



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	3 - 11
• Sección Segunda	11 - 17
• Sección Tercera	17 - 35
• Sección Cuarta	35 - 42
• Sección Quinta	42 - 46
• Sala de Consulta	46 - 53
• Noticias Destacadas	54

Noticias destacadas

**CONSEJO DE ESTADO
RADICÓ PROYECTO
DE ACTO
LEGISLATIVO POR
MEDIO DEL CUAL SE
REFORMA LA
ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA**

Mauricio Fajardo Gómez
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. Procedencia excepcional de la tutela para obtener el reembolso de gastos médicos

El actor consideró vulnerados sus derechos de petición, igualdad y seguridad social para la tercera edad, ante la negativa de la EPS COLPATRIA de costear los gastos que generó la hospitalización de su cónyuge, en calidad de beneficiaria y, por ende, solicitó el reembolso de los costos por él asumidos.

El 11 de agosto de 2011 será recordado en la historia del Consejo de Estado, como el día en el cual, por primera vez, desde que se tenga algún registro, que esta Corporación prepara y presenta ante el Honorable Congreso de la República un proyecto de acto reformativo de la Constitución en ejercicio de las facultades que la misma Carta Política le ha otorgado, con el objetivo de reformar la Administración de Justicia para lograr que ella funcione de manera oportuna, eficaz, transparente, independiente, autónoma y cumplida.

La reforma gira en torno a 5 ejes temáticos: 1) Se plantea la introducción de aquellos cambios constitucionales imprescindibles con miras a procurarle a la Rama Judicial los medios materiales necesarios y suficientes en orden a que el usuario de este servicio público obtenga del mismo, eficaz y oportuna atención a su pedimento de resolución definitiva de un litigio; 2) Robustecer la posición jurídica al igual que la efectividad de los derechos de los consumidores; 3) Fortalecimiento de la autonomía e independencia de la Rama Judicial; 4) El incremento de los niveles de seguridad jurídica que a la colectividad deben proporcionar los administradores de Justicia y 5) Temas relacionados con la denominada Justicia Electoral en el sentido de reestructurar y reasignar las funciones del actual Consejo Nacional Electoral -el cual se denominará Comisión Nacional de Control y Vigilancia Electoral-, con el fin de garantizar su independencia y neutralidad respecto del poder público y los partidos políticos.

Confiamos en que el Honorable Congreso de la República, luego de examinar, debatir, estudiar y analizar las propuestas que el Consejo de Estado sometió a su consideración, actúe como constituyente derivado, de manera que pueda incorporarlas en la Carta Política con el objetivo de contribuir al fortalecimiento de la Democracia, de las instituciones, de la Administración de Justicia y de la convivencia pacífica de todos los colombianos.

La Sala, luego de analizar el acervo probatorio, abordó el tema de la procedibilidad excepcional de la acción de tutela para reclamar el reembolso de gastos médicos no asumidos por la E.P.S, aunque estuvieran dentro del P.O.S. y previa orden del médico tratante adscrito a la E.P.S. y al aplicar la fundamentación jurídica al caso concreto encontró vulnerado el derecho a la salud y ordenó a las accionadas el reembolso de los costos médicos.

La Sala hizo el siguiente análisis: “Por regla general la tutela ha sido considerada improcedente para obtener reembolso de gastos médicos en que haya incurrido una persona por concepto de atención médica y/o hospitalaria que no se le hubiera suministrado por la entidad de salud obligada a ello. Lo anterior en razón a que en principio se asume que la afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud que pudo padecer por la exigencia de pago, se superó, y que el reclamo de reintegro económico es aspecto diferente que no atañe ya, de forma directa con el derecho fundamental a la salud. Además, porque se considera que el ordenamiento jurídico ha previsto otros mecanismos a los que puede acudir el usuario del sistema general de salud para obtener el reembolso del valor de los gastos médicos en que incurrió, respecto de los cuales considera que legalmente no estaba obligado a asumir.

No obstante ser esta postura, la regla general que la Corte Constitucional ha sostenido en pronunciamientos reiterados, también se ha dicho que existen eventos especiales de reclamos económicos por servicios de salud vía acción de tutela que excepcionalmente ameritan la intervención del juez constitucional. Concretamente, estos eventos corresponden a cuando se evidencia desconocimiento flagrante de atención médica respecto de servicios del Plan Obligatorio de Salud para cuya prestación se exigió erogación económica al usuario. En tales eventos, la orden de reembolso se ha dispuesto a manera de indemnización en abstracto, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, pues se ha considerado que frente a tratamientos P.O.S., la protección constitucional de los derechos fundamentales comprende no sólo ordenar al usuario que se preste el servicio, sino también que la EPS reintegre el costo que el servicio médico implicó y que le fue atribuido al afiliado cotizante. Así, de manera excepcional, el amparo de tutela procede para el reembolso del dinero que hayan pagado los afiliados a las EPS para recibir servicios de salud cuando i) se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal y ii) dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la E.P.S. encargada de garantizar su prestación”.

En el caso concreto, las pruebas del proceso permitieron concluir a la Sala que: “el servicio de salud suministrado a la cónyuge del actor al hacer parte del POS debía ser cubierto por la EPS a la que pertenezca el usuario...que fue por razones ajenas a la voluntad del actor que sus aportes a salud, en calidad de cotizante pensionado no fueron trasladados a la EPS que escogió como su prestadora de servicios de salud: Colpatria EPS, sino a otra por error del ISS Pensiones, como lo califica la NUEVA EPS en la comunicación del 25 de febrero de 2010 dirigida a Salud Colpatria S.A. Las inconsistencias de manejo administrativo interno por parte del ISS Pensiones y las de las EPS COLPATRIA y NUEVA EPS, no pueden afectar al actor y ocasionar que no pueda recuperar el valor que tuvo que pagar por la hospitalización de su cónyuge... Esta falta de coherencia en la información a juicio de la Sala y en protección del accionante ante esa especie de caos para abordar de que manera recupera lo que pagó sin estar obligado a ello, tanto COLPATRIA EPS como la NUEVA EPS, deben asumir el reintegro de la suma en porcentaje del 50% pues a ambas es atribuible el padecimiento que actor afrontó en su derecho fundamental a la salud”.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, la Sección Quinta revocó la sentencia de instancia que rechazó por improcedente la tutela, para en su lugar, tutelar el derecho a la salud del actor y, en consecuencia, ordenar a los representantes legales de COLPATRIA EPS y de la NUEVA EPS, que dentro de las 48 horas siguientes a la presentación por parte del actor del cobro respectivo, procedan a reembolsar cada uno 50% del valor que pagó el actor a la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José por la atención facturada como particular.

[Sentencia de 9 de junio de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-03556-01\(AC\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. No se vulnera el derecho a la igualdad por no exonerar a FEDEPALMA del pago de la tarifa de control fiscal del mismo modo que a las entidades que administran los recursos del sistema de seguridad social en salud

La Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite - FEDEPALMA -, solicitó, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se declare la nulidad de la Resolución 03470 de 14 de noviembre de 2001, por medio de la cual la Contraloría General de la República fijó a FEDEPALMA - FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA EL PALMISTE, EL ACEITE DE PALMA Y SUS FRACCIONES, la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2001; y la Resolución 095 de 25 de enero de 2002, por la cual la misma entidad decidió el recurso de reposición que se interpuso contra la resolución anterior, confirmándola.

Extracto: La jurisprudencia constitucional (...) ha sostenido (...) de manera reiterada que la Carta Política radica en los órganos de representación popular la potestad de imponer contribuciones fiscales y parafiscales, con arreglo a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que gobiernan el sistema tributario.(Arts. 150-12, 338 y 363 de la C.P.) y que en ejercicio de dicha competencia, el legislador goza de amplias facultades para crear tributos y eliminarlos, así como para liberar a los sujetos pasivos de su cumplimiento por razones de política fiscal. El contenido del artículo 294 superior refuerza el criterio anterior al señalar que “la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales”, pues dicha limitación no comprende a los tributos nacionales, como el que ocupa la atención de la Sala, que sí pueden ser objeto de todas las exenciones que el Legislador juzgue convenientes, para lo cual debe observar una política fiscal definida que no vulnere derechos y garantías fundamentales, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-393 de 1996 (...) Las exenciones tributarias deben respetar el principio de igualdad, toda vez que el principio fundamental en materia impositiva es la generalidad del tributo y las exenciones tributarias son una excepción que sólo se justifican cuando están fundadas en razones objetivas relacionadas con la política fiscal o fines constitucionales relevantes. Pero, para que una exención tributaria viole el principio de igualdad no basta con que otorgue a distintas personas un trato diferente sino “la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales” y que la finalidad que el legislador persigue con la exención no se encuentre prohibida por la Constitución. FEDEPALMA asegura que por administrar recursos parafiscales debe recibir el mismo tratamiento de las entidades que administran recursos del sistema de seguridad social, a quienes distintas normas legales y fallos de constitucionalidad han declarado exentas del pago de algunos tributos. Este argumento desconoce que, en principio, los particulares que administran recursos parafiscales están obligados a contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones, al igual que las demás personas del territorio; y si bien pueden disfrutar de exenciones, como ha venido ocurriendo con las entidades que administran recursos del sistema de seguridad social, éstas se han justificado mediante consideraciones especiales en las cuales no encuadra la situación fáctica y jurídica de FEDEPALMA (...) En suma (...) las entidades que administran recursos de la seguridad social en salud no disfrutaban de exenciones en materia tributaria por el solo hecho de que los recursos que administran sean de naturaleza parafiscal sino porque esos recursos están destinados a financiar servicios públicos a cargo del Estado, relacionados con la salud y la seguridad social. La Corte Constitucional también justificó las exenciones referidas en las previsiones del artículo 84 superior, el cual establece de manera tajante que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social

para fines diferentes a ella”, y en el artículo 49 íbidem que declara como servicio público a cargo del Estado la atención de la salud. En conclusión, FEDEPALMA no está en la misma situación de hecho de las entidades que administran recursos del sistema de la seguridad social porque su actividad no constituye un servicio público a cargo del Estado ni persigue garantizar de forma directa derechos constitucionales fundamentales de todos los asociados. Por el contrario, los recursos parafiscales que administra están destinados a un sector económico particular como es el de los palmicultores. Además, la pretensión de que los recursos que administra no se destinen a otros fines, como el de cumplir obligaciones tributarias, no tiene el amparo constitucional que sí tienen los recursos de la seguridad social en el artículo 48 superior. De allí que proceda declarar que el Legislador no violó el derecho a la igualdad de FEDEPALMA cuando la obligó a pagar tarifa de control fiscal y deba negarse la excepción de inconstitucionalidad que impetró en la demanda.

Sentencia del 9 de junio de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2002-00812-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2. a) Regulación para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola: - Derecho Comunitario Andino y derecho interno; - Competencia del Instituto Agropecuario ICA para establecer requisitos y procedimientos

Se demandan, en acción de nulidad, los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29 y 39 de la Resolución 00770 del 27 de marzo de 2003, “*por la cual se dictan disposiciones sobre el Registro y Control de los Plaguicidas Químicos de uso Agrícola*”, del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-.

Extracto: En cuanto a la reproducción total o parcial de los enunciados contenidos en normas de la Decisión 436, la Sala encuentra que tal situación no implica per se violación de la obligación de la norma superior, puesto que con ello no se le opone, la contradice ni la excede en su alcance. Además, la replica o reiteración de disposiciones de derecho comunitario Andino en el derecho interno es jurídicamente viable en la medida en que sea necesario o resulte conveniente como instrumento o forma que facilite el correcto cumplimiento de la respectiva norma comunitaria, lo cual obviamente queda a juicio de las autoridades nacionales competentes sobre la materia y, en todo caso, de llegarse a insertar literalmente textos de una norma Comunitaria en un acto interno, no hay lugar a predicar que se ha violado la norma comunitaria Andina. Al efecto no puede perderse de vista que sobre la materia, el artículo 8 de la Decisión 436 prevé que cada País Miembro deberá adoptar las medidas técnicas, legales y demás que sean pertinentes, con el fin de desarrollar los instrumentos necesarios para la aplicación de la presente Decisión; y que en desarrollo de ese precepto se dispuso en el artículo 4º del Decreto 502 de 2003 que la Autoridad Nacional Competente expedirá las resoluciones mediante las cuales se establezcan los requisitos y procedimientos para el registro y control de los plaguicidas químicos de uso agrícola, basándose en los principios de gradualidad, especificidad y aplicabilidad, de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 436. En esas circunstancias, al procederse a darle cumplimiento a ese mandato, no se puede excluir que se inserten las disposiciones comunitarias en los instrumentos o actos respectivos, como una forma de aterrizarlos o adecuarlos al contexto del respectivo País Miembro, debiéndose considerar que no podrá ser una regulación interna, puesto que ella ya está dada en la norma Comunitaria, sino de su desarrollo y de una manera de hacerla efectiva. Lo anterior es de suma importancia, no tanto por las razones técnicas jurídicas anotadas, sino por la trascendencia y especial sensibilidad de los bienes jurídicos colectivos que son susceptibles de afectación o lesión por el uso de los plaguicidas químicos de uso agrícola, esto es, la vida, la salud, el medio ambiente, el desarrollo económico y el bienestar social de la población de los Países Miembros, para cuya protección especial éstos encontraron en la armonización de normas reguladoras del asunto en mención, es decir, asumir una sola y única normatividad, la mejor forma de hacerlo, lo cual se encuadra en lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expone como el componente teleológico de la Decisión 436; luego no es admisible acto alguno que menoscabe no sólo la realidad, sino también la idea o el convencimiento de esa unidad. Por otra parte, los artículos 1º y 2º de la resolución acusada encuentran respaldo en el

artículo 4° del Decreto 502 de 2003, según atrás se precisó, en cuanto faculta a la ANC - ICA para definir los procedimientos y establecer los requisitos para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola. De esa forma, resulta acorde con el marco normativo de la resolución acusada, en razón a que justamente todo acto de la Autoridad Nacional Competente (ANC) en relación con ese asunto, ha de estar referido al cumplimiento de las normas sobre registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola, adoptadas por la Comunidad Andina, luego se negará su nulidad. Por la misma razón se negará la nulidad de los demás artículos bajo examen. Es así como los artículos 4° y 6°, por ejemplo, ya precisan la autoridad nacional competente donde surtirse lo previsto en ellos, esto es, la ANC-ICA, de allí que no se evidencia que violen el correspondiente artículo de la Decisión 436, ni los artículos de la Constitución Política invocados en el cargo, justamente por estar dándoles cumplimiento a la Decisión 436 en lo pertinente.

b) El registro de Plaguicida Químico de Uso Agrícola es un trámite que sólo puede iniciarse a petición de la parte interesada

Extracto: El actor aduce que el artículo 5 de la Resolución acusada modifica el artículo 11 de la Decisión 436 por modificar los requisitos señalados en la norma andina e incluir otros no previstos en ella. Sobre el particular, la Sala encuentra que lo que el actor denomina nuevos requisitos son requerimientos obvios, en la medida en que el registro de PQUA es un trámite que sólo puede iniciarse a petición de parte interesada, y así se lee en el artículo 18 de la Decisión 436, es decir, que no hay lugar a que sea de oficio, de allí que se está dando cumplimiento al artículo 18 de la Decisión 436, y a los artículos 5° y 9° del C.C.A. en la medida que se está ante un evento de ejercicio del derecho de petición en interés particular, de allí que se ese numeral 1° no se hubiera incluido, de todas formas habría que darle aplicación a lo que prevé, por cuenta de tales disposiciones de la Decisión 436 y del C.C.A. En ese orden, cabe decir es pertinente que se exija Solicitud debidamente diligenciada, firmada por la persona natural o por el representante legal si es persona jurídica; que se aporte el Certificado de la Cámara de Comercio sobre constitución y representación legal, si se trata de persona jurídica o Matrícula Mercantil si es persona natural, con fecha de expedición no mayor a noventa (90) días al momento de la presentación de la solicitud. Que se prevea la intervención de otros entes que tienen control sobre aspectos relacionados con la actividad de uso de plaguicidas químicos (v.gr. salud y medio ambiente) como son los ministerios de la Protección Social y del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, según decreto 1180 de 2003, o las demás que lo modifiquen o de las autoridades que hagan sus veces, cuyas competencias, como organismos distintos de la Autoridad Nacional Competente, se dejan a salvo en la Decisión 436, tal como atrás se precisó, a propósito de la especial protección que ésta persigue de los derechos y bienes jurídicos mencionados, esto es, la vida, la salud, el medio ambiente y el bienestar socio-económico de las comunidades. En ese sentido, la Resolución no hace más que darle cumplimiento a la Decisión al precisar la intervención de los organismos encargados de velar por la garantía y desarrollo de esos bienes jurídicos en lo que la Autoridad nacional Competente ha considerado necesario o pertinente.

[Sentencia del 28 de abril de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2003-00532-01. MP. RAFAEL E. OSTA DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

3. a) Los entes territoriales no están facultados por el legislador para comprometer vigencias futuras excepcionales ni para autorizar vigencias futuras ordinarias durante el último año de gobierno de sus respectivas administraciones

Se demanda, en acción de nulidad, la Ordenanza No. 1 de 2009, por la cual la Asamblea del Casanare *“autoriza al Gobernador de Casanare para formular, adoptar e implementar el Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento Básico y Ambiental del Casanare - PDA, y se dicta otras disposiciones”*

Extracto: Para comprometer vigencias futuras excepcionales han de mediar los siguientes requisitos:

1. Autorización del Consejo Superior de Política Fiscal. 2. Se trata de obligaciones que afecten el

presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. 3. Su objeto es hacer viable la realización de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, y las garantías a las concesiones. 4. El monto máximo de las vigencias futuras excepcionales, su plazo y condiciones deberán estar en consonancia con las metas plurianuales del Marco Fiscal, conforme lo preceptúa el artículo 1° de la Ley 819. La Sala advierte que aun cuando el artículo 11 de la Ley 819 de 2003 no dispone expresamente que su marco de aplicación se restringe al orden nacional, los elementos descritos en su contenido permiten establecer que ello es así. En efecto, se observa cómo el artículo prevé que el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal “del que trata el artículo 1° de esta ley (sic)”; (Ley 809 de 2003) según el cual el Marco debe ser presentado por “el Gobierno Nacional” y, entre otros requisitos, debe contener “una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación”. Es claro que si el legislador hubiera querido que las entidades territoriales apropiaran vigencias futuras excepcionales, habría indicado que el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consultarán las metas plurianuales del Marco Fiscal para las Entidades Territoriales, y habría remitido expresamente al artículo 5° de la misma ley. Además, si la intención del Congreso hubiera sido la de otorgar a los entes territoriales esta facultad, lo habría dispuesto de manera manifiesta, tal como lo hizo con la potestad que les dio para apropiarse vigencias futuras de carácter ordinario o hubiera hecho referencia al envío a las Comisiones Económicas del Congreso de las autorizaciones dadas por el CONFIS para este caso. En conclusión, no cabe la menor duda de que ni el Decreto 111 de 1996 -que compila varias normas-, ni la Ley 819 de 2003 prevén la posibilidad de que entes territoriales comprometan vigencias futuras excepcionales; y de que mal puede interpretarse el silencio de la ley en este respecto como una autorización tácita. Cabe anotar que la diferencia fundamental entre las vigencias futuras ordinarias y las vigencias futuras excepcionales, radica, esencialmente, en que en las primeras la ejecución se inicia con el presupuesto de la vigencia en curso, mientras que en las excepcionales, se afecta el presupuesto de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. De otra parte, la Sala estima que la autonomía que constitucionalmente se reconoce a los entes territoriales no puede convertirse en una patente de corso para desconocer los artículos 352 y 364 de la Constitución Política, ni los artículos 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica 819 de 2003, de cuyo tenor surge de manifiesto que los entes territoriales no están facultados por el Legislador para comprometer vigencias futuras excepcionales, y tampoco para autorizar vigencias futuras ordinarias durante el último año de gobierno de sus respectivas administraciones.

b) Se declara la nulidad de la Ordenanza 1 de 2009 porque la Asamblea Departamental del Casanare no podía expedir las autorizaciones que comprometían vigencias futuras excepcionales del departamento a partir del año 2010 hasta el 2018. Inaplicación del artículo 153 del Plan Nacional de Desarrollo 2006 - 2010 (Ley 1151 de 2007)

Extracto. El fallo apelado se adicionará, en el sentido de inaplicar el artículo 153 de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006 - 2010 (...) Este artículo desconoce abiertamente el artículo 352 de la Constitución Política que dispone que “la ley Orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, [y] ejecución de los presupuestos de (...) las entidades territoriales (...) y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo...” y también va en contravía con la Ley 819 de 2003, cuyo artículo 12, en términos concluyentes dispone que “en las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador”. Es sabido que, tratándose de una previsión normativa contenida en la Ley Orgánica del Presupuesto, goza de superior jerarquía, de modo que tanto la Ley Anual del Presupuesto de Apropiaciones de Rentas y Gastos, como la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, deben observar estrictamente sus mandatos. (...) Lo contrario, conduciría a desconocer el principio de jerarquía normativa que rige en nuestro ordenamiento jurídico. (...) De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala concluye que la Asamblea Departamental del Casanare no podía expedir las autorizaciones contenidas en la

Ordenanza 1 del 30 de enero de 2009 que comprometían vigencias futuras excepcionales del departamento a partir del año 2010 hasta el 2018, por lo que procede confirmar el fallo del a quo.

