pues la garantía se cumple no sólo con la expedición de las copias, sino con la entrega de las mismas. En consecuencia, la respuesta a la solicitud del demandante debió indefectiblemente darse mediante auto que ordenara la expedición de las copias, actuación que no se dio. Teniendo en cuenta que la petición del actor no se centra en una actuación netamente administrativa, se repite, se descarta la trasgresión del derecho de petición, empero, no cabe duda que en las condiciones anotadas, se vulnera el derecho al debido proceso del demandante, en cuanto no se dispusieron los actos procesales tendientes a lograr de manera oportuna el cometido, que era la expedición de las copias y su autenticación, sino que las respuestas fueron informales y de manera verbal por funcionarios intermediarios a quienes no competía en últimas emitirlos, y sólo se elaboró una respuesta luego de haber sido notificado el Tribunal del proceso de tutela en su contra, lo cual es a todas luces violatorio del mencionado derecho del demandante.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00281-00\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

#### **4. Prestación del servicio de salud a soldado retirado, si la lesión esta se produjo con ocasión del servicio**

En el presente asunto el actor solicitaba que se ordenara a la Dirección de Sanidad de la Fuerza Aérea la atención médica y asistencial que requiriera en razón a la lesión que sufrió cuando prestaba el servicio militar obligatorio y que se le practique la Junta Medica Laboral para luego determinar la disminución de la capacidad laboral y las correspondientes incapacidades, indemnizaciones o pensión de invalidez.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1795 de 2000, en principio, sólo se consideran como afiliados del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares los soldados profesionales en servicio activo y los pensionados, calidades que no ostenta el actor, pues perteneció a la Fuerza Aérea como Soldado. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado que existen casos donde es preciso inaplicar la normatividad que regula una determinada materia por vulnerar derechos fundamentales de los sujetos objeto de la misma, entre los cuales se incluye aquellos en que un soldado es retirado del servicio padeciendo una enfermedad que ponga en riesgo cierto y evidente el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, o que una lesión que sufra esté estrechamente relacionada con la prestación del servicio. Quiere decir lo anterior que cuando un militar con ocasión de sus funciones presenta una lesión física o síquica que trae como consecuencia la afectación en su desempeño normal, luego de ser retirado del servicio, debe prolongarse la obligación de prestar los servicios médicos que requiera mientras desaparecen los efectos de la enfermedad, así como el suministro de los medicamentos y tratamientos necesarios para alcanzar un estado de salud óptimo, aún cuando como ya se dijo no esté en servicio. En consecuencia, se cumplen los requisitos para que opere la excepción, pues la lesión en el ojo izquierdo se produjo en el servicio y por razón del mismo. Por consiguiente, en el presente asunto se han vulnerado los



derechos fundamentales invocados por el actor, teniendo en cuenta que al retirarse del servicio no se había recuperado totalmente de las lesiones sufridas con ocasión del mismo.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 54001-23-31-000-2011-00027-01\(AC\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

#### **5. Las historias clínicas deben llevarse en un archivo único**

La acción de tutela estuvo encaminada a que el Ejército Nacional contestara el derecho de petición en el sentido de remitir copias de la historia clínica al actor; la Dirección de Sanidad Naval respondió que los documentos solicitados no reposaban en esa dependencia por lo que no era posible expedir las copias, más aún si éstas se encontraban bajo la custodia del archivo de historias clínicas de los Establecimientos de Sanidad donde el actor recibió atención médica.

Al respecto la Sala señaló “La resolución 1995 de 1999, permite concluir que es responsabilidad de los prestadores del servicio de salud tener un archivo único de las historias clínicas de todos los usuarios. Este archivo único de historias clínicas tiene como finalidad recopilar toda la información del estado de salud de los pacientes, con el objeto de poder brindar información oportuna de las mismas cuando así se requiera. En este orden de ideas, debe entenderse que existen razones suficientes para concluir que en el sub lite se vulneró el derecho fundamental de petición del actor, en el entendido de que la respuesta dada a la solicitud contiene fórmulas evasivas o elusivas que no resuelven en nada lo pretendido. No se entiende porque la entidad accionada afirmó que es obligación y responsabilidad del actor realizar un sin número de oficios solicitando a los distintos Establecimientos de Sanidad donde fue atendido la expedición de copias de su historia clínica, más aún si existen normas que estipulan todo lo contrario, haciéndose equivocada la apreciación hecha por la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, al precisar que como las historias clínicas están bajo la custodia de las entidades que prestan el servicio de salud, es a ellas a las que se debe acudir para solicitar los documentos aludidos. Así las cosas si el accionante perteneció a las Fuerzas Armadas de Colombia y el Ejército Nacional le proporcionó el servicio de salud en diferentes Establecimientos de Sanidad, no le asiste razón a la accionada en afirmar que no es la competente para realizar el consolidado de la historia clínica a ella solicitado, negándole la posibilidad al actor de acceder a esos documentos cuando legalmente es el único que puede conocerlos y que son necesarios para determinar el estado actual de salud. Advierte la Sala que es responsabilidad de la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional hacer el consolidado de la historia clínica y no trasladársela al actor, requiriéndolo para informar en cuantos establecimientos fue atendido, ya que lo ordenado por el A-quo fue que la entidad accionada realizara el consolidado y entregárselo al accionante”.

[Sentencia de 23 de febrero de 2011, Exp. 13001-23-31-000-2010-00765-01\(AC\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

#### **6. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso por modificación de una decisión tutela, en el trámite del desacato**

Advirtió la Sala que en el plenario se demostró la existencia de una vía de hecho en que incurrió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, la cual vulneró los derechos fundamentales de la demandante, pues aquella resultó beneficiada con la sentencia de segunda instancia de 21 de noviembre de 2007, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido de habersele ordenado el pago de salarios y prestaciones sociales “desde el mes de noviembre de 1999”, pero extrañamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, en auto de 14 de julio de 2008, restringió ilegalmente esa orden judicial a solo lo adeudado hasta el 29 de octubre de 2001, lo que además de implicar una merma patrimonial importante, comportó una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia así como a

la cosa juzgada, pues limitó indebidamente el fallo que amparó los derechos fundamentales de la demandante. Lo dicho por cuanto, el artículo 29 de la Constitución, crea a favor de los asociados la garantía de intangibilidad e inmutabilidad de las decisiones jurisdiccionales que han llegado al status de cosa juzgada, más, cuando con esos pronunciamientos se han otorgado emolumentos salariales y/o prestacionales.

Así las cosas, las providencias expedidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, posteriores al auto de 23 de abril de 2009, con las cuales aquella Corporación dio por cumplida la sentencia de tutela de 21 de noviembre de 2007 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que amparó los derechos fundamentales de la actora, son claras vías de hecho, puesto que expresamente modificaron una decisión constitucional de su superior jerárquico, reduciendo sustancialmente las prestaciones reconocidas a favor de la accionante, que precedían a la sentencia SU-484 de la Corte Constitucional, estaban absolutamente consolidadas y se erigían en derechos adquiridos.

[Sentencia de 4 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00310-00\(AC\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

\* Con salvamento de voto de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez

**7. a) La prestación del servicio militar obligatorio no vulnera el derecho a la educación, toda vez que las instituciones educativas deben reservar el cupo**

La parte actora pretendía el cambio de modalidad de incorporación del servicio militar de soldado regular a bachiller del joven David Andrés López Giraldo con el fin de finalizar sus estudios superiores y desarrollar libremente su proyecto de vida, máxime cuando canceló \$4.000.000 para cursar el tercer semestre de Gastronomía en la Escuela de Cocina Gato Dumas, los cuales supuestamente podría perder de no reingresar a dicha institución educativa en el término de un año.

La Sala precisó que los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad del joven David Andrés López Giraldo no se ven afectados por la prestación del servicio militar, en tanto de conformidad con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, la institución en la que se matriculó debe reservar el cupo hasta el siguiente semestre académico al licenciamiento, por lo que después de cumplir con su obligación constitucional podrá retomar su proyecto de vida. La anterior garantía en favor de los jóvenes que en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar interrumpen sus estudios superiores, también está consagrada en el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 548 de 1999. En virtud de la anterior situación, observó la Sala que por la garantía prevista en los artículos 40 de la Ley 48 de 1993 y 2° de la Ley 548 de 1999, el joven David Andrés López Giraldo una vez culmine la prestación del servicio militar, podrá retomar sin inconvenientes sus estudios en la mencionada institución educativa, por lo que no se advierte vulneración de los derechos fundamentales invocados. Además, el joven David Andrés López Giraldo decidió prestar su servicio militar como infante de marina regular en la Armada Nacional el día 6 de septiembre de 2010, motivo por el cual también decidió interrumpir los estudios superiores que venía adelantando para cumplir con la referida obligación constitucional, los cuales de conformidad con las normas antes citadas podrá continuar sin inconvenientes después del licenciamiento. Sobre el particular se destaca que de acuerdo al informe presentado por la Dirección de Reclutamiento y Control de Reserva Naval, el joven David Andrés López Giraldo no fue requerido para prestar el servicio militar o para aplazar sus estudios superiores, toda vez que el mismo de forma libre y voluntaria se presentó al Distrito Militar Naval porque quería ingresar a la Armada Nacional. Ahora bien, frente a la incorporación voluntaria que hizo el joven David Andrés López Giraldo, en los escritos presentados a este proceso por él, sus padres y el apoderado de éstos, se afirma que aquél fue engañado porque se le prometió que una vez se vinculara a la Armada Nacional podría continuar con sus estudios, y además, que se retracta de su decisión de vincularse como soldado regular, en virtud de la cual debe prestar el servicio militar de 18 a 24 meses, y por ende, que se le trate como un soldado bachiller,

toda vez que tiene tal formación académica, y por ende, que sólo debe prestar dicho servicio por el término de 12 meses.

**b) Improcedencia de la tutela para cambio de modalidad de incorporación al servicio militar, de soldado regular a bachiller. Incorporación al servicio militar como soldado regular no vulnera los derechos fundamentales si se informaron las condiciones**

Acerca de si el peticionario puede válidamente solicitar que se cambie la modalidad de incorporación de soldado regular a soldado bachiller, teniendo en cuenta que el 6 de septiembre de 2010 renunció a los beneficios que concede la última de las modalidades de incorporación señaladas, a fin de ingresar a la Armada Nacional. Sobre el particular lo primero que se advierte, a partir del documento a folio 105 del expediente, es que el joven David Andrés López Giraldo el día 6 de septiembre de 2010, de un lado, fue informado sobre todas y cada una de las modalidades de incorporación a las Fuerzas Militares, en especial de los tiempos de prestación del servicio militar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 48 de 1993, cuyo contenido fue descrito en el numeral II de la parte motiva de esta providencia, y de otro lado, que reconociendo su condición de bachiller, y por ende, que en principio debía presentar su servicio como infante de marina o auxiliar de policía bachiller por el término de 12 meses, decidió renunciar a los beneficios de tal condición, para ingresar a la Armada Nacional, que por razones presupuestales, de capacidad de la institución y de acuerdo a las necesidades del servicio, sólo recibe infantes de marina regulares, campesinos o profesionales. (...) Para la Sala es claro que el peticionario fue informado de manera suficiente y precisa sobre las consecuencias de su incorporación a la Armada Nacional, por lo que libre y voluntariamente renunció a su vinculación como soldado bachiller, y decidió de manera consciente e informada incorporarse como infante de marina regular, de manera tal en ejercicio del derecho a libre desarrollo de la personalidad tomó tal decisión, se reitera, aunque se le brindó la posibilidad de prestar su servicio militar por el término de 12 meses como soldado o auxiliar de policía bachiller. En ese orden de ideas, para la Sala no es válido que el joven David Andrés López Giraldo, después de aceptar las condiciones establecidas por la Armada Nacional respecto de la prestación del servicio militar, solicite que se le brinde un trato preferencial respecto de los demás jóvenes que en sus mismas condiciones renunciaron a la incorporación bajo la modalidad de soldado bachiller para ingresar a dicha fuerza. (...) En suma, no se advierte que el joven David Andrés López Giraldo haya sido engañado o coaccionado para incorporarse como infante de marina regular a la Armada Nacional, por lo que la Sala considera que los derechos fundamentales invocados no se han vulnerado.

[Sentencia de 9 de mayo de 2011, Exp. 70001-23-31-000-2011-01368-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**8. Vulneración del derecho al debido proceso por denegatoria de pretensiones de la demanda por falta de legitimación, cuando ésta sí existía**

El actor solicitó la protección de su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que interpuso acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa con el fin de que se declarara la responsabilidad patrimonial extracontractual de esa entidad. El daño alegado por el demandante consistió en la pérdida de 94 reses de su propiedad, hurto cometido por guerrilleros de las FARC. Alegó que ese daño era imputable al Estado a título de falla del servicio, pues no cumplió con la función de prestar seguridad en la zona de distensión creada por el Gobierno Nacional en el año de 1998. Al resolver la segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Meta consideró que pese a encontrarse demostrada la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, esa responsabilidad no podía declararse porque se configuró falta de legitimación en la causa por pasiva, lo que conllevó a que se confirmara la sentencia de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda de reparación directa.



Sobre el particular, la Sala consideró que si el Tribunal demandado concluyó que el título jurídico de imputación era daño especial y que, en ese entendido, la entidad que debía comparecer al proceso de reparación directa era la Presidencia de la República y no el Ministerio de Defensa, es claro que el defecto no era la falta de legitimación en la causa por pasiva, sino tal vez la indebida representación, pues al estar como parte demandada la persona jurídica de la Nación, a quien se imputaban los hechos señalados como fuente de los perjuicios reclamados, era evidente la legitimación de la Nación para comparecer a ese proceso. Distinto es que, en ese caso, pudo estar bien o mal representada. Entonces, si en el caso puesto a conocimiento del Tribunal Administrativo del Meta la Nación estaba indebidamente representada, una opción era declarar la nulidad de lo actuado, pues la indebida representación se encuentra entre las causales de nulidad previstas por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo. Pero denegar las pretensiones por no tener la Nación legitimación en la causa por pasiva, teniéndola, no era la solución más adecuada.

Por lo anterior, la Sala amparó el debido proceso del actor y en consecuencia, dejó sin efectos la sentencia del 28 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, y ordenó a ese mismo Tribunal que, en el término de 15 días, contados a partir de la notificación de la providencia, decidiera sobre la nulidad por indebida representación prevista en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00005-00\(AC\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

#### **9. En el Concurso de Méritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el reporte de cargos creados con posterioridad a la convocatoria, no vulnera los derechos fundamentales**

Mediante el ejercicio de la presente acción la actora pretendía la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, al acceso a cargos públicos y al mínimo vital, los cuales consideró vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil al incluir en la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC publicada en la Fase II de la Convocatoria 001 de 2005, el cargo que actualmente ocupa en la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena, a pesar de que ese cargo se creó después del inicio del concurso.

Al respecto la Sala Consideró: “En octubre de 2009, la Procuraduría General de la Nación y la CNSC expedieron la Resolución 074 (21 octubre/09) en la que se solicitó a los representantes legales de las entidades públicas del orden nacional y territorial y sus entes descentralizados, a quienes se aplica la Ley 909 de 2004, el envío o actualización de la información relativa a la oferta pública de empleos de carrera- OPEC, así como la relacionada con los empleos que se encontraban vacantes, incluidos los provistos a la fecha con nombramientos provisionales, indicando en ese último caso, el día de posesión de los servidores que los ocupan. El reporte de la información debía hacerse a través del aplicativo dispuesto para ese fin en la página de la CNSC, a más tardar el 7 de diciembre de 2009. Para el efecto la entidad elaboró un instructivo para consolidación de la OPEC en el cual se les recordaba a las entidades del Sistema General de Carrera que debían ingresar a la OPEC la TOTALIDAD de empleos de carrera en vacancia definitiva para ser provistos a través del concurso de méritos. Significa lo anterior que los cargos de carrera creados con posterioridad a la publicación de la Convocatoria 001 de 2005 y hasta el 7 de diciembre de 2009 que estuvieran vacantes en forma definitiva debieron ser reportados por las entidades a la CNSC a más tardar en esa fecha. La CNSC mediante Circular 003 de 16 de febrero de 2010, informó a las entidades que entre el 4 y 18 de marzo podían actualizar la información registrada en la OPEC. En consecuencia, no existe desconocimiento de derechos tales como, el trabajo o el acceso a cargos públicos cuando la entidad pública en cumplimiento de los requerimientos realizados en la Resolución Conjunta 074 de 21 de octubre de 2009, entre otros, envía la información correspondiente de los cargos de carrera administrativa creados con posterioridad a la Convocatoria 001 de 2005 para que la CNSC los incluya

en la OPEC, de manera que los participantes que han superado las pruebas de conocimientos generales y específicos puedan elegir alguno de esos cargos teniendo en cuenta el perfil al que pretenden aspirar. Así la inclusión en la OPEC tampoco puede tenerse como vulneradora de tales derechos”.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Exp. 13001-23-31-000-2010-00605-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**10. Vulneración de los derechos a la vida digna, a la salud y al mínimo vital por no concederse pensión mínima a víctima de la violencia**

En el presente caso, el actor presenta una pérdida de la capacidad laboral del 64.55%; al haber sido víctima de una mina “antipersona” cuando se disponía a realizar sus labores diarias en el campo. Solicitó ante las autoridades competentes, el reconocimiento pensional, la cual le fue negada aduciendo que no se cumplían las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión.

De conformidad con el artículo 18 de la ley 782 de 2002, se tiene que las víctimas del conflicto armado tienen derecho a una pensión mínima legal vigente, siempre y cuando acrediten: a) la pérdida del 50% o más de su capacidad laboral la cual debe ser calificada y, b) carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud. En el caso propuesto, se tiene que el actor cumple con los requisitos para acceder a dicho beneficio ya que según el dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, el accionante tiene un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 64.55%, y además carece de posibilidades pensionales y de atención en salud puesto que al momento de la ocurrencia de los hechos tenía 19 años de edad.

Por los argumentos expuestos la Sala concluyó que, tal como lo dijo el Tribunal, el Instituto de los Seguros Sociales, al negarse al reconocimiento de la Pensión Mínima Legal solicitada por el actor, vulneró sus derechos fundamentales invocados, toda vez que como se demostró cumplía con los requisitos para acceder a dicho beneficio, y se encuentra en una situación de manifiesta vulnerabilidad.

[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-03780-01\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

**11. Vulneración del derecho a la salud por omisión en afiliación al sistema de salud en calidad de beneficiario**

En el sub exámine, la actora consideró que la Policía Nacional vulneró sus derechos fundamentales a la salud, igualdad, honra y dignidad humana, en consecuencia, pide que se ordene su vinculación inmediata como beneficiaria del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en calidad de esposa del patrullero Johnny Yofrey Erazo Díaz.

La Sala resaltó que según los artículos 101 y 118 del Decreto ley 1260 de 27 de julio de 1970, el estado civil se prueba solamente con las actas del registro civil expedidas por los funcionarios encargados de llevar el registro y es en este sentido que el matrimonio, como acto sujeto a registro, debe acreditarse con dichas actas. Al respecto, en el expediente se encuentra acreditado que el 18 de noviembre de 2009, en la Notaría Segunda de Neiva, Soffy Yurani Pastrana Ibarra y Johnny Yofrey Erazo Díaz contrajeron matrimonio, según se probó con el registro civil de matrimonio. A su vez, en la contestación de tutela y en los documentos que obran en los folios 9 y 10 se admite que Johnny Yofrey Erazo Díaz es miembro activo de la Policía Nacional y, por lo tanto, está afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Con base en lo anterior, la Sala encuentra que la accionante probó el supuesto de hecho que requiere el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000 para ser beneficiaria, esto es, ser esposa del patrullero Johnny Yofrey Erazo Díaz, miembro activo de la Policía Nacional. En efecto, no hay fundamento legal para que la entidad accionada exija a la actora una declaración juramentada suscrita por su esposo ante notaría, en la que conste que depende

económicamente de él, pues, como se vio, la normatividad pertinente sólo requiere la prueba de la calidad de cónyuge. El Decreto 1795 de 2000, en su artículo 23, prevé el requisito de dependencia económica frente a los hijos mayores de 18 años que estudien con dedicación exclusiva y los padres del afiliado cotizante, sin que sea posible exigirlo en los demás supuestos. Además, si bien hay un control dirigido a evitar la doble afiliación, en este caso, es la entidad accionada la que debe verificar en las bases de datos con las que cuentan el Sistema General de Seguridad Social y el Subsistema de la Policía Nacional, máxime cuando se condiciona el acceso al servicio de salud a un trámite que Johnny Yofrey Erazo Díaz no ha tenido a bien realizar.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 41001-23-31-000-2010-00585-01\(AC\), MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ](#)

## **ACCIONES POPULARES**

### **1. La edificación de la sede judicial Hernando Morales Molina no vulnera los derechos colectivos**

En el presente caso, el actor pretendía el amparo de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y los derechos de los consumidores y usuarios, los cuales estimó violados por cuanto el Edificio Sede Judicial Hernando Morales Molina, amenaza derrumbamiento debido al exceso de expediente y oficinas allí ubicados, sin que las autoridades competentes, hayan adelantado los estudios necesarios para determinar cuánto puede resistir la estructura.

Advirtió la Sala que el actor no allegó prueba al proceso de la violación a los derechos colectivos invocados, pues se limitó a afirmar que, a su entender, el edificio Hernando Morales Molina estaba en riesgo de colapsar por soportar un peso mayor que aquel para el cual fue construido; afirmaciones que no soportó con ningún documento, informe o prueba si quiera sumaria. Por el contrario, las pruebas allegadas al expediente, daban cuenta de que la estructura que soporta el Edificio Hernando Morales Molina no presenta riesgo de derrumbamiento o colapso y, aunque no reúne las condiciones que actualmente se exige en material de sismo resistencia, sí está en capacidad de resistir movimientos telúricos de intensidad menor y de soportar el peso de los expedientes y oficinas allí localizadas. La Sala reiteró la importancia, para la parte actora, de asumir la carga demostrativa de los supuestos de hecho que motivan su demanda, pues según lo dispone el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, le corresponde al demandante acreditar y probar los hechos, acciones y omisiones que en su criterio, constituyen la vulneración o violación de los derechos colectivos invocados. Si bien el mismo artículo establece que “si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito”, ello no significa que el actor popular pueda, sin más, sustraerse de su obligación de exponer al menos las circunstancias de los cuales colige la afectación o amenaza de los derechos que invoca. En consecuencia, confirmó la providencia apelada, pues el demandante no probó que el edificio Hernando Morales Molina ubicado en la Carrera 10 No. 14 - 33 de Bogotá amenazara derrumbamiento, debido al sobre peso que la cantidad de expedientes y oficinas genera.

[Sentencia de 2 de junio de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2005-02133-01\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

### **2. Improcedencia de la acción popular frente a actos administrativos que afectan situaciones particulares**

En el presente caso, se promovió una acción popular por la presunta vulneración al derecho colectivo

al patrimonio público con ocasión de la expedición de las Resoluciones números 000262 y la 000264 del 3 de mayo de 2002, dictadas por el Ministerio de la Protección Social, para la dirección y coordinación de las actividades de gestión del Grupo Interno de Trabajo de la Empresa Puertos de Colombia, así como para ajustar las mesadas pensionales de Foncolpuertos a los topes máximos legales o convencionales.

