



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 5
• Sección Primera	5 - 14
• Sección Segunda	14 - 20
• Sección Tercera	20 - 46
• Sección Cuarta	46 - 54
• Sección Quinta	54 - 57
• Sala de Consulta	57 - 61
• Noticias Destacadas	62

Noticias destacadas

**EN BOGOTÁ
CULMINAN LAS
JORNADAS DE
DIFUSIÓN DEL NUEVO
CÓDIGO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

EDITORIAL

Registramos con enorme satisfacción y orgullo la culminación exitosa de las jornadas de difusión del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en todo el país. El lugar escogido para dar cierre a estos importantes eventos es el Centro de Convenciones “Gonzalo Jiménez de Quesada” de la ciudad de Bogotá, en donde se espera la asistencia de más de 2000 personas.

En el desarrollo del evento se darán a conocer los diversos aspectos contenidos en esta nueva codificación, mediante la exposición clara y precisa por parte de cada uno de los Honorables Consejeros conferencistas.

Aprovechamos la oportunidad para agradecer a las personas que con su compromiso y dedicación han hecho posible la realización de estas jornadas de trabajo en todo el territorio nacional, pues con su esfuerzo se logró dar a conocer a gran parte de la ciudadanía -más de 20.000 personas- este texto que reviste gran importancia para la comunidad en general.

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. El derecho al retroactivo hace parte de la justa retribución por el trabajo que enuncia el artículo 53 de la Constitución. La mora excesiva en el pago hace procedente la tutela.

Al decidir en segunda instancia la acción impetrada por la señora María Ángela Lizarazo, la Sala consideró que mediante Decreto No. 381 de 16 de octubre de 2008, se homologaron y nivelaron salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja,

en desarrollo de lo anterior, la Alcaldía Mayor de Tunja mediante Decreto No. 447 de 24 octubre de 2008, modificado por el Decreto 697 de 2008, asignó e incorporó a la accionante en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 05, con una asignación básica de \$ 765.964, y de conformidad con dicha disposición, esta tiene derecho a la cancelación de un retroactivo con los recursos que por excedentes registra el Municipio de Tunja. En tal virtud, la excesiva mora de las accionadas en materializar ese derecho, exigir a los beneficiarios el agotamiento de la acción ordinaria, además de las erogaciones económicas que este tipo de procesos implican dado que para ello es necesario el derecho de postulación, significaría premiar la negligencia y la conducta omisiva de las accionadas así como poner en un innecesario riesgo tales garantías fundamentales. Con fundamento en lo anterior, la Sala revocó la sentencia que negaba el amparo por improcedente, tuteló los derechos invocados y ordenó que en un plazo máximo de un mes le sea pagado el retroactivo a la accionante.

[Sentencia de 23 de febrero de 2011, Exp. 15001-23-31-000-2010-01518-01\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

2. Si no se demandan los actos administrativos que determinaron el retiro del demandante, el juez no puede pronunciarse de fondo sobre las pretensiones, por inepta demanda.

Al desatar la impugnación del actor contra el fallo de tutela que ordena al Tribunal Administrativo de Cundinamarca pronunciarse sobre todas las pretensiones de nulidad dirigidas contra actos de carácter general que decretaron la reestructuración de la planta de personal de la Corporación Social de Cundinamarca dentro de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada por el accionante, la Sección Cuarta del Consejo de Estado indicó que el *a quo* fundamentó su decisión de amparo en la sentencia del 23 de agosto de 2007 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 222804, relacionada con la posibilidad de acumular en una misma demanda actos de contenido general y actos de contenido particular, siempre que se trate de actos de incorporación a la nueva planta de personal de una entidad; sin embargo, la Sala considera que de esa sentencia no se puede derivar la obligación del juez administrativo para que se pronuncie sobre la legalidad de los actos administrativos demandados, cuando éstos no son los que retiran del servicio al empleado, pues, en ese evento, el juez estaría frente a una inepta demanda, que genera un fallo inhibitorio. Si no se demandan los actos que realmente causaron la violación del derecho, esto impide al juez pronunciarse de fondo sobre las pretensiones. En este sentido, la Sección Cuarta puntualizó que una cosa es la posibilidad de acumular en una misma demanda actos administrativos de carácter particular y actos de carácter general, cuando éstos sean actos de supresión de cargos de plantas de personal, caso en el que el juez administrativo deberá pronunciarse sobre la legalidad de esos actos. Y otra cosa, muy distinta, es que habiéndose demandado actos administrativos indebidamente, el juez administrativo tenga la obligación de estudiar la legalidad de dichos actos, cuestión que para la Sala es improcedente, pues, como se dijo, en este caso, se encuentra frente a una inepta demanda.

[Fallo del 3 de marzo de 2011, Exp. 11001 03 15 000 2010 01242-01 \(AC\), MP: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

3. Los dependientes judiciales que no tengan la calidad de estudiantes de derecho pueden obtener copias simples de todo o parte del expediente, más no pueden acceder a éste

La Sección Primera del Consejo de Estado revocó el fallo de tutela de primera instancia que no amparó el derecho fundamental a ejercer la profesión de abogado al actor, quien lo estima vulnerado por la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Buenaventura de no expedir copias a su dependiente, hasta luego de la ejecutoria de las decisiones. Adujo la Sala que el artículo 27 del Decreto 196 de 1971 establece que *“Los dependientes que no tengan la calidad de estudiantes de derecho, únicamente podrán recibir informaciones en los despachos judiciales o administrativos sobre los negocios que apodere el abogado de quien dependan, pero no tendrán acceso a los expedientes”*, de donde se sigue que los dependientes judiciales que no tienen la calidad de

estudiantes de derecho como la señora Katherine Ramírez Gutiérrez, sólo pueden recibir información de los procesos, más no acceder a los expedientes. Sin embargo, no puede perderse de vista que el numeral 5° del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil establece que *“a petición verbal de cualquier persona, el secretario expedirá copias no autenticadas del expediente o de parte de éste, en trámite o archivado sin necesidad de auto que las autorice. Tales copias no tendrán valor probatorio de ninguna clase.”*, de donde se sigue que, efectivamente, a la dependiente judicial del actor, aún sin tener la condición de estudiante de derecho, le asiste el derecho de solicitar copias simples de las actuaciones o providencias que se surtan en determinado proceso, pues la norma no contempla condicionamiento o restricción alguna para formular tal solicitud ante el Secretario del Juzgado.

[Sentencia de 26 de mayo de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2010-01741-01 \(AC\) MP: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

4. La acción de tutela es improcedente para subsanar errores del accionante. Imposibilidad de alegar la propia culpa a su favor

El actor solicita se tutele el derecho al debido proceso que estima afectado por cuanto el Juez Administrativo dictó sentencia adversa a sus pretensiones dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la audiencia de que trata el artículo 211 A del C.C.A., decisión notificada por estrados, desconociendo el precedente horizontal, y contra la cual no interpuso recursos. Al confirmar la decisión del a quo que rechazó por improcedente la tutela, la Sala indicó que no le asiste razón al accionante al considerar que el juzgado está vulnerando el precedente, pues es deber de la autoridad judicial revisar en cada evento si es procedente o no la realización de la audiencia pública de que trata el artículo 211 A del C.C.A., o si por el contrario es necesaria la práctica de pruebas. Agregó que, la parte actora no hizo uso de estos mecanismos ordinarios para controvertir la providencia acusada, ni tampoco logró demostrar la existencia de condiciones especiales que imposibilitaran el uso de tales mecanismos, pues el accionante tenía conocimiento de la citación realizada por el Juzgado para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 211 A del C.C.A., es decir, sabía que era posible que en dicha fecha se dictara el fallo de primera instancia, y aun así no se presentó ante el juzgado para averiguar del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sino hasta varios meses después, por lo que no se puede, sin desvirtuar el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela, pretender que se convalide la omisión y que se deje sin efectos una providencia que fue expedida de conformidad con las normas procesales vigentes.