Sentencia del 14 de julio de 2011. Exp. 85001-23-31-000-2009-00032-02, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad

4. El Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente de Barranquilla -DADIMA- vulneró el principio de irretroactividad al expedir el 28 de mayo de 1999 el Acuerdo 0002, determinando el cobro de la tasa retributiva a partir del 1 de julio de 1998

Se demanda, en acción de nulidad, el Acuerdo No. 0002 de 1999 expedido por el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente de Barranquilla "DADIMA", "*por medio del cual se determinan las metas regionales para reducción de la contaminación hídrica por vertimientos de líquidos puntuales, para el período comprendido entre el 1º de julio de 1998 y el 1º de julio de 2003*", porque, en síntesis, se vulneran el artículo 338 de la Constitución Política y el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, en el sentido que tanto el epígrafe del acuerdo como los artículos 4 y 6, se remiten al 1º de julio de 1998 para indicar la fecha en que empieza a aplicarse la norma.

Extracto: Es bien conocido que uno de los fundamentos esenciales del ordenamiento jurídico es el de considerar que las leyes y actos administrativos rigen hacia el futuro. En este sentido se encuentra el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal que establece que "*la Ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada*". Asimismo, se observan los artículos 17 y 19 de la Ley 153 de 1887, los cuales disponen como regla general el principio de irretroactividad con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social. Como bien lo ha precisado esta Corporación "*el efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe, se contraponen del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro (...), de manera que los hechos ocurridos durante la vigencia de ésta pero que no alcanzaron a configurarse como verdaderos derechos, entran a ser regulados por la ley nueva*". (...) En suma, la retroactividad se encuentra íntimamente ligada con la aplicación de la Ley o acto en el tiempo, pues las mismas no pueden tener efectos hacia el pasado, salvo que se trate de garantizar el principio de favorabilidad. En el caso de autos y tal y como se precisó líneas atrás, la Sala encontró que el período a partir del cual se cuentan las metas de reducción (1º de julio de 1998), y el plazo referido al cobro de las tasas (1º de julio de 1998), son anteriores a la fecha en que entró en vigencia el Acuerdo (28 de mayo de 1999), lo cual permite concluir sin dubitación alguna que la disposición reguló y tuvo en cuenta hechos anteriores a la misma, trasgrediendo el principio de irretroactividad. En particular, se advierte que se vulneró el mandato contenido en el inciso 3º del artículo 338 que dispone que "*las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo*". Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional "*contribuciones no quiere decir "contribuciones parafiscales" sino "tributos", en sentido genérico, puesto que todo ingreso público corriente debe sujetarse a esta regla*". De esta manera, carecen de fundamento los argumentos expuestos por el recurrente referentes a la posibilidad de otorgarle efectos retroactivos al acto expedido, toda vez que el propio ordenamiento jurídico con carácter constitucional le negó tal efecto, esto es, la posibilidad de que se cobre la tasa relacionada con la contaminación causada y declarada con antelación a su vigencia. En conclusión, la Sala considera como bien expuso el Tribunal de instancia que debe declararse la nulidad de la expresión dispuesta en el epígrafe referida a "*entre el 1º de julio de 1998*", así como las expresiones "*cotados a partir del 1º de julio de 1998*", consagrada en el inciso 2º del artículo 4º, y "*a partir del 1º de julio de 1998*" contenida en el inciso 1º del artículo 6º del Acuerdo 002 de 1999, tal y como se hizo en su oportunidad.

[Sentencia del 2 de junio de 2011. Exp. 08001-23-31-000-2000-03014-01. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

5. Se niega la solicitud de otorgamiento de la patente de invención titulada “*Procedimiento para la purificación de eritropoyetina humana recombinante a partir de sobrenadantes de cultivo de células*”: Reinvidicaciones 13 a 16, porque no se demostró que el producto resultante constituya o signifique un avance en el estado de la técnica o una modificación de los estándares internacionales

La sociedad BIO SIDUS S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 3911 de 2005 (PARCIAL), y 12679 del mismo año, mediante las cuales se denegó la patente de invención titulada “PROCEDIMIENTO PARA LA PURIFICACIÓN DE ERITROPOYETINA HUMANA RECOMBINANTE A PARTIR DE SOBRENADANTES DE CULTIVO DE CÉLULAS”. A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio conceder la totalidad de la patente solicitada, incluyendo todas las reivindicaciones reclamadas.

Extracto: El objeto de las reivindicaciones presentadas por la firma BIO SIDUS S.A. consistía, en primer término, en un método novedoso destinado a la obtención de Eritropoyetina humana recombinante de alto grado de pureza y, en segundo lugar, se pretende obtener patente de invención respecto de la Eritropoyetina obtenida como resultado de la aplicación del procedimiento descrito en la solicitud. (...) De acuerdo con los argumentos esgrimidos por la firma demandante, la patente de invención para las reivindicaciones 13 a 16 ha debido concederse, pues si el procedimiento para la purificación de la eritropoyetina es novedoso, tal como lo admitió la propia Superintendencia al sustentar los actos administrativos parcialmente demandados, ha de concluirse que el producto resultante de su aplicación también lo es. No obstante lo anterior, la entidad demandada estima todo lo contrario, pues si bien el procedimiento es novedoso, lo cierto es que la eritropoyetina revelada en la anterioridad D1, presenta la misma secuencia de aminoácidos, lo cual permite predicar que se trata de la misma proteína, así la primera de ellas haya sido aislada mediante un proceso novedoso y diferente al que se emplea para aislar la proteína de la anterioridad D1 (documento US 4.703.008 - “DNA sequences encoding erithropeietin” de fecha 27 de octubre de 1987). A juicio de la Sala, el hecho de que mediante la aplicación del método novedoso ideado por la firma solicitante se obtenga una Eritropoyetina purificada, no significa necesariamente que se esté produciendo un cambio en la estructura y conformación química de dicha proteína, ni tampoco una alteración en su actividad. El grado de pureza o impureza de la Eritropoyetina, tan sólo es indicativo de su participación en una mezcla, junto con otro tipo de moléculas. El procedimiento o método reivindicado, es novedoso en la medida en que permite retirar las moléculas que afectan la pureza de Eritropoyetina, pero no significa, como erróneamente lo entiende la parte actora, que el producto resultante constituya o signifique un avance en el estado de la técnica o una modificación de los estándares internacionales. En ese orden de ideas, considera la Sala que las súplicas de la demanda deben ser denegadas, pues no obra en el expediente ningún medio de prueba que desvirtúe las conclusiones del concepto técnico en el cual se basó la Superintendencia de Industria y Comercio para negar el otorgamiento del privilegio de patente de invención a las reivindicaciones 13 a 16. En ese orden de ideas, al no haberse acreditado técnica o científicamente lo contrario, esta Corporación considera que la actora no logro infirmar la legalidad de los actos administrativos demandados.

[Sentencia del 4 de mayo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00268-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. a) La competencia para fijar los límites entre los Municipios comprendidos en un Departamento corresponde a las Asambleas Departamentales y no a los Alcaldes.

El municipio de Yaguará demandó, en ejercicio de la acción de nulidad, el “*Acta de Deslinde*” suscrita el 19 de junio de 1974, por los Alcaldes y Personeros Municipales de Tesalia y Yaguará, a

través de la cual decidieron derogar parcialmente las Ordenanzas 26 de 1912 y 34 de 1915, que reglamentan los límites territoriales entre los citados Municipios, para trazar una nueva y distinta línea divisoria entre estos dos entes territoriales, porque, en resumen, se vulneraron los artículos 187 de la Constitución Política de 1886 y 84 del C.C.A.; las Ordenanzas 26 de 1912 y 34 de 1915; la Ley 62 de 1939 y el Decreto 803 de 1940, al ser dictada sin competencia y con falsa motivación.

Extracto: Por convocatoria que les hiciera el Ingeniero comisionado por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, los Alcaldes y Personeros Municipales de Tesalia y Yaguará (Huila), el 19 de junio de 1974, aclararon los términos de la Ordenanza núm. 34 de 9 de abril de 1915, a través de la cual la Asamblea Departamental del Huila estableció el límite entre los citados Municipios, diligencia que quedó consignada en el “Acta de Deslinde”, cuya nulidad se solicita, la que se realizó en virtud del artículo 2° de la Ley 62 de 1939 y para efectos de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 803 de 1940. Tales disposiciones, de acuerdo con su texto arriba transcrito, contienen el procedimiento que se debe observar para el deslinde y amojonamiento de los entes territoriales, cuya labor está a cargo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. En efecto, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 62 de 19 de diciembre de 1939, el Ingeniero Catastral comisionado hará el deslinde directamente sobre el terreno, en presencia de los representantes de cada una de las entidades políticas interesadas (para el caso de los Municipios serán el Alcalde y el Personero de acuerdo con el literal d) del parágrafo del artículo 2° en comento), “marcando sobre el plano topográfico o fotográfico del territorio en cuestión la línea o líneas que correspondan a la opinión unánime o diferente de estos, basada en la interpretación de los textos legales u otras razones, y en último caso marcará además el trazado técnico que juzgue más adecuado”, cuya ratificación definitiva está a cargo de la Asamblea Departamental, cuando se trate de límites Municipales, como lo señala el artículo 3°, literal b), ibídem. Conforme al artículo 5°, ibídem, establece que una vez la Asamblea Departamental reciba la documentación correspondiente, nombrará las comisiones demarcadoras respectivas, que serán integradas por tres Diputados, directamente elegidos por dicha Corporación, la que examinará el problema y complementará la información, si hubiere lugar a ello, y con la asesoría del Ingeniero Catastral que actuó en el terreno, propondrá un trazado definitivo para la ratificación de la Asamblea, dentro de los diez días siguientes a su elección, demarcación que vendrá a ser definitiva cuando se haya ratificado por la entidad competente, como lo prevé el artículo 6°, ibídem, que para el sub lite lo es la Asamblea Departamental por tratarse de límites entre Municipios. Por su parte, el artículo 12 del Decreto Reglamentario 803 de 23 de abril de 1940, también soporte del acto administrativo acusado, señala que los límites territoriales de las secciones deben seguir las líneas topográficas naturales o artificiales del terreno, en la medida de lo posible; y que el Ingeniero Catastral deberá proponer siempre la rectificación de los límites cuando los textos legales estén en desacuerdo con lo señalado en las disposiciones que conforman la Ley 62 de 1939 y dicho Decreto, quien elaborará un informe sobre las operaciones realizadas, y junto con las actas de las sesiones debidamente firmadas por todos los interesados, enviará tal documentación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que a su vez la remitirá a la Corporación legislativa a quien corresponda ratificarla, según el artículo 17, ibídem. De lo reseñado, forzoso es concluir que el acta de deslinde demandada requería de la ratificación por la Asamblea Departamental, actuación que no se surtió en este caso.

b) Naturaleza del acta de deslinde entre municipios. Rectificación jurisprudencial

Extracto: Cabe señalar que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Expediente núm. 1993-1667, Actor: Municipio de Arauquita, Consejero ponente doctor Yesid Rojas Serrano), frente a un asunto similar al aquí examinado, adujo que el acta de deslinde no es definitivo, sino de trámite que no pone fin a la actuación administrativa, pues configura sólo uno de los pasos que prevé la ley en orden a concluir con una demarcación limítrofe definitiva. Frente a este tema la Sala estima oportuno reconsiderar tal posición jurisprudencial, dado que en el caso bajo examen, de acuerdo con la parte motiva del acto acusado, su finalidad fue ACLARAR los términos de una ordenanza que fijó los límites entre los Municipios de Tesalia y Yaguará, cuando lo cierto es que sólo quien tiene competencia para ello es el órgano que la expidió. De ahí que en la medida en que

tal órgano (la Asamblea Departamental del Huila) no intervino en la actuación administrativa, como lo afirma el Departamento del Huila en su contestación a la demanda, se configura el vicio alegado, máxime si a ese acto se le hicieron producir efectos, cuando se requería de la ratificación de la Asamblea, efectos tales como la variación de las fichas prediales y cambios en el Catastro. Criterio éste que tuvo esta Sección en el proveído de 8 de febrero de 2007, para revocar el auto de 17 de junio de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, que denegó la suspensión provisional del acto administrativo acusado, esto es, el “acta de deslinde” de 19 de junio de 1974, suscrita por los Alcaldes y Personeros de los Municipios de Tesalia y Yaguará (Huila), de la época, dado que consideró que con su expedición se violó el artículo 187 de la Carta de 1886, ya que la competencia para fijar los límites entre los Municipios comprendidos en un Departamento corresponde a las Asambleas Departamentales y no a los Alcaldes.

Sentencia del 26 de mayo de 2011. Exp. 41001-23-31-000-2005-00759-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.

7. Se decreta la pérdida de la investidura de un Concejal porque dentro de los 12 meses anteriores a su elección su hermana desempeñaba el cargo de Personero Municipal en el mismo ente territorial, el cual involucra el ejercicio de autoridad civil y administrativa

Se solicitó la pérdida de la investidura del Concejal VICENTE ALEXANDER GÓMEZ PATIÑO del municipio de Villanueva (Santander), elegido para el período constitucional 2001-2003, por encontrarse incurso en la causal de inhabilidad prevista en los artículos 40 numeral 4° y 48 numeral 6° de la Ley 617 de 2000 y 55 de la Ley 136 de 1994, por cuanto su hermana, la señora MARLENY GÓMEZ PATIÑO, se desempeñaba como Personera del mismo municipio dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección.

Extracto: La causal de inhabilidad invocada en este proceso por el actor, al igual de lo que ocurre con las demás causales señaladas por la Constitución y la Ley, persigue como objetivo primordial garantizar la efectividad de los principios de moralidad, transparencia e igualdad en las actuaciones frente a la administración y evitar, en aquellos casos como el que ahora es objeto de examen, que un candidato a un Concejo Municipal se aproveche de la circunstancia de tener cierto grado de parentesco con personas que ejerzan determinados cargos públicos en el ámbito local, con el carácter de autoridades civiles, políticas, administrativas o militares. En ese contexto, para que en el sub lite se configure dicha causal, debe acreditarse la calidad de concejal del demandado y demostrarse su parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con quien dentro del año anterior a la fecha de la elección, haya desempeñado cargos en el respectivo municipio o distrito, que impliquen el ejercicio de potestades civiles o administrativas. En relación con el tema, el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 define el concepto de “autoridad civil” como la capacidad legal y reglamentaria que detenta un servidor público para “1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de compulsión de la coacción por medio de la fuerza pública. 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación. 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”. (...) El concepto de “autoridad administrativa”, por su parte, corresponde al ejercicio de funciones de autoridad y mando, tales como la celebración de convenios o contratos, la ordenación de gastos, la adopción de decisiones relativas a las distintas situaciones administrativas de los servidores públicos y también al ejercicio de la potestad disciplinaria. Sin embargo, además del criterio funcional propiamente dicho, el artículo 190 de la citada Ley 136 reconoce esa potestad, desde una perspectiva orgánica propiamente dicha, a aquellos servidores públicos de dirección de la administración a nivel central y descentralizado de la respectiva entidad territorial. En ese orden de ideas, si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se debe concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa. (...) De conformidad con las ideas expuestas, resulta claro para la Sala que el cargo de Personero Municipal involucra el ejercicio de autoridad civil y administrativa. (...) Se encuentra debidamente acreditado

que el señor VICENTE ALEXANDER GÓMEZ PATIÑO, fue elegido como Concejal del Municipio de Villanueva (Santander) por el período constitucional 2001-2003, cargo del cual tomó posesión en el acto de instalación de las sesiones ordinarias del Concejo realizado el día 5 de enero de 2008, según consta en el acta número 001 de esa misma fecha (Ver folios 72 a 82 del cuaderno principal). Se encuentra igualmente demostrado que entre los señores RAÚL y MARLENY GÓMEZ PATIÑO, existe ciertamente un parentesco en segundo grado de consanguinidad, línea colateral, por descender del mismo tronco común, tal como lo acreditan los registros civiles de nacimiento allegados al proceso en copia auténtica. Obra además en el proceso, plena prueba de que la señora MARLENY GÓMEZ PATIÑO, hermana del demandado, desempeñó el cargo de Personera Municipal del Municipio de Villanueva (Santander) dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha en que se produjo la elección de su hermano como Concejal del mismo Municipio.

[Sentencia del 4 de mayo de 2011. Exp. 68001-23-31-000-2010-00713-01\(PI\). MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Pérdida de Investidura.](#)

8. Procede la revocatoria directa de las supuestas decisiones que con efecto positivo se protocolizaron a través de Escrituras Públicas porque: - No puede atribuirse efecto alguno a un acto presunto que no puede dimanar de la Administración; y - No se configuró el silencio administrativo ya que la solicitud de impedimento suspende el plazo para decidir

La Corporación Politécnico de la Costa Atlántica, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la Resolución 0082 de 5 de febrero de 2003, expedida por el Alcalde Distrital de Barranquilla, que revocó las escrituras públicas 3001 y 3162 de 25 de octubre de 2002 y 12 de noviembre de 2002, respectivamente, ambas de la Notaría Séptima del Círculo de Barranquilla, por medio de las cuales se protocolizó el silencio administrativo positivo a su favor. Y que se declare producido el silencio administrativo positivo sobre la solicitud de modificación y prórroga de la licencia de construcción 0181 de 1999.

Extracto: Por regla general la revocación de los actos administrativos de carácter particular y concreto requiere de la anuencia o consentimiento del titular; en este caso se debe tener en cuenta que se trata de analizar la legalidad de un acto presunto como resultado del silencio administrativo positivo. Para la Sala, la Administración sí podía revocar directamente las supuestas decisiones que con efecto positivo se protocolizaron a través de las Escrituras Públicas mencionadas y ordenar su cancelación, esto último de conformidad con el artículo 74 del C.C.A. Lo anterior, porque los actos administrativos con efecto positivo, que se protocolizaron mediante las Escrituras Públicas núms. 3001 y 3162 de 2002, partieron de una falsa premisa por parte de la actora, no de la Administración. Esto es, que al Alcalde se le solicitó la modificación y la prórroga de la licencia de construcción núm. 0181 de 1999, siendo que el mismo carece de competencia para ello, luego mal podía el acto revocado directamente por el Alcalde, a través del acto acusado, haberse referido a una materia que no le correspondía regular. En otras palabras, es evidente que no puede atribuírsele efecto alguno a un acto presunto que no puede dimanar de la Administración, por no corresponderle a ella la decisión sobre la autorización de prórrogas de licencias de construcción. Empero, si no fuera suficiente lo anterior, el artículo 30, inciso final, del C.C.A., es claro en establecer que “*el trámite de un impedimento suspenderá los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo*”. Así las cosas jamás podía afirmarse que se configuró el silencio administrativo pues, por expreso mandato legal, con la solicitud de impedimento el plazo para decidir estaba suspendido y no podía operar dicho silencio.

[Sentencia del 26 de mayo de 2011. Exp. 08001-23-31-000-2003-01148-02. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. No aportar los antecedentes administrativos de la actuación disciplinaria al expediente en sede de lo contencioso administrativo, no vulnera el debido proceso del demandante puesto que se respetaron las garantías procesales.

La Sala advierte que en el expediente no obra copia del proceso disciplinario, y que si bien el actor solicitó al a-quo requerir a la entidad demandada para obtener esos documentos, mediante auto de 3 de marzo de 1999, proferido antes de la admisión de la demanda, el Tribunal solo exhortó a la Policía para que allegara los actos administrativos demandados. No obstante, contra dicha providencia el actor no efectuó ninguna manifestación y tampoco cuestionó el auto mediante el cual se abrió el proceso a pruebas, dictado el 12 de abril de 2004. En éste último, el a-quo solicitó a la demandada enviar los antecedentes administrativos que sirvieron de fundamento para la decisión sancionatoria, sin que éstos fueran aportados. A pesar de lo anterior, de la simple lectura del acto administrativo demandado, se desprende claramente que al actor se le respetaron las garantías procesales y que la valoración que de las pruebas efectuó la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, fue ampliamente sustentada, proporcionada y ajustada a la Ley.