Para la Sala resultó evidente que los actores fundamentaron sus pretensiones en la presunta ilegalidad o inconstitucionalidad de las tantas veces mencionadas Resoluciones números 000262 y 00264 del 3 de mayo de 2002, pues en su sentir consideraron que éstas violaron las Leyes laborales nacionales e internacionales así como los artículos 69, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, empero en momento alguno demostraron de qué manera los citados actos administrativos atentaron contra el derecho colectivo al patrimonio público, pues precisamente se impone su protección cuando el mismo se menoscaba. Por el contrario, para la Sala, del contenido de los actos administrativos transcritos ab initio de estas consideraciones, se infiere la finalidad de proteger el erario público evitando que por la vía de la convención colectiva el Estado deba responder por un monto exagerado en materia pensional. De ahí la imposición de topes máximos, y, justamente los actores lo que controvierten es tal decisión, pues a su juicio la disminución en el monto de las pensiones vulnera el derecho laboral y el camino jurídico a seguir era la revocatoria directa de los actos particulares pero con el consentimiento de su titular o la demanda en acción de lesividad. Si bien es cierto, respecto al objeto y naturaleza de las acciones populares, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en forma reiterada que ellas ostentan un carácter autónomo y principal, pues no están sujetas a condición alguna, ya que tiene como finalidad garantizar la tutela de los derechos colectivos, por lo que su prosperidad no se desvirtúa con la existencia o interposición simultánea de otras acciones, no lo es menos que la presente acción podría tornarse improcedente cuando con su interposición se pretende la protección de un bien jurídico distinto para la cual fue instituida. En este caso, en la demanda no se indicaron las razones por las cuales se considera vulnerado o amenazado el derecho colectivo al patrimonio público, sino que se repite, por el contrario de conformidad con los argumentos en ella expuestos se evidencia que los actores lo que pretenden es un análisis legal y constitucional de las Resoluciones aludidas, tal y como se puso de presente en los párrafos precedentes. Se observó que la demanda no se sustentó en la presunta vulneración del derecho colectivo al patrimonio público, sino de los derechos laborales que supuestamente se vieron afectados con la expedición de las citadas Resoluciones lo que pone de manifiesto que son los intereses particulares de un grupo y no los de la colectividad los que resultarían afectados, desnaturalizándose así la finalidad de la acción instaurada, lo cual la torna improcedente, amén de que el aniquilamiento de los efectos de los actos administrativos es competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de nulidad o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

[Sentencia de 18 de mayo de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2003-02886-01 \(AP\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ](#)

**3. Se selecciona para revisión eventual el asunto relacionado con la utilización de los bienes de uso público, exclusivamente por particulares, ante desconocimiento de jurisprudencia del Consejo de Estado por el juez de instancia**

La Sala observa que el asunto sometido a consideración para la escogencia del proceso a efectos de revisar el proveído de segunda instancia en principio cumple con los requerimientos anteriormente expuestos, en la medida en que el demandante describe las líneas jurisprudenciales desconocidas por el Juzgador de Segunda Instancia, dentro de las cuales los bienes de uso público no pueden entregarse para el uso exclusivo de unos particulares. En ese orden de ideas, la Sala concluye que la solicitud reúne los requisitos legales para que proceda su selección.

[Auto de 18 de mayo de 2011, Exp. 05001-33-31-000-2009-00157-01\(AP\)REV, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### **1. a) Para determinar el monto de la indemnización expropiatoria se debe atender a la distinción entre predios urbanizados, no urbanizados pero urbanizables y no urbanizables**

Se demandan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- por medio de los cuales se determina la adquisición de un inmueble por el procedimiento de expropiación administrativa; se formula una oferta de compra y se ordena una expropiación por vía administrativa

**Extracto:** Una cosa es hablar de predios ya urbanizados, y otra muy distinta de predios no urbanizados pero urbanizables, con o sin licencia de urbanización, o de predios que bajo ninguna circunstancia son urbanizables. Frente a los primeros, la circunstancia de haberse adelantado las obras de urbanismo y realizado las acometidas necesarias para el acceso de los predios a las redes de servicios públicos domiciliarios, y la circunstancia de alojar construcciones ya realizadas es un hecho real, cierto y palpable que en la práctica no tiene por qué generar ningún tipo de dudas o inquietudes, en cuanto concierne a la determinación del valor económico de tales inversiones, por tratarse precisamente de situaciones fácticas objetivas fácilmente demostrables y cuantificables. Respecto de los segundos, las disposiciones relativas al planeamiento urbano, al definir el carácter urbanizable de tales predios, están garantizando, como bien lo adujo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo apelado, la posibilidad real y cierta de que los mismos lleguen a contar con un permiso de urbanismo para el desarrollo de construcciones y con la garantía de disponibilidad de servicios públicos básicos. Dicha posibilidad, estando prevista en las normas de urbanismo, da nacimiento no a unas expectativas inciertas de naturaleza hipotética o conjetural, sino a posibilidades ciertas y reales de urbanizar un inmueble, que se vuelven mucho más ciertas y reales cuando las autoridades competentes ya han expedido la correspondiente licencia de urbanismo. En el último supuesto, la imposibilidad jurídica de que los predios sean urbanizados, marca una notoria diferencia frente a los dos supuestos anteriores, pues bajo ninguna circunstancia se puede esperar que los propietarios de los inmuebles puedan obtener una licencia de urbanismo. La anterior distinción resulta de gran utilidad, por cuanto en el segundo de los casos el carácter urbanizable de los inmuebles le añade un valor económico indiscutible, que bajo ninguna circunstancia puede ser ignorado por la administración, al momento de realizar la respectiva oferta de compra y de cuantificar el quantum indemnizatorio. En tratándose ciertamente de determinar el valor de un predio urbanizable amparado por una licencia de urbanismo, la sola obtención de la misma coloca al inmueble en una situación jurídica y económica particular y concreta, que repercute indefectiblemente en su precio. En consecuencia, cuando en los procesos de expropiación por vía administrativa se ignora ese factor, el precio ofertado acaba siendo parcial e incompleto y, por lo mismo, alejado del deber que tienen las autoridades de reconocer una indemnización justa y plena, que abarque todos los daños que se deriven de la expropiación.

### **b) Se vulnera el debido proceso cuando el juez dispone que el IDU, no obstante su condición de demandado, determine el monto de la indemnización expropiatoria**

**Extracto:** Con respecto al hecho de que en el numeral 4° de la parte resolutive del fallo impugnado, el Tribunal de origen, invocando las potestades que le confieren los artículos 180 y 233 del C. de P. C., y el artículo 170 del C. C. A., haya decidido dejar en manos de la entidad demandada la responsabilidad de elaborar el dictamen definitivo, tras desestimar el avalúo practicado por el perito. La Sala considera que esa determinación es a todas luces contraria a derecho y en particular al debido proceso y a los derechos de audiencia y defensa, pues resulta completamente absurdo e inadmisibles que sea precisamente la parte demandada la llamada a determinar el valor de la condena que le fue impuesta, sin que su contraparte pueda controvertir el resultado de la valoración efectuada. Al respecto es preciso recordar que en tratándose de los trámites de expropiación por vía



administrativa, una vez agotada la vía gubernativa y después de dictado el auto admisorio de la demanda en el proceso especial de nulidad y restablecimiento del derecho regulado por los artículos 68 y 71 de la Ley 388 de 1997, el ente público que ejerce la potestas expropriandi, pierde por completo la competencia para pronunciarse sobre el valor de la indemnización, correspondiendo a partir de ese momento al Tribunal Administrativo en cuya jurisdicción se encuentra ubicado el inmueble expropiado, en primera instancia, adoptar la decisión de mérito que dirima la controversia surgida entre la administración y el administrado en torno al precio reconocido y pagado en sede administrativa. La Sala considera que al adoptar la decisión apelada, el Tribunal de origen se despojó de manera equivocada de la facultad de señalar el monto de la indemnización debida, trasladándola sin fundamento jurídico alguno a la parte demandada, convirtiéndola en juez y parte, cercenando por contera toda posibilidad de contradicción y renunciando a su valoración futura. La Sala no puede pasar por alto que de conformidad con las normas adjetivas que disciplinan el proceso, el dictamen debe ser realizado necesariamente por un auxiliar de la justicia, es decir, por un “tercero”, entendido en un sentido rigurosamente procesal, es decir, por una persona que no sea parte principal en el mismo y que no ostente en él la condición de coadyuvante o interviniente y que cuente, como es obvio, con las capacidades técnicas y profesionales necesarias para el cumplimiento de su encargo. Por razones de simple lógica, es preciso que el dictamen a rendir sea elaborado con la más absoluta transparencia, imparcialidad y sinceridad, propósitos éstos que serían imposibles de alcanzar, de permitirse que las valoraciones sean efectuadas por una de las partes, pues es de esperarse que ésta, movida por sus propios intereses, adopte posturas completamente sesgadas y poco objetivas. La providencia impugnada, al permitir que el dictamen sea rendido directamente por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU-, está impidiendo que el mismo sea objeto de tacha por la parte actora y está dando lugar al incumplimiento de la obligación que tiene el Tribunal de valorar el resultado de la experticia conforme a los dictados de la sana crítica, desconociendo con ello principios cardinales del proceso así como los derechos y garantías procesales de que son titulares los propietarios del inmueble expropiado, quienes precisamente han hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que sea la jurisdicción y no la administración la que determine cual es el monto justo y pleno de la indemnización.

[Sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-24-000-2005-91365-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**2. Derecho a la igualdad: No se vulnera al determinar que los afiliados de las Cámaras de Comercio tienen derecho gratuitamente a un número de certificados proporcional a la cuota anual de afiliación que cancelan / El valor que se paga por los certificados de las Cámaras de Comercio tiene el carácter de tasa**

Se demandó, en acción de nulidad, el Artículo 5, inciso 4, del Decreto 898 de 2002, porque a juicio del demandante desconoce el artículo 13 de la Carta, pues mientras el numeral 3 del artículo 92 del Código de Comercio establece un derecho igual para todos los afiliados sin importar el monto de sus bienes y activos, la norma acusada da un trato desigual, pues el derecho a obtener certificados gratuitos es mayor para aquellos que paguen una mayor cuota o derecho de afiliación

**Extracto:** Considera la Sala que, si de acuerdo con la providencia del 11 de junio de 2009 mencionada, no se declaró la nulidad de la norma acusada por cuanto no se consideró que vulneraba las normas que se invocaron como infringidas, se desprende lógicamente de allí que no se quebrantan tampoco los artículos 84 y 121, de la Carta, pues al no vulnerar el numeral 3 del artículo 92 del Código de Comercio que es la norma que se reglamenta, resulta evidente que no se están fijando requisitos adicionales a los que determinó el legislador, ni se están ejerciendo funciones diferentes a las consagradas en la Constitución y la ley. Con base en el supuesto anterior, esto es, el ajuste de la norma reglamentaria a la Ley que reglamenta, tampoco se vulnera el derecho a la igualdad por cuanto lo que se paga por los certificados de las cámaras de comercio es una tasa, definida por ésta Corporación como una erogación que corresponde a la prestación concreta e individualizada de un servicio al usuario, dentro de un contexto de parcial equivalencia y cuyas

características fueron definidas por la Corte Constitucional en el fallo C-1171 de 2005 (...) Al señalar la norma demandada que el número de certificados a que tiene derecho gratuitamente un afiliado a una cámara de comercio corresponde a los que se relacionen con su propia actividad mercantil y en un número que sea proporcional a la cuota anual de afiliación que cancele a la respectiva Cámara de Comercio, es claro que se está calculando un precio por el servicio que presta la cámara que equivale, como lo afirma el Ministerio de Comercio Industria y Turismo a una compensación con la tasa que dicha entidad cobra a las demás personas por los certificados. Lo anterior conduce a la Sala a declarar la existencia de cosa juzgada respecto de la violación del artículo 92 del Código de Comercio y de los artículos 150 numerales 1 y 2 y 189 numeral 11 de la Constitución Política y a denegar las demás súplicas de la demanda.

[Sentencia del 7 de abril de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00219-01. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

**3. Se declara la nulidad de los actos de registro de la marca BIN BUN en la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza, por existir riegos de confusión y asociación empresarial con las marcas BON BON BUM, MINIBUM, BOMBABUM de la sociedad COLOMBINA S.A.**

Se demandan las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedieron a la sociedad Super de Alimentos S.A. Super S.A., el registro de la marca BIN BUN en la clase 30 internacional.

**Extracto:** A nivel nacional e internacional, la empresa COLOMBINA S.A. cuenta con varios registros de las marcas BON BON BUM, MINIBUM y BOMBABUM, conformando lo que la doctrina ha convenido en denominar una “familia marcaria”, conceptualizada o entendida como el conjunto de diversas marcas que presentan un elemento distintivo común a partir del cual el público puede establecer asociaciones entre las marcas individuales. El consumidor común asociará los signos reputándoles un mismo origen empresarial, ya que en ellos se destaca un elemento distintivo dominante que les sirve de enlace. Si una empresa compone sus marcas con idéntico sufijo o prefijo, el público las asociará, considerándolas signos distintivos de líneas de productos que tienen una misma procedencia. En ese sentido, la Sala considera que en el caso bajo examen, el público desprevenido puede llegar a considerar que los productos identificados con la marca BIN BUN, pertenecen a la misma familia marcaria de las productos BON BON BUM, MINBUM y BOMBABUM, lo cual, en términos de la normatividad comunitaria constituye un riesgo de confusión indirecta, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 literal a) de la Decisión 344 constituye un impedimento a la registrabilidad de tal marca, a cuyas voces no son susceptibles de registro aquellos signos marcarios que, como en este caso, “Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.” Sobre el particular, no sobra poner de relieve que tanto la marca cuestionada como las opositoras, además de pertenecer a la misma Clase y de distinguir prácticamente los mismos productos, utilizan los mismos canales de distribución y comercialización. Deviene fundamental tener presente la percepción que frente a tales productos puede llegar a tener un consumidor medio, reputado como un sujeto razonablemente informado y atento, con un grado de percepción normal, ni excesivamente desatento ni exageradamente meticuloso, al momento de adquirir alguno de los productos distinguidos con alguna de las marcas anteriormente aludidas, se concluye que por razón de lo expuesto, el adquirente de los productos identificados con la marca BIM BUN, puede llegar a asumir que ellos son productos producidos por la empresa COLOMBINA S.A., riesgo que se torna mayor en los mercados internacionales, en donde el consumidor medio puede caer en el error de que esos productos de origen colombiano, tienen un mismo origen empresarial y que la diferencia en su denominación se explica simple y llanamente por tratarse de una nueva línea de productos.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2002-00059-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

**4. a) El volante del alcalde de Girardot impartiendo instrucciones a los motociclistas y a su acompañante para el uso del chaleco reflectivo no tiene el carácter de acto administrativo**

El Representante del Comité de Gestores de Vigilancia de la Ciudad de Girardot, en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demanda para obtener la nulidad del Decreto 337 de 2006, “*Por el cual se dictan medidas para controlar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en motocicletas, mototriciclos y motocarros en jurisdicción de la ciudad de Girardot, en cumplimiento del Decreto N° 2961 de 4 de septiembre de 2006, expedido por el Señor Presidente de la República y se dictan otras disposiciones*”; y el acto administrativo que obliga a habitantes del Municipio a utilizar todo el día el chaleco, de la cual se tuvo conocimiento por medio de unos volantes que se repartieron el 1° de marzo de 2007.

**Extracto:** En primer lugar, la controversia se circunscribe a determinar si la obligación que, supuestamente, mediante un volante, la Alcaldía Especial de Girardot - Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal, impuso a los motociclistas y a su acompañante de utilizar chaleco o chaqueta reflectiva las 24 horas del día y la restricción a la circulación y tránsito de acompañantes (parrilleros), vulnera o no las normas invocadas como violadas. (...) Señala el actor, que el volante viola el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito - Ley 769 de 2002, y que se incurrió en abuso de poder e incompetencia, al no existir acto administrativo alguno que lo respalde. El artículo 2° del Código Nacional de Tránsito Terrestre - Ley 769 de 2002, define la expresión motocicleta como: “Vehículo automotor de dos ruedas en línea, con capacidad para el conductor y un acompañante”. El Capítulo V ídem se refiere específicamente a los ciclistas y motociclistas. (...) La norma consagrada en el numeral 4 del artículo 96, es posterior y especial para quienes conduzcan motocicletas, luego su conductor, debe portar siempre el chaleco reflectivo. El volante aportado a la demanda no hace más que reiterar la anterior disposición, al comunicar que el conductor de motocicleta debe usar el chaleco o chaqueta antireflectiva las 24 horas del día, por lo que en este sentido no puede afirmarse enfáticamente que esté desconociendo la ley, amén de que no está creando ni modificando o extinguiendo una situación particular en la medida en que la que establece tal obligación es la propia Ley. Puede considerarse entonces que se asimila a una instrucción, que por no tener el carácter de acto administrativo, no es demandable ante esta jurisdicción, por lo que la Sala se declarará inhibida de pronunciarse sobre él.

**b) A pesar que el servicio prestado por mototaxis no puede catalogarse como servicio público de transporte, el Alcalde de Girardot es el competente, como autoridad de tránsito, para adoptar medidas tendientes a su restricción**

**Extracto:** Los Alcaldes son autoridades de tránsito, que deben velar por la seguridad de las personas, que tienen funciones regulatorias y sancionatorias y que en su función de conservar el orden público, de conformidad con la Ley y con las instrucciones del Presidente de la República, deben tomar medidas como restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos. Por resultar pertinente, la Sala trae a colación la sentencia C-981/ 10, de 10. de diciembre de 2010 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, que al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de una norma de la Ley 1383 de 2010, que modificó la Ley 769 de 2002 (numeral 12, literal a), artículo 131), hizo énfasis en cuanto a que las autoridades territoriales son competentes, de acuerdo con lo que al respecto la ley disponga, para señalar las modalidades en que puede prestarse el servicio público de transporte, sólo que tal reglamentación debe ser clara respecto de las condiciones de tiempo, modo y lugar que originan la restricción. En el caso analizado por la Corte Constitucional, se revisó la disposición relativa a la prestación del servicio público de transporte mediante vehículos no motorizados o de tracción animal y partió del supuesto de que dicho servicio público existe, en muchos casos, de manera informal, empero no por ello está

proscrita de manera absoluta tal prestación. De ahí que en la parte resolutive del mencionado fallo se declaró la exequibilidad de la norma en estudio, que contenía una restricción, bajo el entendido de que las autoridades territoriales deberían señalar las condiciones de tiempo, modo y lugar, que originan dicha restricción. En otras palabras, para la Corte resulta claro que la restricción para la prestación del servicio público de transporte en esa clase de vehículos (no automotores o de tracción animal), es viable, sólo que no puede ser absoluta. (...) Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, es pertinente resaltar, que la Ley no ha regulado el servicio público de transporte en motocicleta, popularmente llamado mototaxi, de ahí que el mismo sea irregular y que el acto administrativo en estudio no debiera referirse a él como servicio público de transporte. No obstante ello, y como quedó visto, a falta de regulación legal las autoridades competentes pueden adoptar medidas tendientes a su restricción, medidas estas que, conforme lo señaló la Corte Constitucional en la precitada sentencia, al no poder constituir una prohibición absoluta, deben estar limitadas en el tiempo. En este caso, el artículo 4° del acto acusado claramente prevé que “las medidas adoptadas en el presente decreto tendrán vigencia por el término de un (1) año”. De tal manera que teniendo el Alcalde de Girardot, como autoridad de tránsito y transporte en el respectivo Municipio, competencia para imponer restricciones en tal materia, bajo condiciones de tiempo, modo y lugar determinadas, el acto acusado no resulta contrario a normativa superior alguna y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia apelada, en cuanto denegó la declaratoria de su nulidad.

[Sentencia del 7 de abril de 2011. Exp. 25000-23-24-000-2007-00150-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

**5. Se niega la pérdida de investidura de Concejal porque al ser socio minoritario de la empresa Profesionales Asociados de Sahagún P.A.S. E.T.A., no puede considerarse que participó en interés propio o de terceros en la celebración de contratos de la empresa**

Se solicitó que se decretara la pérdida de investidura del Concejal EDGAR DANIEL PÉREZ DÍAZ del Municipio de Sahagún para el período constitucional 2008-2011, por el hecho de que su nombre aparece registrado en el certificado de la Cámara de Comercio como socio de la Empresa Asociativa de Trabajo denominada PROFESIONALES ASOCIADOS DE SAHAGÚN “PAS -ETA-“, la cual celebró tres contratos de prestación de servicios educativos con el municipio de Sahagún, Córdoba, dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de su elección.

**Extracto:** Considera la Sala que si el 28 de octubre de 2007 tuvo lugar la elección del demandado como Concejal del Municipio de Sahagún, el único contrato de prestación de servicios, que podría llegar a determinar la pérdida de la investidura que ostenta el concejal demandado, sería el contrato de Prestación de servicios educativos número 002 del 8 de febrero de 2007 celebrado por el Municipio de Sahagún y la EMPRESA PROFESIONALES ASOCIADOS DE SAHAGÚN, por haber sido celebrado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección, pues al momento de celebrarse los contratos de prestación de servicios números 014 del 21 de junio de 2007 y 044 del 25 de marzo de 2008, el señor EDGAR DANIEL PÉREZ DÍAZ ya no ostentaba la condición de socio. En relación con el primero de los contratos, la Sala considera que la sola circunstancia de que dicho contrato hubiese sido celebrado con el Municipio de Sahagún dentro del año anterior a la fecha de la elección del demandado como Concejal de esa misma entidad territorial, no constituye por sí misma una razón suficiente para despojar de su investidura al demandado, en tanto y en cuanto no aparece demostrado en el proceso que el Concejal haya intervenido en la celebración de dicho contrato en interés propio o de terceros. Sobre el particular es pertinente poner de presente, que la participación del demandado en el capital social de la empresa PROFESIONALES ASOCIADOS DE SAHAGÚN, ascendía tan sólo al veinticinco por ciento (25%), lo cual descarta que el mismo tuviese una posición mayoritaria, de dominio o de control dentro de la misma, de tal suerte que estuviese en la posibilidad de hacer prevalecer su poder para favorecer su interés personal o el de terceros.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 23001-23-31-000-2009-00011-01\(PI\). MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Pérdida de Investidura.](#)

**6. a) La factura para el cobro de la tasa retributiva por vertimiento no tiene el carácter de acto administrativo**

Empresas Públicas de Medellín demanda, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el aparte de la factura donde el Área Metropolitana del Valle de Aburrá le cobra la suma de \$ 16.562.650 por concepto de tasa retributiva causada por los vertimientos puntuales del sector residencial no conectado al servicio de alcantarillado; y las resoluciones por medio de la cual se resolvió no acceder a la reclamación y se decidió el recurso de reposición confirmándola. A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene excluir de la factura mencionada el valor cobrado respecto del sector residencial no conectado

**Extracto:** En algunos casos esta sección ha considerado que las facturas proferidas por la administración para el cobro acreencias son actos administrativos contra los cuales proceden los recursos de la vía gubernativa y respecto de los cuales proceden las acciones contencioso administrativas. No obstante, en el presente caso la factura proferida para el cobro de la tasa retributiva no constituye un acto administrativo susceptible de control judicial por expresa consideración del Decreto No. 901 de 1° de abril de 1997, (...) El Decreto 901/97 estableció un procedimiento legal para el cobro de la tasa retributiva que estaba vigente cuando se efectuó el cobro cuestionado en este proceso, de acuerdo con el cual no es posible reconocer a las facturas sino a los actos que deciden las reclamaciones en su contra y las solicitudes de aclaración, la condición de actos administrativos susceptibles de recursos de vía gubernativa y de control de legalidad ante esta jurisdicción. (...) Pero, a diferencia de otras disposiciones legales, este Decreto no permite la interposición de recursos contra la factura proferida por la administración sino contra el acto que resuelve la solicitud de aclaración o la reclamación que se presente en su contra. (...) La naturaleza particular de las facturas proferidas por la administración para el cobro de la tasa retributiva de que trata este proceso fue definida de modo expreso por esta Sección dentro del proceso de nulidad y restablecimiento radicado con el No. 76001-23-31-000-2006-02106-01 (...) De acuerdo con los criterios expuestos por la Sala en la providencia transcrita, que ahora se reiteran, las facturas a que alude el Decreto no constituyen actos administrativos definitivos susceptibles de control judicial de legalidad y que esa condición la tienen únicamente los actos mediante los cuales la autoridad ambiental decide la reclamación formulada en su contra; acto administrativo que a su turno es pasible de los recursos de la vía gubernativa.