[Fallo del 18 de octubre de 2011, Exp. 17001-23-31-000-2011-00358-01 \(AC\), MP: GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

ACCIONES DE GRUPO

1. La competencia para conocer la acción de grupo incoada por la captación de dinero en Neiva es del Juzgado Administrativo de esta ciudad, no de los juzgados administrativos de descongestión de Pasto y Mocoa.

Al resolver el conflicto de competencia entre el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, en donde fue presentada la demanda, y el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Mocoa, al que fue remitido el expediente por aquel al considerar que ya conoce a prevención de una acción por los mismos hechos, el Magistrado Ponente indicó que, teniendo en cuenta que la sociedad D.M.G. Grupo Holding S.A. (en liquidación) desarrolló su actividad de captación de dinero en Neiva, quien debe conocer de la demanda es el juez administrativo de esa ciudad, toda vez que los hechos que suscitan esta acción se presentaron allí, y en atención a que fue ante este despacho judicial donde se

presentó la demanda. Agregó el Consejero que la especialidad de los Juzgados Administrativos de Descongestión de Mocoa y Pasto, se circunscribe a las reclamaciones judiciales que con ocasión de la captación ilegal de dinero público surjan en su territorio. Así las cosas, en el caso *sub - examine* el competente para conocer de la acción de grupo de la referencia es el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Neiva, así como de las demás reclamaciones judiciales que con ocasión de la captación masiva e ilegal de dinero público desarrollada por la firma comercial D.M.G. Grupo Holding S.A. en liquidación se produzcan en esa localidad y en los demás municipios parte de su jurisdicción.

[Auto del 25 de agosto de 2011, Exp. 86001-33-31-001-2011-00034-01 \(AG\), MP: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

ACCIONES POPULARES (REVISIÓN EVENTUAL)

1. Es procedente la revisión para unificar la jurisprudencia sobre la acumulación de acciones populares.

Al decidir la solicitud de revisión, la Sala consideró que en el auto cuya revisión se solicita el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de lo actuado por «agotamiento de la jurisdicción» y rechazó la demanda con fundamento en lo dispuesto en el auto de 15 de marzo de 2006 de la Sección Tercera, que reitera que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado, opera el «agotamiento de la jurisdicción» hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos. De otra parte, esta Sección reiteradamente ha señalado que la acción popular es un proceso especial por lo que es viable la acumulación de procesos, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por los artículos 82 y 157 del Código de Procedimiento Civil. Es evidente que ante una misma situación de hecho las Secciones Primera y Tercera adoptan distintos criterios y decisiones que no son compatibles. Conviene, por tanto, unificar la jurisprudencia respecto del tema objeto de debate para darle coherencia, evitar contradicciones y garantizarle a los usuarios de la administración de justicia el derecho de igualdad ante la ley.

[Auto de 19 de noviembre de 2009, Exp. 73001-33-31-007-2008-00033-01\(AP\)REV. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

1. Procede la revisión de la decisión sobre la aplicabilidad del hecho superado en acciones populares con el fin de verificar la legalidad y unificar la jurisprudencia.

En ejercicio de la acción popular se busca reclamar protección a los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y al espacio público, mediante la adecuación de la publicidad exterior visual a lo dispuesto en el Decreto 971 de 2004. En sentencia de 19 de diciembre de 2008 el Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Medellín declaró que no hubo vulneración de los derechos colectivos alegados por cuanto el hecho fue superado y además, porque el material probatorio aportado es insuficiente para determinar si el aviso incumplía lo dispuesto en el Decreto 971 de 2004. Mediante sentencia del 21 de abril de 2009 el Tribunal Administrativo de Antioquia confirmó el fallo apelado. El solicitante pide la revisión de la sentencia porque considera que el Tribunal valoró inadecuadamente el material probatorio aportado y el retiro de la publicidad por parte de GASEXPRESS debía entenderse como un allanamiento a las pretensiones. Se accedió a la revisión de la decisión considerando que el actor cuestiona la aplicación de la figura del «hecho superado» por cuanto se crea una nueva forma de terminación anormal del proceso que tienen implicación procesal con relación a la posibilidad del pago de perjuicios y también sobre el incentivo, sobre cuya legalidad conviene orientar y unificar la jurisprudencia.

[Auto del 19 de noviembre de 2009, Exp. 05001-33-31-004-2008-00079-01\(AP\)REV. MP: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

2. Procede la revisión eventual para unificación de criterios sobre incentivo

Analizado el contenido de la solicitud de revisión incoada por el apoderado de la accionante, la Sala encuentra que en este caso resulta procedente la selección para revisión de la sentencia proferida por el a-quem, toda vez que en materia del reconocimiento y pago del incentivo, dada la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, existen serias dudas relativas en los eventos en los cuáles persiste el derecho al pago del incentivo, las que hacen necesaria la unificación de los criterios jurisprudenciales sobre el particular, en procura de la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad.

[Auto del 28 de julio de 2011, Exp. 05001-33-31-022-2009-00147-01\(AP\)REV, MP: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Se declara la nulidad de los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio que negaron el registro de la marca SKIN SECRET (mixta) para distinguir productos comprendidos dentro de la clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza, al no existir riesgo de confusión o asociación con la marca débil SECRET (nominativa) previamente registrada

Se demandan las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que declararon fundada la oposición promovida por THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, titular de la marca SECRET, previamente registrada en la clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza, y negaron el registro de la marca “SKIN SECRET” (mixta) de la firma INVERSIONES ÁVILA ROBAYO INVER ARO S. EN C., porque a juicio de la Superintendencia la última marca mencionada reproduce totalmente la marca SECRET y por lo mismo las hace confundibles en los planos ortográfico, fonético e ideológico.

Extracto: La Sala observa que en la estructura de las marcas enfrentadas aparece como elemento común la expresión SECRET, diferenciándose únicamente en la presencia de la palabra SKIN, que aparece incorporada en la marca cuyo registro se censura. (Para los fines de este proceso léase “se solicita”) La partícula SKIN es un vocablo de origen inglés que significa “PIEL”, y es “[...] generalmente utilizado en las marcas de la clase 3ª por su grado de descriptividad de los artículos que ampara”, ya que sirve para evocar ciertas cualidades o funciones de los productos cobijados bajo dicha denominación, al indicar que aquellos están destinados a ser aplicados en la piel, evocación que por demás no se desprende del vocablo SECRET, lo que permite colegir que no existe el más mínimo riesgo de que se pueda presentar una confusión en el plano ideológico, pues quien lea o escuche la palabra SECRET, no tiene por qué asociar esa expresión con la idea de piel. Así las cosas, no se puede desconocer que la partícula SKIN, al haber sido incorporada en la marca cuya nulidad se pretende, contribuye de manera importante a la distintividad de los productos y a eliminar cualquier riesgo de error o confusión. La expresión SECRET, que en este caso constituye la partícula común, si bien es de origen inglés como la anterior, ha de ser considerada como una palabra equivalente a SECRETO o SECRETA existentes en el idioma español, pues sus raíces y su estructura son prácticamente las mismas, las cuales no son susceptibles de apropiación exclusiva. No sobra precisar, sin embargo, que las dos palabras que integran el signo SKIN SECRET, son débiles y en tal condición, no son susceptibles de apropiación de manera exclusiva, pudiendo ser empleados en otras marcas por terceras personas. Con todo, la combinación de ambas en el signo mixto objeto de análisis, además de ser distintiva, como se ha venido afirmando, lleva implícita la susceptibilidad de representación gráfica, contribuyendo a la identificación de unos productos respecto de otros, haciendo viable su diferenciación o individualización en la mente del consumidor, así pertenezcan ambos a la misma clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza. Por lo expuesto, el conjunto marcario resultante de la combinación de las voces SKIN y SECRET, adquiere entonces una significación novedosa, original y diferenciable, de lo cual se deriva la posibilidad de que dicha marca pueda coexistir en el mercado con la marca opositora, previamente registrada. [...] Aparte de lo expuesto, mientras la marca