[Sentencia de 30 de marzo de 2011, Exp. 05001-23-31-000-1998-02823-01\(2060-10\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. Se niega la nulidad del Decreto No. 2236 de 11 de noviembre de 1999, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se realiza una adición aclaratoria del artículo 9o. del Decreto 1406 de fecha julio 28 de 1999.” dado que al ser expedido se hizo uso de la potestad reglamentaria para regular los términos en los cuales deben realizarse los pagos y el traslado de las cotizaciones en salud.

La pensión, a diferencia de la cotización para la salud, constituye una expectativa, una especie de ahorro que se consolida cuando se cumplen los requisitos para adquirir el derecho, es decir el número mínimo de semanas cotizadas y la edad de jubilación. Por su parte, los riesgos profesionales están a cargo del empleador para el caso de los trabajadores dependientes, sean grandes o pequeños aportantes, mientras que los trabajadores independientes tan solo deben cotizar a riesgos profesionales en los casos excepcionales previstos por la ley, circunstancias que muestran que sí hay diferencias entre los sistemas, a pesar de tratarse de una unidad. Al contrario de lo que acontece con Pensiones y Riesgos Profesionales, en el Régimen Contributivo la atención en salud que se garantiza por medio de los aportes o cotizaciones obligatorias, éste ofrece su amparo en urgencias desde el día siguiente a la afiliación, durante los primeros 30 días de la afiliación, y todos los demás servicios que no estén sometidos al período de carencia durante las primeras 26 semanas de cotización. En síntesis, como los costos de las coberturas de los riesgos en salud del POS son inmediatos, pues usualmente el afiliado viene de otra EPS o del régimen subsidiado y completa las 26 semanas en casi todos los casos, son casi nulos los periodos de carencia, frente a lo cual tiene plena explicación en un contexto de cobertura universal, que la cotización sea anticipada pues la cobertura es instantánea. Lo remarcado de la norma citada, muestra que si el traslado del riesgo se produce tan pronto se hace la afiliación o el traslado, tiene sentido que el pago no se haga una vez vencido el primer mes, sino de manera anticipada, como prevé el Decreto acusado, pues si el riesgo se traslada de manera inmediata, cómo podría justificarse que el pago sea diferido para después. El demandante invoca el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y este involucra el parágrafo 1° del artículo 18 de la misma ley; en efecto, el parágrafo primero del artículo 204 aludido, remite al ingreso base de cotización -IBC- sobre el cual se debe calcular la cotización obligatoria en salud de 12.5% (de acuerdo con la modificación que introdujo la Ley 1122 de 2007). No obstante, lo que interesa al legislador en

esas normas es determinar cuál es la base de ingresos o salarios, para que se tome en cuenta el nivel de ingresos del cotizante el IBC utilizado para cotizar a pensiones. No obstante, la finalidad de la norma que se dice violada no es establecer la periodicidad o la naturaleza de una y otra cotización obligatoria. En suma, este artículo 22 que cita el demandante por remisión expresa del artículo 161 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, regula las obligaciones y responsabilidades de los empleadores frente a un recurso parafiscal, pero no tuvo como propósito fijar plazos, además de que la norma faculta expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar los términos en los cuales deben realizarse los pagos y el traslado de las cotizaciones, pues mal podría disponerse un plazo para el traslado de lo que no se puede cobrar.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2009-00038-00\(0901-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad.](#)

3. La reubicación de un empleo de una planta globalizada dentro de la misma entidad en la que se asumen funciones distintas a las asignadas, debe realizarse a través de un acto administrativo expedido por un funcionario competente que ordene el cambio funcional, para así poder reclamar el pago de los emolumentos pertinentes.

La actora fue reubicada con su cargo en las diferentes dependencias, arrastrando con el ejercicio del mismo las funciones señaladas para él, en el Manual de Funciones. Es tan claro el traslado de que fue objeto y por ende su función, que la persona a la cual ella reemplazó, también fue reubicada con su empleo -para el cual fue nombrada y posesionada- a otra dependencia de la entidad. El traslado entonces, implica la reubicación de los empleos incluidos en la planta globalizada en donde no existe un cambio de funciones pues siguen siendo las mismas, ya que se trata simplemente de la radicación del cargo en otra ciudad o dependencia de la institución. El ejercicio de la función es reglada, por tanto, es formal. Una persona entra a un cargo público por concurso o por discrecionalidad del nominador a cumplir unas funciones que están previamente definidas, no ejerce un cargo de manera improvisada y asumiendo tareas que no le corresponden o que no le ha indicado o formalizado el funcionario competente. En conclusión, el contenido personal de la relación jurídica conformada con la administración, se enmarca en la delimitación de tareas, responsabilidades, deberes y atribuciones, junto con las condiciones y calidades para ingresar a un cargo, que hacen que éste sea ocupado intuitu personae y que se ejerza de manera imparcial buscando el interés general y no de conveniencia personal. Ahora bien, es posible que por fuera de lo prescrito en los Manuales de Funciones y utilizando el último numeral de cada regulación en donde se dispone que “las demás que le sean asignadas” la entidad a través de los jefes inmediatos o en este caso directamente del Procurador General conforme al Decreto 262 de 2002, en su artículo 7, numeral 6, (y las normas que los han modificado o reglamentado) asigne funciones especiales a los diferentes funcionarios para optimizar recursos, mejorar y agilizar la gestión y en fin para lograr el cumplimiento de los cometidos especiales, etc; potestad que puede ejercer pero siempre a través de un acto administrativo, porque se reitera, la función es regulada, no informal. En el caso que se estudia, se extraña un acto que provenga del funcionario competente -Procurador General de la Nación- que ordene el cambio funcional de la actora. La mera liberalidad de la actora al ejercer unas funciones que no le correspondían conforme al empleo para el cual fue nombrada y posesionada, no la habilita para el reclamo pretendido, porque como se ha insistido a lo largo de la providencia, las funciones son regladas, el exceso en las mismas o su cambio -como en este caso- favorecen el interés general pero no puede su ejercicio dar al trasto con las normas constitucionales, legales e internas de la entidad, en beneficio particular, ya que ello desarticularía el desempeño de función pública. En conclusión, lo único que genera derechos laborales ciertos es el vínculo real -nombramiento y posesión- con la administración pública. El ejercicio liberal y voluntario de unas funciones diversas a las generadas por la vinculación legal o reglamentaria o inclusive contractual, no automatiza el cambio reglado del nombramiento y por consiguiente, no genera el pago de los emolumentos pertinentes.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2002-05450-01\(0642-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. La asignación de funciones no da derecho al reconocimiento del sobresueldo como docente directivo, pues sólo se causa cuando el cargo directivo se desempeña en propiedad o por comisión

Los Decretos 51 de 1999 y 688 de 2002 contienen idénticas previsiones que prohíben otorgar el reconocimiento de sobresueldos a los docentes que no ejerzan sus propias funciones, sino las de directivo, salvo que se acceda a ese cargo por comisión. La inconformidad de la demandante se fundamenta en el hecho de que a partir de enero de 2003, se le dejó de pagar el sobresueldo del 10%, contenido el literal i) del artículo 9º del Decreto 3621 de 2003, a pesar de desempeñar las funciones de directivo de educación básica. Según la certificación expedida por el Director de Núcleo Educativo del Municipio de Pachavita (Boyacá), (fl. 36) a la actora se le asignaron funciones como Directora Encargada de la Escuela Platanillal de ese municipio, por medio de la Resolución No. 1134 de 21 de abril de 1997, (fl. 37), las cuales viene desempeñando hasta el 9 de junio de 2004. Como ya se vio, el porcentaje del 10% que se reclama no puede reconocerse a directivos docentes que no ejerzan funciones propias del empleo. La adscripción o asignación de funciones no da derecho al reconocimiento del sobresueldo reclamado pues sólo se causa cuando el cargo directivo se desempeña en propiedad o por comisión. De acuerdo con la normatividad que rige el citado sobresueldo la demandante no tiene derecho a la diferencia salarial reclamada, pues desempeñó las funciones de directivo docente, porque le fueron asignadas y no por acto administrativo que la comisionara ni en virtud de ascenso en el escalafón docente como lo exige la normatividad que gobierna la situación del sobresueldo de los directivos docentes, en especial la contenida en el artículo 10 del Decreto 3621 de 2003.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 15001-23-31-000-2004-02804-01\(0101-10\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. Se declara la nulidad del aparte “lo que nos conduce lógicamente a que si el empleador debe recurrir al mecanismo señalado el(sic) artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993” contenido en el concepto No. 7449 de 23 de mayo de 2005 suscrito por el Jefe de la Unidad de seguros de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales, puesto que incorpora una causal de pérdida de los derechos que emanan del régimen de transición, que no está establecida por la ley y un alcance al traslado del valor correspondiente al cálculo actuarial, que no contemplan las normas que regulan la materia

Se concluye, en consecuencia, que los beneficios que comprende el régimen de transición se pierden cuando se ha presentado un traslado de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o cuando el trabajador se vincula a empresas excluidas de la aplicación del régimen del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. En las normas transcritas, no se encuentra como una causal de pérdida de los beneficios del régimen de transición, el hecho de que el empleador deba recurrir al mecanismo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contrario a ello, el régimen se aplica a todos los trabajadores del sector privado, a los servidores públicos, trabajadores independientes y los afiliados del Instituto de Seguros Sociales. De acuerdo con lo anterior, el concepto demandado incorpora una causal de pérdida de los derechos que emanan del régimen de transición, que no está establecida por la ley y un alcance al traslado del valor correspondiente al cálculo actuarial, que no contemplan las normas que regulan la materia. En esas condiciones, asiste razón al actor al afirmar que sin competencia el ISS estableció una causal de pérdida del régimen de transición, pues ellas sólo pueden ser fijadas por el legislador como en efecto se hizo en la Ley 100 de 1993, sin incluir la que contiene el acto acusado.

[Sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2008-00043-00\(1225-08\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

6. Se niega la nulidad del Decreto 3210 de 2002, por el cual se suprimieron cargos en la Orquesta Sinfónica de Colombia y Banda Sinfónica Nacional, por cuanto el Presidente de la República lo expidió en ejercicio de competencias constitucionales y legales.

El hecho de que la Ley 397 de 1997 adscribiera la Orquesta Sinfónica de Colombia y la Banda Sinfónica Nacional a la planta de personal del Ministerio de la Cultura no constituye una limitante a la expedición del Decreto acusado, que suprimió la mayoría de empleos que las conforman, por cuanto el Acto demandado fue expedido en desarrollo de competencias del Presidente de la República establecidos en la Constitución (art. 189-16) y en la Ley 489 de 1998, que señalan los principios y reglas a que está sometido el Gobierno Nacional para modificar, entre otros, la estructura del Ministerio de Cultura (art. 54). Lo que si dirá la Sala, dentro de su competencia Constitucional y legal, es que las regulaciones originales de la Ley 397 de 1997 con respecto a la estructura del Ministerio de Cultura, están sometidas, complementadas y modificadas por la Ley 489 de 1998 al fijar los principios y reglas a los cuales está subordinado el Gobierno Nacional para modificar la estructura de ese Ministerio. Por ende, fue en desarrollo de la Ley 489 de 1998 que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3210 de 2002, sin que quepa alegar que ellos modifican la Ley 397 de 1997, sino que este surgió de las precisas competencias del Gobierno que estableció la Ley 489 de 1998.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 10001-03-25-000-2004-00123-01\(1825-2004\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad](#)

7. El vencimiento del término de la investigación disciplinaria vulnera los derechos y garantías constitucionales del disciplinado cuando con posterioridad se practican pruebas y se desarrollan actuaciones adicionales sin la debida justificación

Si bien es cierto que la indagación preliminar tuvo una duración superior al término de los seis (6) meses previsto en el artículo 141 trascrito, también lo es que el incumplimiento de ese límite temporal no conduce, por si mismo, a que la Procuraduría General de la Nación incurra automáticamente en una afectación grave de garantías constitucionales y a que, como consecuencia de esta, toda la actuación cumplida carezca de validez. La inobservancia del término de duración de la indagación preliminar (6 meses), sólo vulneraría los derechos del disciplinado y sus garantías constitucionales de índole procesal, cuando con posterioridad al vencimiento de ese límite temporal se practiquen pruebas y se desarrollen actuaciones adicionales sin la debida justificación. En este caso, no se practicaron pruebas ni se desarrollaron actuaciones adicionales dentro o fuera del término aludido de seis (6) meses (de 3 de octubre de 2001 a 3 de abril de 2002), como quiera que después de que se dispuso la indagación preliminar sólo prosiguió la apertura de investigación, con fundamento en la información que se tenía.

[Sentencia de 23 de mayo de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2005-03316-01\(342-2008\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

8. a) El vencimiento del término de la investigación disciplinaria no conlleva su archivo

La Sala observa que el Investigador Disciplinario, efectivamente, excedió el término de seis (6) meses consagrado en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, pero esta circunstancia objetiva, per se, no limita el ejercicio de su potestad disciplinaria, máxime cuando la indagación preliminar arroja indicios de responsabilidad contra la investigada por la comisión de irregularidades que atentan contra el ejercicio de la función pública y, por ende, del interés general. El artículo 156 de la Ley 734 de 2002 no fija un término perentorio e improrrogable que conduzca a señalar que vencido el plazo deba ordenarse el archivo de la investigación, como lo pretende la accionante, simplemente consagra dos posibilidades al dar por terminada la indagación preliminar: el archivo definitivo o el auto de apertura. En otras palabras, en este caso, el archivo definitivo de la actuación no se

estableció como mecanismo extintivo de la acción ante la posible mora al concluir el período de indagación preliminar.

b) La falta del manual de funciones y requisitos no impide que se acredite que en las funciones del cargo se encontraba el recibir las consignaciones para efectuar el trámite de expedición del pasado judicial, por lo que se niega la nulidad del acto de destitución por la venta de la consignación para pago del pasado judicial

La recurrente pide que se revoque la sentencia, para en su lugar, declarar la anulación de los actos acusados porque considera que la falta del manual de funciones, impedía endilgarle responsabilidades, específicamente, que al vender las consignaciones no había causa ilícita para hacerlo y no existía norma o reglamento que lo prohibiera. La demandante ocupaba el cargo de Secretaria, Grado 06, y entre las funciones asignadas tenía las de recibir las consignaciones para efectuar el trámite de expedición del pasado judicial; el hecho de que no aparezca demostrado en el plenario que en el Manual de Requisitos y Funciones tuviese asignadas específicamente esas funciones, no quiere decir que no las desempeñó. Lo censurado en el proceso disciplinario es que, derivó *“evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones”*; esto es que, al negociar con las colillas de consignación utilizadas dos (2) o más veces, obtuvo un provecho personal y provocó un detrimento patrimonial al Estado, este último hecho se comprobó con el arqueo que hizo la Contraloría General de la Nación, según se lee del fallo disciplinario de primera instancia, calculado en la suma de \$392.000.00.

[Sentencia de 19 de mayo de 2011, Exp. 73001-23-31-000-2004-01306-02\(0684-2008\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

9. En aplicación de los principios de prevalencia del derecho sustancial y de acceso a la administración de justicia se entró a decidir en relación con la sanción disciplinariamente impuesta al demandante, aunque se haya omitido individualizar correctamente el acto administrativo contenido de la decisión.

Si bien es cierto que el demandante no individualizó ni demandó correctamente los actos administrativos que integran la unidad jurídica que lo afectó (resoluciones 057 y 0118 de 2003), pues reemplazó uno de ellos por otro que había sido previamente revocado (resolución 036 de 2003), también lo es que ese error, generado en gran medida por una inconsistencia en que incurrió la administración en el trámite del proceso disciplinario, no puede tener la virtualidad de cercenar el acceso efectivo a la administración de justicia. Máxime cuando la decisión que no se enjuició y que se echa de menos (resolución 057 de 2003) es fiel reproducción de la que se demandó (resolución 036 de 2003). Para la Sala es un deber ineludible de los Jueces evitar, hasta donde ello sea posible, las sentencias inhibitorias por cuanto ellas nada resuelven y son el reconocimiento de un trámite inadecuado del proceso que bien pudo ser corregido o subsanado desde el comienzo. En este caso, para no quebrantar el principio de prevalencia del derecho sustancial ni el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia por la inconsistencia en que se incurrió en el trámite del proceso disciplinario y en la etapa de la admisión de la demanda, se procederá a analizar las inconformidades planteadas en el plenario.

[Sentencia de 18 de mayo 2011, Exp. 68001-23-15-000-2003-02336-01 \(167-2009\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

10. Sin consideración a la calidad de empleado de periodo es procedente el retiro del servicio del Gerente de una entidad hospitalaria, cuando su ineficiencia administrativa da lugar a la intervención forzada y al nombramiento de un Agente Especial por parte de la Superintendencia Nacional de Salud

Por disposición del legislador, artículo 192 de la Ley 100 de 1993, los Directivos de los Hospitales Públicos tienen un período de tres (3) años prorrogables y sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o por “ineficiencia administrativa”. La Superintendencia, habida cuenta de que la situación administrativa era tan deficiente en la entidad, consideró pertinente el retiro del actor y designar un Agente interventor “con miras a subsanar” los hechos que dieron origen a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y a la intervención forzosa del ente hospitalario. En otras palabras, consideró ineficiente la labor desempeñada por el actor en su condición de Gerente de la Entidad y, por ende, debía ser reemplazado por el respectivo Agente Especial. De acuerdo con lo anterior, la Supersalud podía, “facultativamente” retirar al actor y designar el respectivo Agente Interventor para que, mediante las medidas administrativas, proceda a mejorar la situación en la que se vio sometida la entidad, por el deficiente manejo empresarial, dado entre otros, por la Dirección del actor, lo que justifica que la Superintendencia pueda disponer libremente del cargo por fuera del periodo propio que ampara al directivo hospitalario.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2007-01365-01\(0740-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

11. Se declara la nulidad del acto de insubsistencia del Director de Fiscalías del Cauca, por acreditarse la desviación de poder ante la falta de razones para desvincularlo.

Para la Sala sus condiciones de idoneidad y experiencia en el desempeño del cargo por el demandante y sus conocimientos específicos para el mismo, hacen presumir su capacitación para prestar un buen servicio. La administración, por su parte, no desvirtuó la capacidad ni las calidades de su ex funcionario ni explicó las razones por las que prescindió de una persona idónea. La desviación del poder se configura, entonces, por la falta de razones para desvincularlo. Esta falta de razones es más evidente si se tiene en cuenta que el retiro se efectuó cuando en su unidad llevaba un proceso penal en contra de un alto dignatario municipal, al que le fue variada sin justificación suficiente la competencia para remitirla a otra Seccional; circunstancias anteriores hicieron que todos sus colaboradores inmediatos y demás personas que realizaban el seguimiento del proceso causaran la impresión negativa de que existían manejos irregulares en el seno de la Fiscalía General de la Nación según dan cuenta las declaraciones recibidas. La desviación de poder, como lo ha dicho la Sala, es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva y pertenece al fuero interno del nominador; por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión; por ello, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria. Es lo que se valora en este caso pues, se insiste, no resulta razonable que una persona con excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo, resulte inconveniente para la administración o que no ofrezca las garantías en la dirección de la Seccional, especialmente, para la culminar con una investigación penal, seguida contra del alto dignatario municipal.

[Sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp. 19001-23-31-000-1999-02005-02\(836-2008\) MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. El Consejo de Estado declaró administrativamente responsable al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., por la pérdida de oportunidad de un paciente, quien falleció el 16 de marzo de 1994.