**b) Empresas Públicas de Medellín no está obligada a pagar las tasas retributivas por vertimientos que corresponden al sector residencial no conectado a sus redes**

**Extracto:** Al estudiar la legalidad de los cobros efectuados por una autoridad ambiental a una empresa prestadora del servicio público de alcantarillado, por concepto de los vertimientos efectuados por usuarios del sector residencial no conectado, la Sección estableció como sujetos pasivos de la tasa retributiva en estudio a las mismas personas señaladas en la sentencia C-495/96 que estudió la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 99/93 que se ocupó de dicha tasa y en la sentencia de la misma Sección de 25 de julio de 2002 que estudió la legalidad del Decreto 901/97, reglamentario de dicha ley. Dicho sujeto pasivo es: 1) la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios cuando efectúa los vertimientos provenientes de los usuarios conectados a sus redes; y 2) las personas naturales o jurídicas que por no estar conectadas a dichas redes efectúan directamente vertimientos contaminantes. (...) De acuerdo con dichas normas y con las sentencias comentadas, las empresas que prestan el servicio público de alcantarillado, como la demandante, responden por el pago de la tasa retributiva prevista en el artículo 42 de la Ley 99/93 cuando efectúan vertimientos (provenientes sin duda de los usuarios conectados a la red). Pero no están obligadas a pagar la tasa retributiva en lugar de las personas naturales o jurídicas que, no estando conectadas a dicha red, producen vertimientos puntuales. En este caso, estas últimas personas son las obligadas a pagar directamente la tasa retributiva en consideración a que dieron lugar a que se configurara el hecho generador. En caso de que se obligara a las empresas prestadoras de servicios a



pagar las tasas retributivas por el vertimiento puntual efectuado por personas no conectas al servicio, se las estaría forzando a un pago de lo no debido, como afirmó EPM en la demanda. Al aplicar las conclusiones de los numerales anteriores a este proceso, se tiene que el Área Metropolitana del Valle de Aburrá no podía obligar a las Empresas Públicas de Medellín a pagar las tasas retributivas que correspondían al sector residencial no conectado a sus redes. Al efectuar dichos cobros, la autoridad ambiental demandada incurrió en una violación de las normas legales y reglamentarias aplicables al cobro de la tasa retributiva examinada, entre ellas los artículos 42 de la Ley 142/93 y 14 y 16 del Decreto Reglamentario 901/97, las cuales interpretó erradamente, como afirmó el actor en la demanda y en el recurso de apelación y como se demostró con las sentencias examinadas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

**c) Excepción de ilegalidad del artículo 1 de la Resolución 438/99 y del artículo 1 de la Resolución 051/00 del Área Metropolitana del Valle de Aburrá por ser violatorias de los artículos 42 de la Ley 142/93 y 14 y 16 del Decreto 901/97, al obligar a las empresas prestadoras del servicio de alcantarillado a pagar la tasa retributiva en lugar de quienes efectúan vertimientos puntuales contaminantes sin estar conectadas al servicio**

**Extracto:** La autoridad demandada pretendió apoyar su decisión en la Resolución 438 de 29 de octubre de 1999, por medio de la cual reglamentó el cobro de la tasa retributiva, cuyo artículo 1º determinó a las empresas prestadoras del servicio de alcantarillado como sujetos pasivo en virtud de que eran responsables de la contaminación producida por todos los sectores industrial, comercial y residencial, estuvieran o no conectados. Y en el artículo 1º de la Resolución No. 051 de 1º de febrero de 2000 que modificó la anterior, exonerando a dichas empresas por la contaminación de los sectores industrial y comercial no conectados, pero manteniendo el deber de pagar la tasa en lugar del sector residencial no conectado. Por las razones expuestas en los numerales anteriores de esta providencia, las normas de las resoluciones comentadas del Área Metropolitana que obligan a las empresas prestadoras del servicio de alcantarillado a pagar la tasa retributiva en lugar de quienes efectúan vertimientos puntuales contaminantes sin estar conectadas al servicio, violan los artículos 42 de la Ley 142/93 y 14 y 16 del Decreto Reglamentario 901/97, que establecen los sujetos pasivos de dicha tasa. Debe resaltarse que el accionante no demandó la nulidad de las resoluciones proferidas por el Área Metropolitana para reglamentar el cobro de la tasa retributiva, razón por la cual la Sala no puede declararla, pero sí puede aplicar frente a ellas, como en efecto lo hace, la excepción de ilegalidad por violación de los artículos 42 de la Ley 142/93 y 14 y 16 del Decreto Reglamentario 901/97.

**[Sentencia del 4 de mayo de 2011. Exp. 05001-23-31-000-2001-90101-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)**

**7. Corresponde a la jurisdicción ordinaria dejar sin efectos actos entre particulares y no a la jurisdicción contencioso administrativa para reconocer una supuesta vocación hereditaria para el ICBF**

El señor LUIS ANTONIO MORA VALERO demandó las Resoluciones 167 de 2 de noviembre de 2004 y 0497 de 18 de marzo de 2005, que confirmó la anterior, expedidas, respectivamente, por el Director Regional del ICBF Regional San Andrés y Providencia Islas y por la Directora General de la misma entidad y que, en consecuencia, se declare que el ICBF - Regional San Andrés, tiene vocación hereditaria para recibir los bienes inmuebles dejados por el causante YOSEF YOUSEF HAMUD BARJUM. También pretende, por ser denunciante de vocación hereditaria, se le reconozca la participación económica de conformidad con los Decretos 2388 de 1979 y 3421 de 1986.

**Extracto:** Lo que sí advierte la Sala es que lo que pretende en el fondo el actor es que se declare la existencia de un objeto ilícito en la adquisición de los bienes dejados por parte del señor YOSEF YOUSEF HAMUD BARJUM, para, a partir de la misma, establecer en cabeza del ICBF la vocación hereditaria que reclama, todo lo cual está íntimamente relacionado con una controversia de

naturaleza civil, atañedora a dejar sin efectos actos entre particulares, que sólo puede dirimirse ante la Jurisdicción Ordinaria, pues solo ella es la llamada a definir la legalidad o no de contratos de compraventa celebrados mediante escrituras públicas debidamente registradas, por parte del señor JOSEF YOUSEF HAMUD BARJUM, fallecido en el Archipiélago de San Andrés y Providencia; del reconocimiento de herederos que se le dio a los hermanos de este último, en el proceso de sucesión protocolizado a través de escritura pública debidamente registrada; y de la posterior venta de los derechos sucesorales que hicieron éstos a favor de la sociedad LIWAKED Y CÍA. LTDA., a través de escritura pública debidamente registrada. Debe igualmente, la Sala destacar que, conforme lo precisó esta Corporación en sentencia de 6 de octubre de 1995 (Expediente núm. 1540, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), que ahora se reitera, so pretexto de juzgar la legalidad de un acto administrativo, esta Jurisdicción no puede entrar a arrogarse facultades de otra Jurisdicción, como sucedería en este caso, si tuviera que analizar los efectos de los contratos celebrados entre particulares para reconocer una supuesta vocación hereditaria que reclama el demandante para el ICBF y de esta manera hacerse acreedor al porcentaje sobre el valor de los bienes denunciados como vacantes o mostrencos.

[Sentencia del 28 de abril de 2011. Exp. 88001-23-31-000-2005-00038-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**1. Se niega el reconocimiento de la pensión gracia por mala conducta, al ser suspendido del ejercicio del cargo el educador y haber sido encontrado responsable de la violación de los derechos fundamentales a la intimidad y la dignidad personal de los menores a quienes les solicitó se desnudaran y tomó medidas de sus cuerpos.**

De acuerdo con lo anterior, y contrario al sentir de la vista fiscal, en el sub lite se encuentran suficientemente establecidos los hechos que dieron lugar a la suspensión del actor en el ejercicio del cargo docente que desempeñaba, los cuales conciernen a la toma de medidas de algunas partes del cuerpo desnudo de sus estudiantes para llevar a cabo un trabajo de la Licenciatura que cursaba. En efecto, tal como quedó descrito, el señor Humberto de Jesús Atehortúa Marín les solicitó a varios de sus alumnos que ingresarán a un aula de clases para tomar medidas de varias partes de su cuerpo desnudo, situación que si bien es cierto no estuvo precedida de violencia por parte del educador, también lo es que fue completamente irregular y desde todo punto de vista reprochable, pues no puede dejarse de lado que se trataba de menores de 16 años, de acuerdo con el delito por el cual fue acusado, quienes tienen menor capacidad de autodeterminación, aunado al hecho de que el accionante se desempeñaba como docente, es decir que representaba una figura de autoridad destinataria de la confianza, respeto y obediencia de los menores que fueron objeto del aludido examen. Asimismo, se observa que la referida práctica se llevó a cabo en estado de desnudez en presencia del profesor y otros educandos, circunstancia que viola grosera y flagrantemente los derechos constitucionales fundamentales a la intimidad y la dignidad personal de quienes fueron objeto la misma. En consecuencia, la conducta del señor Humberto de Jesús Atehortúa Marín resultó violatoria de los derechos fundamentales de los menores que fueron objeto de la misma, contraviniendo los deberes constitucionales y legales que se predicaban de él como empleado público, teniendo en cuenta su especial posición social en tanto educador encargado de la formación integral de sus estudiantes. Además, se torna completamente inadmisibles que el demandante se valiera de su cargo para cumplir con deberes de carácter personal ajenos totalmente al ejercicio docente y con mayor razón en la forma como se llevó a cabo tal proceder, toda vez que irrumpió en esferas de la dignidad e intimidad de sujetos de especial protección como lo son los menores de edad.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Exp. 05001-23-31-000-2001-02910-01\(0869-09\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

**2. Prospera la excepción de cosa juzgada en virtud de la cual se estudio la legalidad del:**

**a) inciso segundo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003 expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual reglamenta parcialmente los artículos 3°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10° y 14° de la Ley 797 de 2003.**

Efectivamente en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada en el proceso radicado con el No. 15399 y 11 de octubre de 2007, proferida dentro del proceso No. 1291-06, se examinó la legalidad del inciso segundo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003. Ahora bien, conforme a la sentencia de 11 de octubre de 2007, dictada dentro del proceso 1291-06, el actor hizo consistir la acusación, en: “El demandante censura la expedición del decreto acusado por violación de los artículos 113, 114, 121, 150, numeral 1, y 189, numeral 11 de la Constitución Política; 204, parágrafo 1, de la Ley 100 de 1993 y 17 de la Ley 797 de 2003. Expresa que la norma acusada excedió la potestad reglamentaria dado que sólo podía reglamentar el Sistema General de Pensiones y reglamentó el Sistema de Seguridad Social en Salud, además que al reglar la base de cotización no precisó si se trata de trabajadores dependientes o independientes, de los que se deduce que alude a los dos. El trabajador independiente no debía ser incluido porque su base de cotización se encuentra regulada en el artículo 6 de la Ley 797 de 2003, que no es objeto de reglamentación. El parágrafo del artículo 3° del decreto acusado sólo hace referencia a los trabajadores dependientes cuando incumplan con las cotizaciones para pensión y salud, mientras que la Ley 797 de 2003 reguló en forma separada la base de cotización de trabajadores dependientes e independientes. El Legislador sólo previó la igualdad de las bases de cotización en pensión y en salud para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. En el presente proceso, el cargo formulado contra el inciso demandado es idéntico: “extralimitación del ejecutivo en su potestad reglamentaria constitucional y legal”, motivo por el cual la excepción propuesta tiene vocación de prosperidad y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia, ordenándose estarse a lo dispuesto en las sentencias de 12 de octubre de 2006, dictada por la Sección Cuarta en el proceso radicado con el No. 15399 y la proferida por esta Sección el 11 de octubre de 2007, dentro del proceso No. 1291-06, que examinaron la legalidad del inciso segundo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003.

**b) y del inciso segundo parcial del parágrafo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003 expedido por el Gobierno Nacional.**

Para resolver el cargo planteado, es preciso tener en cuenta que en sentencia de esta misma fecha, dictada por esta Sección en el proceso 1687-07, actor: Diana Patricia Martínez Pulgarín, se decidió sobre la legalidad del inciso segundo del parágrafo del artículo 3° del Decreto Reglamentario 510 de 2003, es decir, la misma disposición demandada en este proceso, donde se declaró su nulidad. En esta providencia, la Sala observó que el parágrafo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003, expresamente reglamentó el parágrafo del artículo 5° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993. Al hacer una simple comparación de las referidas disposiciones, la Sala encontró que el parágrafo del artículo 3° del Decreto 510 de 2003 objeto de la impugnación, contiene un evidente desbordamiento de la potestad reglamentaria al señalar que en caso de resultar diferente la base de cotización, los aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, no se tengan en cuenta para la liquidación de la pensión, pues al hacerlo está señalando una restricción no prevista en la Ley que dice reglamentar. Reitera dicha providencia, que es cierto que por mandato legal, las cotizaciones al sistema de salud deben hacerse sobre la misma base, sin embargo, lo que la Ley no prevé, es la posibilidad de no tener en cuenta para la liquidación de la pensión, los aportes que excedan a los realizados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Tampoco prevé la ley la posibilidad de que en esos eventos, los aportes excedidos sean devueltos al afiliado con la fórmula que se utiliza para la indemnización sustitutiva o la

devolución de saldos, como lo dispone el inciso demandado. Por la razón expuesta, se ordenará estarse a lo ya resuelto en la sentencia de esta misma fecha que decretó su nulidad.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

[Sentencia del 6 de abril de 2011, Exp. 1101-03-25-000-2008-00073-00\(2136-08\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

**3. Al no realizarse la audiencia previa de que trata el artículo 140 del Decreto 1660 de 1978 y no valorar las pruebas aportadas, se vulnera el debido proceso, el derecho a la defensa, a la contradicción e imparcialidad de la demandante, por lo tanto se decreta la nulidad del acuerdo 011 de 24 de octubre de 2001 proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena que declaró el abandono injustificado del cargo.**

El Tribunal Administrativo del Magdalena, al declarar el abandono injustificado del cargo, omitió realizar la audiencia previa contemplada en el artículo 140 del Decreto 1660 de 1978 y por ende el trámite administrativo que le permitiera a la señora Irene López Bovea, allegar las justificaciones o pruebas tendientes a demostrar el motivo de su inasistencia. Antes de proferir el acto de retiro por abandono del cargo la autoridad nominadora debía adelantar una audiencia, en donde la afectada pudiera exponer los argumentos por los cuales se ausentó, respetando así el debido proceso, el derecho a la defensa, a la contradicción e imparcialidad, para de esta manera valorar la justa causa y comprobar los hechos, pues el abandono del cargo solo debe ser declarado previo el cumplimiento de los procedimientos legales. Que el comportamiento de la demandante no debe estudiarse sólo desde el punto de vista de la ausencia en el lugar de trabajo, sino que debe hacerse un análisis conjunto de las pruebas que dieron lugar a la inasistencia para calificar si su retiro temporal estaba debidamente justificado, más aún cuando se encuentra probado en el plenario, que la razón para no asistir al trabajo durante esos días se debió a que su madre, quien cuenta con la edad de 76 años, tuvo que ser sometida a una cirugía con ocasión de la fractura de la rotula de la pierna izquierda, circunstancia que impedía que la señora Irene Patricia López Bovea, al ser única hija, se presentara a la secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena a cumplir con sus labores como escribiente.

[Sentencia del 18 de mayo de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2003-01285-01\(0796-09\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**4. La expedición de un acto administrativo en cumplimiento de una sentencia que crea una situación jurídica nueva, la cual no fue discutida ni definida en el fallo, amerita el control jurisdiccional mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.**

La resolución transcrita (2894 del 14 de septiembre de 2009) que ordenó el reintegro del actor fue expedida para dar cumplimiento a una sentencia de tutela dictada por la Corte Constitucional, es decir, que en principio es un acto de ejecución, tal como lo calificó el Tribunal, pues jurídicamente todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de una sentencia tiene tal connotación. No obstante lo anterior, esta corporación ha aceptado una excepción consistente en que si bien los actos administrativos de ejecución no son demandables, si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión o de las súplicas del actor, que para el caso sería aparte del reintegro, el pago de las sumas que por concepto de salarios y prestaciones dejó de percibir desde el retiro hasta su reintegro, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería a todas luces controvertible ante la jurisdicción. Lo anterior conlleva a concluir que con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la sentencia a la que se esta dando cumplimiento, es decir, existe una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo. Entonces, como lo que motivó la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho,

fue el no pronunciamiento sobre la referida pretensión que en últimas es el objeto del acto acusado, se observa que ello comprende un hecho nuevo que amerita control jurisdiccional.

[Auto de 7 de abril de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2010-00152-01\(1495-10\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**5. Se confirma la destitución del Alcalde de Cota por incurrir en causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo, a pesar de que tenía conocimiento de la sanción impuesta dentro de un proceso penal tomó posesión del cargo de Alcalde del Municipio.**

A juicio de esta Sala, el actor incurrió en la falta disciplinaria por la cual fue sancionado, en la medida en que teniendo pleno conocimiento de la sanción penal que le fue impuesta y del auto del 5 de diciembre de 2007 proferido por la Corte Suprema de Justicia del cual se notificó por conducta concluyente el 7 de diciembre siguiente y contra el que no procedía recurso alguno; se posesionó como Alcalde del Municipio de Cota y permaneció en el ejercicio del mismo hasta que fue suspendido por la Procuraduría General de la Nación. Así las cosas, pese al esfuerzo argumentativo del actor, no es posible invalidar los actos que demandó pues no acreditó alguna causal que los vicie de nulidad. En efecto, si bien se encuentra demostrado que el 9 de enero de 2008 radicó un escrito en la Gobernación de Cundinamarca, informando que se encontraba inhabilitado, Y, que posteriormente, ante el silencio de la administración solicitó una licencia no remunerada; ello no lo exonera de su responsabilidad disciplinaria, en la medida en que ésta se configuró cuando el 21 de diciembre de 2007 tomó posesión del cargo de Alcalde del Municipio de Cota, a sabiendas de la sanción penal que le había sido impuesta, consistente en la interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 10 meses y multa de 23 s.m.l.m.v., incurriendo en una causal de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, que dio lugar a la sanción disciplinaria.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2008-00072-00\(2108-08\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**6. No se vulnera un mejor derecho cuando se retira del servicio por supresión del cargo a un empleado con mayor puntaje de competencia, de acuerdo a parámetros fijados el estudio técnico, pues éste no puede determinar que empleados van a ser revinculado.**

La demandante considera que tenía mejor derecho a ser incorporada a la nueva planta de personal frente a otros empleados revinculados, por alcanzar un mayor puntaje en la valoración que estableció la entidad en el estudio técnico.

La valoración que hizo el Distrito de los perfiles de cada funcionario, argumento de la demandante y que acogió el Tribunal de instancia para acceder a las pretensiones de la demanda, está contenida en el estudio técnico que realizó la entidad, los cuales están diseñados para soportar las modificaciones de la Planta de Personal y la necesidad de modernizar la Administración pero en manera alguna para determinar quienes van a ser revinculados a la entidad. La facultad de determinar qué funcionarios se incorpora o no a la nueva planta de personal es discrecional de la entidad, y lo único que debe atender la Administración en estos casos es que los funcionarios incorporados cumplan con los requisitos mínimos que exige el cargo. Ahora, si al proceso se hubieran allegado evaluaciones de desempeño que pudieran evidenciar un mejor puntaje de la actora frente a los funcionarios de los que predica un mayor derecho a ser reincorporada, las mismas serían insuficientes para acceder a las pretensiones de la demanda por vulneración al principio del “mérito”, pues es necesario recordar que en la legislación colombiana no existe norma jurídica que dé mejor derecho a un empleado por haber obtenido un puntaje superior, como quiera que cuando la Ley manda que el ingreso, la permanencia y el ascenso de empleos en carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, ello no significa que el mayor puntaje obtenido sea el requisito *sine qua non* para prevalecer sobre los demás empleados de carrera, pues existen otros criterios para determinar un mejor derecho; lo importante, y como ya se dijo en el párrafo anterior, es que a quien se incorpore



cumpla con los requisitos mínimos que exige el cargo, situación que no logró desvirtuar la demandante.

**Sentencia de 10 de febrero de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2002-00172-01(0129-09), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento**

**7. Se declara la nulidad del acto de retiro del servicio por supresión del cargo de Bombero del Municipio de Neiva, por expedición irregular al acreditarse la inexistencia del estudio técnico**

Establecer si el acto de supresión se encuentra afectado por desviación de poder, falsa motivación o expedición irregular, como lo afirma la demandante.

Una de las formas más contundentes para demostrar que las razones que motivaron una supresión de un cargo no se fundaron en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración, sino en un interés ajeno a éstos colectivos, lo constituye el hecho de probar la inexistencia del estudio técnico exigido en la ley o la insuficiencia o limitación del mismo. De esta manera, se concluye que los estudios técnicos se erigen como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inexistencia o incumplimiento de los requisitos legales genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que con fundamento en dicho proceso se expidan, en tanto se configura una expedición irregular. El municipio de Neiva no contó, previo al proceso de reestructuración al que fue sometido, con un estudio técnico que le hubiera permitido identificar las supuestas deficiencias que venían afectando la adecuada y eficiente prestación de sus servicios. En efecto, se reitera que, ninguno de los documentos que se aportaron al expediente dan cuenta de la existencia de un análisis del perfil y la carga laboral de cada uno de los empleos de su planta de personal, así como tampoco de un análisis de los procesos técnico misionales y de apoyo de dicho ente territorial que concluyeran en la necesidad de suprimir un número determinado de cargos en la planta de personal. Bajo estos supuestos, debe decirse que la falta de un estudio técnico dentro del proceso de reestructuración del municipio de Neiva da lugar a que la Sala declare la nulidad, por expedición irregular del Decreto 0284 de 2000, mediante el cual se suprimió un número de empleos pertenecientes a la planta global de cargos de la administración municipal de Neiva, por el cual se ordenó retirar del servicio a los empleados cuyos cargos habían sido suprimidos, entre ellos al demandante.

**Sentencia de 9 de junio de 2011, Exp. 41001-23-31-000-2002-0053-01(2177-09), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento**

**8. Se declara la nulidad del acto de insubsistencia por calificación insatisfactoria al operar el silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 42 de la Ley 443 de 1998, por cuanto no se notificó la decisión frente al recurso en los términos previstos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo**

Determinar si la actora tiene derecho a ser reintegrada el cargo que venía desempeñando - como empleada de Carrera - al momento de la declaratoria de insubsistencia, ya que la entidad no resolvió dentro del término legal el recurso de reposición contra esa decisión, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 443 de 1998; y si se configuró el silencio administrativo positivo, caso en el cual se entenderá revocado el acto de insubsistencia.

La demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 256 de 25 de junio de 1999 que declaró insubsistente el cargo que desempeñaba, el 30 de junio de 1999, el término que tenía la Administración para resolverlo, esto es, expedir y notificar su decisión vencía el 14 de agosto de 1999, es decir, al vencimiento del término de los 45 días del artículo 42 de la Ley 443 de 1998. Sin embargo la notificación personal se realizó el 18 de agosto de 1999 y la notificación por edicto se desfijó el 30 de agosto del mismo año. La entidad demandada, sostiene que como no fue posible la notificación personal, se ordenó la notificación por edicto. Argumento que a todas luces es contrario

a la Ley, porque debió proceder como lo prevé el artículo 44 del C.C.A., ello es, enviar dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de insubsistencia por correo certificado citación a la interesada; y aún así, si no se pudiere hacer la notificación personalmente al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, ahí sí, fijar la notificación por edicto, como lo prevé la Ley de Carrera Administrativa. No obstante, lo que hizo la entidad fue que, a falta de notificación personal, fijó edicto el 13 de agosto de 1999 y lo desfijó el 30 del mismo mes y año. Que consecuentemente siguiendo la norma procesal, revocó la Resolución No. 267 de 9 de julio de 1999 que declaró insubsistente el cargo desempeñado por la actora, y de contera la calificación insatisfactoria se tendrá como satisfactoria en el puntaje mínimo, esto, es virtud de la Ley 443 de 1998 - artículo 42.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 05001-23-31-000-1999-03689-01\(1821-10\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**9. Se niega la nulidad del artículo 18 del Decreto 1889 de 1994 pues, contrario a lo afirmado por el demandante, no consagra como único destinatario del auxilio funerario al pensionado con exclusión del afiliado.**

Se trata de establecer si el artículo 18 del Decreto N° 1889 de 3 de agosto de 1994, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, excedió la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y contraría los artículos 15, 51 y 86 de la ley precitada, porque introdujo una nueva definición de afiliado y unificó este concepto con el de pensionado.