SECRET se encuentra conformada por dos (2) sílabas (SE-CRET), la marca SKIN SECRET, desde el punto de vista auditivo se encuentra compuesta por cuatro (4) (ES-KIN-SE-CRET). Del mismo modo, mientras la primera marca contiene cinco (seis) letras, la segunda está integrada por diez (10) (...). En virtud de lo expuesto, resulta claro que entre las marcas enfrentadas existen diferencias estructurales y de pronunciación que las hace inconfundibles. Ahora bien acudiendo al método de cotejo sucesivo se puede apreciar igualmente que la marca demandada no es confundible con la marca opositora. Ciertamente, las expresiones SKIN SECRET y SECRET, apreciadas en su conjunto y en forma sucesiva (y no simultánea) no producen una impresión de semejanza o de relación (...) Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio, al otorgar a la sociedad INVERSIONES ÁVILA ROBAYO INVER ARO S. EN C., S. el registro de la marca mixta SKIN SECRET, para distinguir los productos comprendidos en la Clase 3ª Internacional, se ajustó a los criterios de coexistencia de marcas débiles, pues como ya se dijo, se trata de una marca lo suficientemente distintiva que no presenta riesgos de confusión o asociación con la marca débil SECRET. Con arreglo a las ideas expuestas se concluye que las decisiones administrativas acusadas no contradicen la prohibición establecida en el artículo 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

[Sentencia del 14 de julio de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2003-00331-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

2. El ejercicio de funciones jurídicas es uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la judicatura remunerada que implica hacer tareas propias de la disciplina del derecho, esto es, de aquellas que conlleven a la aplicación de los conocimientos adquiridos en las distintas asignaturas que integran el pensum académico / No se accede a reconocer la práctica jurídica a una servidora de la DIAN que desempeñó labores técnicas y de apoyo en el manejo de la documentación

La señora Hayde Sabogal Portela, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 0227 de 6 de febrero de 2003 y 1027 de 8 de abril de 2003, mediante las cuales la Directora de la Unidad de Registro de Abogados y Auxiliares de la Justicia del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- le negó la práctica jurídica establecida como requisito para optar al título de abogado y resolvió el recurso de reposición confirmando dicha decisión.

Extracto: En relación con la judicatura remunerada, cabe tener en cuenta que para que ésta sea certificada por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Unidad de Registro Nacional de Abogados, es necesario acreditar los supuestos constitutivos de la misma a saber: (i) que se haya prestado en uno de los cargos señalados en el artículo 23 numeral 1 del Decreto 3200 de 1979 y (ii) que se haya prestado por un término continuo o discontinuo no inferior a un (1) año. La demanda plantea que la señora Hayde Sabogal Portela ocupó el cargo de “Técnico en Ingresos Públicos I Nivel 25 Grado 09” en la División de Documentación de la DIAN, el cual corresponde al cargo descrito en el literal g) del numeral 1º del artículo 23 ibídem, esto es, ser “*empleado oficial con funciones jurídicas en entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal*”. Según la norma en comento, los elementos necesarios para que el cargo de “Técnico en Ingresos Públicos I Nivel 25 Grado 09 en la División de Documentación” de la DIAN se acepte como judicatura al caso concreto, son los siguientes: (i) Haber tenido la condición de empleado oficial (ii) Desempeñar o ejercer funciones jurídicas (iii) Que dicho cargo se tenga en una entidad pública del orden nacional, departamental o municipal. En cuanto al primero de los supuestos, observa la Sala que la calidad de empleada oficial ostentada por la señora Hayde Sabogal Portela se encuentra demostrada. Para determinar si el cargo de “Técnico en Ingresos Públicos I Nivel 25 Grado 09” en la División de Documentación ejerce funciones jurídicas, como el segundo de los supuestos, el estudio debe partir necesariamente de su definición y del contenido funcional del cargo como tal. El Diccionario de la Real Academia Española define la función como aquella “*tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, a sus órganos o personas*”. En cuanto a la palabra jurídico, el mismo diccionario la define como un adjetivo que proviene del latín “*iuridicus*” y “*que atañe al derecho o se ajusta a él*”. Entonces,

desempeñar funciones jurídicas significa hacer tareas propias de la disciplina del derecho, esto es, de aquellas que conlleven a la aplicación de los conocimientos adquiridos en las distintas asignaturas que integran el pensum académico. Las funciones que la actora desempeñaba en la División de Documentación de la DIAN consistieron en labores técnicas y de apoyo en el manejo de toda la documentación en general de la entidad, lo que se asemeja más a una labor administrativa u operativa que no requiere conocimientos jurídicos. Confrontados los hechos que la Sala da como probados, con la descripción de los supuestos o elementos previstos en el literal g) del numeral 1° del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, se observa que la actora no ejerció o desempeñó funciones propias de su formación como profesional en la disciplina del derecho, de donde se ha de concluir que incumplió con uno de los requisitos para que le fuera reconocida la judicatura remunerada y así obtener su título profesional de abogada.

Sentencia del 18 de agosto de 2011. Exp. 25000-23-24-000-2003-00702-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

3. a) Se decreta la pérdida de la investidura de un Concejal del municipio de El Colegio por ejercer simultáneamente como revisor fiscal de la Cooperativa de Transporte COINTRANSCOL LTDA., persona jurídica de derecho privado, que es contratista del mismo municipio

Se solicitó la pérdida de la investidura del Concejal Bernardo Gamboa Prieto del municipio de El Colegio (Cundinamarca), elegido para el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, porque a juicio del demandante se configura la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, porque el Concejal demandado tiene un contrato de honorarios como revisor fiscal de la Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio (Cundinamarca) "COINTRANSCOL LTDA.", empresa que es contratista del citado Municipio.

Extracto: Resulta evidente que en el caso sub examine se configuró la violación al régimen de incompatibilidades. En efecto, el señor Bernardo Gamboa Prieto, fue elegido Concejal del Municipio de El Colegio (Cundinamarca) para el período 2008-2011 y funge como tal; de manera simultánea se desempeña como revisor fiscal de la Cooperativa de Transporte "COINTRANSCOL LTDA.", siendo designado por el Consejo de Administración de aquélla, por delegación que le hiciera la Asamblea General Ordinaria de 28 de marzo de 2008, y como honorarios, recibe la suma de \$210.000.00, conforme consta en el Oficio de 21 de septiembre de 2010 y en los comprobantes de caja allegados al proceso y la mencionada Cooperativa es contratista del citado ente territorial, de acuerdo con los contratos obrantes a folios 116 a 162. En este orden de ideas, concurren los supuestos que exige la causal de pérdida de investidura invocada, esto es, la prevista en el numeral 4 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, pues, como quedó visto, el demandado es Concejal del Municipio de El Colegio (período 2007-2011), quien de manera simultánea sirve como revisor fiscal de COINTRANSCOL LTDA., persona jurídica de derecho privado, Cooperativa de Transporte ésta que es contratista del citado Municipio. (...) Al estar demostrado el vínculo contractual del Concejal demandado con la Cooperativa de Transporte COINTRANSCOL LTDA., persona jurídica de derecho privado, que a su vez es contratista del Municipio de El Colegio, forzoso es concluir que incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en artículo 45, numeral 4, de la Ley 136 de 1994, independientemente de que su intención no hubiera sido la de colocarse en tal situación.