Síntesis del caso: El día 15 de marzo de 1994, un ciudadano se encontraba en un establecimiento de comercio ubicado en el municipio de Liborina y allí sufrió una lesión en su cabeza, por lo cual fue trasladado de inmediato al Hospital San Lorenzo de esa municipalidad. Según reporta la historia clínica del paciente, la víctima ingresó a las 10:30 P.M., y se le diagnosticó “trauma en tej. blandos en 3 sitios de su cabeza; Tec leve”, frente a lo cual se dispuso controlar sus signos vitales cada 3 horas, evaluar glasgow y pupilas y avisar cambios. El paciente fue dejado en observación en una habitación y horas más tarde falleció. La atención suministrada a la víctima se limitó a la respectiva valoración, a la limpieza y sutura de las heridas, pues según lo refleja la reducida historia clínica del paciente, éste ingresó por urgencias con el diagnóstico mencionado, sin que mediare la práctica de evaluación alguna.

a. Responsabilidad patrimonial del Estado por muerte de paciente en centro hospitalario, reparación del daño antijurídico a través de la pérdida de oportunidad

Extracto: “A juicio de la Sala, dentro del expediente no obran los medios de convicción necesarios para determinar, con claridad meridiana, que la causa determinante del daño hubiere sido la falta de evaluaciones encaminadas a determinar la gravedad de la lesión; dicho de otra manera, no existe certeza acerca de que la entidad demandada hubiere practicado los exámenes para establecer cuál era en realidad la lesión padecida por la víctima y la gravedad de la misma, ello habría impedido que el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve hubiese fallecido. No obstante lo anterior, la Sala estima que el daño antijurídico sufrido por la parte demandante sí debe repararse, por cuanto la falta de evaluaciones y, en general, la ausencia de atención idónea y necesaria para determinar la dimensión de la lesión padecida por el paciente y su respectivo tratamiento compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la pérdida de oportunidad.”

b. Definición doctrinal de la pérdida de chance u oportunidad

Extracto: “La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto”

c. Alcances y límites de la pérdida de oportunidad doctrinal

Extracto: “Con el fin de precisar los límites de la noción de “pérdida de oportunidad” conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.”

e. Definición de la doctrina de la pérdida de oportunidad

Extracto: La doctrina de la pérdida de oportunidad constituye un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación recientemente se ha dado en el ámbito del derecho de daños —especialmente tratándose de la responsabilidad médico-sanitaria—, pero que realmente se originó en el derecho de contratos —y se cita como fuente el caso *Chaplin v. Hicks*, de 1911, en el Reino Unido, en el cual se reconoció a la demandante, una de las cincuenta finalistas de un concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de la oportunidad de optar a uno de los premios del certamen como consecuencia de no haberle sido notificado por el demandado el día en el cual se celebraba la final (...) “la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal”, por manera que no deben catalogarse como “pérdida de chance” ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance “... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada”.

f. La pérdida de oportunidad y la modalidad de daño autónomo

Extracto: “No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad proporcional —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance.”

g. La pérdida de oportunidad y el examen de la relación causal

Extracto: “si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el detrimento no evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad.”

h. La pérdida de oportunidad, la clase autónoma de daño y la incertidumbre causal

Extracto: “La noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. No. El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”

i. Definición de la probabilidad preponderante o probabilidad determinante

Extracto: “La aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante —baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entremezclarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.”

j. La oportunidad desaparecida y el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad

Extracto: “Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente

responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.”

k. El recurso de estadística es fundamental para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad

Extracto: “Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida. Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la probabilidad matemática —a partir de la denominada Ley de Laplace, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles—, la probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori —la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares—, la probabilidad bayesiana —alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada—, la probabilidad lógica —que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia—, entre otras. Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado.”

l. La pérdida de chance u oportunidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado

Extracto: “En relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la noción de pérdida de oportunidad, debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables.”

m. La pérdida de chance u oportunidad como modalidad de daño autónomo, para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado

Extracto: “Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen. Pues bien, aunque en este asunto, como se dejó indicado anteriormente, no puede concluirse con certeza que la no

práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en el paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público. Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse. Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima duró interna en el hospital por más de 5 horas sin practicársele evaluación alguna para contar con mayor información para un diagnóstico más exacto, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa.”

[Sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01\(18.593\), MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

2. El Consejo de Estado deniega las pretensiones comprendidas en el recurso de anulación presentado por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P., Triple A, en contra del laudo arbitral proferido el 24 de marzo de 2010

Síntesis del caso: El 18 de febrero de 2002, Barranquilla Distrito Especial, Industrial y Portuario, celebró con la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, Triple A, un contrato en virtud del cual la entidad territorial se obligaba a transferir a la empresa de servicios públicos los recursos destinados a cubrir los subsidios que la Ley 142 de 1994 otorga a los usuarios de estratos sociales 1, 2 y 3. Posteriormente, a través de un otrosí del 2006 y de otro del 2007 se modificaron las obligaciones y derechos de las partes sin que el consejo distrital hubiera concedido autorización concreta al alcalde para ello, razón por la cual en el año 2008 el distrito convocó a un Tribunal de Arbitramento para que se declarara la nulidad de algunas de las cláusulas contenidas dentro de los mencionados documentos, cuestión que se logró mediante el laudo proferido el 24 de marzo de 2010. Triple A, interpuso el recurso de anulación contra el laudo mencionado y de *su auto complementario del 14 de abril de 2010*, con fundamento en la causal comprendida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998

a. Aspectos de la causal Octava de anulación de laudo arbitral. Decreto 1818 de 1998, artículo 63

Extracto: “El fenómeno jurídico procesal que hasta el momento se ha señalado corresponde al de los fallos extra petita, el cual fue invocado en el caso concreto, pero dentro de la causal referida también tienen espacio otros supuestos de anulación del laudo arbitral: a) cuando en la sentencia se decide o concede más allá de lo pedido, o sea ultra petita; b) cuando el fallo recae o decide sobre puntos no sometidos al litigio, es decir, de manera extra petita; c) también se presenta incongruencia cuando se decide con base en “causa petendi” distinta a la invocada por las partes; y, d) cuando el pacto compromisorio se refiere a controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal”.

b. Naturaleza jurídica de los principios de autonomía contractual y de interpretación de los contratos

Extracto: “El principio de la autonomía contractual, reconocido en el artículo 1602 del Código Civil colombiano -“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”-, impone al juez la interpretación del contrato o de la declaración conjunta posterior, de acuerdo con la común intención de las partes

exteriorizada, la cual corresponderá, por encima del sentido estrictamente gramatical de la expresión, a la voluntad común y originaria que acompañó a los contratantes, tal y como lo ordena el artículo 1618 del Código Civil colombiano -“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más a que lo literal de las palabras”- y como lo ha manifestado ampliamente la jurisprudencia de la Sección. En tal sentido, el contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.”

c. Las cláusulas de un contrato se deben interpretar unas con otras, en virtud del principio de interpretación contractual

Extracto: “Para la Sala es claro que una interpretación que pretende encontrar la común intención de los contratantes debe apreciar con detenimiento, de manera sistemática y coherente, todas las palabras que conforman una cláusula y todas las cláusulas que conforman un contrato para obtener el significado jurídicamente relevante, de acuerdo con lo prescrito por el criterio correspondiente, comprendido en el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil -“[L]as cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”-, el cual fue explicado por la jurisprudencia de la Sala (...) Así, es claro que la afirmación de que se renuncia a “ejercer cualquier acción judicial, extrajudicial o arbitral relacionada con la deuda derivada del otorgamiento de subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 generada durante las vigencias fiscales 2002, 2003, 2004 y 2005”, no puede ser entendida válidamente, de conformidad con las normas de hermenéutica contractual, como una modificación a la cláusula compromisoria, puesto que la intención evidente de los contratantes al incorporar esa cláusula dentro del otrosí n.º 1 era renunciar al ejercicio de las acciones otorgadas por la ley frente a esa deuda, como la denominación misma de la cláusula lo indica: “DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES”, y no la de modificar la cláusula compromisoria, a la cual, por lo demás, no se hace referencia alguna dentro del otrosí mencionado. Con la finalidad de interpretar debidamente las cláusulas décima tercera del contrato y décima del otrosí n.º 1, referidas al pacto arbitral y a su modificación, es indispensable conocer aquellos textos que dieron lugar a la extensión de tales cláusulas o que las acompañaron, así como también, por supuesto, el contexto respectivo, lo que demanda analizar documentos y situaciones que van más allá de las cláusulas mencionadas.”

d. El pacto arbitral no fue modificado, las cláusulas contractuales se deben interpretar de forma sistemática

Extracto: “Así, no solo desde el punto de vista de la interpretación sistemática y coherente de las diferentes palabras que conforman la cláusula décima del otrosí n.º 1 se llega a la conclusión de que el cometido de los contratantes no era modificar el pacto (...) El propósito conjunto de las partes era desistir de las acciones judiciales eventuales y presentes, que de manera clara en la cláusula décima del otrosí n.º 1 se precisó que los contratantes “se obligan a desistir expresamente de las acciones que se encuentren actualmente en curso por esta misma causa”, cuestión que correspondía a las demandas ejecutivas que había iniciado Triple A en contra del Distrito para lograr el pago de sus acreencias (...) la intención de las partes era acordar una cuestión de fondo frente a la renuncia al ejercicio de unos derechos y no una cuestión de forma frente a la utilización de un instrumento o una herramienta para la solución alternativa de conflictos, como es el arbitramento, y por ese motivo se debe descartar la interpretación sugerida por el recurrente, la cual aparece como unilateral, de último momento y ajena al propósito de originó la cláusula.”

e. Las cláusulas compromisorias o compromisos son pactos solemnes. La modificación del pacto arbitral debe constar de forma expresa, debe ser una declaración inequívoca y concreta

Extracto: “Frente a la hipótesis de que las partes hubieran querido modificar la cláusula arbitral, la Sala considera que una modificación válida del pacto arbitral en el caso concreto no puede consistir en una expresión que solo tangencialmente trata el asunto, sino que habría debido comprender una declaración inequívoca y concreta, central dentro del texto, que posibilitara interpretar, con base en los elementos textuales y extra textuales respectivos, que la común intención de las partes era cambiar el contenido del pacto arbitral. Trátense de cláusulas compromisorias o compromisos, estos pactos son solemnes y deben constar por escrito, más aun cuando quiera que ellos se incorporen dentro de un contrato estatal. (...) las modificaciones a un pacto arbitral exigen un nivel de concreción y claridad equivalente al que tuvo el texto del pacto arbitral mismo. En efecto, se debe recordar que el pacto arbitral comprende una materia de la mayor trascendencia como es la asignación de la función de administrar justicia a particulares, de acuerdo con mandatos constitucionales y legales, quienes constituyen un tribunal diferente a los de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa y, por tal motivo, se configura una renuncia a las vías corrientes de administración de justicia. Así, para efectos de constituir una cláusula compromisoria o un compromiso se exige que el texto correspondiente sea completo y coherente, cuestión que también se ha de exigir para que la modificación del pacto sea válida. Finalmente, la Sala concluye: (i) que las partes no tenían la intención de modificar la “CLAUSULA DECIMA TERCERA: CLAUSULA COMPROMISORIA” a través de la “CLAUSULA DECIMA. DESISTIMIENTO DE ACCIONES JUDICIALES” del Otrosí n° 1; (ii) que no hubo modificación alguna al pacto arbitral; (iii) que una interpretación diferente significaría desatender la común intención demostrada de las partes y privilegiar el significado gramatical ajeno al texto, al contexto y a los mandatos legales; (iv) que el laudo, en consecuencia, se ocupó de temas que estaban sujetos a la competencia de los árbitros y (v) que no se configura la causal de anulación invocada por el recurrente.”

[Sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. 11001-03-26-000-2010-00024-01-01\(38.619\), MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL](#)

3. La Sección Tercera desestimó las pretensiones anulatorias contra el Adendo No. 13 al Reglamento de Convocatoria del Programa de Enajenación de parte de las acciones que posee el Distrito Capital en la ETB, expedido por el presidente de la empresa el 1 de agosto de 2000

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción de simple nulidad, se solicitó la declaración de la nulidad del Adendo No. 13 al Reglamento de Convocatoria del Programa de Enajenación de parte de las acciones que posee el Distrito Capital en la ETB. El actor señaló que el adendo acusado modificó la fecha de presentación de ofertas y de cierre del proceso de venta de la ETB para la segunda fase. Destacó que mediante auto de 10 de agosto de 2000, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso radicado con el No. 000488, decretó la suspensión provisional de dos adendos semejantes a éste, que también fijaban fechas para la venta en la segunda fase del proceso, por violación manifiesta del Decreto ley 1421 de 1993, al estimar que el Alcalde no puede delegar esta función en un presidente de una empresa de nivel descentralizado. No obstante, la Sala consideró que los cargos no estaban llamados a prosperar, bajo los siguientes argumentos:

a. El reglamento de enajenación y adjudicación de acciones no puede asimilarse al pliego de condiciones propio de la contratación estatal, a pesar de sus evidentes similitudes

“En el sub lite en virtud del artículo 1 del Acuerdo No. 07 de julio 6 de 1998 el Concejo Distrital de Bogotá autorizó al Alcalde Mayor de la capital, para enajenar a personas jurídicas y naturales, públicas o privadas, parte de las acciones que posee el Distrito Capital en ETB. En desarrollo de este acuerdo, el Alcalde Mayor expidió el Decreto 787 de 1999. Este decreto además de precisar las fases del programa de enajenación, se ocupó del procedimiento mismo. Todo lo anterior sujeto a lo dispuesto por el reglamento de enajenación y adjudicación de acciones, de que trata el artículo 18 del decreto citado. De modo que dentro de este proceso ocupa un lugar fundamental el reglamento de enajenación y adjudicación de acciones, el cual si bien prima facie acusa evidentes similitudes con los pliegos de condiciones propios del estatuto de contratación estatal, no pueden asimilarse de

manera simplista a éstos. Con todo, unos y otros (si bien gobernados por marcos jurídicos diversos) delimitan sin duda el ámbito de acción de la administración y buscan garantizar que la decisión de ésta última se produzca alejada de motivaciones de carácter subjetivo y por ello ambos mecanismos se ocupan de prever factores determinantes para la escogencia. (...) En definitiva, conforme al Decreto 787 de 1999 el reglamento de venta y adjudicación de acciones debe ocuparse de todos los aspectos que se requieran para concretar el programa de enajenación de las acciones de ETB, de propiedad del Distrito Capital. Asimismo, el artículo 18 del Decreto 787 de 1999 dispuso que los reglamentos de enajenación y adjudicación para la primera y segunda fase fueran expedidos por el Alcalde Mayor, previo concepto de la Junta Directiva de ETB y que serían dados a conocer por conducto del Presidente de ETB. Este acto administrativo también previó que los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidieran para la primera y segunda fase, podrían ser modificados o aclarados “mediante adendos que expida ETB”. De la lectura de este decreto, se desprende indudablemente el carácter de función administrativa de las distintas medidas que corresponde adoptar a diversas instancias distritales dentro del proceso de enajenación de acciones. No sobra resaltar que este decreto, así como sus modificaciones (Decreto 928 de 1999 y 690 de 2000), no fueron impugnados en este proceso y gozan por lo mismo de presunción de legalidad, por cuya virtud la manifestación de voluntad de la administración se tiene como conforme a derecho, la cual no ha sido desvirtuada ante su juez natural y por lo mismo de obligatorio cumplimiento (art. 66 CCA).”

b. La derogatoria de un acto administrativo no impide su estudio judicial. La excepción de derogatoria tácita del acto impugnado es improcedente

“Aunque el proceso de enajenación de la propiedad accionaria finalmente no se llevó a cabo, como lo aseguran los accionados, dado que fue cancelado, ello no inhibe de pronunciamiento judicial, (...). La Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro (...) En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que ni el “decaimiento” del acto administrativo ni su derogatoria traen aparejado el juicio de validez del mismo. En consecuencia, tal y como lo señaló el a quo y lo planteó el Ministerio Público en las dos instancias, la excepción propuesta en el sentido aludido no está llamada a prosperar, pues ni la derogatoria ni el decaimiento de un acto administrativo impiden su control judicial, en tanto la validez debe apreciarse al momento en que entró a regir y a producir efectos.”

c. Excepción de ilegalidad no puede ser aplicada por las autoridades administrativas, está reservada a la jurisdicción administrativa. No es evidente la ilegalidad del decreto 787 de 1999 que autoriza la expedición del adendo al Reglamento de Enajenación de Acciones al Presidente de la ETB y por lo tanto no puede inaplicarse por ilegal

“La Corte Constitucional concluyó que fuera del contexto judicial en sede de la justicia administrativa no es posible aplicar la excepción de ilegalidad y por lo mismo las autoridades administrativas [en este caso la ETB] no pueden invocar esta figura para sustraerse de la obligación de acatar actos administrativos, o lo que es igual, no puede servir de pretexto para dejar de observar el ordenamiento jurídico, pues ello propiciaría la anarquía, menoscabaría la seguridad jurídica y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. (...) Sobre la base de las consideraciones expuestas por el juez constitucional no resulta admisible el razonamiento del Tribunal según el cual la ETB debía sustraerse del cumplimiento del párrafo 2 del Decreto 787 de 1999, por el cual se aprueba el programa de enajenación de parte de las acciones que el Distrito Capital posee en la ETB. Norma que habilita a la ETB justamente para modificar los reglamentos de enajenación y adjudicación que se expidan para la primera y segunda fase, mediante adendos. Ahora, tampoco en este caso la justicia contencioso administrativa está habilitada para inaplicar el citado precepto y, en consecuencia, anular el adendo acusado expedido a su amparo. A partir de lo

consignado en la citada sentencia C-037 de 2000, que como ya se indicó la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887 -fundada en el principio de obligatoriedad y vigencia efectiva del ordenamiento jurídico-, esta Corporación ha dejado en claro que para que opere la llamada “excepción de ilegalidad” es menester que medie una oposición manifiesta u ostensible entre el acto administrativo y la norma legal respectiva. (...) De cuanto antecede se concluye que como el adendo No. 13 atacado es fiel desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 18 del Decreto 787 de 1999, norma que al no estar suspendida goza de presunción de legalidad, o lo que es igual, no podía aducirse que aquel fuera manifiestamente contraria al ordenamiento legal superior. En tal virtud, no le asistía razón al a quo habida cuenta que la figura de la excepción de ilegalidad no era procedente en el sub examine: (i) porque con arreglo al pronunciamiento de constitucionalidad antes referido -que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional erga omnes (artículo 243 superior)- este instituto está reservado a su juez natural (la jurisdicción en lo contencioso administrativo) y (ii) porque tampoco se reunía la segunda condición de aplicación de esta figura, esto es, la oposición manifiesta u ostensible entre el acto administrativo y la norma legal correspondiente. En consecuencia, el cargo formulado no está llamado a prosperar.”

d. Artículo 158 del CCA no aplica cuando la suspensión provisional tiene lugar con posterioridad a la expedición del acto que se demanda

“Como segundo cargo el actor invocó violación del artículo 158 del CCA., en tanto esta norma señala que ningún acto suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó. Aseveró que el Adendo 13 de la ETB reproduce los adendos 6 y 7 suspendidos por el Tribunal Contencioso Administrativo el 10 de agosto de 2000, esto es, 10 días después de haber sido proferido el adendo que se impugna. Se trata, a su juicio, de una “ilicitud sobreviviente”. Por lo que dice relación con el artículo 158 del CCA, que establece que ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión, tampoco se evidencia infracción alguna toda vez que lo planteado por el actor no se subsume en la previsión legal en cita. La Sala precisa que el artículo 158 del C.C.A. (subrogado por el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989) prevé las consecuencias que acarrea la reproducción de un acto suspendido o anulado, mientras que la situación que se propone corresponde a una suspensión que tiene lugar con posterioridad a la expedición del acto que se demanda. De lo anterior resulta que, en tanto no se está delante de una reproducción de una norma que haya sido sacada del ordenamiento jurídico o suspendidos sus efectos, no hay lugar a comunicarse y cumplirse inmediatamente, tal y como lo ordena el inciso segundo del precepto mencionado. En efecto, lo que el demandante alega es que el adendo 13 “reproduce” lo que unos adendos que, como el mismo admite, fueron suspendidos con posterioridad, luego es claro que la norma que se dice infringida no aplica en este tipo de eventos. Por lo anterior, también se negará la prosperidad de este cargo.”