Los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993 crearon la prestación económica denominada Auxilio Funerario, que se reconoce a quien cubre los gastos de exequias generados por el fallecimiento de los afiliados y pensionados; tal prerrogativa beneficia a quienes pertenecen tanto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (art. 51), como al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 86). Por su parte, en una misma línea de concordancia, la norma acusada reitera y precisa quiénes son destinatarios de la prestación aludida, toda vez que menciona las dos categorías señaladas en la ley precitada, vale decir, afiliados y pensionados y si bien es cierto esa disposición también prevé que el pensionado es la persona a favor de quien se hicieron las cotizaciones que dieron lugar a la pensión, ello no implica ni puede interpretarse como una exclusión del otro beneficiario es decir del afiliado, ni que el Auxilio Funerario solo tiene como causa las cotizaciones de quien se encuentre pensionado, pues una interpretación en tal sentido sería desconocer los términos de las disposiciones que la propia norma demandada menciona, estos son los artículos 51 y 86 de la Ley 100 de 1993, los cuales disponen que el Auxilio Funerario se reconoce en equivalente al último salario base de la cotización o al valor correspondiente a la última mesada pensional, según se trate de afiliado o de pensionado y no puede el referido auxilio ser inferior a cinco (5) salario mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2004-00198-01\(3819-04\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad](#)

**10. a) Para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social, inaplicando el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994.**

Cuando se suma el tiempo de servicios de los sectores público y privado para efectos de la pensión de jubilación por aportes, estableció el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994 que sólo se toma en cuenta el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales con el cotizado a las cajas de previsión del sector público, excluyéndose en consecuencia el tiempo servido a entidades privadas que no

cotizaron en el ISS como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social (ya sea las cajas de previsión o el Seguro Social). Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5° debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión. Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales. En este orden de ideas, a jurisprudencia de esta Sección ha señalado que no puede negarse el derecho a la pensión de jubilación por aportes ni a su reliquidación cuando algunas de las entidades públicas no efectuaron aportes a cajas de previsión. La Sala reitera el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

**b) El ingreso base reliquidación en la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**

el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dicha conclusión resulta acorde con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 19 y en el inciso 2° del artículo 22 del Decreto 1474 de 1997 al señalar que los bonos pensionales que haya lugar a expedir por razón de la pensión de jubilación por aportes serán reconocidos y pagados por la entidad competente para expedir dichos bonos en el nivel nacional o territorial y que el ingreso base de liquidación para el bono de los beneficiarios del régimen de transición “se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

[Sentencia de 9 de junio de 20110, Exp. 25000-23-25-000-2005-05520-01\(1117-09\), MP. MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**11. Notificación del auto admisorio de la demanda no se entiende surtida por conducta concluyente con el conocimiento de la existencia del proceso por el demandado, pues requiere de la entrega de la demanda y sus anexos para la contestación de la demandada e integración de la litis**

Al estudiar el contenido de la norma y las piezas procesales que obran en el expediente, no cabe duda de que no se efectuó la notificación ordenada por el Tribunal Administrativo de Cudinamarca, mediante auto admisorio de la demanda proferido el 19 de febrero de 2004, donde se ordenó notificar personalmente, entre otras, a la señora Bertha Lucía López de Castelblanco, pues no obra en el expediente la constancia de notificación personal o a falta de este el correspondiente edicto. Sólo se observa en el plenario un escrito radicado el día 3 de septiembre de 2004 por la señora López en el que solicitó que “para efectos de notificación de traslado de la demanda dentro de la subsección A” se tenga en cuenta su dirección actual. Lo que, a juicio de la Sala, no es suficiente para que se concluya que la notificación por conducta concluyente procedió. Pues si bien el contenido del escrito denota que la señora López conocía de la existencia del proceso, no es suficiente para que se entienda surtida la notificación del auto admisorio en debida forma, pues ello equivaldría a la entrega de las copias de la demanda y sus anexos para que pudiera contestar la demanda instaurada y se integrara a la litis.

[Auto de 17 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2001-11891-02\(1527-09\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

## SECCIÓN TERCERA

**1. Se declara la responsabilidad del Estado por las fallas del servicio en las que éste incurrió el 30 de agosto de 1996, cuando un grupo guerrillero atacó la Base Militar Las Delicias, ubicada en el departamento de Putumayo.**

**Síntesis del caso:** El 30 de agosto de 1996, un grupo insurgente atacó la Base Militar Las Delicias, ubicada en el municipio de la Tagua, Putumayo, hechos en los cuales resultó muerto un soldado regular y tres más resultaron lesionados. En dicha oportunidad el Estado incurrió en falla del servicio, toda vez que pese a que el acto de la insurgencia era previsible -dadas las condiciones particulares de orden público que se vivían en esos momentos- no se adoptaron las medidas de precaución necesarias y, una vez ocurrida la toma guerrillera, la reacción estatal y el apoyo militar a los uniformados acantonados en la Base Militar, fue deficiente.

**a. La obligación constitucional de prestar servicio militar obligatorio no implica la renuncia a los derechos fundamentales de los ciudadanos soldados.**

**Extracto:** “La obligación de prestar el servicio militar obligatorio no implica la renuncia a los derechos fundamentales y humanos. (...) Lo anterior, no quiere decir que por estar radicado en todo ciudadano ese “llamado patriótico”, constitutivo de un deber constitucional, este sea ilimitado, o pueda suponer la negación, restricción o deformación de los derechos que también ese o cualquier individuo tiene la posibilidad de ejercer. Se trata simplemente, de establecer una exigencia que se corresponde con el principio de solidaridad y de preservación de la convivencia, ya que con la existencia del servicio militar se permite garantizar el ejercicio y despliegue de los derechos reconocidos constitucionalmente. Pero como todo ciudadano, aquel que presta el servicio militar en cualquiera de sus modalidades no queda excluido de las mínimas garantías reconocidas constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos que no mutan por tratarse de personal militar, ya que no cabe establecer distinción, discriminación o aplicación diferente, como sucede al sostenerse el concepto de “acto de servicio”, que resulta en la circunstancias específicas de la toma de la Base Militar de Las Delicias orientando la decisión del juez contencioso administrativo hacia una suerte de aplicación, que no se correspondería con los mandatos constitucionales y garantistas de los derechos humanos, del concepto de servicio militar obligatorio, que no respeta las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a toda persona, incluso al ciudadano-soldado. Como se señaló en reciente precedente de la Sala, la protección de la vida “se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados”. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene, “En este orden de ideas, las autoridades militares deben poner todo el empeño y diligencia posible para proteger la vida de los soldados colombianos, y hacer todo lo que esté a su alcance para que su estadía de éstos en el Ejército Nacional sea lo más humana, dignificante y enriquecedora”. Precisamente, la idea de procurar una estancia humana, dignificante y enriquecedora es la manifestación concreta según la cual los soldados que prestan el servicio militar obligatorio no renuncian a sus derechos fundamentales, ya que como se sostiene en el precedente jurisprudencial constitucional, “Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado”. Lo que lleva a considerar por el mismo precedente que la “... prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con

las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas”.

**b. Es un deber estatal la formación, preparación y entrenamiento de los soldados que prestan servicio militar obligatorio.**

**Extracto:** “De ahí, pues, que se sostiene que el Ejército puede estar incurso en la violación de los derechos fundamentales de los soldados cuando no cuentan con la preparación suficiente, lo que se expresó en el precedente jurisprudencial constitucional en la siguiente forma, “El Ejército Nacional sí atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros. La transferencia de un soldado a las zonas de combate es algo más que un simple traslado, habida cuenta del mayor riesgo que representa, particularmente en áreas de permanente y nutrida confrontación entre las fuerzas regulares y los escuadrones subversivos. En condiciones de mayor edad y plena preparación y entrenamiento en el campo militar, tal transferencia no es extraña ni ilegítima y, por el contrario, resulta indispensable para que el Ejército cumpla su función, pero no debe darse cuando el soldado afectado por ella es menor o carece del más mínimo entrenamiento”.

**c. Frente al conflicto armado interno, el Estado tiene un deber positivo de protección en relación con los soldados que prestan servicio militar obligatorio.**

**Extracto:** “La Sala advierte que los hechos ocurridos en la Base Militar de Las Delicias, en el Departamento del Putumayo, son producto o resultado del conflicto armado interno que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública, y especialmente con aquellos que cumpliendo el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio ostentan la calidad de ciudadanos-soldados. Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, (...). Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los ocurridos en la Base Militar de las Delicias en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario, (...).”

**d. El Estado puede ver comprometida su responsabilidad internacionalmente por las violaciones a los derechos humanos del ciudadano soldado, aún cuando éstas sean llevadas a cabo por terceros ajenos al Estado.**

**Extracto:** “Siendo esto es así, no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que: “Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus



efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. (...) No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.”

**e. El Estado tiene el deber adoptar medidas de prevención de vulneraciones a los derechos humanos de los soldados que prestan servicio militar.**

**Extracto:** “Ahora bien, merece especial mención que el deber de prevención por parte del Estado, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. Dicha obligación comprende el deber de atender el conflicto armado interno aplicando medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención, especialmente respecto al despliegue de su propia fuerza militar y de los miembros que la componen, con especial énfasis para el caso de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, de tal manera que los derechos humanos que le son inherentes sean efectiva, eficaz y adecuadamente protegidos. (...) Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, lo que no se produjo con ocasión de la toma de la Base Militar de Las Delicias el 30 de agosto de 1996.”

**f. Pese a que la toma guerrillera a la Base Militar Las Delicias fue ejecutada por terceros ajenos al Estado, se declara su responsabilidad con fundamento en el título de imputación de falla del servicio.**

**Extracto:** “Es el presente un caso [donde] la Sala encuentra que pudo haber un encuadramiento en los diferentes títulos de imputación, pero conviene afirmar que debería consolidarse la imputación por medio de la imputación del resultado perjudicial causado a las víctimas. En realidad, por lo acreditado en el expediente la Sala encuentra que al Estado le es imputable, atribuible directamente el resultado perjudicial, sin perjuicio que la causa directa haya sido producida por el hecho de un tercero, existe plena certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado por el resultado daño causado a Librado Ibáñez Muñoz (muerte), Duverney Guzmán Escudero (lesiones) y Libaniel Beltrán Figueroa (lesiones). Y es atribuible el resultado dañoso, porque lo determinante en su producción está constituido en i) la omisión del Estado de haber adoptado todas las medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos de las que fueron objeto los ciudadanos-soldados, y;

ii) porque fue el Estado el que creó la situación objetiva de riesgo (comprendida por la existencia de la Base Militar de Las Delicias en un ámbito espacial, de orden público y de posibilidades de defensa y protección limitada, como se aceptó), sin que hubiera desplegado los deberes de salvamento, apoyo y protección suficiente al que estaba obligado por expresos mandatos constitucionales, como se señala en el deber de proteger el territorio y los ciudadanos frente a todo tipo de agresión interna o externa. Concretamente, el estado creó la situación objetiva de riesgo en atención a los siguientes factores: i) la falta de preparación y de entrenamiento en los días anteriores al ataque guerrillero, lo que no fue supervisado, ni tuvo la vigilancia debida por parte de los mandos oficiales de las fuerzas armadas; ii) la existencia misma de la Base Militar de Las Delicias en una posición que no fue estudiada estratégicamente, ni se valoró adecuadamente las vías de escape y de penetración, lo que llevó a que en la mañana del 31 de agosto de 1996 se produjera la incursión completa de las fuerzas irregulares al interior de la Base; iii) el retardo injustificado e insuficiente del apoyo militar, pese a que en las proximidades se contaba con la Base de Tresesquinas, los apoyos fluviales desde Puerto Leguizamo, el apoyo aéreo desde Apiay; iv) los fallos en el armamento y en la planeación de la infraestructura de la base necesaria para poder repeler y afrontar con garantías un ataque de los grupos subversivos; v) teniendo en cuenta que en la zona operaban los grupos subversivos, constituía un hecho notorio la posibilidad de un ataque de los mismos, lo que representa una amenaza inminente, cierta e inevitable.”

**g. Además de la condena al Estado al pago a las víctimas de los perjuicios inmateriales y materiales, se ordena la adopción de medidas de satisfacción, dada la gravedad de los hechos y en aras de la reparación integral del daño.**

**Extracto:** “La Sala para corresponderse con el precedente de la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con el objeto de proceder a la aplicación del principio de reparación integral, tendrá en cuenta la aplicación de medidas de satisfacción en atención a la gravedad e impacto causado en las familias de las víctimas y en la sociedad colombiana. Con fundamento en lo anterior, se encuentra que la indemnización patrimonial ordenada no resulta suficiente para resarcir plenamente el daño causado por la muerte de Libardo Ibáñez Muñoz, las lesiones de Duverney Guzmán Escudero y de Libaniel Beltrán Figueroa, ya que con base en el principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y en el artículo 8 de la ley 975 de 2005, cuando se produce la violación de derechos humanos es posible ordenar medidas de justicia restaurativa, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición, o de carácter simbólico. (...) En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio. (...) Con el objeto de corresponderse con el principio de reparación integral, la Sala conforme a los fundamentos del precedente jurisprudencial interamericano de derechos humanos, fijará una serie de medidas, los cuales sólo serán aplicables para especiales casos que como la toma de Las Delicias, representan un evento de grave e indiscutible violación de los derechos humanos de los ciudadanos-soldados que como Libardo Ibáñez Muñoz (fallecido), Duverney Guzmán Escudero (lesionado) y Libaniel Beltrán Figueroa (lesionado) sufrieron por el incumplimiento del deber positivo (objetivo) del Estado en atender protección de la vida e integridad personal de sus propios uniformados. En ese sentido, la Sala considera precedente ordenar i) la publicación de la presente sentencia, en un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, en el Diario Oficial y de la parte resolutoria de la misma en un diario de circulación nacional;

ii) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas, que debe ser transmitido por el canal institucional, y la declaración del Ministro de la Defensa de una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta base militar; iii) proveer a las víctimas y a sus familias de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la realización de un informe especial relativo a las violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias, como consecuencia de las acciones tanto de la fuerza militar estatal, como del grupo armado insurgente que llevó a cabo el ataque, y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los altos mandos militares para la época de los hechos, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas.”

[Sentencia de mayo 25 de 2011. Exp. 52001-23-31-000-1997-08789-01 \(15838, 18075, 25212 acumulados\). MP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

\* Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero

**2. Se declara la nulidad absoluta de un subcontrato de servicios mineros y sus respectivos otrosíes, en atención a que tanto la entidad pública contratante como su contratista, carecían de capacidad jurídica para contratar.**

**Síntesis del caso:** El 30 de diciembre de 1993, el departamento del Cesar y la firma Comercializadora y Transportadora del Cesar Ltda., celebraron un subcontrato de servicios mineros sin contar -ninguna de las partes contratantes- con la debida capacidad jurídica para obligarse.

**a. La capacidad legal -competencia respecto de las entidades públicas- constituye un elemento esencial para la existencia y validez del contrato.**

**Extracto:** “(...) dentro de las condiciones de validez del contrato ocupa lugar importante la capacidad de las partes, tanto de la de la persona jurídica contratante, como la de la persona jurídica contratista. Mientras respecto de la primera se aplica el principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 superiores), en cuanto se refiere a la segunda se tiene claro que sólo puede ejecutar válidamente los actos para cuyo cumplimiento es creada, no otros. La capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad.”

**b. La incapacidad para contratar de la entidad pública contratante y del contratista vicia de nulidad absoluta el negocio jurídico.**

**Extracto:** “Por manera que está acreditado, que la entidad estatal contratante no tenía capacidad (competencia) o habilitación jurídica para celebrar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro y ello es motivo suficiente para que el cargo formulado prospere. (...) Está acreditado que el objeto social del subcontratista al momento de la celebración del subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro que se demanda, no incluía actividades de explotación y exploración minera del carbón. (...) Es de notar que

el artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, entonces vigente Código de Minas, al regular la “capacidad”, señaló que toda persona natural, nacional o extranjera, legalmente capaz, puede ser titular de licencias de exploración, licencias de explotación y contratos mineros. Y al referirse a las personas jurídicas dispuso que también pueden serlo “si en su objeto se han previsto las actividades mineras de exploración y explotación”. De manera que Cotranscesar Ltda. no podía suscribir con el departamento del Cesar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico. Y al celebrarlo las partes se quebrantó el claro mandato legal contenido en el citado artículo 19 del Decreto 2655 de 1988, en tanto no podía hacerse con una firma que no preveía en su objeto social la exploración y explotación minera del carbón.”

**c. La capacidad jurídica del proponente u oferente se debe evaluar al momento de decidir adjudicar y celebrar el contrato.**

**Extracto:** “Ahora, según certificado de existencia y representación legal de fecha 27 de mayo de 1994, esto es expedido con posterioridad a la fecha de suscripción del subcontrato impugnado, el objeto social de Cotranscesar Ltda. es en adelante la “prospección, explotación, explotación (sic), beneficio, fundición, transformación, acopio, transporte, aprovechamiento y comercialización del carbón y sus derivados o cualquier otro recurso natural renovable o no, que se encuentre en el suelo o subsuelo, incluidos los espacios marítimos, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada (...)”. A juicio de la Sala esta ilegalidad evidente -que también afecta de nulidad el subcontrato demandado- no desaparece, por la sola circunstancia de que los estatutos de la sociedad adjudicataria hayan sido objeto de modificación con posterioridad a la celebración del mismo en punto del objeto social. En otras palabras, la capacidad jurídica del favorecido se debe evaluar al momento mismo en que la Administración toma la decisión de adjudicar y celebrar el subcontrato respectivo, pues es entonces -y no después- que debían cumplirse los requisitos de ley que lo habilitaran para desplegar la actividad minera.”

**d. Los contratos de mediana minería son solemnes -solemnidad *ad existentiam actum*- toda vez que es de su esencia su inscripción en el registro minero.**

**Extracto:** “Conviene no perder de vista que el artículo 80 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), vigente para la época de los hechos, se ocupó de regular los requisitos de perfeccionamiento de este tipo de negocios jurídicos y al hacerlo dispuso que los contratos mineros celebrados por los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado que por sus características, metas propuestas y la extensión del área, puedan calificarse como de gran minería, requerirán para su perfeccionamiento y ejecución, únicamente, la aprobación del Ministerio, previa a su inscripción en el Registro Minero. Igualmente, la disposición en cita ordenó que los contratos que se celebren con pequeños y medianos mineros sobre áreas comprendidas en los aportes, no necesitan más formalidad que su inscripción en el Registro. A voces del artículo 1500 del CC el negocio jurídico en referencia es un contrato solemne, habida cuenta de que está sujeto a la observancia de formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. En síntesis, esa formalidad especial a que está sujeta la formación de este tipo de contratos [inscripción en el registro minero], que fue impuesta por el legislador en atención a su especial naturaleza, constituye una solemnidad legal *ad existentiam actum*.”

**e. La ineficacia del negocio jurídico principal vicia de nulidad los subcontratos que en su desarrollo se celebren.**

**Extracto:** “No obstante, y en franca rebeldía de lo dispuesto claramente por el legislador extraordinario y lo pactado en ese contrato, se procedió a celebrar el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro, ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico, entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda., que se demanda, sin que el contrato principal, esto es el No. 023 de 1993 celebrado entre Carbocol S.A. y dicho departamento, se hubiese

perfeccionado. En efecto, está acreditado en el plenario que antes de que se radicara la solicitud de inscripción en el Registro Minero del Contrato 023 de 1993 suscrito el 26 de abril de 1993, entre Carbocol y el departamento del Cesar, se procedió a celebrar el subcontrato (el 30 de diciembre de 1993) que se impugna, entre ese departamento y Cotranscesar Ltda. (...) La ineficacia del negocio jurídico principal [Contrato No. 023 de 1993 celebrado entre Carbocol S.A. y el departamento del Cesar], al no reunir las formalidades *ab substantiam actus*, afecta -en tanto que no produjo efectos jurídicos- de nulidad el subcontrato de servicios de minería del proyecto correspondiente al predio El Tesoro suscrito entre el departamento del Cesar y Cotranscesar Ltda. que se impugna, en tanto este último es desarrollo de aquel.”

[Sentencia de mayo 11 de 2011. Exp. 11001-23-26-000-1996-01544-01 \(11544\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO](#)

**3. La Sección Tercera se declara inhibida para fallar de fondo una acción de reparación directa, con cuyo ejercicio se pretendió la declaratoria de responsabilidad de la Administración, al haberse ésta enriquecido sin justa causa por no reconocer y pagar a su contratista prestaciones supuestamente ejecutadas sin que mediara un contrato estatal.**

**Síntesis del caso:** En atención a que un contratista ejecutó prestaciones que consideró no estaban incluidas en el objeto contractual, en ejercicio de la acción de reparación directa solicitó que se condenara a la entidad pública contratante a indemnizarle los perjuicios sufridos por el enriquecimiento sin causa de la Administración; sin embargo, se estableció que la acción procedente era la de controversias contractuales, toda vez que las obras ejecutadas sí harían parte del objeto contractual y en consecuencia, la *causa petendi* estaba encaminada a la determinación y definición del alcance del objeto del contrato y la interpretación de las obligaciones asumidas por el contratista.

**a. Acción procedente cuando se pretende determinar o definir el objeto del contrato o las obligaciones del contratista.**

**Extracto:** “(...) la Sala estima que la acción de reparación directa ejercida en este caso en virtud de *la actio de in rem verso* resulta improcedente, por cuanto existe una incongruencia entre lo que aduce la parte actora en los diferentes momentos procesales surtidos a lo largo de este litigio y las pruebas arrimadas al proceso, concretamente con el contrato No. 038 de 1998, pues si bien se afirma que el señor Alfonso Linero Celedón habría tenido que realizar mayor cantidad de obra y contratar mano de obra adicional que estaba por fuera de lo convenido en el contrato No. 032 de 1998 -esto es la construcción de una “segunda torre de enfriamiento”-, lo cierto es que de la lectura del referido contrato puede precisarse que el objeto del mismo consistió en “ejecutar las obras de instalación de equipos de Aire Acondicionado para la Unidad Básica de la Clínica Santa Marta”, dentro de las cuales podría entenderse que se encuentra incluida la instalación de todo lo necesario para que el sistema de aire acondicionado funcionara en debida forma, interpretación que llevaría a concluir que las “dos torres de enfriamiento” también estarían contenidas dentro del objeto contratado, por manera que la discusión que plantea el actor con la demanda no deviene entonces de un ‘enriquecimiento sin causa’, sino de una controversia estrictamente contractual -contenida en un contrato estatal-, a propósito de la determinación y definición del alcance del objeto del contrato y la interpretación de las obligaciones asumidas por el contratista, por manera que el ejercicio de la acción de reparación directa resultó indebido, máxime si se tiene presente que la condición indispensable para que se abra paso la reparación que se depreca debe consistir en la ausencia total de causa que pudiese servir de justificación o al menos de explicación al enriquecimiento que se pretende reprochar a la entidad demandada, asunto que de modo alguno se verifica en el presente caso, en el cual, muy por el contrario, si existe una causa evidente, jurídica, que serviría de título al aludido enriquecimiento cual es el contrato estatal celebrado entre las partes, acerca de cuya interpretación, alcance y ejecución giran realmente las controversias expuestas en la *causa petendi* de la demanda, pero sin



que en el *petitum* se hubiere incluido pretensión alguna que pudiese permitirle al juez efectuar pronunciamientos, declaraciones y menos proferir condenas a partir de ese litigio que en realidad se revela de naturaleza contractual pero que equivocadamente se planteó como de reparación directa.”

**b. Para efectos de determinar la acción procedente se debe verificar cuál es la fuente del daño.**

**Extracto:** “Al respecto, ha sido abundante la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de precisar que en materia de lo contencioso administrativo la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional; de allí que si el debate fáctico y jurídico tiene origen en un contrato estatal, como sucede en este caso, la acción procedente será la de controversias contractuales, pues dicha acción se encuentra instituida para declarar o la nulidad del contrato estatal o la de los actos contractuales por la vulneración del ordenamiento jurídico, o declarar la responsabilidad contractual o la revisión económica del contrato por el incumplimiento contractual y los hechos sobrevinientes que varían las circunstancias, respectivamente, etc., en los términos del artículo 87 del C.C.A. (...) Respecto de la *actio in rem verso*, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que dicha acción independiente y autónoma resulta procedente siempre que no exista un contrato estatal, porque cuando éste constituye, como en este caso, la fuente de una controversia, la ley prevé como acción pertinente la de controversias contractuales”

**c. En eventos de indebida escogencia de la acción es improcedente acudir al principio *iura novit curia*, por cuanto la aplicación del mismo no puede implicar la modificación de la *causa petendi* o del *petitum* de la demanda.**

**Extracto:** “La Sala estima necesario precisar que en el presente asunto resulta improcedente dar aplicación al principio *iura novit curia*, dado que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de reparación directa (en ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa), realmente no corresponde a las características que identifican a dicha acción, pues la misma tiene como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual. Para la Sala resulta claro que la *causa petendi* de la demanda, esto es los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, consiste en obtener la indemnización de los perjuicios irrogados al actor como consecuencia del “enriquecimiento sin causa generado por no reconocer y pagar los costos asumidos por el señor Alfonso Linero Celedón, quien de buena fe procedió al suministro de partes e instalación de equipos para dotar de aire acondicionado a la Unidad Básica la Clínica Santa Marta”. Así pues, resulta improcedente el análisis de la demanda en virtud de la acción contractual, toda vez que si bien en aplicación del principio *iura novit curia* corresponde al juez, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, definir la norma o el régimen jurídico aplicable al caso, ello no puede ni debe confundirse con la modificación de la *causa petendi* y menos aún del *petitum*, es decir variar los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión, o de las pretensiones mismas, habida consideración del acervo probatorio respecto del cual se puede inferir que la prestación realizada a cargo del actor se encuentra contenida en el contrato No. 032 de 1998.