b) La causal de incompatibilidad prevista para los Concejales en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000 (que adicionó el numeral 5 al Artículo 45 de la Ley 136 de 1994) lo que prohíbe es contratar con empresas, cualquiera sea su objeto social, que a su vez sean contratistas del Municipio donde el Concejal funge como tal / Concejales: Límites al ejercicio de su profesión u oficio

Extracto: En relación con el artículo 41 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, que consagró también como incompatibilidad de los

Concejales la de “*Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio*”, cabe señalar lo siguiente: Como bien lo dice la parte demandada, en esta causal la incompatibilidad se predica sólo de los Concejales que sean contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social que prestan servicios en el Municipio, mas no respecto de otras empresas públicas o privadas. Así también lo consideró la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de dicha disposición cuando señala que “*los concejales conservan la posibilidad de trabajar en cualquier otra empresa privada que no sea de la categoría de las cobijadas por la incompatibilidad, o de contratar con ellas, o de ejercer cualquier profesión u oficio independiente*”. Siendo ello así, podría pensarse entonces que el Concejal demandado no estaría incurso en la causal endilgada, dado que la empresa en la que se desempeña como revisor fiscal -COINTRANSCOL LTDA.-, es una persona jurídica de derecho privado. Empero, estima la Sala, que tal situación no concurre en este caso dado que la persona jurídica de derecho privado en la que el Concejal ejerce como revisor fiscal, es contratista del Municipio de El Colegio, conforme consta en los contratos allegados al expediente. Precisamente, lo que prohíbe la causal invocada es contratar con empresas, cualquiera sea su objeto social, que a su vez sean contratistas del Municipio donde el Concejal funge como tal, por lo que resulta irrelevante, como lo manifestó el Ministerio Público, si como revisor fiscal defiende un interés público o el interés de la empresa privada. Interpretación que de ninguna manera se puede considerar extensiva, dado que la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, en vez de restringir, amplió el ámbito de incompatibilidad de los Diputados y Concejales, al adicionar el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, fortaleciendo dicho régimen, en aras de lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de tales cargos, criterio sostenido por esta Corporación y la Corte Constitucional. Cabe precisar que si bien es cierto que el artículo 8° de la Ley 1368 de 2009, “*Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones*”, dispone que los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, también lo es que la misma disposición limita su ejercicio cuando señala, “*siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte*”.

[Sentencia del 4 de agosto de 2011. Exp. 25000-23-31-000-2010-02331-01\(PI\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Pérdida de Investidura](#)

4. El Hospital San Antonio de Soatá por manejar recursos públicos de carácter departamental está sujeto al control fiscal de la Contraloría General de Boyacá y está obligado al pago de la cuota de fiscalización

El representante legal de la Empresa Social del Estado Hospital San Antonio de Soatá presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declare la nulidad de la Resolución 424 de 6 de septiembre de 2000 del Contralor General de Boyacá, mediante la cual se determinó que debía pagar a favor de esa Contraloría la suma de \$224.854.556, por concepto de cuotas de fiscalización; y de la Resolución 0562 de 8 de noviembre de 2000, mediante la cual no se repuso la decisión anterior.

Extracto: El artículo constitucional 267 no establece ninguna exención de control fiscal a las entidades que manejan bienes o fondos de la Nación, entre ellas, el Hospital San Antonio de Soatá, ya que para su gestión requiere de dichos recursos. De manera, que no existe confusión como lo da a entender el demandante, pues si bien el control fiscal es una función pública que ejercen las contralorías, el Hospital por el hecho de prestar un servicio público en salud, y ser una entidad pública descentralizada, no está excluido de tal control, ya que se reitera, para poder funcionar y ejercer la prestación de sus servicios, sin duda alguna requiere de recursos de la Nación.

[Sentencia del 26 de mayo de 2011. Exp. 15001-23-31-000-2001-00321-01, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. No se accede a declarar la nulidad de los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio que negaron el registro de la marca AGUA PURA CRISTAYÁ (mixta) AGUA PURA (como explicativa) en la clase 32 de la nomenclatura internacional, al existir un alto riesgo de confusión indirecta con las marcas CRISTAL y AGUA CRISTAL registradas en la misma clase 32, que torna inviable la coexistencia pacífica de las marcas en el mercado

Se demandan las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que declararon fundada la oposición promovida por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. y negaron el registro del signo AGUA PURA CRISTAYÁ (mixta) AGUA PURA (como explicativa), solicitado por el señor OLAYA ESTUPIÑÁN

Extracto: Las marcas en conflicto tienen importantes similitudes desde el punto de vista ortográfico y estructural, que a la postre resultan ser de mayor relevancia que las diferencias. Las similitudes anteriormente mencionadas, generan un impacto bien relevante en el plano visual, pues lo cierto es que la marca denegada reproduce en el mismo orden casi la totalidad de los elementos que forman parte de las marcas registradas, diferenciándose tan solo en el uso de la desinencia YÁ en la marca denegada, como sustitutiva de la consonante “L”. CRISTAL - CRISTAYA. Ahora bien, considera la Sala que a pesar de las coincidencias consonánticas, vocálicas y silábicas anteriormente enunciadas, no puede afirmarse que los signos sean idénticos desde el punto de vista fonético, entre otras cosas porque el acento prosódico se encuentra marcado en las terminaciones, que como ya se dijo son distintas (...) En el plano eminentemente conceptual se debe destacar, que la expresión CRISTAL tiene en idioma castellano el significado específico que enseguida se menciona, tomado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22ª Ed.): CRISTAL. (Del lat. *crystallus*, y este del gr. *κρύσταλλος*). 1. m. Sólido cuyos átomos y moléculas están regular y repetidamente distribuidos en el espacio. 2. m. Vidrio, especialmente el de alta calidad. Cristal de La Granja. 3. m. Pieza de vidrio u otra sustancia semejante que cubre un hueco en una ventana, en una vitrina, etc. 4. m. Lente de las gafas. 5. m. Tela de lana muy delgada y con algo de lustre. 6. m. Geol. Cuerpo sólido que naturalmente tiene forma poliédrica más o menos regular; p. ej., las sales, las piedras, los metales y otros. Por su parte, la expresión CRISTAYÁ, debe tenerse como un signo de fantasía, por cuanto dicho vocablo no encuentra en nuestro idioma una significación concreta. Por lo anterior, no es dable predicar en el sub lite que las marcas enfrentadas sean conceptualmente coincidentes. En todo caso y sin la pretensión de señalar que las marcas sean idénticas, estima la Sala que la presencia de la desinencia “YA” en la marca denegada, realidad no le aporta en realidad mayor distintividad, haciéndola altamente confundible con las marcas previamente registradas a nombre de la sociedad GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., pues el consumidor medio, podría llegar a pensar que los productos identificados con la marca CRISTAYÁ, corresponden a una nueva línea de productos producida y comercializada por la precitada empresa. Las similitudes anotadas y la pertenencia de ambas marcas a la misma clase 32 de la nomenclatura internacional, llevan a la Sala a concluir que existe un alto riesgo de confusión indirecta, circunstancia que de acuerdo con los criterios acogidos por el Tribunal Andino de Justicia, torna inviable la coexistencia pacífica de ambas marcas en el mercado e imposibilita el registro de la marca solicitada con posterioridad. En cuanto se refiere a la conexión competitiva, la Sala es del criterio que por tratarse de marcas de la misma clase 32, los servicios cobijados por ellas están llamados a ser comercializados empleando idénticos medios de promoción y publicidad y los mismos canales de distribución, lo cual incrementa los riesgos potenciales de confusión.