[Sentencia de 25 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-26-000-2000-00580-02\(23.650\), MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD](#)

***Con aclaración de voto de la doctora STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

4. Se declara la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa - Policía Nacional y del municipio de Medellín, por las lesiones causadas a una señora, en un atentado dinamitero dirigido contra un CAI, ubicado en barrio el Poblado de la ciudad de Medellín

Síntesis del caso: El 10 de noviembre de 1992, en el CAI de San Lucas, ubicado en el barrio El Poblado de Medellín, se presentó un atentado dinamitero, en ese momento una señora se desplazaba en un vehículo automotor cerca al lugar y resultó herida de gravedad, sufriendo lesiones neurológicas que le produjeron una incapacidad laboral del 85%.

a. Acreditación del daño antijurídico

Extracto: “Se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico, consistente en la lesión a varios derechos e intereses legalmente protegidos de los demandantes, que no estaban en la obligación de soportar, toda vez que el ordenamiento jurídico no les imponía la carga de tolerar los perjuicios irrogados con motivo de las lesiones padecidas por la señora Gómez de Cuartas. En efecto, la antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerar o padecer el daño.”

b. En los eventos que ocurra un acto terrorista, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se aplicará la teoría del daño especial

Extracto: “En concepto de la Sala, el acervo probatorio aporta seguridad inconcusa sobre la intención de los autores del acto terrorista: atacar a la Policía Nacional y a la institucionalidad que representa, esto es, al Estado. Estos hechos sirven como fundamento de aplicación de la teoría del daño especial, visión que acentúa su enfoque en la lesión sufrida por la víctima, que debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos de imputación de responsabilidad estatal con los que se ha enriquecido este catálogo. (...) La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipalista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos de actos terroristas, podrán aplicarse los otros regímenes de responsabilidad -falla del servicio y riesgo excepcional-, si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió.”

c. El acto de terrorismo fundamentado en la intención de dañar a la sociedad en conjunto

Extracto: “Resalta la Sala que el acto de terrorismo encuentra su ratio o fundamento en la intención de dañar a la sociedad en conjunto. En otras palabras, los daños materiales frutos del actuar terrorista deben ser tomados como un elemento accidental en la determinación de los efectos jurídicos, por tanto, no esencial al régimen de responsabilidad que establezca el Estado para la reparación de este tipo de actos. Al respecto, esta corporación ha manifestado (...) “socavar las instituciones, lo que se explica por la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes.” Admite la Sala que no se ha encontrado un concepto unívoco de terrorismo, sin embargo, es común a las distintas definiciones el elemento que ahora se resalta: el ataque a la sociedad en conjunto, que subyace como connatural al atentado terrorista.”

d. Imposibilidad de considerar el acto terrorista como hecho exclusivo de un tercero. El Estado tiene el deber jurídico de proteger a la población, por tener el monopolio legítimo de la Fuerza Pública

Extracto: “Considerar los actos de terrorismo como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía. En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y no obstante su carácter de absolutamente injustificable sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. Sin embargo, es el concepto de Estado Social de Derecho que apareja

nuestra realidad constitucional, el que debe inspirar las respuestas que el sistema produzca en materia de actos terroristas, las que necesariamente deberán honrar los reiterados principios de igualdad y solidaridad, entre otros, que hacen que el Estado colombiano sea lo que es, y no otra forma de organización política. Por consiguiente, en cuanto el acto terrorista se dirige contra la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga.”

[Sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. 05001-23-24-000-1994-00332-01 \(20.835\), MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

***Con aclaración de voto del doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

5. Se declara administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por las lesiones padecidas por un soldado, cuando prestaba servicio militar obligatorio

Síntesis del caso: El soldado Alexander Ramírez Murillo, fue incorporado por el Distrito Militar número 18, a prestar servicio militar obligatorio, de conformidad con las conclusiones emitidas por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, mediante Acta de Junta Médico Laboral de fecha 14 de julio de 1997, el militar presentó lesiones o afecciones consistentes en una meniscopatía en rodilla izquierda, que le dejaron como secuelas una limitación funcional de dicha extremidad y atrofia en cuádriceps izquierdo. Se le determinó una incapacidad laboral equivalente al 30.04%

a. Si no resulta clara la observancia del término de caducidad de la acción, debe computarse desde el conocimiento del hecho dañoso y no a partir de su ocurrencia. En el presente caso el término se computa a partir de la notificación del Acta de la Junta Médica Laboral registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

Extracto: “En el asunto puesto a consideración de la Sala, y luego de efectuar una lectura sistemática de los supuestos fácticos relatados en la demanda, se infiere que el daño por cuya indemnización reclama el actor, si bien pudo tener como antecedentes los diferentes episodios que se presentaron entre los días 20 de octubre de 1996 y el 4 de abril de 1997, lo cierto es que fue a partir de la valoración y clasificación de las lesiones evaluadas por la Junta Médica Laboral contenida en el acta número 2827 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional de fecha 14 de julio de 1997 y notificada al interesado el mismo día, fecha en la cual el actor tuvo conocimiento del daño o por lo menos pudo tener certeza sobre su existencia, daño que a la postre conllevó a la desvinculación del servicio dadas las deterioradas condiciones de salud, las cuales no presentaba cuando ingresó a prestar servicio militar obligatorio. (...) siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, se tiene la demanda fue presentada por la parte actora ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 6 de julio de 1999, y como el acta de la Junta Médica Laboral registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, se notificó al interesado el 14 de julio de 1997, forzoso es concluir que la acción se ejerció dentro del término de caducidad previsto en la Ley para tal efecto.”

b. El régimen de responsabilidad aplicable a los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se diferencia del régimen jurídico aplicado a los miembros de la fuerza pública y organismos del Estado que prestan el servicio de manera voluntaria

Extracto: “La jurisprudencia de la Sala ha establecido los lineamientos en torno al régimen de responsabilidad aplicable a los eventos en los cuales se deprecia la responsabilidad del Estado como consecuencia de los daños causados a los soldados que se encuentran prestando servicio militar obligatorio en calidad de conscriptos, entendida tal condición, como aquella forma de reclutamiento de carácter obligatorio, que se presta a través de las modalidades previstas en la Ley, como soldado

regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o como soldado campesino. El régimen jurídico aplicado a los eventos de conscripción, se diferencia del régimen jurídico aplicado al personal de la fuerza pública y de los organismos de defensa y seguridad del Estado que ingresan de manera voluntaria al servicio, como personal de soldados voluntarios y profesionales, suboficiales y oficiales, personal de agentes de la Policía Nacional, detectives del DAS, entre otros.”

c. El título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, será el régimen objetivo del daño especial o riesgo excepcional

Extracto: “En relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha avalado la posibilidad de analizar la responsabilidad del Estado bajo el régimen objetivo del daño especial o riesgo excepcional, sin desconocer en todo caso, la posibilidad de estructurar la responsabilidad del Estado por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma. El análisis de la responsabilidad atribuida al Estado bajo el régimen objetivo del daño especial aplicado a los eventos de conscripción y su diferencia tangencial, en relación con el régimen aplicable a los eventos en los cuales la vinculación con el servicio es de manera voluntaria, ha sido realizado en diversas oportunidades por parte de la Sala (...) En ese contexto, habrá de edificarse la responsabilidad del Estado a través del título de imputación denominado “daño especial” por cuanto se tiene por establecido que el soldado RAMIREZ MURILLO durante la prestación del servicio obligatorio sufrió una lesión invalidante que ocurrió por causa y razón del mismo, en ese orden el daño por el cual se deprecia la responsabilidad del Estado le resulta imputable, razón por la cual deberá ser indemnizado. En efecto, en consideración al Estado de conscripción en la que se encontraba el soldado RAMIREZ MURILLO, únicamente le asistía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc., sin embargo se advierte que durante la ejecución de su deber constitucional le sobrevinieron lesiones o afecciones a bienes que tienen protección jurídica como la vida, la integridad personal y la salud, de allí que ellas son la causa de imputación de daño antijurídico al Estado, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado.”

[Sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. 73001-23-31-000-1999-01311-01 \(22.462\), MP. \(E\) GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

6. Se acredita la excepción de hecho exclusivo de la víctima, en el caso de una menor que se ahogó tras arrojarle voluntariamente sin saber nadar, al canal de riego “Cucuana” ubicado en la vereda “El jardín” del área rural del municipio del Guamo

Síntesis del caso: Aproximadamente a las 10.00 a.m., del día 6 de noviembre de 1998, una niña transitaba junto con su hermana y otro menor en la vía paralela al canal de riego “Cucuana”. De acuerdo con los informes presentados por el DAS y el CTI, a la niña se le cayó una chanqueta en el canal de riego “Cucuana” y al intentar recuperarla falleció por ahogamiento. La pequeña no sabía nadar. La Sección Tercera, confirmó la sentencia de primera instancia, al considerar debidamente acreditada la excepción de hecho exclusivo de la víctima; en consecuencia, afirmó que para las entidades demandadas resultaba inevitable el acaecimiento del daño, y por lo tanto no debían responder patrimonialmente, por los perjuicios derivados de la muerte de quien voluntariamente se arroja a un canal de riego.

a. Procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun

tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, esta corporación ha señalado que “la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño”. Por último, es preciso resaltar que siempre que la actuación de la víctima sea la causa única, exclusiva o determinante del daño, resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración.

b. La muerte de la menor no es imputable a las entidades demandadas, por encontrarse acreditada la excepción de culpa exclusiva de la víctima

De una lectura juiciosa del acervo probatorio se desprende que la hipótesis según la cual la occisa resbaló y cayó a las aguas del canal “Cucuana” no se compadece con las reglas de la experiencia habida cuenta del amplio espacio vehicular y peatonal de la vía, así como de la existencia de un montículo natural que separa el paso vehicular y peatonal del canal de riego referido y que cuenta con la altura suficiente como para detener cualquier cuerpo de mediana estatura en caso de un accidente como el señalado por los testimonios en comento. Así las cosas, en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos de irresistibilidad, imprevisibilidad y externalidad propios del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad de la Administración. En efecto, para la entidad demandada resultaba inevitable el acaecimiento del daño, así como de sus nefastas consecuencias, ésta se encontraba en una situación de imposibilidad normalmente insuperable en relación con la muerte de la occisa en las condiciones acreditadas en el presente asunto. Asimismo, que una menor se arroje a un canal de riego como el referido en el presente asunto constituye de suyo un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional y de rara ocurrencia, el cual en todo caso resulta imprevisible para la Administración. Y por último, claramente las entidades demandadas no tienen el deber jurídico de responder patrimonialmente por los perjuicios derivados de la muerte de quien voluntariamente se arroja a un canal de riego, río, caño o, en general, cualquier cauce hídrico. Dado lo anterior, para la Sala resulta diáfano que el resultado dañoso se produjo como consecuencia exclusiva del hecho de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS consistente en arrojar al canal de riego “Cucuana” ubicado en la vereda “El jardín” del área rural del municipio del Guamo, Tolima, con lo cual deviene innecesario pronunciarse sobre el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración. En los anteriores términos, la Sala encuentra acreditada la excepción de hecho exclusivo de la víctima lo cual impide que el daño antijurídico demostrado en el presente asunto sea imputable a la Administración y, en consecuencia, que esté llamada a reparar los perjuicios causados como consecuencia del mismo. En atención a las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida en el presente asunto.

[Sentencia de 22 de junio de 2011, Exp. 73001-23-31-000-1999-00265-01\(19.548\), MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

7. El Consejo de Estado decidió no declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, por la muerte de un ciudadano ocasionada por el desprendimiento de un tronco de un árbol, en hechos ocurridos en el Parque Arqueológico “Piedras de Tunja” al considerar que el daño no le era imputable a la entidad demandada

Síntesis del caso: El día 20 de marzo de 1995, un ciudadano en compañía de su familia, se encontraba realizando un recorrido turístico en el Parque Arqueológico “Piedras de Tunja”; cuando se desplazaba por el sitio le cayó en la cabeza un tronco de un árbol, lo que le ocasionó heridas de consideración, por tal motivo estuvo en estado coma por varios días y posteriormente falleció.

a. El título jurídico de imputación aplicable al presente caso es el de la falla del servicio

Extracto: “La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional. Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.”

b. Noción de daño antijurídico. Antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Constitución Política

Extracto: “El principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve igualmente reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó “(...). La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. “La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares. “Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo...” Así mismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha asumido la anterior posición en reiteradas ocasiones.”

c. Acreditación del daño antijurídico

Extracto: “Se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, en tanto la pérdida de la vida de su esposo y padre, no constituye una lesión que deban soportar. Dado lo anterior, para la Sala se encuentra acreditado, sin dubitación alguna, la calidad de antijurídica que reviste la lesión infringida a los demandantes, en tanto no tenían -ni tienen- el deber jurídico de soportarla. En esa panorámica, el daño ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar el acaecimiento del mismo.”

d. No se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado porque el daño antijurídico no es imputable a las entidades demandadas, por configurarse la causal eximente de responsabilidad, hecho de un tercero

Extracto: “Es claro que, en el caso concreto, no existe forma de atribuir fáctica, ni jurídicamente el daño endilgado a las entidades públicas demandadas, toda vez que no se encuentra suficientemente demostrado que el origen de las lesiones y posterior fallecimiento del señor Jorge Eduardo Acero Rincón, hubiesen sido ocasionadas por la caída de un árbol o desprendimiento de una rama que se encontrara arraigado en las instalaciones del parque arqueológico “Las Piedras de Tunja”, y que hubiesen derivado en la producción de los graves daños que se acaban de relacionar; como tampoco se probó que las lesiones y posterior fallecimiento del señor Acero Rincón fuesen atribuibles a la falta de adopción de medidas por parte de la administración del parque que conjuraran los riesgos que se desprendían de la posible caída de alguno de los árboles ubicados en el referido sitio, es decir, no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas. (...) no hay prueba alguna dentro del expediente que permita establecer que la ocurrencia del hecho dañino resulte jurídicamente imputable a las entidades públicas en cuestión como lo entendió el a quo y mucho menos que el incumplimiento de tal contenido obligacional a cargo de la Administración pueda tenerse como una imputación adecuada del daño, en la medida en que no concurrió a determinarlo y, por ende, no se puede comprometer la

responsabilidad de las entidades demandadas pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.344 del Código Civil, sólo quienes concurren a la producción del daño deben responder solidariamente del mismo, cosa que no acontece en el caso de autos. En consecuencia, se impone concluir que las dos entidades demandadas no les es imputable la producción del daño y, lo que se vislumbra en este caso es que la causa del daño tuvo como origen el hecho de un tercero.”

[Sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. 25000-23-26-000-1997-03369-01-01\(19.707\), MP. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

8. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES - INVAMA, por los perjuicios causados a los demandantes, al omitir la expedición de información consistente en la fijación de parámetros y niveles en los predios de su propiedad

Síntesis del caso: Los señores Rodrigo y Ana Rosa Marín Verano, Juan Pablo Reyes Padilla, Germán Marín Cubides, Ofelia Marín De González instauraron demanda en contra del Municipio de Manizales y el Instituto de Valorización de Manizales - INVAMA, para que fueran declarados patrimonialmente responsables por los perjuicios causados con ocasión de las limitaciones al dominio sobre los inmuebles de su propiedad, ubicados en el barrio Baja Suiza de la ciudad de Manizales, alegaron la afectación de su propiedad por la ejecución de una obra pública.

a. No se acreditaron los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado, en relación con la situación registral de los inmuebles

Extracto: “Para la Sala, hecha una valoración de los distintos elementos de juicio incorporados al proceso, no están presentes los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración en relación con la situación registral de los inmuebles. En efecto, la obra pública denominada Avenida del Río de la ciudad de Manizales, se aprobó en Acta No. 546 de 1º de septiembre de 1987 por el Instituto de Valorización de Manizales, para lo cual se ordenaron los trámites para su ejecución y cobro. En dicha anualidad se procedió a la realización de esta y no se ve ninguna relación con la afectación alegada por los demandantes, de modo que no podría concluirse que a raíz de la misma su situación registral y posesión se vio afectada, comprometida o desmejorada, por el contrario, una obra de gran envergadura favorecería considerablemente los derechos registrales inmuebles de su entorno generando como mínimo una valorización. En suma se advierte que no existe relación entre la declaratoria de utilidad pública proferida en los años 1992 y 1993 por el municipio y la ejecución de la misma obra adelantada por el INVAMA en el año de 1987. Mediante el Acuerdo No. 020 de 8 de abril de 1992 el Concejo de Manizales, otorgó facultades al Alcalde para desarrollar el proyecto de renovación urbana denominado “PLAN BAJA SUIZA” y decretó la afectación por utilidad pública de unos inmuebles ubicados en el mismo sector y en los términos del Acuerdo No. 017 de 5 de marzo de 1993, modificó la decisión anterior.”

b. La expropiación por motivos de utilidad pública

Extracto: “Con la expedición de la Ley 9ª de 1989, vigente para la época en que sucedieron los hechos, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podían adquirir por enajenación voluntaria o forzada inmuebles urbanos o suburbanos. En rigor, dichas entidades tenían competencia para afectar de pleno derecho el dominio y sus elementos constitutivos como los demás derechos reales. En ese entendido, la expropiación por motivos de utilidad pública tendría como fines específicos la ejecución de planes de desarrollo y obras públicas, según se desprende de la redacción original del artículo 10. Adicionalmente, el artículo 37 de la Ley 9ª prevé que “toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta una máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia. La afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que

haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia. El artículo 19 del decreto 2400 de 1989, dispuso que en los casos en que la entidad “imponga una afectación celebrará un contrato con el propietario afectado en el cual se pactará el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación. La estimación de los perjuicios será efectuada por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" o la entidad que cumpla sus funciones, en los términos previstos en la presente Ley. Para los efectos de la presente Ley, entiéndese por afectación toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencias de urbanización, de parcelación, de construcción, o de funcionamiento, por causa de una obra pública, o por protección ambiental.

c. La afectación por causa de una obra pública, no fue registrada en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria

Extracto: “En el caso concreto, cabe precisar que la situación registral de los actores no se afectó, por cuanto la medida no se anotó en los folios de Matrícula Inmobiliaria, aunque en principio podría sostenerse que, con la expedición de los Acuerdos Nos 020 de 1992 y 017 de 1993, los inmuebles de los demandantes quedaron parcialmente afectados, esto no es así, porque la orden no produjo efectos vinculantes, no se notificó en legal forma a los interesados y, no cumplió con el requisito de publicidad registral, lo cual torna ineficaz la decisión de la administración. Lo último porque los mencionados Acuerdos Nos 020 de 1992 y 017 de 1993, no se inscribieron en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria de la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Manizales.”

d. Las decisiones proferidas por la Administración, por razones de interés público que afectan intereses particulares, configuran una operación administrativa

Extracto: “Conforme a la manifestación hecha por la parte actora la limitación al dominio impuesta por la administración, se extendió a la decisión desfavorable relacionada con las solicitudes sobre fijación de parámetros y niveles, presentada por cada uno de los demandantes. (...) en términos generales la operación administrativa consiste en el ejercicio de una facultad reglamentada en provecho de la administración, con empleo del procedimiento correspondiente, vinculada a un acto de la administración expreso o tácito, para el caso los Acuerdos Nos 020 de 1992 y 017 de 1993. En consecuencia, por tratarse de actuaciones que pretenden darle firmeza a una decisión de la administración, proferida por razones de interés público que afectan intereses particulares, configura sin duda una operación administrativa, la cual podrá ser controvertida en ejercicio de la acción de reparación directa, como ocurrió en el caso concreto.”

e. La solicitud de parámetros y niveles no tiene regulación jurídica, para pedirla se debe acudir al Decreto 564 de 2006. Dicho requerimiento no está reservado para el titular del inmueble, igual derecho le asiste al poseedor, al tenedor y aún al responsable de la obra

Extracto: “Conforme al artículo 63 del texto original de la Ley 9a. de 1989, vigente para la época de ocurrencia de los hechos, para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización y parcelación para construcción de inmuebles, de terrenos en las áreas urbanas, sub-urbanas, y rurales de los municipios, se requería permiso o licencia expedida por los municipios, áreas metropolitanas, del Distrito Especial de Bogotá o de la Intendencia de San Andrés y Providencia. La mencionada Ley 9ª de 1989, no reguló situaciones distintas a las mencionadas, ni las normas que contienen los estatutos del INVAMA, regulan lo relativo a otras situaciones, de manera que las solicitudes sobre fijación de parámetros y niveles no tenían desarrollo reglamentario propio, ni se especificaba su alcance o su contenido técnico. En términos similares la Ley 388 de 1997, modificatoria de la Ley 9ª de 1989, tampoco se ocupó de desarrollar lo relativo a las solicitudes sobre fijación de parámetros y niveles. (...) En cambio, el Decreto 564 de 2006, por el cual se reglamentaron las licencias urbanísticas y se expedieron otras disposiciones, desarrolló lo relativo a “Otras actuaciones relacionadas con la expedición de las licencias”. La solicitud sobre fijación de parámetros y niveles se acompasa,

entonces, con los permisos relacionados con la topografía del terreno especialmente para la corrección técnica de cotas y áreas y, con estudios geotécnicos para realizar obras, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial de cada municipio o distrito, que puedan comprometer, entre otras actividades, movimiento de tierras. Estas solicitudes previas a las licencias de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, aunque sin desarrollo normativo importante, se relacionan directa o indirectamente con la planeación de una obra y deben atenderse, en cuanto son ejercicios legítimos de facultades, que los particulares pueden realizar sobre lo que es suyo, con el fin de establecer, si así lo consideran, las condiciones reales para la viabilidad de un proyecto futuro. Adicionalmente, la solicitud de fijación de parámetros y niveles no está reservada al titular del bien, porque igual derecho le asiste al poseedor, al tenedor y aún al responsable de la obra. No existe norma que impida su ejercicio. Hacerlo se traduce en una limitación o disminución de las facultades que los terceros poseen sobre los inmuebles.”

f. El daño antijurídico le es imputable a la entidad demandada

Extracto: “La decisión mediante la cual la funcionaria de la Secretaría de Planeación Municipal se abstuvo de dar curso a la petición de fijación de parámetros y niveles compromete la responsabilidad de la administración, pues a términos del artículo 90 de la C.P. que constituye el régimen de responsabilidad que nos gobierna, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En este caso, independientemente de la antijuridicidad de la conducta lo que realmente conduce a declarar la responsabilidad del establecimiento municipal es la antijuridicidad del daño que los demandantes no estaban en la obligación de soportar. Los argumentos expuestos son suficientes para revocar la sentencia del Tribunal, en el sentido de declarar la responsabilidad patrimonial de la administración municipal por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la limitación a sus facultades legales, al impedirles ejercer sus derechos a planear intervenciones sobre los inmuebles, consistente en no dar curso a la peticiones sobre fijación de parámetros y niveles en los distintos predios.”