**d. La indebida escogencia de la acción impide al juez proferir sentencia de mérito. Reiteración jurisprudencial.**

**Extracto:** “En consecuencia, la Sala encuentra que no se cumple con un presupuesto para que se pueda proferir sentencia de mérito, cual es la adecuada escogencia de la acción, Al, respecto, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido: “*Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la*

*obligación ‘de declarar la razón por la cual no puede proveer’*. Finalmente, la Sala estima necesario precisar que habida cuenta de que en el presente asunto se proferirá un fallo inhibitorio, dicha circunstancia impide abordar el fondo de la litis y, por ende, efectuar el correspondiente estudio y análisis frente a las excepciones propuestas por la parte demandada, consistentes en la “falta de jurisdicción” de la Justicia de lo Contencioso Administrativa para conocer del presente proceso, en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra No. 32 de 1998 -origen y fundamento de la presente controversia-, “falta de legitimación en derecho para pedir” y “caducidad de la acción”.

**Sentencia de mayo 12 de 2011. Exp. 47001-23-31-000-2001-00399-01 (26758). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**4. Se declara la responsabilidad del Estado por las lesiones causadas a un particular, derivadas de un uso excesivo de la fuerza en su contra, por parte de un agente de la Policía Nacional.**

**Síntesis del caso:** El 1 de junio de 1996 un particular se desplazaba en una motocicleta con exceso de velocidad y con sobrecupo, por lo que un agente de la Policía Nacional -quien también se movilizaba en una motocicleta- le ordenó detenerse; sin embargo el motociclista emprendió la huida por lo que el uniformado procedió a tomarlo del brazo lo que generó que aquel cayera a la vía y se lesionara.

**a. El uso privativo de la fuerza por parte del Estado se encuentra limitado por la dignidad humana y los derechos fundamentales de su destinatario y su utilización debe regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad.**

**Extracto:** “(...) las maniobras adelantadas por los agentes de policía con el propósito de detener la huida de los motociclistas sobrepasaron los límites de la prudencia, ya que es posible prever razonablemente las consecuencias negativas que tiene la potencialidad de ocasionar la acción de tomar por el brazo al conductor de una motocicleta que, como ya quedó acreditado, se desplazaban a una alta velocidad, tal y como en efecto sucedió en este caso. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el uso privativo de la fuerza por parte del Estado debe desarrollarse dentro del marco de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales, que por ello su utilización está regida por los principios de necesidad y proporcionalidad y que para su materialización debe evaluarse que la medida que se adopte, además de ser estrictamente necesaria, sea, dentro de las eficaces, la menos perjudicial para la integridad física del sujeto infractor, es posible concluir que, pese a que en este evento era indudable la necesidad de acoger una determinada acción para repeler el actuar ilegal de los motociclistas, el procedimiento que se desarrolló para tales efectos excedió el uso debido de la fuerza, ya que sobrepasó los límites del actuar legítimo de la institución para convertirlo en desproporcionado, hecho que constituyó una falla en la prestación del servicio que contribuyó en la producción del daño por el cual se reclama indemnización y que compromete la responsabilidad de la demandada por haber sido ejecutado por sus miembros durante el ejercicio propio de sus funciones.”

**b. Cuando el hecho de la propia víctima concurre con la conducta de la Administración en la producción del daño, se impone la reducción proporcional del monto de la condena.**

**Extracto:** “No empero lo anterior, del material probatorio obrante en el plenario también es posible establecer que dicho yerro no constituyó la causa única y exclusiva del lamentable suceso, por cuanto, como se verá, se presentaron circunstancias adicionales al procedimiento adoptado por los agentes de policía involucrados que confluyeron, al igual que éste, en la producción del daño por el cual se pretende reparación. En efecto, y a pesar de que no es posible establecer el grado de alcoholemia que presentaba el actor al momento del accidente, si se encuentra acreditado que aquel, además de desplazarse con sobrecupo lo hacía en estado de alicoramiento, pues todos los declarantes, incluyendo al actor, manifestaron haber ingerido bebidas embriagantes esa noche,

circunstancias que se corrobora con lo consignado en la historia clínica del paciente el día del accidente, según la cual éste presentaba aliento alcohólico e inestabilidad en la marcha. En esas condiciones, y como ya se dejó establecido con anterioridad, los motociclistas pretendían eludir la acción policial y para ello se desplazaban a una alta velocidad haciendo caso omiso de las indicaciones de los agentes, circunstancias todas éstas que aunadas al hecho probado de que las condiciones de visibilidad de la zona en donde se produjo el accidente de tránsito no eran óptimas, sino que, por el contrario, eran muy reducidas y al uso excesivo de la fuerza utilizada por parte de los miembros de la demandada, fueron en conjunto las que ocasionaron el accidente de los ya conocidos resultados. En consecuencia, y dado que en el presente caso se encuentra demostrada la falla en el servicio que se imputa en cabeza de la entidad accionada como una de las causas que dieron lugar al daño antijurídico por el cual se demanda, deberá revocarse la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se la condenará, en la proporción que le corresponda, al pago de los perjuicios a que haya lugar (...) teniendo en cuenta las circunstancias en las que se produjo el daño y las lesiones sufridas por el señor Guauña Gaviria, la Sala, al tomar como punto de partida el arbitrio judicial, con fundamento en la forma como ocurrieron los hechos y el grado de participación que en el desarrollo de los mismos tuvieron tanto la parte demandante como los miembros de la entidad demandada, para determinar el monto de la reparación condenará a la institución policial a pagar el valor equivalente al 40% de cada una de las condenas (...).”

**c. El reconocimiento de perjuicios morales tiene una función eminentemente satisfactoria y ante la dificultad de cuantificar el sufrimiento, es el juez quien en aplicación de los principios de reparación integral y equidad, establece el monto de la condena por este concepto.**

**Extracto:** “En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada sin duda por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. En el mismo sentido, se ha determinado que es razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto ha de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: “la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.”

**d. El concepto de “perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia” abarca los denominados “perjuicio fisiológico” y “daño a la vida de relación”.**

**Extracto:** “(...) la jurisprudencia de la Corporación desde el año 2007 y ya en varias oportunidades ha señalado que las denominaciones de perjuicio fisiológico y daño a la vida de relación se encuentran inmersas dentro de una categoría que abarca una reparación más amplia que se ha denominado perjuicio de “alteración a las condiciones de existencia”, denominación que se adoptó para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras, denominación que acoge la Sala para efectos de evaluar la solicitud de indemnización que por este concepto de reclama.”

[Sentencia de mayo 12 de 2011. Exp. 19001-23-31-000-1996-03006-01 \(20496\). MP.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

5. Se declara infundado el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral al no configurarse las causales de “haber proferido un fallo en conciencia debiendo ser en derecho” y “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas a arbitramento”.

Síntesis del caso: Salinas Marítimas de Manaure Limitada-Sama Ltda., interpuso recurso extraordinario de anulación en contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la recurrente, la Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu, Waya Wayúu y Charqueros Explotadores de sal de Manaure y la Nación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía y el Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas en Liquidación el 8 de septiembre de 2009, aclarado en providencia de 7 de octubre del mismo año.

**a. Ejercicio de función jurisdiccional por particulares.**

**Extracto:** “Como quedó expuesto, la cláusula trigésima del contrato social previó expresamente que las diferencias surgidas entre los socios o entre éstos y la Sociedad durante su vigencia, su disolución o liquidación se someterían a la de decisión de un (1) árbitro, designado por la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad y en su defecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes, que fallaría en derecho. Ahora bien, el inciso 4º del artículo 116 de la C.P. prevé que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley. En consecuencia, cuando los árbitros transitoriamente son investidos para administrar justicia, ejercen función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la Ley, habilitados mediante un acuerdo de voluntades, contenido en un contrato o compromiso o en una cláusula compromisoria. La doctrina ha considerado el arbitraje como “la institución de justicia privada gracias a la cual se sustrae de las jurisdicciones de derecho común, para ser resueltos por individuos revestidos para el caso, de la misión de juzgar”. La Ley favorece su existencia, en el entendido de que, para confiar a los árbitros la misión de resolver un conflicto, se debe ostentar la libre disposición de los derechos, lo cual supone la capacidad general o jurídica y especial o la legitimación en el caso particular y el poder o facultad legal o convencional según la naturaleza del derecho.”

**b. Finalidad y procedencia del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.**

**Extracto:** “Se tiene entonces que el recurso de anulación fue concebido para proteger el derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio. La Sala en este punto en particular ha sostenido: “a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores inprocedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas”. Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de

anulación se rige por el “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento.”

**c. Procedencia de la causal de fallo en conciencia del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral -Decreto 1818 de 1998, artículo 163 numeral 6-.**

**Extracto:** “Para la parte recurrente el árbitro decidió con fundamento en su propio criterio, apartándose de las pruebas allegadas, especialmente las contenidas en cinco escrituras públicas, incorporadas a la litis y en consideración a su íntimo convencimiento. (...) La sociedad SAMA LIMITADA arguyó que el Tribunal no valoró adecuadamente las pruebas aportadas al proceso, ni le otorgó el valor que merecían cada una de ellas; lo cual, en su sentir, determinó que el laudo fuera en conciencia cuando debía ser en derecho. A lo anterior se agrega que realiza cuestionamientos sustanciales en cuanto tienen que ver con el fondo de la decisión. No obstante, el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la equidad. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el árbitro profirió la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, fundamento su decisión en las disposiciones legales y contractuales y tuvo en consideración la posición jurisprudencial existente sobre el particular.”

**d. El laudo arbitral mínima o *citra petita* y extra *petita* vulnera el principio de congruencia de las decisiones judiciales -Decreto 1818 de 1998, artículo 163 numerales 8 y 9-.**

**Extracto:** “Esta causal se configura cuando los árbitros no se pronuncian en relación con todos los puntos sometidos a su consideración. Evento en el cual se predica que el fallo por ellos producido es mínima o *citra petita*, respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación procesal. En desarrollo del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y, con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. El principio de congruencia implica que la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que la decisión no puede conceder más de lo pedido (*ultra petita*); tampoco menos (*infra* o *citra petita*), ni nada extraño (*extra petita*), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Frente a la causal 9ª de la misma normatividad, cabe precisar que el principio de congruencia se desconoce, cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda, sobre su contestación o los mecanismos de defensa -incluidas las excepciones o la demanda de reconvencción, dentro del límite impuesto por la cláusula compromisoria. En consecuencia, la causal demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede anular el laudo total o parcialmente y en su lugar resolver de fondo sobre los puntos frente a los cuales el juez arbitral omitió pronunciarse.”

**[Sentencia de mayo 12 de 2011, Exp. 11001-03-26-000-1999-00118-00 \(37787\), MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL](#)**

**6. La Sala de la Sección Tercera - Subsección A., declaró responsable al Ministerio de Defensa - Policía Nacional, como consecuencia de la muerte violenta de dos ciudadanos, cuando se desplazaban en un vehículo automotor y fueron atacados con armas de fuego por agentes de la Policía Nacional**

**Síntesis del caso:** El 13 de agosto de 1998, trabajadores de la compañía Techint Internacional, se desplazaban de la ciudad de Tunja al municipio de Monterrey en el campero Trooper de placas CRU 514 de propiedad de la empresa, aproximadamente a las 11:30 de la noche, a la altura de la Estación de Policía del citado municipio, el automotor fue atacado a bala por agentes de la Policía Nacional, en los hechos perdieron la vida dos ocupantes del vehículo y otros dos resultaron heridos.



**a. Las pruebas practicadas en el proceso penal pueden ser trasladadas y valoradas, si los demandantes y la entidad demandada solicitan su traslado y valoración**

**Extracto:** “Encuentra la Sala que las pruebas trasladadas del proceso penal que cursó inicialmente en la Fiscalía General de la Nación y posteriormente en la Justicia Penal Militar, podrán valorarse en el sub lite, toda vez que tanto los demandantes como la demandada solicitaron su traslado al proceso contencioso administrativo y el Tribunal lo decretó mediante auto de 27 de mayo de 1995. Además, tales pruebas obran en copia auténtica, por cuanto fueron remitidas al proceso por el Juzgado 137 de Instrucción Penal Militar, adscrito al Comando de Policía de Casanare, mediante oficio No. 75 de 9 de junio de 1999. Y si bien no obra un auto mediante el cual tales pruebas fueron incorporadas al plenario, lo cierto es que éstas siempre han permanecido a disposición de las partes a lo largo del proceso, lo cual garantiza su derecho de contradicción, como en efecto ha ocurrido en el sub lite, pues tanto en los alegatos de conclusión como en el recurso de apelación las partes han tenido la oportunidad de referirse a ellas y expresar sus diferentes puntos de vista.”

**b. Las diligencias de indagatoria y declaración extraproceso ante Notario, no pueden ser valoradas por no cumplir con los requisitos del testimonio las primeras y las segundas son restringidas por la ley como medio de prueba. Artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil**

**Extracto:** “las diligencias de indagatoria rendidas por Ismael Ramírez García, Ronel Arturo Silva Pérez, Fabio Heriberto Niño Hernández, Rosendo Vigoya Umaña, Gonzalo Meneses Barón y Carlos Andrés Bustacara Duarte no podrán valorarse en el sub judice, si se tiene en cuenta que la indagatoria no cumple los requisitos del testimonio porque no se realiza bajo la gravedad del juramento. Tampoco podrán valorarse las declaraciones extraproceso ante notario, visibles a folios 25 a 31 del cuaderno 1, teniendo en cuenta que las declaraciones extrajuicio ante juez, notario o alcalde (una de las modalidades de pruebas anticipadas), son restringidas por la ley como medio de prueba en actuaciones judiciales a dos situaciones: I) cuando la persona que declara está enferma y, II) cuando la declaración tenga como objeto servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba (artículos 298 y 299 del C. P. C). Y como ninguno de estos supuestos de ley se dio en este caso, aunado al hecho de que tales declaraciones no fueron ratificadas en este proceso ni practicadas con audiencia de parte, las mismas no podrán valorarse.”

**c. Las pruebas practicadas en el proceso disciplinario no pueden ser valoradas, porque obran en copia simple**

**Extracto:** “En cuanto a las pruebas que reposan en el proceso disciplinario que fue trasladado al proceso contencioso administrativo, es menester señalar que éstas tampoco podrán valorarse en este caso porque obran en copia simple pues ni siquiera obra un oficio remisorio de la entidad que adelantó dicho proceso.”

**d. La responsabilidad de la entidad demandada, debe juzgarse bajo el régimen objetivo por riesgo excepcional, al desempeñar una actividad peligrosa como es la utilización de armas de fuego, sin perjuicio de que las pruebas valoradas en el proceso acrediten la presencia de una falla en la prestación del servicio**

**Extracto:** “Bajo el entendido de que la muerte de Jairo Enrique Roldán Concha y Mauricio Antonio Buelvas García se produjo con arma de fuego, es menester señalar que para decidir las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación por los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, como ocurre por ejemplo cuando se utilizan armas de fuego, la responsabilidad del Estado debe juzgarse con fundamento en un régimen objetivo por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse de responsabilidad deberá demostrar la

existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor (...)Lo anterior sin perjuicio de que las pruebas valoradas en el proceso acrediten la presencia de una falla en la prestación del servicio, caso en el cual habría que abordar el estudio de la responsabilidad bajo ese título de imputación, ya que éste resulta aplicable aún tratándose de daños causados en el desarrollo de actividades peligrosas y porque además se cumple con la función de identificar las falencias que ocurren en el ejercicio de la actividad estatal”

#### **e. Las armas de fuego deben ser utilizadas solo en casos extremos y por excepción**

**Extracto:** “el proceder de los miembros de la Estación de Policía del Municipio de Monterrey fue injustificado desde todo punto de vista, pero aún en el evento de que los ocupantes del campero Trooper hubiesen desatendido las normas que impedían el tránsito de vehículos por el lugar de los hechos, tal proceder en manera alguna justificaba una reacción tan violenta y desproporcionada como la desarrollada por los agentes estatales. Es preciso señalar que los miembros de la Fuerza Pública, cuando utilizan armas de dotación oficial, deben tener en cuenta la contingencia del peligro, es decir, que podrán recurrir a éstas como última medida para proteger su integridad física o la de terceras personas, evitando siempre cualquier exceso, pero resulta que en el sub lite nunca estuvo en peligro o riesgo la población, mucho menos la Estación de Policía de Monterrey.”

#### **f. Configuración de una falla del servicio imputable a la entidad demanda por la reacción violenta y desproporcionada y excesivo uso de la fuerza pública**

**Extracto:** “En el presente asunto, el material probatorio revelado en el plenario evidencia inequívocamente que la muerte de Mauricio Antonio Buelvas García y Jairo Enrique Roldán Concha, se debió a una falla del servicio imputable a la entidad demandada, toda vez que los agentes de la Estación de Policía de Monterrey, Casanare, hicieron uso injustificado y desproporcionado de sus armas de dotación oficial contra las víctimas, razón por la cual ésta será condenada al pago de los perjuicios solicitados en la demanda (...)En el presente asunto se encuentra acreditado que la muerte de Mauricio Antonio Buelvas García y Jairo Enrique Roldán Concha, obedeció a una falla del servicio imputable a la entidad demandada, pues los agentes de la Estación de Policía del Municipio de Monterrey actuaron de manera desmedida e injustificada contra personas indefensas, y lo que es peor aún, de manera irresponsable y alejados de todo cauce legal, pretendieron justificar un proceder arbitrario y negligente endilgándoles a las víctimas conductas ilícitas que nunca se acreditaron en el proceso. Finalmente, es preciso manifestar que no existe prueba alguna en el plenario que permita aseverar que el comportamiento de las víctimas haya dado lugar a la actuación irregular de la demandada, de tal suerte que no es posible siquiera considerar una eventual concurrencia de culpas, como infundada y erradamente lo estimó el Tribunal”

**[Sentencia de 9 de marzo de 2011. Exp. 85001-23-31-000-1999-00018-01 \(18.010\). MP.: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

7. La Sala de la Sección Tercera - Subsección B., declaró la nulidad de las resoluciones nos. 100, de 17 de abril de 1995 y 206 del 1 de junio de 1995, por medio de las cuales el municipio de Chachagüi declaró la caducidad del contrato de obra pública celebrado el 20 de octubre de 1994 con el señor Segundo Fabián Eraso Burbano. Así mismo, declaró la nulidad de las resoluciones nos. 625 del 24 de octubre de 1995 y 903 del 26 de diciembre de 1995, mediante las cuales el citado municipio liquidó unilateralmente el contrato. Finalmente declaró que el municipio de Chachagüi incumplió el contrato y ordenó el pago de \$76'537.704,95 a favor del contratista a título de indemnización de perjuicios materiales

**Síntesis del caso:** Síntesis del caso: El Municipio de Chachagüi abrió la licitación pública 001 de 1994, con el objeto de adjudicar el contrato de “construcción de la Concentración Escolar Mixta del Municipio de Chachagüi”, la cual estuvo regida por un pliego de condiciones incompleto. El señor

Segundo Fabián Eraso participó en dicha licitación y salió favorecido. Las partes celebraron el contrato, el cual antes de su iniciación, fue modificado por el alcalde municipal, en el sentido de iniciar las obras por la construcción de 6 aulas y no como había quedado descrito en el cuerpo del contrato, sin embargo, no implicó una modificación del objeto del contrato. Posteriormente, se produjo un cambio de administración quien consideró, erradamente y con desconocimiento de la instrucción impartida al contratista por el anterior alcalde, que éste había modificado unilateralmente el objeto del contrato, razón por la cual procedió a declarar su caducidad y a liquidarlo en forma unilateral.

**a. Valoración de las copias simples, aportadas al proceso por el contratista**

**Extracto:** “La anterior decisión de otorgarles valor probatorio a las copias simples aportadas por la parte actora, obedece a la necesidad de dar prelación a los principios de buena fe y lealtad procesal que deben informar las actuaciones de las partes en los procesos, los cuales son desconocidos por la entidad estatal que pretende, mediante el expediente de negarse a aportar los documentos que necesariamente deben reposar en sus archivos, que las pretensiones de la parte actora fracasen por insuficiencia probatoria, por contar tan sólo con copias simples de los mismos a las cuales, en principio, no se les podría otorgar, a la luz de lo establecido por el artículo 254 del C.P.C., valor probatorio alguno. Esta es una actitud que el juez no puede avalar y conduce a que el mismo tome las medidas requeridas para restablecer el necesario equilibrio que debe existir entre las partes del proceso, en virtud del principio de igualdad que también lo informa, toda vez que resulta inadmisibles que una omisión como la descrita, pueda finalmente redundar a favor de quien así obra.”

**b. La elaboración del pliego de condiciones y del contrato y la realización de los estudios, análisis y cálculos previos, es responsabilidad de la entidad contratante**

**Extracto:** “Para la Sala, esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y del contrato suscrito con el ingeniero Eraso Burbano, es un defecto que, sin lugar a dudas, no puede ser esgrimido ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sección, toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea.”

**c. El pliego de condiciones es la ley del proceso de selección y hace parte integral del contrato**

**Extracto:** “El contenido del contrato fruto de un proceso licitatorio como el que es objeto de la presente litis, debe coincidir con los términos anunciados en el respectivo pliego de condiciones, el cual constituye no solo la ley del proceso de selección, por establecer todas las normas de participación, evaluación y adjudicación de la respectiva licitación o concurso, sino también la ley del futuro contrato, en la medida en que debe establecer el contenido del negocio jurídico que se celebrará como resultado de la licitación y especificar los derechos y obligaciones que surgirán para las partes del contrato a adjudicar. Así lo ha considerado la jurisprudencia de la corporación, para la cual una vez suscrito el contrato, las disposiciones del pliego hacen parte integral de su clausulado y se imponen sobre las pactadas en el contrato mismo”

**d. El contratista no modificó el objeto del contrato**

**Extracto:** “no es cierto, como se afirmó en el acto de caducidad del contrato, que el contratista, unilateralmente, hubiera modificado su objeto, dado que la orden que le fuera impartida por el alcalde municipal en el sentido de iniciar la construcción por las 6 aulas y el aula adicional, no implicó modificación alguna del objeto del contrato sino simplemente la iniciación de las obras por un frente diferente al enunciado en la minuta suscrita por las partes pero que hace parte de los planos anexos al pliego de condiciones, por lo que, en realidad, el contratista se limitó a seguir las instrucciones que recibió de la entidad contratante para la realización de las obras. (...) Adicionalmente, observa la Sala que aún en el evento en el que se considerara que efectivamente se produjo una modificación unilateral del contrato, consta en el plenario que la misma fue efectuada por el Municipio de Chachagüí a través de su representante legal, quien en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, era competente para ejercer tal facultad excepcional.”

**e. El acto administrativo que modifique unilateralmente el contrato, debe estar debidamente motivado**

**Extracto:** “La norma establece que la facultad de modificación unilateral debe ser ejercida a través de un acto administrativo debidamente motivado, lo cual no implica necesariamente, que el mismo deba revestir una forma especial para que se pueda predicar su existencia. En consecuencia, en el presente caso, si bien la voluntad de la Administración no revistió la forma de una resolución, la comunicación enviada por el alcalde municipal al contratista en la cual le ordenó la iniciación de las obras de construcción de 6 aulas, corresponde a una manifestación unilateral de voluntad proferida por una autoridad en ejercicio de función administrativa, tendiente a crear una situación jurídica determinada, razón por la cual, está investida de la obligatoriedad propia de esta clase de decisiones de la Administración, que gozan de la presunción de legalidad y el carácter ejecutorio que la ley les otorga.”

**f. Aplicación de la teoría de los actos propios al interior de los negocios jurídicos.**

**Extracto:** “No es de recibo la actitud de la entidad demandada, la cual primero le imparte una orden a su contratista y posteriormente procede a sancionarlo por cumplirla, dejando de lado la circunstancia de que, precisamente, él celebró el contrato con el Municipio de Chachagüí, quien es la persona jurídica de derecho público contratante, y no con la persona natural que se desempeñaba en ese momento como alcalde, representante legal de la entidad. Fue el mismo Municipio de Chachagüí quien primero impartió la instrucción de iniciar la construcción de las 6 aulas y el aula anexa, y luego expidió la resolución por medio de la cual le declaró la caducidad al contratista por haber iniciado las obras en la forma indicada. En este caso resulta entonces predicable la doctrina de los actos propios al interior de los negocios jurídicos, la cual constituye una manifestación del principio de la buena fe que debe regir las relaciones y es una regla que considera inadmisibles el venire contra factum proprium, es decir que rechaza aquellas actuaciones que contravienen o contradicen una manifestación de voluntad expresada anteriormente por una persona y que implican la asunción de una posición contradictoria en relación con esa anterior declaración..”