[Sentencia del 14 de julio de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00054-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

6. a) La notificación de las decisiones administrativas en materia aduanera puede hacerse personalmente o por correo / Recurso de reconsideración: Obligatoriedad

La sociedad Transportes Romar Internacional C.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad de la Resolución

4226 de 20 de septiembre de 2005, proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con la cual se le sancionó con la suma de \$152'866.000.00 m/cte, porque, a su juicio, se le notificó en forma indebida, violándose el debido proceso y su derecho a la defensa.

Extracto: De conformidad con el artículo cuarto de la Resolución acusada núm. 4226 de 20 de septiembre de 2005, contra ésta sólo procede el Recurso de Reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a su notificación. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que el recurso de reconsideración es obligatorio para los efectos de agotamiento de la vía gubernativa, pues se considera como un recurso de apelación, porque no es resuelto por el mismo funcionario que expide el acto administrativo y que habilita, en caso de ser desfavorable, para impetrar ante la instancia Jurisdiccional la nulidad del acto recurrido. El Decreto 2685 de 1999 (...) artículo 515 consagra que el recurso de reconsideración debe interponerse dentro de los 15 días siguientes a su notificación, luego se debe entrar a examinar cuando legalmente se debe considerar que la actora recibió dicha notificación, o si no la recibió y le fue cercenado el derecho que tenía de presentarlo en la vía gubernativa, para así acudir directamente a demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción, como lo señala el artículo 135 del C.C.A., modificado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989. Argumenta la actora que el acto acusado no se le notificó de manera legal y que, por lo tanto, no pudo hacer uso del recurso de reconsideración para agotar así la vía gubernativa. En este orden de ideas, el artículo 563 del Decreto núm. 2685 de 1999, “por el cual se modifica la legislación aduanera”, que es norma especial, consagra: “ART. 563. Formas de notificación. Los requerimientos especiales aduaneros, los actos administrativos que deciden de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía, o la formulación de una liquidación oficial y, en general, los actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, deberán notificarse personalmente o por correo...”. De lo anterior se colige que, por una parte, en materia aduanera las normas del C.C.A. en lo relacionado con la notificación de las decisiones administrativas no son aplicables, y, por la otra, que la Ley permite que los actos administrativos que deciden de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía, etc., puedan ser notificados válidamente personalmente o por correo, por lo que es claro que están previstas como facultativas o alternativas, de modo que de la voluntad de la Administración depende el uso de una u otra.

b) Notificación por correo certificado de los actos de la administración aduanera: Dirección a la que debe efectuarse

Extracto: La notificación por correo certificado, se hizo como lo dispone la norma, enviando el acto acusado, pero la actora alega que no se le notificó a la dirección que de conformidad con el artículo 562 transcrito, debió hacerse a la dirección procesal, cuando el responsable haya señalado expresamente una dirección. La Administración envió el acto acusado por correo certificado a la Calle 0 # 4 - 15 Barrio La Merced, Cúcuta, Norte de Santander, según acuso de recibo núm. 07 2267113, expedido por la Administración Postal, dicha dirección aparece en la parte inicial del acto acusado; para la Administración de Aduanas la notificación se surtió el 22 de septiembre y el acto acusado quedó ejecutoriado el 18 de octubre de 2005. La notificación y la fecha en que fue efectuada, ante todo constituyen una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, que el interesado debe desvirtuar. Para la actora la supuesta notificación que alega la DIAN, no existe porque no se le notificó en la dirección que tiene registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, según consta el Certificado de Existencia y Representación Legal, en el cual se lee que el domicilio de la empresa es la ciudad de Bogotá y que la dirección de notificación judicial es la Carrera 43 # 70 - 38 piso 2, que es la misma dirección comercial y agrega que a lo anterior se suma que en todas las Cartas de Porte Internacionales por Carretera y en los Manifiestos de Carga que fueron objeto de estudio en el acto acusado, aparece la dirección de su domicilio en Venezuela. Ahora, si bien es cierto que la dirección para notificación judicial que la actora registró en el Certificado de Existencia y Representación de fecha 26 de octubre de 2006, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, es la carrera 43 # 70-38, piso 2, no lo es menos que diferentes circunstancias llevan a la Sala a la conclusión de que la notificación sí se hizo de conformidad con la ley, en este

caso de acuerdo con el artículo 562 del Decreto 2685 de 1999, y que la actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de que goza el acto de notificación que por correo certificado se le hizo el 22 de septiembre de 2005 a la dirección Calle 0 # 4 - 15, Barrio La Merced de Cúcuta, de lo cual da fe el documento autenticado, acuse de recibo núm. 07 226713, expedido por Adpostal; dicho documento fue recibido por la señora Nancy Bayona con C.C. 37´443.381 (...) Para la Sala la DIAN Local de Cúcuta sí dio cumplimiento al artículo 562 del Decreto 2685 de 1999, en cuanto envió la notificación del acto acusado a la dirección que tiene registrada en sus documentos, que es la misma que aparece en la papelería que la empresa actora usa en sus asuntos comerciales; además el representante de la entidad está domiciliado en la ciudad de Cúcuta y los hechos ocurrieron en esta ciudad.

c) Se profiere sentencia inhibitoria al configurarse la caducidad de la acción / La solicitud de revocatoria directa no revive los términos de caducidad de la acción

Extracto: En la solicitud de revocatoria directa, la actora no alega que la Resolución núm. 4226 de 2005, hubiera sido mal notificada, sino que solicita que se le aplique el principio de favorabilidad, porque en su criterio el acto acusado perdió su fuerza ejecutoria, porque para el 18 de octubre de 2005, se había expedido el Decreto 3600 de 2005, publicado en el Diario Oficial el 12 de octubre de 2005, por medio del cual derogó tácitamente las infracciones tipificadas en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999. Por lo demás, y aún admitiendo, en gracia de discusión, que a la actora no se le dio la oportunidad de interponer el recurso de reconsideración, conforme al inciso 2° del artículo 135 del C.C.A., podía acudir directamente a la Jurisdicción. Empero si optó por la revocatoria directa, habida cuenta de que conforme al artículo 72 del C.C.A., la misma no revive los términos de caducidad, en este caso la acción estaría caducada, pues si la actora solicitó la revocatoria directa el 19 de diciembre de 2005, este día se entendería notificada por conducta concluyente de la Resolución que impuso la sanción en su contra. En consecuencia, el plazo para el ejercicio oportuno de la acción vencía el 20 de abril de 2006. Y como la demanda se instauró el 31 de octubre de 2006 lo fue extemporánea. Por lo anterior la Sala Confirmará la sentencia apelada por medio de la cual el Tribunal se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo.

[Sentencia del 11 de agosto de 2011. Exp. 54001-23-31-000-2006-01416-01\(17512\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

7. a) Contabilización del término de prescripción de la facultad sancionatoria cambiaria / No se configuró la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria porque el acto de formulación de cargos se notificó dentro de los 3 años siguientes a la ocurrencia del último hecho

La empresa ÓPTICA SPORT LTDA presentó demanda contra las Resoluciones de sanción cambiaria 001802 del 1 de septiembre de 2004 y 1677000424 del 11 de marzo de 2005, proferidas respectivamente por las Divisiones de Liquidación y Jurídica de la DIAN Pereira por haberse efectuado una indebida canalización de divisas por cuantía de US\$ 438.614,45. A título de restablecimiento del derecho solicitó que se declare que no está obligada a pagar la suma determinada en los citados actos administrativos en cuantía de \$1.377.317.020.