[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 17001-23-31-000-1995-09052-01\(18.993\), MP. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

9. Se declara patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales, por la falla en la prestación del servicio médico, que implicó una pérdida de oportunidad por mora en la reintervención quirúrgica de un paciente, que dio lugar a su muerte en la Clínica Rafael Uribe Uribe de la Ciudad de Cali.

Síntesis del caso: El día 4 de junio de 1995, en la Clínica Rafael Uribe Uribe de la ciudad de Cali, fue intervenido quirúrgicamente un paciente por presentar una herida de bala, después de la cirugía fue llevado a cuidados intensivos por un término, el 8 de junio fue trasladado a una habitación, el 16 de junio empezó a presentar complicaciones y deterioro en su estado de salud, razón por la cual se hizo necesaria una nueva intervención, la cual fue practicada el 20 de junio, su estado de salud empeoró y falleció el 28 del mismo mes y año. El paciente tuvo tres días de espera para la reintervención quirúrgica. Se pasa el turno el día 17 de junio de 1995 a las 11:30 horas y se opera el 20 de junio de 1995 a las 10:00 horas; Pero al mismo tiempo tenía solicitada una escanografía abdominal que según la historia, no se realizó:

a. Falla en el servicio del ISS se analiza bajo la tesis de la pérdida de un chance u oportunidad

Extracto: “Según la demanda se imputa al Instituto de Seguro Social la falla en la prestación del servicio médico, al demorar la reintervención del paciente, situación que le complicó su estado de salud y lo condujo finalmente a la muerte. En casos como el presente en donde se discute la

responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. Así las cosas y teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad reside en la falta de diligencia de la entidad demandada, la cual al parecer no le permitió al paciente el acceso a una nueva intervención quirúrgica en forma oportuna, la Sala estudiará el asunto bajo la óptica de la pérdida de oportunidad, generada en este caso por una falla en el servicio.”

b. Pérdida de obtener una atención oportuna ocasionada por la demora en la reintervención del paciente

“Del estudio de la historia clínica , del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la reintervención del paciente, quien pese a que presentaba un alto grado de sepsis y que necesitaba una atención inmediata, no la obtuvo, circunstancia que configuró una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía, situación que sin duda implicó la afectación de su dignidad como paciente y la de su núcleo familiar. En relación con esta forma de imputación de responsabilidad, la Sala ha señalado que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resulten convenientes a la salud del paciente, pero se oponían a sus propias opciones vitales.”

c. No se accedió al pago de los perjuicios materiales a favor de la cónyuge supérstite, al considerar que la responsabilidad de la entidad demandada se concretó en la pérdida de oportunidad de lograr sobrevivir o recuperar la salud y no en el fallecimiento del paciente

“Se indicó en la demanda indemnización por esta clase de perjuicios, en favor de la cónyuge supérstite, sin embargo la Sala no accederá a su reconocimiento, puesto que la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales como demandada, se concretó en la pérdida de oportunidad de lograr sobrevivir o recuperar la salud del paciente, mas no por el desenlace fatal de éste, resultando evidente que no fue la frustración de esa posibilidad de recuperarse lo que determinó que la demandante dejara de percibir el aporte económico que le suministraba el fallecido, sino que, fue la muerte la que truncó la situación.”

[Sentencia de 8 de junio de 2011, Exp. 19001-23-31-000-1997-03715-01\(19.360\), MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) La base gravable de la actividad de generación de energía eléctrica para efectos del impuesto de industria y comercio está constituida por la capacidad de generación expresada en kilovatios

Se determina si EEPPM debe pagar al Municipio de Tuta el impuesto de industria y comercio por las ventas de energía a Siderúrgica de Boyacá S.A., situada en ese municipio, es decir, si a esa actividad se le aplica lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997.

Extracto: Las empresas propietarias de generación de energía se pueden vincular a las redes de interconexión, mediante dos modalidades: (1) modalidad libre y (2) modalidad regulada, siendo ésta última la que interesa al caso concreto, pues según el artículo 31 de la Ley 143 de 1994, a través de esta modalidad, “la firma generadora se compromete con una empresa comercializadora de energía o un usuario no regulado a suministrar cantidades fijas de energía eléctrica durante un determinado período y en un horario preestablecido”. En efecto, EEPPM se comprometió a suministrarle a Siderúrgica de Boyacá, como usuario no regulado, cantidades de energía determinadas en la oferta mercantil y en los horarios acordados. Interconexión y transmisión a esta fase corresponde el acceso de la energía al Sistema Interconectado Nacional y el transporte a través las redes de interconexión y transmisión que también están definidas en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994. Ahora bien, el hecho de que EEPPM genere energía constituye una actividad complementaria e independiente a la de prestar el servicio público domiciliario de energía y, en tales condiciones, como se explicó, los efectos tributarios de cada una se someten a reglas diferentes, máxime cuando existe una regulación especial frente al impuesto de industria y comercio en este tipo de empresas, como es la señalada en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997. La regla contenida en el numeral 1° del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, es especial y exclusiva para la actividad de generación de energía eléctrica. Cuando señala que “continuará gravada” sólo indica la forma en que se debe gravar esa actividad específica, sin que ello implique que el servicio público domiciliario y las demás actividades complementarias no lo estén. Ello se confirma con el hecho que la propia norma regule el tributo para el servicio público domiciliario (inciso 1°), la actividad de transmisión y conexión (numeral 2°) y la compraventa (numeral 3°). Por consiguiente, al tratarse de un servicio público domiciliario -energía- y una actividad -generación-, que cuentan con una normativa propia, no puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 49 de 1990. El artículo 77 de la Ley 49 de 1990 consagra una regla de territorialidad del impuesto de industria y comercio para la actividad industrial, de acuerdo con la base gravable general de la Ley 14 de 1983, esto es, sobre los ingresos brutos. Pero cuando se trata de la actividad de generación de energía eléctrica realizada por propietarios de obras para la generación de energía eléctrica, la base gravable está constituida por la capacidad de generación expresada en kilovatios y no por los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, como se establece del artículo 7° de la Ley 56 de 1981

b) La actividad de generación eléctrica es diferente a la prestación del servicio público de energía eléctrica y por tanto están gravadas de manera independiente con el impuesto de industria y comercio

No puede pasarse por alto que la actividad de generación eléctrica se regula por una Ley especial que es la Ley 56 de 1981 y, por su parte, la Ley 383 de 1997 señaló reglas especiales del impuesto de industria y comercio que se aplican a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a algunas de sus actividades complementarias, entre ellas a la actividad de generación de energía eléctrica, donde remite precisamente a la Ley 56 de 1981. Ahora bien, aunque el parágrafo 1° del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, señale que los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios públicos allí mencionados, no pueden ser gravados más de una vez por la misma actividad, debe reiterarse que cada una de las reguladas en el artículo son actividades independientes, por lo que el hecho de afirmar que la generadora pague el tributo de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 56 de 1981 y también por prestar el servicio público domiciliario de energía, no implica una doble tributación, pues la generación de energía eléctrica paga el tributo de acuerdo con los kilovatios de capacidad, mientras que la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, actividad diferente a la generación, paga el impuesto en donde se preste el servicio al usuario final sobre el valor promedio mensual facturado. Lo anterior, permite concluir que las empresas generadoras propietarias de obras para la generación eléctrica continúan gravadas por su actividad industrial, conforme la Ley 56 de 1981 y, en relación con las demás actividades que desarrollen, se les aplican las reglas establecidas en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997. Del análisis expuesto se puede establecer que ninguna de las reglas señaladas en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997 están condicionadas a que no se haya tributado por generación de energía, pues se reitera, cada actividad

es independiente y tampoco puede entenderse que unas están comprendidas entre otras, pues ello no se establece expresamente del texto legal y, por el contrario, no es lo que se infiere de la interpretación de las normas que regulan los servicios públicos.

[Sentencia de 14 de abril de 2011. Exp. 15001-23-31-000-2003-00624-01 \(17930\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

*** Salvamento de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas**

2. a) La Ley Páez no previó que la no materialización de la inversión daba lugar al desconocimiento del beneficio, pero si estableció una sanción para el inversionista que no conservara su inversión

Se resuelve si se encuentran ajustados a derecho los actos que determinaron el impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la sociedad demandante por el año gravable 1998, en los cuales se rechazó el descuento tributario correspondiente a la inversión realizada en el año de 1997 pues según los referidos actos, el descuento no operaba al no darse los requisitos establecidos en la Ley 383 de 1.997, como era la materialización de la inversión, y según el demandante la norma que procedía era la Ley 218 de 1.995, vigente para la fecha de la inversión, que no exigía ningún requisito para su reconocimiento.

Extracto: En cuanto a la materialización de la inversión, la Ley 383 de 1997 fue publicada en el Diario Oficial del 14 de julio de 1997, por lo que para un impuesto de período, como es el de Renta y Complementarios, se debe atender a lo dispuesto en los artículos 338 y 363 de la Carta, esto es que la norma tributaria tiene aplicación al futuro. A su vez, el artículo 5° de la Ley 218 de 1995 “permitía al inversionista tratar la inversión efectuada en la zona de río Páez como un menor valor del impuesto a pagar (descuento tributario) o como renta exenta. En ningún caso podía aplicar simultáneamente los dos. Pues bien, las normas vigentes al momento de efectuar la inversión (1.997), eran la Ley 218 de 1995 y el Decreto 2422 de 1996. En virtud del artículo 5° de la Ley 218 se crearon los beneficios tributarios en la zona del río Páez y, se reitera, y se previó que el inversionista podía optar por aplicar el valor de la inversión como renta exenta o como descuento tributario. Por su parte, el artículo 11 de la Ley 218 disponía que el uso fraudulento de la inversión, para obtener el beneficio o evadir el pago de impuestos, o simularlo para lograr exenciones indebidas, daba lugar al desconocimiento de las rentas exentas solicitadas y costos y deducciones fingidas, junto con las sanciones a que hubiera lugar. Y, el artículo 9° del Decreto Reglamentario 2422 de 1996, reiteró que los inversionistas podían tratar la nueva inversión como renta exenta o como descuento, y dispuso que si el inversionista no conservaba la inversión por el lapso de cinco (5) años, debía “reintegrar en el año del incumplimiento los beneficios obtenidos en desarrollo de la Ley 218 de 1995, sin perjuicio de las sanciones consagradas en el Estatuto Tributario” (par 3). Es de observar que, ni la Ley 218 de 1995 ni el Decreto 2422 de 1996 previeron para el inversionista, la pérdida del descuento en caso de que la sociedad receptora, no materializara la inversión, por el contrario, el artículo 11 de la Ley 218 señaló que la creación de empresas con ánimo fraudulento o simulado, daba lugar a la pérdida de las rentas exentas solicitadas y de los costos y deducciones fingidas, junto con las sanciones a que hubiera lugar. Y, si bien la referida sanción podía ser la pérdida del descuento, la norma no fue explícita en tal sentido, a pesar de que la misma Ley había previsto el descuento como beneficio tributario. A su vez, el artículo 9° del Decreto 2422 dispuso una sanción concreta para el inversionista, pero no por la falta de materialización de la inversión por parte de la receptora, sino por el hecho de que el inversionista no conservara su inversión. Por tanto, las normas aplicables al caso materia de litis, para la declaración de renta y complementarios del año gravable de 1998, por haber realizado la inversión en el año 1.997 y para los demás procesos de determinación de impuestos era la Ley 218 de 1995 y el Decreto 2422 de 1996. Por lo expuesto, al modificar la declaración de renta correspondiente a la vigencia fiscal de 1.998, con base en los artículos 40 de la Ley 383 de 1.997 y 9° del Decreto 890 del mismo año, por falta de materialización de la inversión, la Administración Tributaria se basó en preceptos no aplicables para la vigencia fiscal

discutida, por cuanto en virtud del principio de irretroactividad de las normas tributarias y el carácter de tributo de período del impuesto de renta (artículos 338 y 363 del Estatuto Tributario), dichas normas solo rigen para inversiones realizadas a partir del año gravable siguiente a su vigencia, esto es, desde 1998. Por tanto es del caso precisar, que a diferencia de la Ley 218 de 1995, y del Decreto 2466 de 1996, el artículo 40 de la Ley 383 de 1997 en el que se basó la Administración Tributaria, previó una sanción concreta, cuando la empresa receptora de la inversión no la materializara dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrega de la misma.

b) Los contribuyentes del impuesto de renta por el año 1998 podían llevar el monto de la inversión como descuento tributario en el período gravable siguiente a aquél en que la realizaron

La Sala reitera que los beneficios tributarios consagrados para los inversionistas en el artículo 5° de la Ley 218 de 1995, son dos: 1. La deducción prevista en el inciso primero de la norma, que debe hacerse efectiva en el mismo año en que se efectuó la inversión, puesto que el beneficio se establece con el desembolso de la inversión. 2. La renta exenta o el descuento tributario (menor valor del impuesto a pagar), por igual monto al invertido, beneficios que consagra el parágrafo de la norma en mención, para ser aplicados “al período gravable siguiente” a aquél en el cual se realizó la inversión. La renta exenta y el descuento no son concurrentes. Es así, que de conformidad con lo señalado en el artículo 5° de la Ley 218 de 1995, en el parágrafo primero del artículo 9 del Decreto 2422 de 1996, que reglamentó el beneficio fiscal para las nuevas inversiones en la zona del Río Páez, se concluye que los contribuyentes podían llevar el monto de la inversión como descuento tributario en el período gravable siguiente a aquél en que la realizaron, razón por la cual es procedente confirmar la decisión del Tribunal que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

[Sentencia del de junio de 2011. Exp. 13001-23-31-000-2003-900008-01\(17580\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza no están gravados con el impuesto de azar y espectáculos a menos que los mismos incluyan apuestas

Se decide si se ajusta a la legalidad el Concepto 0958 del 31 de julio de 2002 en cuanto considera que los juegos de fuerza, habilidad y destreza no se encuentran dentro de la órbita de restricción del artículo 49 de la Ley 643 de 2001, y por lo tanto, se encuentran gravados con los impuestos de azar y espectáculos e industria y comercio.

Extracto: Concluye la Sala que en los juegos de habilidad y destreza no hay apuesta, por cuanto en éstos sólo cuenta la inteligencia, la propiedad con que se efectúe, los conocimientos, aptitudes o actos propios del jugador, sin que por ello se obtenga necesariamente compensación en dinero o en especie, ya que su finalidad es la recreación y la diversión. En este sentido, las normas tributarias sobre exclusiones o excepciones exigen una interpretación restrictiva, de acuerdo con el análisis lógico de la ley, con lo cual se logra establecer correspondencia entre los principios de los tributos y los elementos esenciales de los mismos, por lo cual, es conveniente apegarse al alcance literal de la norma. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza están gravados con el impuesto de juegos de suerte y azar, sólo cuando medie una apuesta, y en los demás eventos se regirán por las normas que les son propias. En consecuencia, el concepto demandado es nulo pues pretende gravar con el impuesto de industria y comercio, azar y espectáculos, los juegos de fuerza, habilidad o destreza cuando en ellos no medie una apuesta.

[Sentencia de 13 de junio de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00245-01\(17275\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)

4. Los entes eclesiásticos son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio cuando realizan alguna de las actividades gravadas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia estimatoria de las súplicas de la demanda, contra los actos proferidos por la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá D.C., que impusieron sanción por no presentar las declaraciones del impuesto de Industria y Comercio correspondientes a los bimestres 1° a 6° de los años gravables 2002 a 2005.

Extracto: La Ley 14 de 1983, en su artículo 32, dispone que el impuesto de industria y comercio recae, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos. El artículo 35 *ibídem* considera actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, al por mayor o al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios. Acorde con lo señalado por la Administración Distrital en el concepto 1143 del 18 de octubre de 2006: “Una vez los entes eclesiásticos obtienen reconocimiento como entes jurídicos bajo la legislación civil, adquieren capacidad para realizar actos civiles y de esta forma ser sujetos de derechos y obligaciones conforme a la legislación civil y responsables ante el Estado Colombiano por las actividades que realicen a su amparo. Dicha responsabilidad involucra obligaciones como las establecidas de manera impersonal para las demás entidades públicas y privadas, entre las cuales se encuentran las obligaciones tributarias cuando incurran en hechos generadores del tributo”. Así las cosas, cualquier persona natural o jurídica o sociedad de hecho, pública o privada, que realice actividades industriales, comerciales o de servicios en el Distrito Capital (salvo expresa disposición legal) estará gravada con el impuesto de industria y comercio y está en la obligación de pagar el tributo, bien sea por vía de declaración, recibo de pago o mediante retención que le efectúe algún agente de retención del tributo. Por lo tanto, la Comunidad Universidad Javeriana - Compañía de Jesús en la medida que realice el hecho generador del impuesto del Industria y Comercio, es sujeto pasivo de la obligación tributaria. Conforme con lo expuesto, se encuentra probado en el expediente que la demandante ejerció actividades gravadas con el impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros, circunstancia que no discute la accionante, razón por la cual, de acuerdo con las normas transcritas es sujeto pasivo del tributo, sin que tenga relevancia para el caso concreto si tales actividades las desarrolla profesionalmente o no, toda vez que conforme lo señaló la Sala en sentencia del 6 de agosto de 2009, exp. 16365 C.P. Héctor J. Romero Díaz, el ejercicio profesional o habitual de actividades mercantiles, como factor determinante para adquirir la calidad de comerciante, sólo es predicable en relación con las personas naturales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Código de Comercio.

[Sentencia del 16 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2008-90230-01\(17881\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5. Basta con un solo título a nombre del deudor principal para hacer efectivo el cobro a los solidarios, sin que se requiera constituir a nombre de cada uno de ellos un título adicional

Se decide la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la DIAN negó la prosperidad de las excepciones de: “indebida tasación del monto de la deuda y violación del debido proceso y del derecho de defensa”, propuestas por los demandantes dentro del proceso administrativo de cobro coactivo adelantado por impuestos correspondientes al año gravable 1997.

Extracto: La Sala precisa que si bien en anteriores oportunidades se ha pronunciado en el sentido de considerar que conforme al artículo 828-1 del E.T. (adicionado por el artículo 83 de la Ley 6ª de 1992), se requiere un acto previo al mandamiento de pago para efectuar la vinculación del deudor solidario, mediante sentencia del 31 de julio de 2009, exp. 17103 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia modificó el anterior criterio, en el sentido de aclarar que a partir de la expedición de la Ley 6 de 1992, el documento por medio del cual se vincula a los deudores solidarios al proceso de cobro coactivo es el mandamiento de pago expedido a nombre del ejecutado, y debidamente notificado,

sin que se requiera para esto acto administrativo adicional anterior ni posterior. Al efecto señaló: “...en ningún caso se hará mediante el título ejecutivo que es el documento preexistente a la iniciación del citado proceso y que da origen al mismo”. La Sala reitera el anterior criterio jurisprudencial, y conforme a lo expuesto, encuentra que la Administración obró ajustada a la ley, toda vez que establecida la existencia del Título Ejecutivo válido para el cobro, consistente en la liquidación oficial de aforo relacionada en los actos administrativos demandados por un total de \$168.981.000, debidamente incorporada al proceso adelantado contra la sociedad NC DISTRIBUCIONES LTDA NIÑO CARRILLO DISTRIBUCIONES LTDA., profirió el 7 de junio de 2004 el Mandamiento de Pago N° 000311, con el objeto de vincular a dicho proceso a los socios NIDIA STELLA NIÑO CARRILLO, MARÍA SUSANA NIÑO CARRILLO y RAÚL ANTONIO NIÑO CARRILLO

[Sentencia del 16 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2006-01360-01\(18002\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6. No se vulnera la autonomía presupuestal de los entes territoriales al dejar que las empresas de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo calculen el factor de solidaridad

Corresponde a la Sala decidir la acción pública de nulidad contra los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto 057 de 2006 por el cual se establecen unas reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Extracto: Los cálculos que las entidades prestadoras de tales servicios deben hacer para establecer, por una parte, el estimado de los recursos potenciales que deben recaudar las entidades territoriales por concepto de aportes solidarios en aras de disminuir el déficit de los aportes y los subsidios, y, por otra, los montos proporcionales que tales entidades deben distribuir entre los municipios y/o distritos que correspondan a su ámbito de operación, son un factor determinante y útil para que los alcaldes analicen y ponderen los recursos que necesitan para cubrir no solo los subsidios de los usuarios de los estratos 1 y 2 de los servicios de acueducto y alcantarillado, sino también el déficit existente entre aportes y subsidios. Así mismo, son un factor determinante y útil para que los concejos municipales o distritales definan el porcentaje de aporte solidario necesario para cubrir los subsidios y solventar el déficit. De manera que, la labor que las entidades prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado ejecutan incide en la actividad que deben ejecutar las entidades territoriales para fijar y distribuir sus recursos propios, pero no suplantando a esas entidades en la realización de las mismas, al punto de limitar su autonomía fiscal y presupuestal. Por lo tanto, el artículo 4° no viola el contenido esencial de la autonomía territorial previsto en el artículo 287 de la Carta Política, como tampoco viola el artículo 1° idem, pues el artículo 4° demandado salvaguarda la autonomía territorial prevista en esa norma, así como también los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad “(...) tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales, bajo el entendido que los intereses territoriales son articulables y no enfrentados, como una premisa política en un Estado Unitario” Por otra parte, dado que la norma no hace otro tipo de distinción, del tenor literal no es pertinente inferir que las entidades prestadoras deban tomar únicamente los recursos de los aportes de las entidades territoriales cuyo balance entre subsidios y aporte arroje superávit. Por el contrario, de la norma se infiere que las entidades prestadoras deben tomar en consideración, para formar la bolsa común, las sumas provenientes del factor de aporte solidario que se recauden en todos los municipios y/o distritos sobre los cuales, tales empresas presten el servicio o tengan cobertura.