**g. No se configuró la caducidad del contrato por la mala calidad de las obras**

**Extracto:** “En relación con el otro hecho aducido por la entidad demandada para respaldar su decisión de declarar la caducidad del contrato y que tiene que ver con la calidad de las obras que se estaban ejecutando, considera la Sala que tampoco era suficiente para tomar tan drástica decisión, puesto que según se advirtió en la enunciación de los hechos probados, no se acreditó que las deficiencias en las obras eran de mayor entidad, que no podían ser corregidas y que ponían en peligro la culminación o la estabilidad de la obra, circunstancias que habrían podido constituir el grave incumplimiento de las obligaciones del contratista que amenazara con la paralización de la ejecución del contrato y que por lo tanto justificara la declaratoria de caducidad. (...) la Administración ordenó suspender la ejecución de las obras por advertir algunos defectos en las mismas (...) pero en parte alguna consta que efectivamente se haya permitido al contratista corregir

las fallas y efectuar las pruebas exigidas, a pesar de las sugerencias efectuadas en tal sentido por el interventor, puesto que la única actuación posterior del municipio fue la sorpresiva declaración de caducidad del contrato.”

**h. La declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración, violó los derechos de audiencia, defensa y debido proceso del contratista**

**Extracto:** “La sorpresiva determinación de la Administración, al declarar la caducidad del contrato sin advertir al contratista de sus intenciones y, por lo tanto, darle oportunidad de ejercer el derecho de audiencia y de defensa mediante la exposición de sus razones y explicaciones y la aportación de pruebas y contradicción de las obrantes, cuando esta clase de decisiones debe estar necesariamente precedida del respeto al debido proceso, por constituir éste un derecho fundamental de aplicación inmediata, (artículos 29 y 85 de la Constitución Política), aplicable tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, especialmente cuando las mismas son sancionatorias, con miras a garantizar que la decisión que afectará al administrado será tomada una vez éste sea oído y vencido, de tal manera que se cuente con todos los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión que resulte más justa.”

**i. El acto administrativo que procedió a liquidar unilateralmente el contrato, fue ilegal**

**Extracto:** “En el presente caso, resulta evidente la ilegalidad del acto administrativo por el cual el Municipio de Chachagüí procedió a liquidar unilateralmente el contrato, ya que en dicha liquidación ordenó al contratista el reintegro de la suma de \$42’889.103,00, casi el 100% de lo recibido por éste a título de anticipo, por considerar que al haber modificado ilegalmente el objeto del contrato, no lo había invertido correctamente.”

**i. De acuerdo al material probatorio allegado al proceso, procede una condena en concreto**

**Extracto:** “La Sala no comparte la apreciación del a-quo, toda vez que, a su juicio, en el plenario obran suficientes medios de prueba para proferir una condena en concreto. (...) el valor total, debidamente actualizado, de las utilidades dejadas de percibir por el demandante durante los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000 por la inhabilidad derivada del ilegal acto de caducidad contractual, fue de \$76’537.704,95, monto al cual ascenderá la condena por este concepto. Por otra parte, se advierte que no resulta procedente la condena al pago de intereses de mora, toda vez que la obligación de pagar la indemnización de perjuicios, surge a partir de su imposición a través del fallo judicial, razón por la cual, es a partir de éste que se encuentra la Administración en el deber de pagar una suma de dinero al demandante y que, en consecuencia, pueden empezar a correr dichos intereses.”

**[Sentencia de 10 de marzo de 2011. Exp. 52001-23-31-000-1996-07742-01 \(15.666\). MP.: DANILO ROJAS BETANCOURTH. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES](#)**

**8. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró la nulidad del contrato suscrito el 5 de noviembre de 1960 y protocolizado mediante escritura pública número 1855 de 24 de noviembre del mismo año, entre la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda. “CHEC” y el municipio de Manizales. El objeto del contrato consistía en que la entidad contratante suministraría el servicio de control y vigilancia de consumo de energía para evitar el contrabando y la sociedad contratista proporcionaría el servicio de alumbrado público de forma permanente y gratuita al municipio**

**Síntesis del caso:** El 5 de noviembre de 1960, la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda. CHEC y el municipio de Manizales, celebraron un contrato cuyo objeto fue la prestación por parte del municipio, del servicio de control y vigilancia de consumo de energía con personal especializado para evitar el contrabando de ese servicio público y la sociedad contratista proporcionaría el servicio de alumbrado público de forma permanente y gratuita. El término de duración sería durante todo el



tiempo que la Central Hidroeléctrica de Caldas, subsistiera como entidad independiente, o fuera incorporada o transformada en otra u otras empresas de igual o diversa naturaleza. La sociedad contratista nunca facturó suma alguna con cargo a la entidad contratante con anterioridad al año 1996, a pesar que el contrato contravenía la ley, en este caso el estatuto de los servicios públicos (Ley 142 de 1994). El municipio de Manizales no cumplió con las obligaciones pactadas. La Central Hidroeléctrica de Caldas instauró acción contractual con el propósito de que se decretara la nulidad del contrato, el municipio propuso como excepción la caducidad de la acción y señaló que el contrato no estaba viciado de nulidad absoluta

**a. Caducidad de la acción, pérdida de una oportunidad procesal**

**Extracto:** “las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la judicatura a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello. (...) Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. (...)”

**b. Caducidad de la acción, aplicación del principio pro actione**

**Extracto:** “es importante destacar la posibilidad de dar aplicación, en precisos eventos, al principio pro actione (a favor del demandante), de manera concreta cuando exista una duda razonable que impida al juez, en sede del análisis de la admisión de la demanda, arribar a una conclusión clara y definida acerca del acaecimiento o no de la caducidad de la acción.”

**c. Caducidad de la acción contractual, cuando se solicita la nulidad absoluta sobreviniente de un negocio jurídico**

**Extracto:** “el caso objeto de análisis, enfrenta una problemática particular relativa a la determinación de cómo se determina la caducidad de la acción contractual cuando se solicita la nulidad absoluta sobreviniente de un negocio jurídico que todavía se encuentra en ejecución. Para la Sala no se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción contractual, toda vez que con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación que fijó la hermenéutica del postulado contenido en el inciso final del artículo 136 del C.C.A. -modificado por el decreto 2304 de 1989-, mientras el contrato se encuentre en ejecución no resulta viable señalar que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción en relación con la pretensión puntual de nulidad absoluta del mismo.”

**d. Cuando se solicita la nulidad absoluta de un contrato estatal que se encuentra en ejecución, no es posible computar el término de caducidad de la acción**

**Extracto:** “es posible señalar sin ambigüedad alguna que cuando se invoca la nulidad absoluta sobreviniente de un contrato estatal, no es posible computar el término de caducidad -bien sea de 2 o más años- desde que entró en vigencia el nuevo ordenamiento superior, sino que, en este tipo de situaciones muy especiales y específicas el término de caducidad aplicable sólo iniciará su conteo hasta tanto no se produzca la terminación del contrato estatal. (...) la caducidad en el caso concreto no ha operado por la sencilla pero potísima razón de que el contrato estatal se mantiene en ejecución y, por lo tanto, no se ha producido su terminación, momento éste desde el que, de haber acaecido, habría lugar a verificar el cómputo del plazo respectivo.”

**e. Prevalencia de modificaciones o reformas constitucionales, sobre lo contenido en los negocios jurídicos, si contrarían normas superiores**

**Extracto:** “las modificaciones o reformas constitucionales (v.gr. la expedición de la Carta Política de 1991), pueden llegar a alterar la validez de un negocio jurídico siempre y cuando el contenido de este último contravenga o desconozca uno de los postulados contenidos en el precepto superior, escenario en el que habrá lugar a declarar, mediante la integración del contenido constitucional al contrato, la nulidad sobreviniente de este último”

#### **f. Fenómenos de integración e interpretación de los contratos**

**Extracto:** “Frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de integración e interpretación, el primero está asociado a la verificación y articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación. En otros términos, la voluntad expresa o ínsita de las partes es susceptible de ser objeto de interpretación, mientras que donde ella no recae es que se genera el efecto integrador u objetivo, ya que en este escenario, el operador jurídico vincula al negocio las normas suplementarias -a efectos de llenar vacíos o lagunas- y las imperativas -en aras de verificar que la declaración se ciña a los postulados normativos prevalentes.”

#### **g. El contenido y alcance de las obligaciones acordadas por las partes la escritura pública No. 1855 de 1960, contravienen, en la actualidad, el régimen constitucional y legal propio de los servicios públicos domiciliarios**

**Extracto:** “La simple lectura de la convención vertida en la escritura pública No. 1855 de 1960, permite establecer que el contenido y alcance de las obligaciones acordadas por las partes contravienen, en la actualidad, el régimen constitucional y legal propio de los servicios públicos domiciliarios de que dan cuenta los artículos 365 y siguientes de la Carta Política, así como las leyes 142 y 143 de 1994. (...)el contrato suscrito por las partes entra en contradicción con el citado apotegma que, en cercana armonía con el artículo 368 ibidem, determina la necesidad de que el prestador del servicio público domiciliario consulte los costos y gastos necesarios para el suministro del servicio. En esa perspectiva, el contrato no consulta los costos y gastos en que incurre la CHEC para la producción del servicio, toda vez que la energía se suministra como pago o contraprestación por el despliegue de una actividad de vigilancia y protección de las redes de aquélla, acuerdo que conforme a los nuevos principios constitucionales y legales que regulan los servicios públicos domiciliarios resulta inaceptable por ser incompatible con los mismos.”

#### **g. El objeto contractual contenido en la escritura pública número 1855 de 1960, desconoce la ley 142 de 1994, artículo 34**

**Extracto:** “El objeto contractual desconoce el artículo 34 de la ley 142 de 1994, que prohíbe a las empresas de servicios públicos, en todos sus actos o negocios, otorgar privilegios o introducir discriminaciones injustificadas, así como obliga a abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad de generar o restringir en forma indebida la competencia; lo anterior, máxime si el numeral 2 de esa disposición establece uno de los principios elementales de la teoría y práctica de los servicios públicos domiciliarios y es la mínima correspondencia que debe existir entre los costos y gastos de operación del servicio y las tarifas del mismo, razón por la que se encuentra proscrita la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, postulado que se desconoce abiertamente con el contrato objeto de análisis. Bajo la anterior panorámica, se impone la confirmación de la sentencia apelada puesto que se acompasa con los lineamientos constitucionales y legales, máxime si el marco normativo y regulatorio de los servicios públicos domiciliarios -dentro del cual se encuentra la actividad de suministro de electricidad- fue sustancialmente modificado por el Constituyente y el legislador, afectando de validez la convención suscrita entre las partes por tratarse de un pacto que, en la actualidad, recae sobre un objeto ilícito.”

[Sentencia de 9 de mayo de 2011. Exp. 170001-23-31-000-1996-03070-01\(17.863\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

**9. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró administrativamente responsable al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por la muerte de un soldado conscripto, a causa de heridas propinadas por arma de fuego**

**Síntesis del caso:** El día 24 de septiembre de 1995 murió de forma violenta. a consecuencia de disparos con arma de fuego, un soldado que prestaba el servicio militar obligatorio, en circunstancias que no se pudieron establecer. Por la muerte del soldado no se adelantaron investigaciones penales ni disciplinarias por parte de las autoridades militares.

**a. Muerte de conscripto. Acreditación del daño antijurídico**

**Extracto:** “Se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados a quienes se encuentran en situación de conscripción. En efecto, “respecto de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha reiterado que la responsabilidad estatal se estructura bajo un régimen objetivo (tanto por daño especial, como por riesgo excepcional), por virtud de la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas debido a que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 (...)” de la Constitución Política. (...) En el caso sub lite, el acervo probatorio permite determinar que la causa directa del deceso fue la lesión con arma de fuego de la que fue víctima, en circunstancias desconocidas, el joven Rivera Escobar; la muerte así ocasionada es suficiente para acreditar el daño antijurídico del cual se derivan los perjuicios cuya indemnización solicitan sus familiares.”

**b. Muerte de conscripto. Imputación del daño antijurídico a la entidad demandada**

**Extracto:** “El régimen de responsabilidad aplicable al caso sub lite es de carácter objetivo pues “frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares (conscriptos), en la medida que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que, no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder (...) Además, no debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que, en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública”.

**c. Muerte de conscripto. Aplicación del régimen de carácter objetivo. Las causales eximientes de responsabilidad no fueron acreditadas**

**Extracto:** “En cualquier caso, al tratarse de la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, la entidad demandada tendrá que entrar a comprobar la existencia de una causal eximente de responsabilidad. La Sección así lo ha confirmado, al considerar que “no le basta a la entidad demandada probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, con el fin de enervar las pretensiones formuladas, sino que, en estos supuestos, el factor subjetivo no interviene en la imputación del hecho dañoso, circunstancia por la cual la única forma con que cuenta el extremo pasivo de la litis para liberarse de la imputación, es a partir de la demostración de una causa extraña en relación con el daño, esto es: i) que se produjo a causa de una fuerza mayor, o ii) por culpa exclusiva de la víctima, o iii) a consecuencia del hecho exclusivo y determinante de un tercero”. (...) no habiéndose configurado una causa extraña en la comisión del daño, ni existiendo acreditación de

que la entidad demandada no hubiera participado en la producción del daño, esta Sub-Sección no puede compartir, bajo ninguna óptica, la apreciación del A quo referida a la constatación de la existencia de la culpa exclusiva de la víctima por no haberse comprobado que la muerte fuere ocasionada por un miembro de las fuerzas militares, pues lo que se debate en el caso de autos no es si la muerte fue producida o no con un arma de dotación oficial como lo aprecia el Tribunal de origen, situación que tampoco aparece probada en el plenario, sino si la administración cumplió o no con la obligación de cuidado y custodia para con quien constriñó a prestar el servicio militar.”

#### **d. Liquidación de perjuicios morales a favor del padre de crianza**

**Extracto:** “Cabe recordar la posición que sostuvo la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-495 de 1997, en la que después de analizar las declaraciones allegadas al proceso sobre la relación que unía a un soldado con sus padres de crianza, concluye que “Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron. (...) “es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias” (...) esta Sección también se ha pronunciado en favor del reconocimiento de los derechos que le asisten a los padres de crianza cuando la relación de afecto se encuentra probada, accediendo a reconocer un valor igual al admitido en favor de los padres biológicos; “de allí que se puedan yuxtaponer las mismas como “tertium comparatio”, en atención a que se trataría de una lógica igual para las dos situaciones.”

[Sentencia de 9 de mayo de 2011. Exp. 18001-23-31-000-1996-09831-01 \(19.388\). MP.: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**10. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró administrativa y extracontractualmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados a un ciudadano, sometido a una intervención quirúrgica y a quien se le dejó un cuerpo extraño, lo que le ocasionó lesiones e insoportables dolores**

**Síntesis del caso:** El 11 de julio de 1990, el Instituto de Seguros Sociales intervino a un ciudadano a quien se le practicó herniorrafia inguinal indirecta izquierda, procedimiento efectuado de forma ambulatoria, días después de la intervención acude al centro hospitalario por presentar dolor local intenso con drenaje espontáneo de material purulento, se le prescriben antibióticos y calmantes. El paciente se presenta en diferentes oportunidades al centro médico, después de tres años se ordena la práctica de una ecografía y un cultivo, arrojando como resultado la existencia de una fístula inguinal e infección localizada. El 5 de mayo de 1994 se le practicó una vasectomía y desbridamiento inguinal izquierdo, pero el paciente no obtuvo mejoría, por tal motivo decide interponer una acción de tutela con el fin de que se le realice una intervención quirúrgica con otro cirujano. El 11 de noviembre de 1994, es intervenido nuevamente y se le extraen siete hilos de color verde y un hilo de algodón, dejados allí desde la cirugía realizada el 11 de julio de 1990.

#### **a. Caducidad de la acción, pérdida de una oportunidad procesal**

**Extracto:** “las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la judicatura a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello. (...) Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de

accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. (...).”

#### **b. El cómputo del término en la caducidad de la acción**

**Extracto:** “la disposición no establece que el cómputo de la caducidad empieza a correr en el momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo. Cosa distinta es que la parte demandante sólo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 C.P.), el conteo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona -o personas- tuvieron conocimiento del daño; una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto.”

#### **c. Cómputo del término para establecer la caducidad de la acción, cuando se presenta falla en la actividad médica**

**Extracto:** “En materia médico - sanitaria la regla general se mantiene inalterable, esto es, que el cómputo del término inicia a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación que desencadena el daño, lo cierto es que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estos dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación.”

#### **d. El régimen de responsabilidad aplicable, cuando se presenta óblito quirúrgico, es la falla probada del servicio a partir de la aplicación del aligeramiento probatorio del res ipsa loquitur**

**Extracto:** “El criterio de la Corporación, en relación con los casos de oblito quirúrgico, ha tenido por establecido que esos olvidos se consideran una culpa o falla probada a partir de la aplicación del sistema de aligeramiento probatorio del res ipsa loquitur, es decir, las cosas hablan por sí solas. (...)si el daño deprecado consiste en el hecho mismo de que se haya verificado la existencia de un cuerpo extraño en el organismo del paciente, sin que se presenten daños o perjuicios adicionales, la responsabilidad estará regida por el concepto de falla del servicio probada a partir de la máxima res ipsa loquitur, lo que generará un acercamiento o aligeramiento probatorio entre el daño y la imputación. (...) en este tipo de demandas el juez tendrá que establecer la naturaleza del daño por el que se reclama, ya que aquellos constituidos por el oblito quirúrgico en sí mismos están gobernados por la falla probada del servicio como título jurídico por excelencia, porque evidencian y ponen de presente un yerro en la prestación del servicio médico - asistencial, toda vez que el hecho de que a un paciente se le deje en su organismo un cuerpo extraño configura un palmario descuido que no requiere mayor acreditación pues se pone de presente desde la sola constatación del daño.”

#### **e. Cuando se reclaman daños ocasionados con ocasión del óblito quirúrgico porque éste ha ocasionado infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., se debe aplicar el régimen de responsabilidad objetivo**

**Extracto:** “Si en la demanda se solicitan o reclaman daños irrogados por la cosa misma, en virtud de la peligrosidad que le es intrínseca, y que han desencadenado patologías como por ejemplo infecciones, gangrenas, obstrucciones, etc., la responsabilidad de la administración sanitaria bajo



estas hipótesis estará presidida por un régimen objetivo en el que no es posible eximirse o exonerarse de responsabilidad con la acreditación del comportamiento diligente y cuidadoso. Este tipo de situaciones se rige por un régimen de responsabilidad objetivo ya que poco interesa determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el cuerpo extraño y el riesgo asociado al mismo lo que produjo en el plano fáctico o material el daño antijurídico por el que se demanda (...) el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden. (...) en los casos en que la reclamación judicial se estructura sobre la existencia de patologías que han sido ocasionadas por los efectos que irroga el hecho de que el cuerpo extraño se encuentre depositado en el cuerpo humano, o cuando se reclama de manera simultánea por ambos daños -esto es, por el oblito quirúrgico y por las patologías por él desencadenadas- la responsabilidad se torna objetiva como quiera que está directamente relacionada con el riesgo o peligrosidad de la cosa (...)Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano representa la lesión antijurídica que debe ser reparada”

[Sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 05001-23-24-000-1996-02181-01 \(20.836\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

\* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**a. La flexibilización del cómputo del término para establecer la caducidad de la acción, cuando se presenta falla en la actividad médica puede vulnerar el derecho al debido proceso y la pronta administración de justicia**

**Extracto:** “los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en la actividad médica, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por el precedente jurisprudencial constitucionales”

**b. La flexibilización del cómputo del término para establecer la caducidad de la acción, resulta improcedente. Precedente jurisprudencial**

**Extracto:** “la posición más reciente de la Sala en la sentencia de 14 de abril de 2010 (Exp.19154), se encamina por los mismos postulados del precedente de 1985, y contrario a lo decidido en el fallo que es objeto de aclaración, ya que plantea: i) que el cómputo de la caducidad “empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales”; ii) siendo esto así, “cuando no puede conocerse, en ese momento su existencia o realidad, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se le determina y el paciente tiene conocimiento de ello”; iii) pero no operara lo anterior, cuando se pueda determinar el inicio del cómputo a partir de la certeza del conocimiento del daño producido, siempre que su ocurrencia sea simultánea; iv) así mismo, “la valoración médica y la finalización del tratamiento no modifica el conteo de la caducidad “cuando la víctima fue consciente y estuvo advertida del daño desde que se produce el evento o incidente, sin que las secuelas”, “ni la cesación del servicio médico” influya en el cómputo del plazo de caducidad”; v) por lo que, se concluye, la “caducidad es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecería indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, ya que una vez configurada impide el acudir ante la Jurisdicción para que sea

definida por ella determinada controversia”. En mi criterio, es este el precedente jurisprudencial al que debe darse continuidad ya que de lo contrario se estaría enviando un mensaje equívoco a la sociedad y a los operadores jurídicos, de manera que no se garantice la seguridad jurídica, la certeza y la prevalencia del interés general, puesto que la línea señalada por la Sala en el fallo, induce a pensar que se está configurando un supuesto adicional del momento a partir del cual se debe producir el cómputo, elemento adicional que pone en cuestión su afirmación en sede judicial, ya que esta competencia es privativa del legislador.”

## SECCIÓN CUARTA

### 1. No se causan intereses de mora si las obligaciones se hicieron exigibles con posterioridad a la fecha en la que se originó el saldo a favor objeto de la imputación

Se estudia si procede el reconocimiento de intereses moratorios generados sobre el valor pendiente de pago efectivo a la fecha, desde el 16 de julio de 2003, previa la compensación de las deudas que acepta ECOPETROL; b) Si procede la compensación con el impuesto de renta del año gravable 2003; y c) Si se ajustó a derecho la liquidación de los intereses de mora sobre las deudas pendientes de pago por concepto de la contribución de los períodos de septiembre de 1998 y febrero de 1999 e impuesto sobre las ventas del sexto bimestre de 2003.

**Extracto:** Para esta Corporación, según el artículo 803 del Estatuto Tributario, se tiene como fecha de pago del impuesto, respecto de cada contribuyente, aquélla en que los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de Impuestos Nacionales o a los Bancos autorizados, aún en los casos en que se hayan recibido inicialmente como simples depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente, o que resulten como saldos a su favor por cualquier concepto. Como lo señaló la Sala en sentencia del 2 de abril de 2009, la compensación como modo de extinguir las obligaciones obra ipso iure, pero la ley exige que sea invocada o solicitada por quien la pretende hacer valer [arts. 1719 del C. C., 306 del C.P.C]. En materia tributaria, además deben cumplirse los requisitos fijados de manera especial por el legislador [arts. 815, 816, 850, 856 y 857 s.s. del E.T.]. También debe verificarse la existencia de las obligaciones pendientes de pago y a cargo del contribuyente, con miras a impedir los posibles fraudes que podrían cometerse en caso de que todas las obligaciones o algunas de ellas fueran inexistentes, esto es, que no se dieran los requisitos legales de la compensación (arts. 856 y 857 del Estatuto Tributario). En sentencia del 27 de febrero de 2003, Exp. 12862, reiterada en diferentes oportunidades, la Sala señaló que cuando se solicita compensación de saldos a favor que resulten de la imputación de saldos anteriores, no se causan intereses de mora si las obligaciones se hicieron exigibles con posterioridad a la fecha en la que se originó el saldo a favor objeto de la imputación. Lo anterior porque " ... se considera que el saldo crédito del contribuyente tiene como parámetro para efectos de la causación de intereses, el criterio de pago dispuesto en el artículo 803 del Estatuto Tributario, según el cual se tiene por realizado el pago del impuesto desde la fecha en que los valores imputables ingresen a las oficinas de impuestos nacionales o a las entidades autorizadas para el recaudo, aun a título distinto del pago, como los depósitos, buenas cuentas o retenciones en la fuente, o que resulten como saldos a favor por cualquier concepto". En el presente caso los valores pagados en exceso ingresaron a los bancos en 1996, cuando ECOPETROL declaró y pagó el impuesto de renta y complementarios de 1995, de manera que desde esta fecha dichos valores, en términos del artículo 803 del Estatuto Tributario, eran imputables para el pago de impuestos cuya obligación naciera con posterioridad a esa fecha. Cuestión diferente es que, sólo con ocasión de la sentencia del Consejo de Estado, se hubiera consolidado ese pago en exceso. En todo caso el pago estaba desde 1996. La Sala advierte que el mismo artículo 803 del Estatuto Tributario se refiere al ingreso a las arcas del Estado, aún como simples depósitos, retenciones o saldos a favor por cualquier concepto, que son aptos para ser imputables a favor del mismo contribuyente por concepto de cualquier impuesto. Bajo el anterior criterio, para la Sala no es acertado lo señalado por la DIAN en los actos acusados, en el sentido de que en este caso las contribuciones especiales de septiembre de 1998 y

febrero de 1999, para la fecha en que se realizó la compensación (19 de octubre de 2004), no se habían pagado, pues tal determinación surgió de la liquidación de intereses moratorios calculados entre el 22 de octubre de 1998 y el 28 de octubre del mismo año (1 mes), y entre el 2 de abril de 1999 y el 9 de abril de 1999 (1 mes), cuando en virtud del artículo 803 del Estatuto Tributario, y teniendo en cuenta el pago en exceso realizado en 1996, no era dable liquidar los intereses moratorios

**[Sentencia de 23 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2005-00560-01\(16578\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO . Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)**

**2. No son prueba de la deducción por destrucción de inventarios las copias de los comprobantes externos e internos cuando no existen libros de contabilidad**

La controversia se centra en determinar si la sociedad demandante tiene derecho a la deducción relacionada con la destrucción de inventarios en cuantía de \$526.848.000, renglón 73 “Gastos Operacionales de Administración,” y si procede la sanción por inexactitud impuesta.