Extracto: Sobre el alcance del artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, la Sala ha dicho que ella *“establece dos términos de prescripción, uno inicial de 3 años que se interrumpe con la notificación del pliego de cargos, y otro subsidiario de un año, que empieza a correr a partir del vencimiento del término para responder al pliego de cargos y cesa con la notificación de la resolución sancionatoria”*. (...). De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el último hecho ocurrió el 6 de marzo de 2000, según declaración de cambios por importación de bienes N° 86432, por lo cual el término para notificar el pliego de cargos, según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, vencía el 6 de marzo de 2003. Adicionalmente, la notificación se hizo el 5 de marzo de 2003 día de la introducción al correo, según certificación del Jefe de Grupo de Notificaciones de la DIAN, y se entendió surtida ese mismo día de conformidad con el artículo 15 del

Decreto 1092 de 1996, que se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos, por lo cual, en principio, no habría operado la prescripción de la acción sancionatoria (...). En el presente caso, no se encuentra acreditado en autos, que el Acto de Formulación de Cargos solo llegó a manos de la demandante el 10 de marzo de 2003, pues ni la copia de un sobre de la DIAN con sello que dice “Notificación por correo certificado” y tiene el número 320173, ni la copia de la planilla de entrega de certificados a domicilio de esa fecha, expedida por la Administración Postal Nacional de Pereira, correo certificado N° 320173, permiten concluir que dicho correo era el contenido del Acto de Formulación de Cargos de 5 de marzo de 2003. De esta forma y sin mayor dificultad, se advierte que no se encuentra desvirtuada la presunción de notificación en la fecha de introducción al correo del Acto de Formulación de Cargos del 5 de marzo de 2006, lo que trae como consecuencia que el citado acto administrativo se notificó dentro de los 3 años siguientes a la ocurrencia del último hecho (6 de marzo de 2000), por lo cual no operó el fenómeno de la prescripción previsto en el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996.

b) La finalidad de las causales de nulidad procesal previstas en los numerales 5 y 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil es evitar que se desconozca el derecho de defensa

Extracto: La finalidad de las causales de nulidad es la de evitar que se desconozca el derecho de defensa, cosa que no ocurrió en el presente caso, dado que, como se dijo antes, de una parte, las pruebas que tenía la administración eran suficientes para atribuir al demandante la responsabilidad objetiva por violación al régimen de cambios, y, de otra parte, no se ha demostrado que se haya vulnerado el citado derecho, pues la actora no solicitó en la instancia jurisdiccional la práctica de las pruebas para la que la administración había fijado un término de 4 meses cuyo cumplimiento total ahora echa de menos. En el caso sub examine, la Administración consideró que la prueba existente al momento de imponer la sanción era suficiente para deducir de ella la existencia de las obligaciones en el exterior para cuyo cumplimiento se canalizaron divisas a través del mercado cambiario, y con ella la infracción cambiaria que dio lugar a la sanción impuesta al actor. Dedución que la Sala estima, no obedeció a juicios arbitrarios sino fue producto de un conjunto de indicios contundentes que la condujeron a la conclusión a la que se llegó en los actos demandados, sin que de otro lado la sociedad actora hubiese solicitado en sede jurisdiccional la práctica de pruebas capaces de desvirtuar a su vez la presunción de legalidad que ampara las providencias administrativas atacadas. Adicionalmente, las pruebas que había encontrado la administración tenían el poder de convicción suficiente para llevarla a concluir que el actor había incurrido en la infracción cambiaria por la cual se le impuso la sanción, y el hecho de que el demandante no hubiese pedido en sede jurisdiccional la práctica de las pruebas ordenadas mediante la Resolución N° 000918 del 10 de mayo de 2004, permite concluir que las mismas no resultaban categóricas o concluyentes para desvirtuar las obtenidas por la DIAN en el curso de la investigación, esto es, para demostrar la existencia de las obligaciones en el exterior para cuyo cumplimiento se canalizaron divisas a través del mercado cambiario, por lo cual es evidente que no se vulneró el derecho de defensa que pretende proteger la norma que se considera vulnerada.

c) Infracción cambiaria: Impuesta al determinarse que se canalizaron de manera indebida divisas a través del mercado cambiario por obligaciones inexistentes no certificadas por quien aparece como proveedor de las mercancías respectivas en el exterior

Extracto: Considera el demandante que no es aplicable el literal h) del artículo 1 del Decreto 1074 de 1999, pues este se refiere a canalizar a través del mercado cambiario como importaciones o exportaciones de bienes, o como financiación de éstas o aquéllas, montos que no se deriven de las mencionadas operaciones obligatoriamente canalizables, y en el presente caso las operaciones de la sociedad demandante son de las que deben canalizarse a través del mercado cambiario. Si bien las operaciones de importación de bienes son de aquellas que deben canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario, conforme al artículo 7 de la Resolución Externa N° 21 de 1993 vigente para la época de los hechos, también lo es que el artículo 2 ibídem señala claramente que “No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente

recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior”. No debe olvidarse además que, conforme al artículo 30 del Decreto 1092 de 1996, “la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva”, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-010 de 2003. En el presente caso se comprobó que los giros no corresponden a obligaciones con el exterior, pues en dos oportunidades el proveedor, ESSILOR HISPANO AMERICA, manifestó que Flo-Lite Optical no facturó a la Óptica Sport los valores o las cantidades descritas en las facturas que se le adjuntaron, salvo una de las facturas que existe como tal en ESSILOR HISPANO AMERICA, aunque con un valor diferente. En consecuencia, el actor incurrió en una infracción al régimen cambiario contenida en la Resolución Externa N° 21 de 1993 que la administración debía sancionar.

[Sentencia del 11 de agosto de 2011. Exp. 66001-23-31-000-2005-00769-01, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

8. Se ordena a la Superintendencia de Industria y Comercio conceder patente a la invención denominada “MESILATO TRIHIDRATO DE ZIPRASIDONA” porque mejoró las propiedades de la ziprasidona, en el entendido de que abrió una posibilidad para su formulación inyectable como antipsicótico, la cual no estaba comprendida en el estado de la técnica.

PFIZER INC presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 07928 de 14 de marzo de 2002 y 21757 de 15 de julio de 2002, con las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio negó el privilegio de patente a las dos reivindicaciones pendientes de invención titulada “SAL MESILATO TRIHIDRATO DE 5-(2-(4-(1,2-BENZOISOTIAZOL-3-IL)-1-PIPERAZINIL)ETIL)-5-CLORO-1,3-DIHIDRO-2H-INDOL-2-ONA TRHIDRATO”, y resolvió el recurso de reposición confirmando dicha decisión. Y que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio conceder la patente solicitada para las 2 reivindicaciones pendientes.