[Sentencia del 13 de junio de 2011. Exp. 11001-03-27-000-2007-00030-00\(16625\); 11001-03-27-000-2009-00008-00\(17542\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

7. El título de la calidad de comerciante no se ostenta por la inscripción en la Cámara de Comercio, sino por las operaciones que se ejecutan

Se decide sobre la procedencia en derecho de la Liquidación Oficial de Revisión por medio de la cual la DIAN determinó el impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2002, a cargo del contribuyente.

Extracto: El artículo 10 del Código de Comercio define que éstos son: “Las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”. Es evidente que de la investigación adelantada por la DIAN y los documentos relacionados se desprende que el señor Martínez Enciso ejecuta, desde antes del año 2002, operaciones mercantiles de las que surge la obligación de registrarse como comerciante y cumplir todos los deberes que de dicha calidad se derivan. Sin embargo, es pertinente aclarar que la calidad de comerciante no se ostenta por la inscripción en la Cámara de Comercio, sino por las operaciones que se ejecutan. Además, “nadie puede invocar en su favor su propia culpa”, de manera que el incumplimiento del demandante respecto del registro mercantil, no lo eximía de la calidad de comerciante ni de las obligaciones inherentes a la misma. En lo que hace a la obligación de llevar libros de contabilidad, verificada la actividad mercantil ejecutada por el actor, de la cual se deriva la obligación de registrarse como comerciante en la Cámara de Comercio con las consecuentes obligaciones, entre las que se encuentra la de llevar contabilidad, se observa para el caso de autos, que el contribuyente Jairo Martínez Enciso, a pesar de tener la calidad de comerciante, solo cumplió con el deber de inscribirse como tal, el 19 de abril de 2004, circunstancia que no lo exonera de las responsabilidades inherentes a su actividad, ya que la calidad de comerciante depende de los actos que ejecuta y no de la inscripción en la Cámara de Comercio, y, además porque “A nadie le es dable invocar en su favor su propia culpa”. Ahora como lo puntualiza el a quo, el numeral 4° del artículo 23 del Código de Comercio incluye entre los actos que no se consideran mercantiles: “Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa”. No es éste el caso del demandante, dado que los productos que enajena son derivados lácteos transformados (Queso, mantequilla, yogurt etc) y lo hace por medio de la empresa “Valle Verde”, lo que comercialmente lo obliga a llevar libros de contabilidad. Queda aclarado entonces, no solo el origen y valor de las consignaciones efectuadas en las cuentas del actor durante el año 2002, sino la calidad de comerciante del mismo y su obligación de llevar contabilidad debidamente registrada, la cual, como lo afirma la demandante, es una exigencia sine qua non para dar aplicación a la presunción consagrada por el artículo 755-3 E.T.

[Sentencia del 13 de junio de 2011. Exp.17001-23-31-000-2007-00226-01\(17983\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

8. La sola presentación de los documentos no da lugar al reconocimiento del CERT

Se decide si había lugar a la expedición y reconocimiento de los CERT, por las exportaciones efectuadas en el año 1991.

Extracto: Las exportaciones en cuestión no sólo fueron objeto de investigaciones administrativas por parte de la DIAN, sino que finalmente en tales investigaciones se concluyó que existió ingreso ilegal de divisas e irregularidades de tipo tributario, que afectaban la legalidad y la efectividad de las exportaciones. Es decir, esas circunstancias, por sí solas, demostraban que no se cumplía el requisito previsto en el literal c) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y, por ende, había lugar a que se negara la expedición de los CERT. En los casos en que se decide sobre el reconocimiento de los CERT, la competencia del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo no debe limitarse a una verificación

automática de los requisitos previstos en el mencionado artículo 11. En cumplimiento de esa actividad el Ministerio puede indagar a otras autoridades públicas para determinar la legalidad y efectividad de las exportaciones. En otras palabras, la sola presentación de la solicitud y de los documentos necesarios no obliga al reconocimiento de los CERT, como equivocadamente lo cree la parte apelante, pues dicho reconocimiento está supeditado a que se acredite, además, la legalidad y la efectividad de las exportaciones. En todo caso, hay que decir que en la actuación administrativa la sociedad demandante bien pudo ejercer el derecho de contradicción para desvirtuar las pruebas aducidas en su contra o bien para pedir las pruebas necesarias para probar la legalidad y efectividad de las exportaciones en cuestión. Empero, según advierte la Sala, la parte actora no desplegó las actividades probatoria y argumentativa necesarias para demostrar la efectividad y legalidad de las exportaciones que dieron lugar a la solicitud de los CERT en cuestión. Esto es, la demandante no cumplió con la carga de demostrar que las exportaciones fueron legal y efectivamente realizadas y que, contrario a lo expresado en los actos acusados, le asistía el derecho al reconocimiento de los CERT reclamados.

[Sentencia de 7 de junio de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00012-01\(17153\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Ministro delegatario debe pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente de la República.

Esa fue la razón en que se fundó la Sección Quinta para declarar la nulidad de los Decretos 3327 de 8 de septiembre de 2010 y 3415 de 16 de septiembre de 2010 expedidos por el señor Presidente de la República de Colombia, en los cuales designó como Ministro Delegatario al Ministro del Interior y de Justicia, doctor Germán Vargas Lleras y le asignó específicas funciones mientras viajaba al exterior.

La Sala abordó el estudio de fondo tomando como referente temporal el momento de inscripción de la candidatura presidencial, a fin de determinar si el Ministro Delegatario coincidía con la filiación política del señor Presidente, toda vez que el artículo 196 de la Constitución Política impone que debe pertenecer al mismo partido o movimiento político y a que el argumento principal para oponerse a la pretensión anulatoria de los decretos demandados fue que el Ministro Delegatario -en segunda vuelta para la elección presidencial- hizo parte del Movimiento de Unidad Nacional que llevó a la Presidencia al Dr. Juan Manuel Santos. Sobre el tema, la Sección Quinta explicó que la segunda vuelta es sólo la continuación del proceso de elección, el cual inicia con la inscripción de la candidatura para Presidente de la República y concluyó que las respectivas inscripciones de los entonces candidatos, hoy señores Presidente de la República y Ministro Delegatario, eran escindibles e independientes con respecto a sus partidos políticos durante todo el proceso electoral.

La argumentación de la Sala fue del siguiente tenor:

a) La segunda vuelta para la elección de la Presidencia de la República es la continuación del proceso de elección

“La elección Presidencial en Colombia, sometida a dos vueltas, está regulada en el artículo 190 de la Constitución Política. En el artículo 197 se prohíbe la reelección por más de dos períodos y se señalan las inhabilidades.

Mediante el Acto Legislativo 02 de 2004 artículo 1°, que está incorporado en el inciso 5° del artículo 127 de la Carta, se establece que es a partir de la inscripción como candidato, que se permite participar en la campaña, la cual se extiende por el período comprendido desde los 4 meses

anteriores a la fecha de la primera vuelta presidencial, hasta el día de la segunda vuelta, en el evento de que la hubiere.

La anterior previsión permite concluir claramente, que la condición legal de candidato a la presidencia de la República surge a partir de la inscripción, y que el proceso de elección es uno solo aunque eventualmente pueda estar compuesto de dos vueltas. También la campaña en ambas etapas, es una sola.

El contenido mismo del artículo 190 constitucional denominado ‘Elección presidencial a dos vueltas’, ratifica la anterior aseveración conclusiva.

La denominada segunda vuelta en manera alguna constituye proceso electoral autónomo o independiente. Es mera continuación del único, que inicia con la primera votación.

La segunda vuelta sólo tiene lugar en el evento de que ninguno de los candidatos alcance la mayoría, y en esta segunda vuelta sólo participan quienes hubieren obtenido la más alta votación en la primera.

Por obvias razones de lo antes reiterado, la segunda vuelta no implica que los candidatos realicen una nueva inscripción de su postulación a la presidencia de la República.

El “partido o movimiento político” podrá inscribir un nuevo candidato para la segunda vuelta únicamente en el evento de muerte o incapacidad física de alguno de los dos con mayor votación en la primera vuelta.

Esto evidencia una vez más que la regla general es que la inscripción por parte de su partido o movimiento político postulante se cumple una sola vez, por la potísima razón de que se trata de un solo proceso de elección.

(...), la inscripción como candidato a la Presidencia de la República del doctor Juan Manuel Santos Calderón el día 12 marzo de 2010 fue efectuada por el Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U.

A su turno el Partido Cambio Radical inscribió como candidato presidencial al doctor Germán Vargas Lleras el 25 de febrero de 2010.

Dentro del término permitido para modificar inscripciones que el artículo 8° de la Ley 996 de 2005 concede a los partidos y movimientos políticos, ninguno de estos dos partidos realizó modificación alguna, pues los candidatos permanecieron durante todo el proceso de elección de Presidente de la República, participando a nombre de los respectivos partidos políticos que avalaron sus candidaturas.”

También se demuestra con [las] pruebas documentales que incluso después de la primera vuelta presidencial del 30 de mayo de 2010, el doctor GERMAN VARGAS LLERAS conservó el respaldo del partido CAMBIO RADICAL al ser ratificado como presidente de esta colectividad política, como así lo certifica el Secretario General de esta colectividad política en oficio de febrero 4 de 2011.”

b) La coalición política no desnaturaliza a los partidos políticos como colectividades independientes.

La Sala explicó las razones por las cuales son separables los partidos políticos con respecto a la coalición política que legal y constitucionalmente es permitida. La consideración fue la siguiente:

“El hecho de que este partido político haya resuelto para la segunda vuelta electoral apoyar la

candidatura del doctor Juan Manuel Santos y acordara presentar al nuevo gobierno propuestas de iniciativas constitucionales y legales en diversas materias, no significa en manera alguna que ello equivalga a que al doctor Vargas Lleras se le tenga como perteneciente al mismo partido o movimiento político que inscribió la candidatura del Presidente de la República.

Porque no se puede confundir el partido o movimiento político del Presidente de la República con la coalición que concurre al programa de gobierno. Esta coalición política que se conforma por distintos partidos en apoyo del programa de gobierno, por cuya virtud deciden participar en el gabinete, no representa ni significa que a sus integrantes, en razón de ello, pueda equiparárseles como pertenecientes al partido o movimiento político que inscribió al Presidente.

El acuerdo programático no crea un partido que equivalga al del Presidente.

Entonces, en este orden de ideas, el apoyo que para la segunda vuelta electoral el partido Cambio Radical otorgó a la candidatura presidencial del doctor Juan Manuel Santos sólo tiene el alcance de representar una adhesión programática surgida de los lineamientos expresados con toda precisión, por dicho partido, en el comunicado de prensa del 9 de junio de 2010, a folio 99 del expediente.

Carece totalmente de la virtualidad de constituirse con efecto retroactivo a la primera vuelta presidencial, en partido político que avaló la inscripción de la candidatura del doctor Juan Manuel Santos a la Presidencia de la República.

La manifestación unilateral del Partido Cambio Radical del 9 de junio de 2010 a folio 99 no produce el efecto de significar que dicha colectividad política a partir de entonces dejara de existir, para sumarse o adscribirse al Partido de Unidad Nacional - Partido de la U, único inscriptor de quien alcanzó la Presidencia de la República.

Como se ha insistido a lo largo de esta ratio decidendi, la inscripción de la candidatura presidencial del doctor Juan Manuel Santos Calderón por ese partido político rigió y tuvo vigencia para ambas etapas del proceso electoral, pues éste es uno sólo que inicia con la inscripción de los candidatos por los diferentes partidos y movimientos políticos y termina con la elección de uno de ellos, independientemente de que esto se produzca en la primera o en la segunda vuelta.

El hecho de que para... [la segunda vuelta] algunos de los que no obtuvieron las dos más altas votaciones apoyen otro candidato, no implica, per-se, que dejen de pertenecer al partido o movimiento político que los inscribió.

El partido al cual, tanto para la época de inscripción de la candidatura presidencial del doctor Juan Manuel Santos Calderón, como para la segunda vuelta presidencial pertenecía quien en los decretos acusados fue designado Ministro Delegatario, era el partido Cambio Radical, y no así el de Unidad Nacional - Partido de la U.

Ahora bien, la razón de ser de la exigencia constitucional de que la designación de Ministro Delegatario recaiga en un Ministro "con pertenencia" al mismo partido o movimiento político del Presidente tiene el claro sentido de contribuir a fortalecer a estas agrupaciones, en el entendido de que los Ministros pertenecientes al partido que otorgó el aval al Presidente electo, son quienes mejor pueden asegurar el compromiso político presidencial de realización del programa de gobierno.

Significa una especie de premio en voto de confianza a la certeza de lealtad a los principios filosóficos y a la ideología que identifica al partido o movimiento político del Presidente, el mismo al que pertenece el Ministro, puesto que se trata de quien, pro tempore, resulta elevado a la dignidad presidencial de la República como Jefe de Gobierno durante las estadias del titular en el exterior, respecto de las funciones que se le asignan.

De la misma manera esta exigencia constitucional garantiza que la voluntad popular de los electores pertenecientes al partido inscriptor del Presidente se mantenga incólume incluso durante los viajes de éste al exterior, asegurándose la continuidad de los postulados ideológicos y políticos del partido ganador.

Es conclusión obligada que se desvirtuó la presunción de sujeción al ordenamiento jurídico que amparaba los decretos acusados. Se impone, por tanto, declarar su nulidad.

Los efectos de esta decisión no afectan, per-se, la validez de las actuaciones consolidadas en ejercicio de tales designaciones.”

Sentencia de 11 de julio de 2011, Exp. 11001-03-28-000-2010-00118-00. MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

2. En la circunscripción especial indígena las curules se distribuyen por el sistema de cociente electoral sin consideración a umbral alguno.

A esa conclusión llegó la Sección Quinta luego de estudiar los artículos 171 y 263 de la Constitución Política; además, señaló que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2003 no hay duda de que las curules pertenecen a los partidos o movimientos políticos y no a sus candidatos elegidos.

Dice la sentencia:

a) Las curules pertenecen a los partidos y a los movimientos.

“Con la reforma constitucional adoptada en el Acto Legislativo 01 de 2003, la preponderancia política radica en los partidos y movimientos políticos sobre los individuos o candidatos.

Es así que el inciso 6 del artículo 108 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2003 creó el régimen de bancadas en los siguientes términos: “Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por éstas”.

Para el control de dicho régimen, los estatutos de las agrupaciones políticas podrán prever sanciones para los miembros de las bancadas por la inobservancia de sus directrices, salvo los asuntos de conciencia.

También se estableció que los partidos y movimientos “presentarán listas y candidatos únicos.” (C.P. art 263)

Adicionalmente, se previó la existencia de un umbral que debe ser superado por la votación de las listas presentadas por los partidos y movimientos para que puedan competir por las curules que se asignarán por el sistema proporcional respectivo, bien sea la cifra repartidora o el cociente electoral. (C.P. art 263)

Finalmente, tanto la cifra repartidora como el cociente electoral se aplican a la votación obtenida por las diferentes listas y no a los candidatos como se explica más adelante. (C.P. arts 263 y 263 A)

De todas las normas referidas se establece que el sistema electoral vigente aplica directamente a los partidos o movimientos políticos -umbral, cociente electoral, cifra repartidora y bancadas- disposiciones establecidas a favor del fortalecimiento de los partidos políticos en desmedro de las “microempresas electorales” como consta en los antecedentes de la reforma política de 2003.

En consecuencia, no se puede predicar que esas normas sean aplicables en forma directa a los candidatos.”

b) De la exigencia del umbral del 30% del cuociente electoral para la asignación de curules en la Circunscripción Especial Indígena para el Senado de la República

“El tema en discusión surge a juicio del autor de la interpretación de dos disposiciones constitucionales que en su criterio parecen contradictorias; el artículo 171 y el artículo 263. Se precisa que el actor señala como infringido el artículo 263 A, pero de la lectura atenta del cargo entiende la Sala que se refiere al artículo 263 que prevé el umbral electoral del 30 % del cuociente electoral en las circunscripciones donde se elijen dos curules.

(...) el establecimiento de esa circunscripción es un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación que busca asegurar una democracia representativa y participativa que incluya de manera constante a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación.

Para ello se estableció un sistema de discriminación electoral positiva, mediante la adopción de reglas propias distintas a la generalidad.

Es así como la circunscripción especial fue diseñada de tal manera que se “regirá por el sistema de cuociente electoral.”, además de que los candidatos “deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.”

Sumado a lo anterior, el constituyente expresamente califica a la Circunscripción Indígena como “especial” lo que se entiende en contraposición a la nacional ordinaria en donde se eligen 100 senadores mediante la utilización del sistema de cifra repartidora.

La especialidad de esta circunscripción implica que la solución del artículo 171 se prefiere a la del artículo 263, lo que de suyo implica que se aplica el cuociente electoral sin consideración a umbral alguno. A esta conclusión se arriba como lo anotó el Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 numeral 1 de la Ley 57 de 1887 que preceptúa: “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.”

La aplicación del artículo 171 de la C.P. sobre el artículo 263 ibídem, además encuentra respaldo en el hecho de que el umbral del 30% del cuociente electoral fue establecido para la elección de Cámara de Representantes en las circunscripciones territoriales con poca población y que por tal razón sólo eligen dos curules, como aparece en los antecedentes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, reforma constitucional que introdujo en nuestro ordenamiento los conceptos de cifra repartidora y umbral. (...)

En consecuencia, es válido anotar que el umbral del 30 % del cuociente electoral no fue concebido ni diseñado para la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República.

En síntesis, no se equivocó el Consejo Nacional Electoral ni contrarió la Constitución Política ni la ley al asignar las curules utilizando únicamente el sistema de cuociente electoral sin consideración a umbral alguno y en tal virtud no debía abstenerse de declarar la elección como lo estima el actor.”

[Sentencia de 11 de julio de 2011, Exp.11001-03-28-000-2010-00105-00 MP. MAURICIO TORRES CUERVO.](#)

SALA DE CONSULTA

1. Aplicación de la ley estatutaria 1475 de 2011 a procesos electorales en curso.

El Ministro del Interior y de Justicia solicitó que la Sala se pronunciara respecto de la aplicación de la nueva ley estatutaria 1475 de 2011 *“Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”*, en atención a las elecciones previstas para el próximo 30 de octubre del año en curso.

La Sala en primer lugar se aclaró que a pesar del contenido del artículo 55 que ordena la entrada en vigor de la ley 1475 de 2011 a partir de su promulgación, existen ciertas normas que pueden tener efecto ultraactivo, dado que se trata de situaciones en curso o incluso consolidadas bajo la anterior normatividad.

Dice el concepto:

a) Fecha de cierre del período de inscripción de las candidaturas para la elección del 30 de octubre de 2011.