**Extracto:** Respecto de las actas de destrucción, que a folios 1391 a 1388 del cuaderno No. 1 de antecedentes aparecen 4 actas de destrucción, las cuales no reflejan los valores glosados, puesto que se limitan a describir unos productos, sin discriminar valores, razón por la cual la administración y el Tribunal desecharon su valor probatorio, al no ser demostrativas de lo que se pretendía probar, posición que comparte la Sala, toda vez que resultan inútiles frente al hecho a probar. Respecto a las copias de los comprobantes de contabilidad, allegadas con ocasión del recurso de reconsideración, observa la Sala que a folios 1392 a 1394 del cuaderno No. 1 de antecedentes figuran tres listados informales, en los que se relacionan los comprobantes, la fecha, la descripción de la cuenta y el valor (débito), sin identificar quién emitió dicho documento. En el caso concreto, para probar la alegada deducción no son suficientes los comprobantes de contabilidad de orden interno o externo, toda vez que la ley le da el carácter de plena prueba a la contabilidad del contribuyente, siempre que se lleve conforme lo indica la ley y el reglamento, y esté integrada por los libros registrados, sus comprobantes de orden interno y externo y documentos soportes como un todo. Pero si no existen libros de contabilidad o no se exhiben, mal puede pretenderse que unos comprobantes que supuestamente hacen parte de esos libros tengan valor probatorio contable. Por una parte la ley no les otorga tal efecto, y, por otra, no se probó que efectivamente las operaciones de que dan cuenta los mismos están contablemente registradas. Para la Sala si bien son admisibles otros medios de prueba para demostrar el derecho a la deducción y acceder al reconocimiento del gasto, incluida la contabilidad del contribuyente, conforme al artículo 774 No. 2 del Estatuto Tributario ésta debe estar respaldada por comprobantes internos o externos, los cuales, según el artículo 781 del Estatuto Tributario y los artículos 51 y 53 del Código de Comercio, hacen parte integrante de la contabilidad, por lo que la obligación de presentar los libros de contabilidad cuando la administración lo exija, implica, igualmente, la exhibición de los comprobantes y demás documentos.

**[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Expediente 25000-23-27-000-2007-00260-01\(17722\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)**

**3. Los productores de huevos tienen derecho a tratar como descontable el IVA pagado sobre bienes y servicios que constituyan costo o gasto necesario para el desarrollo del proceso de producción y comercialización por parte del avicultor**

Se discute si el IVA pagado en la adquisición de las pollonas y en la etapa improductiva de cría y levante de las gallinas ponedoras debe tener el tratamiento de mayor costo del activo fijo, y el IVA pagado en la etapa de postura (productiva) es descontable, y puede ser objeto de devolución y/o compensación para el avicultor.

**Extracto:** El Decreto Reglamentario No. 1949 de julio 14 de 2003 expresamente señala que los productores de huevos tienen derecho a tratar como descontable el IVA pagado sobre bienes y servicios que constituyan costo o gasto necesario para el desarrollo del proceso de producción y comercialización por parte del avicultor. Por proceso de producción se entiende: “un sistema de acciones que se encuentran interrelacionadas de forma dinámica y que se orientan a la transformación de ciertos elementos. De esta manera, los elementos de entrada (conocidos como factores) pasan a ser elementos de salida (productos) tras un proceso en el que se incrementa su valor, cabe destacar que los factores son los bienes que se utilizan con fines productivos (las materias primas). Los productos, en cambio, están destinados a la venta al consumidor final o mayorista” Ahora bien, se conocen como factores de producción o factores productivos los recursos que combinados en un proceso productivo agregan valor en la elaboración de bienes y servicios. En consecuencia, si el artículo 477 del Estatuto Tributario consagra el beneficio fiscal sin restricción alguna en el proceso de producción, y el decreto reglamentario expresamente trata como descontable el IVA pagado sobre bienes y servicios que constituyan costo o gasto necesario para el desarrollo del proceso de producción, acorde con lo señalado por el a quo, la prohibición de descontar el IVA asociado al alimento consumido por las aves en la etapa de levante, siendo un gasto necesario que hace parte del proceso de producción, vulnera el artículo 477 ib al desconocer un beneficio fiscal, limitando sin autorización legal la exención consagrada. Como lo dijo el Ministerio Público, es lógico que si el ave no se alimenta, no llega a la edad adulta, y si no llega a la edad adulta, simplemente no es posible la producción de carne ni huevos.

[Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2008-00253-01\(17884\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

#### **4. La falta de demostración de los costos y deducciones declarados, da lugar a que se tenga como costos y deducciones inexistentes en la declaración tributaria lo que da lugar a la sanción por inexactitud**

Se decide la legalidad de la imposición de la sanción por inexactitud en la liquidación oficial de revisión del impuesto de renta y complementarios a cargo de la demandante.

**Extracto:** La Sección venía sosteniendo de manera reiterada que ni por controversias de interpretación, ni por falta de pruebas era pertinente aplicar la sanción. Que si los rechazos obedecían a falta de prueba -contable o no- o a defectos formales en su comprobación debía hacerse un examen analítico y probatorio y establecerse la falsedad, inexistencia, simulación, etc., de los costos, gastos y demás partidas objeto de glosa oficial, puesto que entre otros, la sanción estaba prevista en el evento de que el contribuyente solicitara costos, deducciones, pasivos, etc., en los que no hubiera incurrido efectivamente de los cuales derivara un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor. Sin embargo, la Doctrina Judicial reciente de la Sala ha tenido por criterio que la falta de prueba sobre la realidad y procedencia de las partidas declaradas no es motivo para no aplicar la sanción por inexactitud. En efecto, en sentencia del 28 de junio de 2010, la Sala consideró que la falta de prueba sobre la realización de los costos, significaba la inclusión en la declaración de costos inexistentes que daban lugar a un menor impuesto a pagar, conducta que era sancionable en virtud del artículo 647 del Estatuto Tributario. Así mismo, mediante sentencia del 19 de agosto de 2010, la Sala señaló que generaba la sanción por inexactitud la conducta del contribuyente de incluir en la declaración, como deducciones, partidas frente a las cuales no se demostró su realidad y procedencia, que afectaron la base gravable y dieron lugar a un menor impuesto a cargo. En esa oportunidad advirtió que no era necesario que la Administración estableciera que los gastos fueron irreales, pues lo cierto era que fueron solicitados como deducción, sin demostrar su procedencia; máxime cuando correspondía al contribuyente desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos. Posteriormente, en el caso fallado en la sentencia del 14 de octubre de 2010, la Sala estableció que ni en sede administrativa ni judicial la sociedad demandante había logrado respaldar contablemente la existencia de un pasivo registrado en la cuenta PUC 2355, no obstante el requerimiento de la DIAN. Que en ese contexto, se concluía que, de conformidad con el artículo 647

del E.T., era procedente la sanción por inexactitud impuesta por la DIAN, por haberse incluido en la declaración pasivos inexistentes. En efecto, a juicio de la Sala, para que una partida declarada se tenga como real y verdadera, como regla general, debe probarse la realización de la misma, que existe, que fue efectuada. Es decir, requiere de una actividad probatoria suficiente y adecuada sobre la existencia de esos hechos que originan la partida. Para la Sala la sanción por inexactitud no tiene como condición que se evidencie una conducta evasiva o fraudulenta por parte del contribuyente, pero si se requiere que los datos declarados sean reales. Ante la falta de demostración de los costos y deducciones declarados, da lugar a que se tenga como costos y deducciones inexistentes en la declaración tributaria, con los cuales se derivó un mayor saldo a favor para la sociedad que da lugar a la sanción por inexactitud

[Sentencia del 5 de mayo de 2011. Exp. 47001-23-31-000-2002-00306-01\(17306\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**5. a) El artículo 107 del Estatuto Tributario no exige que los pagos esporádicos para que sean deducibles se reconozcan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, sino que sean permanentes y que cualquier trabajador pueda acceder a ellos, sin exclusión por cargo o por alguna condición especial**

Se analiza si proceden las deducciones por pagos de medicina prepagada, pagos por indemnización por despido y suma conciliatoria y pagos por telefonía móvil y plan de capacitación, de acuerdo con los cargos de apelación contra la sentencia de ausencia total de motivación, error de motivación o indebida motivación en relación con las partidas que se rechazaron. También se decidirá si es procedente la sanción por inexactitud, conforme con el recurso de apelación de la demandada.

**Extracto:** Para la deducción de estos pagos indirectos, sobre los cuales ya se determinó el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, se requiere, además, que se acredite, en primer lugar, que sobre tales pagos indirectos se efectuó retención en la fuente o, que no se efectuó porque los pagos no excedieron el valor promedio que se reconoció a la generalidad de los trabajadores de la respectiva empresa por tales conceptos y siempre y cuando correspondieron a programas permanentes. Para la Sala, la norma no exige que el programa se reconozca a la totalidad de los trabajadores de la empresa, sino que sea permanente y que cualquier trabajador pueda acceder a él, sin exclusión por cargo o por alguna condición especial y, que de la generalidad de los trabajadores que pertenecen a ese programa se establezca el promedio base de la exclusión. De acuerdo con lo anterior, para la deducción de estos pagos indirectos, sobre los cuales ya se determinó el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, se requiere, además, que se acredite, en primer lugar, que sobre tales pagos indirectos se efectuó retención en la fuente o, que no se efectuó porque los pagos no excedieron el valor promedio que se reconoció a la generalidad de los trabajadores de la respectiva empresa por tales conceptos y siempre y cuando correspondieron a programas permanentes. Para la Sala, la norma no exige que el programa se reconozca a la totalidad de los trabajadores de la empresa, sino que sea permanente y que cualquier trabajador pueda acceder a él, sin exclusión por cargo o por alguna condición especial y, que de la generalidad de los trabajadores que pertenecen a ese programa se establezca el promedio base de la exclusión. Esto demuestra que el beneficio se otorgaba a la generalidad de los empleados, sin distinción de cargo o dignidad y era un programa permanente, es decir, cualquiera podía acceder a él en cualquier momento. Sobre este tema, si bien la DIAN primero advirtió que la exclusión estaba dada “solo en el promedio que resultara de sumar el total de esos pagos y dividirlos por el número de trabajadores beneficiados con el programa respectivo”, pues “un promedio se calcula sumando la totalidad de algo y dividiendo ésta en el número de partes que lo componen” consideró que la actora no cumplía las exigencias del artículo 5 del Decreto 3750 de 1986 para la exclusión de la retención en la fuente, porque los pagos no se realizaban a la generalidad de los trabajadores de la empresa, como se podía observar del desglose acumulado de la nómina, con el que se corroboraba que únicamente se les efectuaba el descuento del 40% del pago que debían asumir por medicina prepagada a los empleados identificados en la relación. Es decir, asimiló el concepto de “generalidad



de los trabajadores que pertenecían al programa” con la generalidad o totalidad de los empleados de la empresa, incluyendo un requisito no previsto en la norma para efectos de establecer el promedio.

**b) La indemnización por despido sin justa causa no es salario y por tanto no es deducible por no ser una expensa necesaria**

El artículo 108 del Estatuto Tributario regula la deducción de salarios y si bien se ha señalado, conforme con la jurisprudencia que se ha citado en esta providencia, que existen ciertos pagos laborales que aun cuando no sean salarios, podrían ser deducibles, estos deben cumplir con los requisitos de las expensas necesarias para su aceptación. Este es el caso de las indemnizaciones legales, entre ellas, la de retiro por despido sin justa causa. Según las normas laborales, entre ellas, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, etc.). Y no son salario, según el 128 ídem, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y similares). Tampoco las prestaciones sociales, ni los beneficios o auxilios acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie. Bajo las anteriores definiciones, para la Sala las indemnizaciones por despido no son salario, pues su pago no obedece a la contraprestación directa del servicio, que por lo demás ya terminó; sino, al resarcimiento de los perjuicios causados al trabajador por el incumplimiento del empleador de lo pactado en el contrato. En efecto, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo señala que “[...] En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización [...]”. Como lo precisó la Sala en sentencia de 23 de junio de 2005, “el concepto de indemnización está integrado por el daño emergente y el lucro cesante, elementos que [...] no corresponden a la contraprestación del servicio, sino a la necesidad de reparar los perjuicios que se originan para el trabajador, por la terminación unilateral del contrato laboral, sin justa causa [...]”. Ahora bien, la Sala, en sentencia del 26 de noviembre de 2009, precisó que no obstante, la indemnización por retiro era un pago laboral, para su deducibilidad debía tenerse en cuenta si se cumplían los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario. Luego de analizar los conceptos de relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad, en esa providencia la Sala señaló, frente a la indemnización por despido sin justa causa, que si bien podían existir partidas que, sin ser salarios, estaban inmersas dentro del concepto de pagos de índole laboral y que algunas de ellas podían ser necesarias en la medida en que generaban o ayudaban a generar el ingreso en la actividad productora de renta, no era el caso de esa indemnización, pues la misma no correspondía a la contraprestación del servicio, sino a la necesidad de reparar los perjuicios que se originaban para el trabajador, por la terminación unilateral del contrato laboral. Que respecto de esa indemnización no podía configurarse el criterio en virtud del cual se aceptara la relación de causalidad y necesidad de los pagos extraordinarios provenientes de la relación laboral, con la actividad productora de renta. Pues sin dicho pago era totalmente viable producir la renta, ya que no era la causa del ingreso por el desarrollo de la actividad. Además, que no era un gasto normal o usual para producir o facilitar la generación de la renta. Lo anterior, por cuanto las indemnizaciones por despido injusto no intervenían en la producción de la renta ni ayudaban a generarla. Sencillamente eran pagos que tenían el carácter indemnizatorio y en ellos debía incurrir el empleador cuando desvinculaba al trabajador en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Así mismo, consideró que, como cualquier pago de una sanción que debiera sufragar el contribuyente, el hecho de que legalmente tuviera que pagar la indemnización no la convertía en indispensable para facilitar la generación de renta. Que aceptar su deducibilidad implicaría la concesión de un beneficio tributario a quien por su causa dio lugar al pago de la indemnización.

[Sentencia del 19 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2009-00002-01\(18039\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**6. a) El requisito para la procedencia de los impuestos descontables para la devolución de saldos a favor es el registro en la contabilidad de los mismos**

Se establece si la actuación de la Administración, mediante la cual rechazó parcialmente el saldo a favor generado en la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al quinto (5) bimestre de 2004, se ajustó o no a la legalidad.

**Extracto:** La Administración o el interesado podrán recolectar o aportar los medios de prueba a su alcance o de los terceros con los que efectuó las transacciones, que consideren conducentes para llevar al convencimiento de la existencia de los impuestos descontables, correspondiéndole al funcionario competente estimar el valor probatorio correspondiente. Dentro de este contexto, le corresponde al demandante demostrar en la verificación, o ante la jurisdicción, la existencia de los impuestos descontables relacionados con los bienes y servicios exportados y con los gravados. Al revisar las pruebas que obran en el expediente, no encuentra la Sala documentos que desvirtúen la afirmación de la Administración Tributaria en cuanto a la falta del registro contable de las erogaciones tratadas como descontables, es decir, la discriminación en la contabilidad del impuesto sobre las ventas imputable directamente a los bienes y/o servicios exportados, frente al impuesto que no tiene relación con las operaciones exentas. Es importante anotar que sobre este aspecto guarda silencio el demandante. Según el artículo, para efectos fiscales la contabilidad de los comerciantes, además de cumplir las exigencias del Código de Comercio, debe mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras; así mismo debe cumplir los requisitos señalados por el Gobierno mediante reglamentos. De lo anterior concluye la Sala, que llevar la contabilidad de conformidad con esta disposición es un requisito esencial porque permite estar al tanto de la realidad económica de la sociedad y la Administración Tributaria puede ejercer un adecuado control. Cabe anotar que el Estatuto Tributario permite descontar el impuesto facturado al responsable por la adquisición de bienes y servicios, hasta el límite que resulte de aplicar al valor de la operación que conste en las facturas, siempre y cuando se cumpla con el requisito establecido en el artículo 496 del Estatuto Tributario. Dentro de este contexto, la demandante debía demostrar, en la verificación efectuada por la Administración Tributaria o ante la jurisdicción, la existencia de los impuestos descontables relacionados con los bienes y servicios exportados y gravados.

**b) Para un responsable del IVA que sean exportador y comercializador de bienes en el territorio nacional, el saldo a favor originado en impuestos descontables no se les reconoce en su totalidad en compensación y/o devolución**

Los exportadores tienen derecho a solicitar devolución o compensación de los saldos a favor generados por impuestos descontables que correspondan al impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición de bienes, y/o servicios, directamente incorporados o vinculados a los bienes y/o servicios efectivamente exportados. En el caso de las personas que comercializan bienes exentos o exportan bienes, se descontara la totalidad del impuesto sobre las ventas facturado. Sin embargo, en el caso de los bienes y servicios que otorgan derecho a descuento, que se destinen indistintamente a operaciones gravadas, exentas o excluidas del impuesto y no fuere posible establecer su imputación, como en el asunto estudiado, el cómputo de dicho descuento se efectuará en proporción al monto de tales operaciones del período fiscal correspondiente, lo que significa, que tienen derecho a la devolución de los impuestos descontables sólo en la parte relacionada con los bienes efectivamente exportados. La proporcionalidad opera de manera exclusiva, cuando los bienes o servicios adquiridos sobre los cuales se paga el impuesto sobre las ventas, y que otorgan derecho a descuento, se destinan indistintamente a operaciones gravadas, exentas y excluidas, respecto del tributo, y no es posible determinar su imputación directa a unas y otras. Vale decir, que la proporcionalidad de que trata el artículo 490 del Estatuto Tributario ha sido reconocida por las partes, en tanto, que la entidad demandada en el memorial explicativo del rechazo parcial del saldo a favor precisa

“(sic)...Con lo anterior tenemos que el contribuyente realiza la proporcionalidad de que trata el artículo 490 del E. T. sobre el total de impuestos descontables contabilizados...”; En este orden, la Sala considera que los impuestos descontables por las operaciones gravadas no son susceptibles de devolución, lo anterior teniendo en cuenta que la C.I. CARBONES DEL CARIBE S.A. no se dedica sólo a exportar bienes sino que además comercializa bienes en el territorio nacional. De esta manera, lo que se puede devolver y/o compensar es el saldo a favor generado por el impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición de materia prima destinada al carbón que se exporta. Es forzoso decir que si un responsable del IVA configura en su declaración del impuesto un saldo a favor originado en impuestos descontables, siendo exportador y comercializador de bienes en el territorio nacional, respecto de tal saldo la ley no le reconoce derecho a solicitarlo en su totalidad en compensación y/o devolución. Así las cosas, existe una definición de los responsables a quienes se les devuelve el Impuesto sobre las Ventas cancelado durante el período destinado a la producción del bien estimulado fiscalmente (exportado o exento), sin que permita interpretaciones diferentes para otros productos diferentes a los allí indicados, pues su alcance es particularmente restringido

[Sentencia del 26 de mayo de 2011. Exp. 08001-23-31-000-2007-00211-01\(17529\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

#### **7. Los documentos soporte de costos, deducciones e impuestos descontables deben llenar los requisitos exigidos para las facturas y documentos equivalentes**

Se decide si la actuación demandada viola el principio de correspondencia, si la demandante aportó prueba de los costos desconocidos por la Administración y si, se cumplen los supuestos legales para imponer la sanción por libros de contabilidad.

**Extracto:** La Sala sostuvo que: “... la simple realización de costos y deducciones no conlleva su reconocimiento fiscal, pues la obligación tributaria se origina en hechos económicos realizados por un determinado contribuyente, quien debe probar la titularidad de todos los conceptos que hacen parte de la depuración del impuesto, con las formalidades previstas en la ley”. Conforme a la norma transcrita, el legislador previó una exigencia para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, la exhibición de las facturas correspondientes, con el lleno de los requisitos legales. Están obligados a expedir factura o documento equivalente, para efectos tributarios, los comerciantes, los que ejercen profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o los que enajenen bienes, producto de la actividad agrícola o ganadera, sean o no contribuyentes. A su vez, el artículo 771-2, inciso 2°, ib establece que los “documentos equivalentes” deben cumplir los requisitos contenidos en los literales b), d), e) y g) del artículo 617 ib, esto es, apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio, número consecutivo, fecha de su expedición y valor total de la operación. El artículo 618 ib. prevé que los adquirentes de bienes corporales muebles o servicios tienen la obligación de exigir las facturas o documentos equivalentes y de, exhibirlos cuando la administración tributaria lo exija. El artículo transcrito consagró que para los casos en que no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que debe aportarse para probar la respectiva transacción que dio origen a los costos, deducciones e impuestos descontables, debe cumplir los requisitos mínimos establecidos por el Gobierno Nacional. El Decreto 3050 de 1997, en el artículo 2°, dispuso que, para la procedencia de los costos, deducciones e impuestos descontable, la factura o documento equivalente debe, como mínimo, reunir los requisitos exigidos en el artículo 771-2 del E.T., sin perjuicio de la obligación, para quien los expida de hacerlo con el lleno de los requisitos de numeración consecutiva, preimpresión y autorización previa contemplados en las normas vigentes. El mismo decreto, en el artículo 3°, prevé que, tratándose de operaciones realizadas con personas no obligadas a expedir facturas o documento equivalente, el documento soporte para la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables, “*será el expedido por el vendedor o por el adquirente del bien y/o servicio, y deberá reunir los siguientes requisitos: 1. Apellidos y nombre o razón social y NIT de la persona o entidad beneficiaria del pago o abono. 2.*

*Fecha de la transacción. 3. Concepto. 4. Valor de la operación. 5. La discriminación del impuesto generado en la operación, para el caso del impuesto sobre las ventas descontable”.*

[Sentencia del 19 de mayo de 2011. Exp. 15001-23-31-000-2006-01375-02\(17739\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**8. a) El deporte profesional en el cual los jugadores reciben remuneración por practicarlo no está contemplado en la legislación tributaria como beneficiario del régimen tributario especial en el impuesto sobre la renta y complementarios**

Se determina si la Corporación Deportiva Once Caldas, cumple los requisitos para pertenecer al régimen tributario especial en el impuesto sobre la renta y complementarios para que el beneficio neto o excedente pueda gozar de la tarifa única del veinte por ciento (20%) o del cero por ciento (0%).