Extracto: Observa la Sala que los conceptos y consideraciones del Doctor Fierra Medina y del profesor Henao Martínez, resultan coincidentes con aquéllos expuestos por el Doctor Frank R. Busch investigador de PFIZER INC., e inventor del “*Mesilato de ziprasidona trihidrato*” en que el compuesto “Mesilato de ziprasidona trihidrato” no estaba comprendido en el estado de la técnica al momento de presentarse la solicitud de patente, es decir que resultaba novedoso. Adicionalmente, concuerdan al afirmar que el mesilato de ziprasidona presentaba un problema técnico de solubilidad y estabilidad que impedía su formulación inyectable, el cual quedó resuelto al obtenerse su forma trihidratada que reunía las características de solubilidad, estabilidad termodinámica e higroscopía requeridas, propiedades que no podían derivarse en forma obvia del estado de la técnica, habida cuenta de que no es posible anticipar las características de un polimorfo (forma cristalina de un compuesto) o un hidrato y, por ende, no siendo predecibles las características del Mesilato de Ziprasidona Trihidrato. Así pues, el nivel inventivo del “Mesilato de Ziprasidona Trihidrato”, compuesto no comprendido en el estado de la técnica (novedoso), radica en las características de solubilidad, higroscopía y estabilidad termodinámica no esperadas ni predecibles del compuesto ziprasidona, las cuales permitieron su formulación inyectable (nivel inventivo). Adicionalmente, la solicitud de patente de invención contiene el procedimiento a través del cual puede obtenerse el “Mesilato de Ziprasidona Trihidrato” y, bajo esa perspectiva, también goza del requisito de altura inventiva, pues según afirma la Superintendencia de Industria y Comercio, tratándose de solicitudes de patentes que versen sobre formas cristalinas, el salto cualitativo en el estado de la técnica comporta la disposición de un procedimiento que permita la producción de un compuesto cristalino que se diferencie del compuesto comprendido en el estado de la técnica, como ocurre en el asunto de la referencia, ya que el citado compuesto es diferente a aquéllos referidos en las anterioridades EP0281309 y EP0584903 y, además, posee cualidades químicas distintas. No puede perderse de vista que, según expuso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Interpretación Prejudicial el nuevo resultado propuesto en una solicitud de patente “*puede consistir incluso en un resultado mejor que el conocido... Si el aporte implica un adelanto y se ha hecho alguna contribución novedosa*”

y útil, se considera que hay invento” y está suficientemente acreditado que el “Mesilato de Ziprasidona Trihidrato” mejoró las propiedades de la ziprasidona, en el entendido de que abrió una posibilidad para su formulación inyectable como antipsicótico, la cual no estaba comprendida en el estado de la técnica.

[Sentencia del 15 de septiembre de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2003-00003-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Retiro del servicio por inconveniencia de miembro del cuerpo de vigilancia y custodia del INPEC, vulneró el derecho de defensa por no formulación de cargos y traslado de pruebas

El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, cuenta con la facultad de retirar del servicio a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de dicho Instituto, por razones de conveniencia, esto es, en aras de alcanzar la depuración, moralización administrativa y funcional que se exige de quienes desarrolla una tarea tan importante y trascendental para la sociedad como lo es la custodia y vigilancia de los nacionales o extranjeros privados de la libertad, sin que ello, desde luego constituya una potestad discrecional absoluta, en tanto el servidor objeto de esta medida debe contar con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Así las cosas, para el caso los miembros de su Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tratándose de funcionarios de carrera, su retiro por inconveniencia, estará sujeto no sólo a los principios que gobiernan la función administrativa, artículo 209 de la Constitución Política, entre ellos la igualdad, moralidad e imparcialidad, sino a la efectiva garantía del derecho fundamental de defensa, artículo 29 de la Constitución Política, esto en la medida en que el funcionario objeto de dicha medida sea informado de los cargos e imputaciones que se le formulan, con el fin de que pueda controvertirlos allegando el material probatorio pertinente para tal efecto. El accionante fue citado ante la Junta Asesora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, con el fin de que opinara respecto a la solicitud de su retiro por inconveniencia del servicio estima la Sala, que tal hecho no constituye una garantía al debido proceso del actor en los términos previstos por la Jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa. El hecho que el Secretario General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en varias ocasiones le hubiera solicitado al actor que manifestara su parecer respecto de la solicitud de retiro del servicio que pesaba en su contra, *per se*, no garantizaba su derecho de defensa toda vez que, no es mediante manifestaciones u opiniones que el demandante podía controvertir las razones que fundaban la solicitud de su retiro del servicio. Sobre el particular, debe decirse que era necesario que la Junta Asesora hubiera puesto en conocimiento del demandante, de manera clara completa, los hechos que motivaban la referida solicitud, circunstancia que como quedó visto en el acta No. 86 de 12 de mayo de 2000, nunca ocurrió y en consecuencia imposibilitó controvertir las verdaderas razones que tenía la administración del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, para retirarlo del servicio, que por demás, vale decir, permanecieron ocultas tanto en la actuación administrativa como en sede judicial. No es una actuación formal o de mero trámite, como lo entendió el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la que debía adelantarse previo a decidir el retiro de un miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del citado Instituto, inscrito en carrera, se trata, debe precisarse, de una actuación en la que la administración debía informar al demandante sobre los hechos en que se fundaba la solicitud de su retiro, esto mediante una formulación clara y detallada de cargos, poniendo a su disposición los informes y documentos que supuestamente le servían de soporte para ello, a fin de que hubiera podido controvertirlos allegando el material probatorio conducente, pertinente y eficaz para tal efecto, circunstancias, que, se repite no se observan en el caso concreto. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que en el caso bajo examen el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, previo al retiro al demandante no adoptó las medidas tendientes a garantizarle el ejercicio de su derecho de defensa,

esto mediante la notificación de los cargos que supuestamente justificaban la adopción de dicha medida, y el correspondiente traslado de pruebas.

[Sentencia de 13 de octubre de 2011, Exp. 05001-23-31-000-2000-03713-01\(0355-10\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

2. Pensión de jubilación en el Servicio Nacional de Aprendizaje. Pago compartido. Régimen de transición del Instituto del Seguro Social. Subrogación. Esta sujeta a condición resolutoria. Es incompatible con la pensión de vejez a cargo del Instituto del Seguro Social. La sustitución al Instituto del Seguro Social no constituye revocatoria directa

La pensión compartida se ha dado de manera excepcional en el régimen de los empleados públicos, cuando la entidad ha afiliado a sus servidores al Instituto de Seguros Sociales, como ha sucedido en el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. En estos casos, en efecto, la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es en principio de la entidad de seguridad social a la cual estuvieron afiliados los empleados. No obstante, en virtud del régimen de transición del sector público, es posible que tales servidores cumplan requisitos pensionales antes de tener derecho a la pensión del Seguro Social, la entidad empleadora, en este caso el SENA, reconoce la pensión de jubilación; pero como ha cotizado al Seguro Social, ese reconocimiento pensional se entiende condicionado hasta cuando el empleado obtenga su pensión del Seguro Social, de modo que, el Instituto la subrogara en su obligación siempre que el servidor cumpla los requisitos del reglamento del ISS y se haya expresado esta situación en el acto administrativo de reconocimiento pensional de jubilación. El acto de reconocimiento del derecho pensional debe contener expresamente la condición resolutoria. El Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., tenía la obligación de reconocer al actor la pensión de jubilación, una vez cumpliera con los requisitos que rigen a los empleados públicos en general, no obstante que también tuviera la obligación de afiliarlo al Instituto de Seguros Sociales I.S.S., con el fin de que esa institución asumiera la contingencia prestacional. Se presenta la figura de la compartibilidad pensional, cuando el Instituto de Seguros Sociales asume el riesgo de la prestación por vejez, sustituye al Servicio Nacional de Aprendizaje en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y, en consecuencia, el goce de la pensión de jubilación se torna incompatible con la pensión de vejez. Así, en el presente caso, lo que se presenta es una sustitución de la entidad encargada de asumir la pensión de jubilación del actor razón por la cual, resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., y la de vejez conferida por el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S. En esas condiciones, carecen de fundamentos los planteamientos de la demanda, en cuanto la parte actora expresa que la administración violó el artículo 73 del C.C.A., al expedir el acto acusado porque es claro que no se estaba revocando un derecho pensional, es decir, que no se afectaba una situación jurídica particular y concreta, simplemente se estaba haciendo efectiva una previsión señalada en el artículo segundo de la Resolución No. 00427 de 1992 tal como lo consigna el artículo 1º de la Resolución No. 01244 de 2003, así las cosas cumplida la condición a que estaba sometido el acto de reconocimiento pensional se debe dar la subrogación de la obligación de la entidad demandada al ISS.