“ (...) son múltiples los efectos jurídicos y prácticos de la inscripción de candidatos, dentro de los cuales se pueden citar el que les permite adelantar la campaña electoral y por tanto presentar ante la ciudadanía su aspiración, programa, hoja de vida y demás aspectos que forman parte de la campaña electoral, lo cual deben hacer en igualdad de condiciones entre todas las organizaciones postulantes y los candidatos. En palabras de la Corte Constitucional: “Subrayando el carácter expansivo a la democracia participativa, ha advertido la Corte que todas las formas de organización política ciudadana, tales como los partidos, los movimientos políticos, las organizaciones sociales, los movimientos sociales, los grupos significativos de ciudadanos, “son sujetos activos de las normas constitucionales que regulan el método de adjudicación de los escaños de las corporaciones públicas de elección popular” [Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2001]. Ello en razón a que la función natural de estas formaciones políticas, es la de ofrecer a los electores candidatos de entre los cuales puedan seleccionar a sus representantes [Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2011]”

Iniciado el período para la inscripción de candidatos, el cual según la norma anterior debe concluir el 10 de agosto y según la nueva el 30 de julio, para las próximas elecciones el primero de ellos garantiza mejor la igualdad entre todos los candidatos y garantiza en mejor forma la posibilidad de inscribirse, pues no reduce, una vez iniciado, el término correspondiente. Procura además la mayor participación política, preserva el principio de la confianza legítima en los procedimientos ya iniciados y la igualdad entre todos los candidatos.

Por tanto es de todo punto razonable aplicar lo dispuesto por la última frase del artículo 4º de la ley 153 de 1887 al artículo 2º de la ley 163 de 1994, según el cual el término vence el 10 de agosto de 2011 para la inscripción de candidatos, en virtud del fenómeno de la ultraactividad de ésta norma.”

b) Procedimiento aplicable a grupos significativos de ciudadanos en la recolección de firmas necesarias para inscribir candidaturas.

“ (...) la nueva ley comenzó a regir el 14 de julio de 2011, menos de un mes antes del cierre del período de inscripción de las listas de candidatos a las elecciones locales que se realizarán el 30 de octubre, de lo cual se desprenden dos consecuencias que es necesario analizar: la primera, que ya había comenzado el período para la inscripción de candidaturas como se indicó en el punto anterior, y además, que para los grupos significativos de ciudadanos es materialmente imposible cumplir con

la cronología del nuevo procedimiento, pues no cuentan con el plazo mínimo de un mes para inscribir el Comité ad-hoc que recolecte las firmas necesarias para la inscripción.

Bajo estas perspectivas, es claro no sólo que nadie está obligado a lo imposible, sino que el derecho vigente regula en el citado artículo 40 de la ley 153 de 1887 el tránsito de legislación sobre asuntos en curso de naturaleza procesal, de suerte que debe aceptarse también en este caso que la norma anterior, que regulaba el procedimiento de recolección de firmas, tiene efectos ultraactivos, conforme con los argumentos antes expuestos.

La tesis anterior es más garantista del derecho a la participación política, en especial frente al derecho a la igualdad y de postulación, en primer lugar por cuanto puede darse una desigualdad entre los grupos significativos de ciudadanos que antes de la vigencia de la nueva ley inscribieron sus candidatos, quienes alegarían que tal inscripción constituye una situación consolidada que debe ser respetada por la nueva ley, de manera que su inscripción y presentación ante los electores se haría de manera diferente de aquella que realice otro grupo de ciudadanos que no registró candidaturas antes de la vigencia de la nueva ley; en segundo lugar podría significar tener que rehacer íntegramente el procedimiento de recolección de firmas, pues los nuevos formularios deberían incluir unos requisitos formales que no se encontraban en la legislación anterior, dificultando la inscripción, al grado que puede convertirse en una imposibilidad para hacerlo.

Ratifica lo anterior lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011, cuando al estudiar el procedimiento de inscripción y actualización del censo electoral dentro del examen de constitucionalidad del artículo 49 de la misma ley estatutaria 1475, tema que no es objeto de este concepto, reconoció nuevamente las dificultades de tránsito legislativo que podían producirse por la fecha en que probablemente sería promulgada la ley, así como la eventualidad de que por esa misma circunstancia de proximidad de las elecciones, existieran normas de la ley de imposible aplicación a los presentes comicios. (...)"

c) Equidad e igualdad de género

"Es importante tener en cuenta que desde la Constitución Política de 1991 se incorporaron disposiciones expresamente orientadas a reconocer a la mujer como sujeto de especial protección por parte del Estado, en razón de las condiciones de discriminación y marginalidad a las que históricamente ha sido sometida. Así, su artículo 40 señaló expresamente que "Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública", lo que en concordancia con la obligación del Estado de promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados" ha justificado constitucionalmente la existencia de acciones afirmativas en favor de la mujer. (...)

Precisamente, en desarrollo de los artículos 13, 40 y 43, de la Carta, el legislador, mediante la ley estatutaria 581 del 2000 definió algunos instrumentos destinados a realizar los derechos y garantías de la mujer en el ámbito de su participación política y su vinculación a los niveles decisorios de los órganos y entidades del Estado; en particular, su artículo 4º impuso a las autoridades nominadoras la obligación de incluir mujeres por lo menos en el treinta por ciento (30%) de los empleos que integren dichos niveles, con excepción, en ese momento, de los cargos de elección popular (art.5).

Ese primer avance representa un cambio sustancial en la lógica de la ley estatutaria 130 de 1994, que facultaba a los partidos políticos para "organizarse libremente" y los autorizaba a "postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno." Lógica esa de total autorregulación que sufrió profundas limitaciones en las reformas Constitucionales del 2003 y 2009, en las cuales se permitió la intervención del legislador para establecer normas mínimas de organización de los partidos y organizaciones políticas con el fin de garantizar la efectividad de principios constitucionalmente relevantes, entre ellos, precisamente, la igualdad de género. (...)

En esta evolución normativa el Artículo 1° del Acto Legislativo 1 del 2009 incorpora expresamente como principio rector de la organización democrática de los partidos y movimientos políticos la equidad de género (...)

Sin perjuicio de que algunos aspectos de la reforma deben ser desarrollados a través de una ley estatutaria -como se preveía más adelante en el mismo artículo-, la constitucionalización de los referidos principios representa un mandato expreso de optimización de la organización interna de los partidos; de este modo, la transparencia, la equidad de género, la moralidad, la objetividad y la vinculación positiva a sus programas políticos, se convierten desde el año 2009 en parámetros mínimos necesarios de la regulación estatutaria de los partidos.

La inclusión de una regla concreta en la Ley Estatutaria 1475 de 2011 sobre el porcentaje mínimo de participación femenina en las listas “donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta”, no resulta sorprendente o ajena a la evolución de las normas constitucionales y legales aplicables a esta materia; la misma se enmarca sin dificultad en el contexto de las diversas reformas adoptadas para garantizar la efectiva participación de la mujer en la conformación del poder político, en cumplimiento de los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Se trata, como advierte la Sentencia C-490 de 2011, de un fin constitucional no sólo válido, sino especialmente relevante en el marco de la igualdad real y efectiva de los derechos de participación política de la mujer (...)

Es importante resaltar que esta regla de participación no afecta la autonomía de los partidos, quienes, como ya se señaló, venían obligados desde el Acto Legislativo 1 de 2009 a adoptar principios de equidad de género en sus estatutos, los cuales ahora se reflejan en una participación concreta de la mujer en las listas de candidatos a corporaciones públicas. (...)

En consecuencia, si como ya se señaló, la vigencia de la ley estatutaria analizada no está sujeta a ningún condicionamiento (art.55) y las reglas de transición normativa indican que “las leyes que ... restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato” (artículo 18 de la ley 153 de 1887) no se veía por la Sala ninguna razón constitucional de mayor peso para preferir una interpretación que exceptuara el presente debate electoral del porcentaje mínimo de participación femenina establecido por el legislador, el cual, como se dijo, responde a unos fines de especial relevancia constitucional.

Además de que no se sacrifica el derecho de participación, la aplicación inmediata de la norma conforme a las reglas generales señaladas en la primera parte de este concepto tampoco resulta de imposible cumplimiento ni implica un esfuerzo desproporcionado para los partidos políticos, en tanto que aún queda plazo suficiente para inscribir listas y reformar las ya presentadas. Por el contrario, su inaplicación al actual debate electoral sin una razón constitucional suficiente aplazaría injustificadamente el compromiso del Estado de hacer efectiva la igualdad de la mujer a través de medidas afirmativas concretas que permitan superar las barreras culturales que limitan su participación efectiva en la vida pública.

Resalta la Sala que esta regla no resulta intempestiva ni afecta la confianza legítima de los partidos políticos y aspirantes a cargos de elección popular, pues además de que corresponde a la evolución paulatina que ha tenido la materia y de que concreta un principio constitucional que ya debía haberse reflejado en sus estatutos internos desde el Acto Legislativo 1 de 2009, son los propios partidos, a través de sus representantes en el Congreso de la República, quienes adoptaron dicha regla a través de un proceso legislativo público, y en el que se definió sin condicionamientos o restricciones temporales su ámbito de aplicación y de vigencia.

Más aún, la entrada en vigencia de dicha regla y su aplicación a los presentes comicios era previsible desde hace tiempo, pues el hecho de que las leyes estatutarias requieran de una revisión

constitucional previa, permite conocer su contenido anticipadamente y prever mecanismos de adaptación una vez entren a regir, más aún en ámbitos de la vida social en las que, como en la presente, existen grupos organizados directamente interesados que participan activamente de la adopción de tales decisiones públicas.

En este sentido, tampoco se podría interpretar que las listas presentadas antes de la vigencia de la ley quedaron por ese sólo hecho exceptuadas de dicho mandato, pues además de que se trata de una norma sustantiva de aplicación inmediata, ello generaría un problema grave de desigualdad, en tanto que crearía una diferenciación injustificada frente a quienes, estando en su derecho, no habían ejercido la facultad de inscripción de listas. Para unos y otros, la situación frente a la ley es la misma y ambos cuentan con plazos de modificación de las listas que hacen posible, sin sacrificio del derecho de participación, el cumplimiento del artículo 28 en cuestión.

Así las cosas, la Sala concluye que las listas inscritas por los partidos y movimientos políticos antes de la entrada en vigencia de la ley 1475 del 2011, así como las que se inscriban con posterioridad, deben adaptarse a lo dispuesto en su artículo 28 e incluir para las elecciones del 30 de octubre del 2011 el porcentaje mínimo de participación femenina allí exigido.”

d) Doble militancia política

“La simultaneidad de militancias políticas en distintas organizaciones de partido está completamente proscrita. Ahora bien, si el militante desea abandonar la organización a la cual perteneció, la Constitución lo permite siempre y cuando transcurra un tiempo mínimo para que no se sorprenda a los demás militantes con una decisión repentina, ni las respectivas organizaciones políticas se vean súbitamente desconocidas por parte de quienes con ellas están comprometidas por vínculos de confianza, lealtad y responsabilidad política.

A partir del marco constitucional descrito, la ley estatutaria 1475 del 2011, mediante la cual se desarrolla el Acto Legislativo de 2009, amplió en el artículo 2º los destinatarios de la prohibición y las situaciones que la configuran. Es en relación con esta circunstancia que la consulta se refiere al inciso tercero del mencionado artículo 2º, disposición que dice así: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren (a) ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de éstas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.”

La quinta de las preguntas que se formulan en la consulta está orientada a establecer cómo se contabilizan los doce meses, teniendo en cuenta que, antes de entrar en vigencia la ley 1475, esto es, antes del 14 de julio del 2011, esa concreta prohibición no existía. Entiende la Sala que se trata de establecer si, quienes a la fecha en mención desempeñaban cargos directivos en las organizaciones políticas, pueden o no postularse o ser postulados como candidatos en las elecciones previstas para el 30 de octubre del 2011, puesto que es evidente la imposibilidad de atender el tenor literal de la norma prohibitiva.

En el análisis de constitucionalidad de la prohibición a los directivos de los partidos y movimientos políticos, la sentencia C-490-11 recuerda que la doble militancia es una medida o instrumento de fortalecimiento de las agrupaciones políticas y como sus directivos “cumplen un papel central en tales organizaciones, en tanto actúan en su nombre...”, es ajustada a la Constitución y claramente justificable la extensión de dicha prohibición a sus directivos. La Sala hace suyos los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-490-11 y encuentra, además, que ellos responden al criterio de moralidad pública que en el primer inciso del artículo 18 de la ley 153 de 1887 permite restringir el ejercicio de derechos con efecto general inmediato.

La prohibición en estudio restringe el “derecho a ser elegido”, que la Constitución reconoce a “todos los ciudadanos” (Artículo 40, Numeral 1). Pero se trata de una restricción que responde a preceptos superiores de la Constitución, que en particular tiene como finalidad fortalecer el papel democrático de las agrupaciones políticas y eliminar o minimizar las consecuencias perversas de aquellas malas prácticas que han incidido negativamente en la legitimidad de las instituciones y en el ejercicio transparente y leal de los derechos políticos.

En esa perspectiva, la aplicación inmediata de la ley 1475 de 2011, ordenada de manera general en su artículo 55, implica que, siendo destinatarios de la norma los “directivos de los partidos o movimientos políticos”, y teniendo en cuenta que la ley contentiva de la prohibición de la doble militancia entró a regir el día 14 de julio de 2011, únicamente se aplica a quienes ese día y de allí adelante, tuvieren la condición de “directivos” de dichas organizaciones políticas. Esa situación objetiva es la que determinará su aptitud para ser inscritos como candidatos y para apreciar si su elección, en el caso de ser electos, es o no acorde con la Constitución y la ley. Por consiguiente, mal podría considerarse que la norma se aplique a quienes el día 14 de julio de 2011, tenían la condición de ex directivos, porque al entenderlo así se incurriría en una aplicación retroactiva de la ley.”

[Concepto 2064 de 27 de junio de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2011-00040-00\(2064\) MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN EL 27 de julio de 2011.](#)

2. Las personerías municipales cuentan con autonomía administrativa y presupuestal, por ello las sentencias en firme, dictadas por las jurisdicciones laboral y contenciosa administrativa, mediante las cuales se condena al pago de sumas de dinero, deben ser reconocidas y pagadas por estos organismos.

Esa fue la conclusión de la Sala en concepto cuya reserva fue recientemente levantada en el que el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública consultó respecto de si las sentencias dictadas, en materia laboral o contenciosa administrativa, en contra de la Personería del Municipio de Santiago de Cali, deben ser reconocidas y pagadas por ésta, pese a que carece de personería jurídica y, en caso afirmativo, si tal pago lo debe efectuar la Personería con cargo al rubro presupuestal de gastos de funcionamiento, que es el único del cual dispone en la actualidad, o el Municipio de Santiago de Cali, aunque éste no ha sido parte en los procesos.

Dice el concepto:

a) La Personería Municipal de Santiago de Cali si bien carece de personería jurídica, tiene autonomía administrativa y presupuestal y constituye una Sección dentro del presupuesto municipal.

Se pregunta inicialmente en la consulta, si las condenas judiciales en materia laboral o contencioso administrativa, a la Personería Municipal de Santiago de Cali, deben ser reconocidas y pagadas por ésta, pese a no tener personería jurídica.

Al respecto, es necesario señalar que la Personería Municipal puede carecer de personería jurídica, pero ello no es óbice para que efectúe el pago de las condenas judiciales, toda vez que goza de autonomía administrativa y presupuestal y constituye una Sección dentro del presupuesto del respectivo municipio, lo cual la habilita para atender sus obligaciones y realizar sus pagos.

En materia presupuestal, las normas legales orgánicas son de aplicación tanto a nivel nacional como territorial, conforme lo establece el artículo 352 de la Constitución.

El decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, es pues, aplicable en el ámbito municipal y dispone en los artículos 108 y 110 lo siguiente (...)

Como se observa, el inciso tercero de esta última norma [artículo 110] menciona a las “Personerías Territoriales”, expresión que comprende a las personerías distritales y a las municipales y en consecuencia, la ley orgánica de presupuesto reconoce a estos órganos, la autonomía presupuestal necesaria para el ejercicio independiente de su labor de control de la administración local y les confiere la categoría de ser una sección del presupuesto del respectivo distrito o municipio, con lo cual, además de la potestad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte (el distrito o el municipio), pueden válidamente ordenar el gasto respecto de las apropiaciones que han sido incorporadas en la Sección que les corresponde. (...)

En consecuencia, el Personero Municipal y los funcionarios del nivel directivo en los cuales éste haya delegado la facultad de ordenación del gasto, pueden, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, ordenar el gasto respecto de las apropiaciones que figuren en la sección correspondiente de la Personería Municipal dentro del presupuesto del municipio, sin que haya que solicitar la intervención del Alcalde Municipal, pues ello significaría desconocer la autonomía presupuestal del órgano de control. (...)

En síntesis, compete a la Personería Municipal de Santiago de Cali proceder al reconocimiento y pago de las sentencias judiciales dictadas en su contra, que se encuentren en firme, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 173, 174, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con cargo al presupuesto de gastos asignado en su Sección, dentro del presupuesto general del municipio, para lo cual debe tener y afectar el rubro correspondiente, siguiendo el principio de legalidad del gasto.”

b) El rubro presupuestal destinado al pago de las sentencias judiciales.

“La Constitución Política es clara en señalar que todos los gastos de cualquier órgano o entidad pública deben estar expresamente contemplados en su presupuesto.

Es así como el inciso segundo del artículo 345 de la Carta dispone que no “podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”, y el artículo 347 insiste en que “el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva”.

Adicionalmente, el artículo 346 del ordenamiento superior menciona, dentro de los gastos, a los créditos judicialmente reconocidos.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto compilatorio 111/96), aplicable a nivel territorial, como se vio, y por ende, a la Personería Municipal de Santiago de Cali, señala en el artículo 36, que el presupuesto de gastos se compone de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión, y el artículo 38 dispone que en el presupuesto de gastos sólo se pueden incluir apropiaciones que correspondan, entre otros conceptos, “A créditos judicialmente reconocidos”.

Ahora bien, la ley 1110 del 27 de diciembre de 2006, referente al presupuesto general de la Nación para el año 2007, en su artículo 39 dispone: “Las sentencias y conciliaciones serán incorporadas al presupuesto de acuerdo con la disponibilidad de recursos, de conformidad con el artículo 39 del estatuto orgánico del presupuesto”. El artículo 39 del Estatuto establece lo siguiente: “Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del presupuesto general de

la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan consonancia con el plan nacional de inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la ley 60 de 1993. Los proyectos de ley mediante los cuales se decreten gastos de funcionamiento sólo pueden ser presentados, dictados o reformados por iniciativa del Gobierno a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Ministro del ramo, en forma conjunta (Ley 179 de 1994, art. 18)”.

Ahora bien, como se advierte de la consulta, que la Personería Municipal de Santiago de Cali, en la actualidad, dentro de su Sección del presupuesto de la ciudad, carece de un rubro presupuestal denominado “Sentencias y Conciliaciones”, para atender estos compromisos, lo procedente es asignarle recursos para crear dicho rubro, mediante la tramitación ante el Concejo Municipal, de un proyecto de Acuerdo de traslados o adiciones presupuestales, conforme a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (...)

En consecuencia, una vez se encuentre vigente el Acuerdo municipal de aprobación del traslado o adición presupuestal correspondiente, el Personero Municipal o el funcionario en quien haya delegado la función, podrá ordenar el gasto respectivo para efectuar el pago de las sentencias condenatorias en firme, a cargo del órgano de control.”

[Concepto 1828 de 28 de junio de 2007. Exp. 11001-03-06-000-2007-00042-00. MP. GUSTAVO APONTE SANTOS. Autorizada su publicación por auto de 1 de julio de 2011.](#)

NOTICIAS DESTACADAS

CONSEJO DE ESTADO RADICÓ PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Son 5 los ejes temáticos orientadores del proyecto de acto legislativo radicado en el Senado de la República:

1. Fortalecimiento de la autonomía, independencia y presupuesto

Justicia al día
Descongestión
Tutela efectiva

2. Efectividad de los derechos de los consumidores

Deber de actualizar y de completar la normatividad que se ocupa de regular tales garantías, libre competencia - represión de prácticas restrictivas - derechos de los consumidores y solución de sus conflictos

3. Estructura administrativa y del gobierno armónica con las instancias de decisión judicial

Consejo Superior de la Judicatura
Requisitos para integración de las Altas Cortes

4. Seguridad jurídica - tutela

Efectos vinculantes del precedente judicial
Delimitación competencia Corte Constitucional
Pérdida de investidura
Restricción a funciones judiciales a autoridades administrativas

5. Justicia electoral - Consejo Nacional Electoral

Nombre: comisión nacional de control y vigilancia electoral
Reforma al origen: gobierno - rama judicial - congreso
Supresión de funciones: consultivas
Revisión de escrutinios
Iniciativa de actos legislativos
"Revocar" por "Cancelar" PERSONERÍAS JURÍDICAS e INSCRIPCIONES

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

Relatoría 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, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2011**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co