**Extracto:** Precisa la Sala, para el caso en litis, que únicamente gozan de la posibilidad de exención del beneficio neto o excedente, aquellas corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, cuyo objeto social principal y recursos estén destinados a actividades de deporte aficionado, siempre y cuando las mismas sean de interés general, y que a ellas tenga acceso la comunidad, cumpliendo los demás requisitos exigidos por la Ley. Examinada en detalle la naturaleza de la Corporación se destaca, que hace parte del sector asociado del deporte, los programas de deporte competitivo de alto rendimiento los desarrolla con deportistas bajo remuneración y aprovechamiento del tiempo libre. Según el objeto social la Corporación Deportiva fomenta el deporte aficionado y profesional. En este orden de ideas, la Corporación Deportiva Once Caldas, desarrolla actividades relacionadas con el deporte profesional, toda vez que sus jugadores reciben remuneración; este tipo de actividades no está contemplada en la legislación tributaria como beneficiaria del régimen tributario especial en el impuesto sobre la renta y complementarios, teniendo en cuenta que el beneficio sólo es para el deporte aficionado, entendido como la actividad en la cual los jugadores no reciben remuneración por la actividad deportiva. Para la Sala, es necesario manifestar que no es la razón social o el hecho de constituirse como corporación sin ánimo de lucro lo que determina el tratamiento del régimen tributario especial en el impuesto sobre la renta y complementarios, sino desarrollar el objeto social de acuerdo con las actividades señaladas en el artículo 359 del Estatuto Tributario. De manera que, en el caso de la Corporación Deportiva las actividades diferentes, al deporte aficionado no permiten acceder al beneficio de los contribuyentes del régimen especial y menos aún gozar de la exención.

**b) Para un contribuyente que lleva contabilidad los ingresos sometidos a los tributos se relacionan a los causados en el año gravable, aquéllos en los que se tiene el derecho a exigir su pago, aun cuando no se haya hecho efectivo el cobro**

El artículo 27 del Estatuto Tributario, establece que “se entienden realizados los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago, como en el caso de las compensaciones o confusiones...” De acuerdo con la norma en cita, para los contribuyentes obligados a llevar contabilidad, como sucede con la Corporación Deportiva Once Caldas, la realización del ingreso está ligada a su causación, de ahí que “*deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable...*” Se entiende causado un ingreso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto Tributario “*cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro*”, lo que guarda concordancia con el artículo 48 del Decreto 2649 de 1993. Significa esto, que una operación que afecte el patrimonio debe ser contabilizada cuando se realiza, registrándola en las cuentas que identifican la verdad de la forma como se realizó el hecho económico que afectó al ente, que en la contabilidad de causación implica que los hechos económicos se reconocen en el período en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente. Ahora bien, ni en sede administrativa ni ante la jurisdicción la demandante desvirtuó el hecho de estar obligados a registrar sus ingresos por el sistema de

contabilidad de causación, como lo exige la ley y como lo afirmó la Administración Tributaria. En efecto, de conformidad con el artículo 364 del Estatuto Tributario, los contribuyentes con tratamiento tributario especial están obligados a llevar contabilidad, tal como lo exige el artículo 48 del Decreto contable - 2649 de 1993, el registro de los hechos económicos y en especial de los ingresos, que se deben efectuar cuando se realizan y no solamente cuando se reciben en efectivo, dado que ese es el fin de la causación: conocer los ingresos cuando se realizan. En este orden de ideas, es claro para la Sala que un contribuyente que lleva contabilidad, los ingresos sometidos a los tributos se relacionan a los causados en el año gravable, aquéllos en los que se tiene el derecho a exigir su pago, aun cuando no se haya hecho efectivo el cobro. En el caso concreto, la suma glosada \$5.092.867.500, que corresponde al saldo aplazado por la venta que la Corporación Deportiva efectuó de un jugador de fútbol a un equipo español, debió declararse dentro de la totalidad de los ingresos del año gravable 1999, es decir, que la demandante no podía esperar el pago del saldo para incluirlo en la declaración tributaria, sino que debió denunciar la totalidad del ingreso en el año gravable 1999 y registrar una cuenta para estos en el mismo año en que se materializó la venta del jugador. De conformidad con las normas citadas, es claro que cuando el vendedor ha transferido al comprador los riesgos y beneficios esencialmente identificados con la propiedad y posesión del bien, se debe reconocer en la contabilidad un ingreso por la venta de bienes. Por lo tanto, en el momento en que se dé cumplimiento a los requisitos señalados, nace el derecho a exigir el pago de la obligación derivada de la venta y debe reconocerse el ingreso correspondiente, junto con la disminución de los respectivos costos.

**c) Los ingresos como “utilidad diferida en ventas a plazos”, constituyen una excepción al principio de causación y se encuentra restringido a los “negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos**

La transacción por el jugador, fue tratada por la Corporación Deportiva como “*utilidad diferida en ventas a plazos*”. En el sistema de ventas a plazos, que igualmente exige el cumplimiento previstos en la Ley tributaria, el comprador hace un pago de una cuota inicial sobre el precio de compra y posteriormente cubre el saldo con cuotas semanales o mensuales previamente pactadas. En estos contratos habitualmente se conviene que el título del bien vendido, permanecerá en poder del vendedor hasta el momento en que se pague la totalidad del precio y de no ser así, el vendedor queda autorizado para recobrar la mercancía. Sobre este tipo de ventas, advierte la Sala, no puede confundirse el sistema de ventas a plazos, con la forma de pago estipulada en un contrato de compra - venta, ya que para que un contribuyente pueda acogerse al sistema especial de ventas a plazos debe tener un sistema organizado, regular y permanente de ventas sometidas a plazos, de lo contrario las ventas se consideran de contado, sometidas al régimen general de causación. La demandante no podía tratar los ingresos como “*utilidad diferida en ventas a plazos*”, por cuanto dicho tratamiento que si bien constituye excepción al principio de causación, se encuentra restringido a los “*negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos*”, en cuya situación no se halla la Corporación Deportiva Once Caldas, razón por la cual fue indebido el manejo contable y tributario que le dio a los ingresos objeto de la adición.

**d) La falta del registro contable de las erogaciones tratadas como deducciones en la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable trae como consecuencia su desconocimiento**

Los costos y las deducciones ó gastos autorizados legalmente y concebidos de manera forzosa en la actividad productora de renta, constituyen uno de los factores para determinar la renta líquida, los cuales para su aceptación deben cumplir los requisitos esenciales previstos en la norma tributaria como son: la relación de causalidad, la necesidad, proporcionalidad con la actividad. causalidad, necesidad y proporcionalidad con las actividades productoras de renta, son condiciones *sine qua non* para la procedencia de los costos y deducciones que de paso sea anotar, se rigen por el principio de taxatividad, en cuanto es la propia Ley que las autoriza, de manera que los conceptos a los que el legislador tributario no les ha dado esa connotación, se entienden excluidos para efectos de determinar la renta anual del contribuyente. La relación de causalidad implica una relación causa-



efecto entre los costos y gastos efectuados durante el periodo gravable y la actividad generadora de renta. Por su parte, la necesidad representa lo imprescindible del gasto en la generación de los ingresos percibidos por el contribuyente, en oposición a los pagos inútiles o los efectuados por mera liberalidad; y, a su turno, la proporcionalidad indica la medida o correcta correspondencia entre las expensas efectuadas y la actividad a la que sirven. En conclusión, el reconocimiento de los gastos como deducibles en el impuesto sobre la renta está estrictamente sujeto a las previsiones legales, por lo que se reitera que para que procedan las deducciones se deben cumplir los presupuestos esenciales, además de los que especiales que se establecieron para su procedencia. La contabilidad, como el conjunto de procedimientos que revelan la situación patrimonial de un ente económico, que a través de libros debidamente registrados y de comprobantes externos e internos, suministra la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de sus negocios; ha sido reconocida por la legislación tributaria como medio probatorio a favor del contribuyente, siempre que muestre fielmente los registros y el movimiento de ventas y compras, y que, de otra parte, sea comprensible, útil y en ciertos casos comparable, conforme lo ordena el artículo 4 del Decreto 2649 de 1993, que define dichas cualidades. Dentro de este contexto, si los gastos considerados como las erogaciones necesarias para obtención de la renta, no aparecen registrados en la contabilidad, no podrá aceptarse su deducción en la declaración del impuesto sobre la renta. Al revisar las pruebas que obran en el expediente, no encuentra la Sala documentos que desvirtúen la afirmación de la Administración Tributaria, en cuanto a la falta del registro contable de las erogaciones tratadas como deducciones en la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 1999. Es importante anotar que sobre este aspecto guarda silencio el demandante.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011 Exp. 17001-23-31-000-2003-01159-01\(16285\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ.](#)

#### **9. La matrícula en el registro de contribuyentes del impuesto de industria y comercio es un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional**

Se decide si la matrícula oficiosa en el registro de contribuyentes del impuesto de industria y comercio de la Administración Municipal de Medellín es un acto administrativo; en segundo lugar, y de considerarse que sí es un acto administrativo sujeto a control jurisdiccional, se analizará si la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho está caducada; de no prosperar esta excepción, se estudiará, en tercer término, si la actuación cumplió con el debido proceso y se ajustó a derecho.

**Extracto:** En el presente caso, la actuación administrativa se inició de oficio por la Administración municipal y culminó con la expedición de un acto administrativo expreso de certificación y registro, en el cual, la administración decidió crear una situación jurídica concreta a cargo de la actora, con efectos jurídicos evidentes. En efecto, el artículo 43 del Acuerdo Municipal 50 de 1997 del Concejo de Medellín dispone que los sujetos pasivos bajo cuya dirección o responsabilidad se ejerzan actividades gravables con el impuesto de industria y comercio, están obligados a matricularse en la División de Rentas Municipales dentro de los 30 días siguientes a la iniciación de las mismas. De no cumplir esta obligación, el artículo 44 ibídem señala que la División de Rentas ordenará la matrícula, en cuyo caso se impondrá la sanción establecida en el artículo 81 ibídem. Como la Administración municipal consideró que la sociedad no había efectuado la matrícula, procedió a efectuarla de oficio. Es decir, inició una actuación administrativa de oficio, que dio lugar a la expedición de un acto administrativo que produce los efectos de reconocer, para la sociedad, la sujeción del impuesto de industria y comercio por las actividades que realiza en la jurisdicción municipal y de tenerla dentro del censo de los contribuyentes que realizan la actividad gravable de industria y comercio. Al considerarse a la sociedad como sujeto pasivo del impuesto, ésta tiene que cumplir con todas las obligaciones sustanciales y formales propias del tributo.

[Sentencia de 5 de mayo de 2011. Exp. 05001-23-31-000-2002-03531-01\(17264\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.](#)

## SALA DE CONSULTA

**1. Recomposición de Comisión Constitucional del Congreso de la República en caso de pérdida de curul derivada de orden de captura por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados al margen de la Ley.**

El ministro del Interior y de Justicia consultó a la Sala respecto del procedimiento a seguir para la recomposición de las comisiones constitucionales del Congreso de la República, puntualmente, si las cámaras ¿pueden autorizar el traslado de un miembro de una comisión a otra en la cual se ha producido una vacancia que no permite su reemplazo, si así lo acuerdan y solicitan los respectivos integrantes respetando la filiación política resultante de la elección realizada por la Cámara Correspondiente?

La Sala en primer lugar realizó el estudio del marco jurídico del cambio o traslado de comisiones constitucionales permanentes en el Congreso de la República; igualmente, analizó los efectos de la pérdida de la curul derivada de una orden de captura por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados al margen de la ley fijados por el Acto Legislativo 01 de 2009.

Realizado lo anterior, concluyó que desde el momento en que contra un congresista se profiere orden de captura por los referidos delitos, queda suspendido en el ejercicio de sus funciones, se excluye dicha curul de la contabilización del número total de miembros, tanto de las comisiones permanentes como de la plenaria; en consecuencia, deja de ser integrante de la respectiva comisión constitucional y no es posible que se autorice su intercambio o traslado para otra comisión.

Dice el concepto:

**a) Marco jurídico del cambio o traslado de comisiones constitucionales permanentes en el Congreso de la República.**

De conformidad con el artículo 142 de la Constitución Política, cada Cámara del Congreso de la República debe elegir para el respectivo periodo constitucional las comisiones permanentes que tramitarán en primer debate los proyectos de acto legislativo o de ley. Su número y el de sus miembros, así como las materias de las que se ocuparán, quedó diferido al legislador.

Este mandato se encuentra desarrollado en primer lugar en la Ley 3 de 1992, que además de establecer el número de comisiones permanentes y las materias de las cuales se ocuparán (art.2), determinó la forma de elección de sus miembros, sin perjuicio de que los partidos y movimientos políticos representados en la respectiva Cámara logren acuerdos para votar en bloque sobre una lista total de las Comisiones, o de algunas de ellas (art.6).

Adicionalmente, este mismo artículo establece que la elección de las Comisiones Permanentes debe hacerse a partir de la semana siguiente de instalada la Corporación, que es obligación de los miembros del Congreso formar parte de alguna y aclara que “únicamente se podrá ser integrante de una de ellas.(...)”

“Complementa lo anterior lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 5 de 1992, que en su párrafo permite que las Cámaras autoricen el cambio o traslado de una Comisión a otra cuando lo “acuerden y soliciten” los respectivos integrantes, es decir, los congresistas interesados en ello ...”

“De esta manera, sin perjuicio de la vocación de permanencia en la Comisión para la cual se ha sido elegido al inicio del respectivo periodo constitucional, la ley permite que, previo acuerdo al

respecto, se solicite a las respectivas Cámaras la autorización para un intercambio de comisiones, que de ser aprobado tendrá efectos “hasta el final” del correspondiente periodo constitucional.”

**b) Efectos de la pérdida de la curul derivada de una orden de captura por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados al margen de la Ley (Acto Legislativo 1 de 2009).**

“Para efectos de la presente consulta, es necesario llamar la atención sobre algunas de las reglas contenidas en el precitado artículo 134 de la Constitución, en relación con los miembros de las corporaciones públicas de elección popular: (i) en caso de condena penal o medida de aseguramiento sólo habrá reemplazo cuando se trate de delitos distintos a los relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad (segunda parte del primer inciso); (ii) en tratándose de estos delitos, la separación del miembro de elección popular se produce desde que se profiera orden de captura y cuando se dicte la sentencia condenatoria, ésta producirá “la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública” (tercer inciso); (iii) en los casos en que no haya lugar a reemplazos, como el que se estudia en esta consulta, para todos los efectos legales se debe reconformar el quórum de la respectiva Corporación, excluyendo “aquellas curules que no puedan ser reemplazadas” (inciso 5); y (iv) si como consecuencia de esa imposibilidad de reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del respectivo período (inciso 6).”

**c) Respecto de la posibilidad de que las Cámaras puedan autorizar el cambio o traslado que de Comisiones Constitucionales acuerden y soliciten los respectivos integrantes cuando una curul queda vacante porque contra el Congresista que la ocupaba se profirió orden de captura dentro de un proceso penal originado en uno de los delitos que, de acuerdo con el artículo 134 de la Constitución, impide su reemplazo.**

“...desde el momento mismo en que contra un congresista se profiera la orden de captura, ese congresista queda suspendido en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, por efecto de la orden de captura queda inhabilitado para ejercer las funciones que la Constitución y la ley atribuyen a los congresistas, entre ellas la facultad de solicitar y acordar el intercambio entre integrantes de las Comisiones Constitucionales prevista en el artículo 54 de la ley 5 de 1992. Por la misma razón pierde la condición de integrante activo de la respectiva Comisión Constitucional, se genera en ella un vacío que no puede suplirse con un reemplazo y, para todos los efectos del funcionamiento de la corporación, dicho congresista no puede entenderse como integrante suyo, pues dejará de figurar entre el número de sus miembros.

El cambio o traslado a que se refiere el parágrafo del artículo 54 de la ley 5 de 1992 debe verificarse entre “los respectivos integrantes” de las Comisiones Constitucionales. Se requiere, por tanto, que en las dos Comisiones Constitucionales existan, jurídica y materialmente, los integrantes que deben “acordar y solicitar” el intercambio para que lo autorice la Cámara respectiva. Dado que en el caso analizado no existe en una de las dos Comisiones Constitucionales el integrante que debe acordar con otro congresista el traslado, falta un presupuesto esencial para que sea posible el intercambio de posición entre integrantes de las dos Comisiones Constitucionales.”

[Concepto 2059 de 31 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2011-00030-00. MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO OF111 23242 DEL 0213 de 7 de junio de 2011.](#)

2. El INCO es competente en el orden nacional para declarar la urgencia y adelantar expropiaciones por vía administrativa de predios destinados a los proyectos de concesión de las vías a su cargo.

En ese sentido le contestó la Sala al Ministro de Transporte que consultó: *"De acuerdo con lo señalado en el artículo 64 de la ley 388 de 1997, si bien es cierto que se establece de manera clara que la declaración de urgencia que autoriza la expropiación por la vía administrativa corresponderá a la entidad que determine el Concejo municipal o distrital, o la junta metropolitana, ¿qué entidad tiene competencia en el orden nacional y departamental para declarar las condiciones de urgencia consagradas en la ley para dar trámite al proceso de expropiación, teniendo en cuenta que la mencionada norma no hace referencia alguna a este tema?"*

El análisis de los siguientes temas precedió la respuesta:

**a) Principio de legalidad en la expropiación por vía administrativa**

"Siendo el principio de legalidad uno de los pilares de esta figura, es claro que la competencia para expropiar, los casos en los que sea viable su aplicación, los motivos de utilidad pública e interés social que constituyen su causa, así como, el procedimiento que permita su implementación, están reservados a la ley, para garantizar los derechos del afectado, y en general, que las actuaciones de la administración obedezcan a razones objetivas y no al capricho del funcionario de turno. En consecuencia, la expropiación por vía administrativa no puede ser decretada según el querer de la autoridad administrativa y sin una previsión normativa de alcance general, impersonal y abstracto que consagre su viabilidad.

Este tipo de expropiación como toda actuación de carácter administrativo, es susceptible de control judicial y su procedencia, en un caso específico, está condicionada al pago de la indemnización previa de los perjuicios que se le causen o puedan causar al afectado, la cual debe ser justa y equitativa, teniendo en cuenta tanto los intereses de la comunidad, como los del propietario.(...)"

"La ley 388 de 1997, ordenó la institución de la expropiación por vía administrativa, en el capítulo VIII, haciendo obligatorio el procedimiento que ella establece a todo tipo de expropiación administrativa..."

**b) Autoridad competente en el orden nacional para declarar las especiales condiciones de urgencia que autorizan la expropiación administrativa**

"...en el ario 2003, en la reforma administrativa que se realizó en dicho ario, se creó el Instituto Nacional de Concesiones INCO, mediante decreto ley 1800 de 2003,<sup>1</sup> y a ésta entidad se en entregó parte de la competencia expropiadora que se encontraba en cabeza del Ministro de Transporte..."

"Esto significa que es el INCO la entidad del orden nacional que está facultada por la ley para adelantar expropiaciones por vía administrativa con el fin de garantizar la ejecución de los proyectos de concesión a su cargo, y también lo es que el procedimiento para el efecto es el de la ley 388 de 1997; la duda se presenta en cuanto a si también es la entidad que debe hacer la declaración de las condiciones de urgencia para llevar a cabo tal expropiación.

A juicio de esta Sala es claro que el Instituto Nacional de Concesiones INCO es la autoridad que debe hacer tal declaración de las especiales condiciones de urgencia, de conformidad con el análisis

---

<sup>1</sup> Dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 16 literal f) de la ley 790 de 2002.

realizado de los antecedentes de la ley, así como del análisis de constitucionalidad del artículo 64 tantas veces citado en relación con los artículos 287 y siguientes de la Carta. A más de los anteriores argumentos, hace énfasis la Sala en uno de carácter estrictamente literal, pues el numeral 12 del artículo 30 del decreto ley 1800 de 2003, claramente faculta a éste instituto, para "adelantar" el trámite expropiador, pues el significado de ésta palabra, según el Diccionario de la Academia es el de mover o llevar hacia delante de manera que si para llevar adelante una expropiación es necesario realizar una declaración de las condiciones especiales de urgencia, claramente esta decisión es competencia de quien debe adelantar el proceso."

[Concepto 1807 de 21 de marzo de 2007, Exp. 11001-03-06-000-2007-00011-00. MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. LEVANTADA LA RESERVA LEGAL CON AUTO de 5 de abril de 2011.](#)

**3. No es viable condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario a su adquisición total tratándose de enajenación de propiedad accionaria del Estado.**

Los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía solicitaron concepto respecto de la viabilidad jurídica de condicionar la venta al sector solidario de la participación accionaria de las entidades públicas, a la condición de que se enajene la totalidad de las acciones objeto de oferta en el respectivo programa de enajenación.

En el concepto quedaron consignados los siguientes argumentos en respaldo:

**a) El procedimiento de enajenación prevé un programa de enajenación para cada caso en particular**

"La ley atribuye competencia al Gobierno para decidir, en cada caso concreto, la enajenación de la propiedad accionaria a nivel nacional, así como la adopción de un programa de enajenación concebido para cada evento en particular, el cual debe sujetarse a las disposiciones de la ley 226..."

"Corresponde al Ministerio titular o a aquél al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la función de diseñar el respectivo programa de enajenación (art. 7°).

Asimismo el legislador dispone que el programa de enajenación debe tener una sustentación técnica y reflejar la valoración de la entidad, la rentabilidad de la institución y la debida aplicación del principio de protección del patrimonio público (art. 4°).

Como es apenas obvio, el programa de enajenación debe contener también las medidas necesarias para evitar el desconocimiento de los principios que informan el proceso de venta ..."

**b) Condicionamiento de enajenación a la venta total de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales**

"La hipótesis expuesta en la consulta parte del supuesto de que la participación mayoritaria del Estado en una empresa, en la medida que le permite tener el control de la misma, debe "transferirse" al momento de la enajenación, con el fin de obtener una mejor contraprestación económica y evitar el menoscabo, que a través de una venta parcial, podría ocasionarse al patrimonio público.

Si bien la situación descrita aparece conciliable con el principio de protección del patrimonio estatal, en criterio de la Sala, admitir la procedencia de la venta solamente a los casos de enajenación total de las acciones ofrecidas en venta al sector de trabajadores y de la economía solidaria, significa aceptar que por la vía del programa de enajenación se establezca una restricción de acceso a la propiedad estatal, pues es evidente que un ofrecimiento parcial y condicionado sería contrario a los



finés que se buscan con este tipo de enajenaciones y por lo tanto se vería limitado el objetivo contemplado por la Constitución y la ley sobre democratización de la propiedad de las acciones del Estado.

En otros términos, el condicionamiento de la enajenación a la venta total de lo ofrecido, se opone al principio de democratización, dado que el objetivo constitucional trazado en el artículo 60 persigue precisamente el acceso de un sector de la economía que en criterio del constituyente amerita protección, al punto de concebir directamente un instrumento que facilite su acceso, mediante el otorgamiento de condiciones especiales...”

“Ahora bien, desde la perspectiva del acto jurídico que daría origen a la restricción o limitación, según lo ya expuesto, corresponde al legislador establecer las limitaciones al acceso a la propiedad accionaria estatal, como consecuencia de la competencia que la Carta atribuye a la ley para regular la materia (art. 60), de manera que mediante el acto administrativo por medio del cual se adopta el programa de enajenación, no puede válidamente establecerse restricción al acceso a la propiedad. Debe recordarse que finalmente se trata de la protección de derechos, que conforme al sistema jurídico y a la organización unitaria con un solo centro de emisión legislativa, solamente está radicada en cabeza del Congreso.”

[Concepto 1820 de 3 de mayo de 2007. Exp. 11001-03-06-000-2007-00028-00. MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Autorizada su publicación por auto de 18 de mayo de 2011.](#)

\* Con salvamento de voto del Consejero doctor ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

## NOTICIAS DESTACADAS

### PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ACEPTÓ CORDIAL INVITACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Bogotá, D.C., 24 de junio de 2011.- El Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, aceptó una cordial invitación que el Consejo de Estado en cabeza de su Presidente, Mauricio Fajardo Gómez, le había cursado hace algunas semanas para asistir a la Sala Plena de la Corporación; la reunión será el próximo miércoles 29 de junio, en horas de la tarde.

El propósito de dicho encuentro es el de continuar con el diálogo amable que ha venido manteniendo el gobierno con las Altas Cortes, pero sobretodo, avanzar en temas de interés para la organización y el funcionamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cabe resaltar que ésta es la primera vez en muchos años, que un Presidente de la República acepta la invitación de una Alta Corte para asistir a su Sala Plena y examinar en conjunto temas importantes tanto para la Rama Judicial, como para la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El Presidente Santos acudirá al Consejo de Estado con los Ministros del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público y con el Secretario General de la Presidencia de la República.

### CONSEJO EDITORIAL

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Presidente  
**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**  
Vicepresidente

#### Sala de Gobierno

**Marco Antonio Velilla Moreno**  
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 último 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: [boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co)