[Sentencia de 6 de octubre de 2011, Exp.13001-23-10-000-2003-02154-01\(0599-11\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

3. Se confirma sanción disciplinaria de Procurador Delegado ante el Consejo de Estado por no defender el orden jurídico y el patrimonio público en conciliación extrajudicial con Dragacol, por considerar que el Procurador General de la Nación tenía competencia para conformar una comisión especial para la indagación preliminar para práctica de prueba, conformada por asesores grado 24, lo cual no constituye delegación de funciones, y por encontrarse debidamente determinadas las conductas disciplinables en el pliego de cargos

Para la fecha en que ocurrieron los hechos (5 de abril de 1999) el Procurador General de la Nación, se encontraba facultado para conformar una Comisión Especial integrada por los Asesores Grado 24, con la finalidad de adelantar la indagación preliminar, para lo cual era necesario que practicaran algunas pruebas, con el fin de establecer las posibles irregularidades en que se hubiera podido incurrir en el trámite de la Conciliación Extrajudicial adelantada en la Cámara de Comercio de Bogotá entre el Representante Legal de DRAGACOL S.A. y el Ministro de Transporte, con la intervención del actor en su condición de agente del Ministerio Público. En este orden de ideas y conforme a los numerales 8 y 20 del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000 debe concluir la Sala que el Procurador General de la Nación, actuó en ejercicio de sus funciones, pues desde el inicio del Proceso Disciplinario (5 de abril de 1999) tuvo a cargo su conocimiento, otra cosa, es que para establecer si existía mérito para dar apertura a una investigación, se apoyara en el Grupo de Asesores Grado 24 asignados a su Despacho, para lo cual integró la referida Comisión como efectivamente aconteció, sin que perdiera en ningún momento la competencia. La Sala observa que contrario a lo afirmado por el actor, las conductas endilgadas en el pliego de cargos, son claras y precisas, además se adecuan a las disposiciones que se le citaron como infringidas, pues se le cuestionó, de un lado, la omisión en la que incurrió por no defender el orden jurídico y el patrimonio público en las actuaciones que se surtieron en el curso de la Conciliación Extrajudicial entre Representantes del Ministerio de Transporte y DRAGACOL S.A., que culminó con el Acuerdo suscrito el 6 de noviembre de 1998, el cual ocasionó graves perjuicios a los intereses económicos del Estado. Es así como el artículo 118 de la Constitución Política prevé que es deber del Ministerio Público proteger el interés público y vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 446 de 1998 según el cual, el Ministerio Público, es parte en las Conciliaciones Extrajudiciales y debe defender el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. En conclusión, el comportamiento del actor encuadra en las disposiciones que le citaron en el trámite del proceso disciplinario (que culminó con sanción de multa de 90 días de salario), como son los numerales 1°, 22 y 23 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995, en concordancia con el artículo 38 ibídem, puesto que con su comportamiento omisiva dejó de desempeñarse con solicitud, eficiencia e imparcialidad en las funciones de su cargo, y dejó de vigilar y salvaguardar los intereses del Estado.

[Sentencia del 11 de agosto de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2002-10569-01\(4853-05\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ . Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

4. Se declara nulidad del acto de traslado de servidora de la Administración de Impuestos Nacionales por vulnerar la unidad familiar y los derechos fundamentales de los niños

Se logró demostrar que la demandante tiene un hogar constituido por su esposo y una hija menor de edad adoptada, los cuales residen en la ciudad de Villavicencio, según se infiere del Acta de Entrega en Adopción, la hija de la accionante contaba con 4 años y 6 meses cuando se expidió la Resolución No. 00128 de 7 de enero de 2005 que ordenaba el traslado. Con el fin de probar la afección que le causó a la menor el traslado de su madre, el Tribunal Superior de Villavicencio ordenó un Dictamen Pericial, en el cual se indicó que: “(...) los distanciamientos episódicos temporales generarían un proceso de desadaptación emocional en la niña y sus padres, con el riesgo de presentar síndrome de inadaptación, ruptura familiar y la consecuente desorganización en el sistema e integración familiar. (...)” por lo cual estimó que: “(...) es fundamental que la niña Daniela continúe conviviendo en el hogar con sus padres debido a que se encuentra con adaptivos y satisfactorios elementos estables en lo personal, familiar y sociocultural. (...)” Así las cosas, se hace evidente que la separación de la actora de su núcleo familiar, no se debe a una decisión que se desprenda de su voluntad sino que se deriva de un traslado o “ubicación” que vulnera el derecho fundamental al trabajo y desconoce la especial protección constitucional tanto para la niña como para la familia, consagrada en los artículos 42 y 44 de la Constitución. Conforme a lo anotado y por la edad de la niña en el momento de la ocurrencia de los hechos de la demanda, la DIAN no tuvo en cuenta específicas circunstancias de orden económico, social y familiar que estaban presentes y que contrastan con el traslado, como son, que el cónyuge estaba en Carrera en un cargo del orden Municipal Local y por tanto no existía la

posibilidad de obtener traslado a la capital de la República; que los ingresos no les permitían vivir dignamente en otro lugar diferente a Villavicencio, y esas mismas circunstancias de orden económico no le permitía a la accionante viajar continuamente. Si bien es cierto el traslado era en igualdad de condiciones laborales, hasta el momento no se ha dado una justificación para éste distinta a la mera discrecionalidad, la cual según el criterio de la Corte Constitucional no es absoluta, sino que tiene como límites los derechos fundamentales, que en este caso son los de la niña Daniela Rocha Parrado, los cuales resultaban vulnerados con el acto acusado, por romper con la unidad familiar.

[Sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp. 50001-23-31-000-2005-10383-01\(0029-10\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ . Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

5. Empleado de carrera no pierde los derechos por tomar posesión del cargo de libre nombramiento y remoción con anterioridad a la vigencia del artículo 38 de la ley 443 de 1998 y el artículo 133 del decreto 1572 de 1998 atendiendo el principio de irretroactividad de la ley, razón por la cual frente a la supresión del cargo se debió dar la oportunidad del derecho de opción, escoger entre la indemnización o la reincorporación, consagrado en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

No obstante que el artículo 38 de la ley 443 de 1998 y el artículo 133 del decreto 1572 de 1998 introdujeron la posesión en un empleo de libre nombramiento y remoción como causa para que el empleado escalafonado pierda los derechos que le otorga la carrera administrativa, tales preceptos no pueden ser aplicables al caso del actor, pues por regla general las normas rigen hacia el futuro, en aras de la seguridad jurídica que es un principio de máxima importancia y si bien es posible dar aplicación retroactiva a una norma de carácter laboral, sólo podría serlo en aplicación del principio de favorabilidad. En este caso, no es viable citar dichas normas para alegar una pérdida de derechos de carrera del actor, ni tampoco hacer un estudio de legalidad para buscar su inaplicación en aras de salvaguardar los derechos de carrera con que venía el actor, por cuanto la situación jurídica que se discute (cambio de cargo) se dio con anterioridad a la entrada en vigencia de las normativas referenciadas. Hacer un análisis del caso bajo las disposiciones de 1998, sería darle aplicación retroactiva a la norma, lo cual no sólo rompe la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe, sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas. para la época en que ocurrió el cambio de naturaleza del cargo. Luego cuando la Administración decidió suprimir el cargo de Jefe Auditor que venía desempeñando el actor, debió darle las opciones establecidas en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, por cuanto para ese momento sus derechos de carrera permanecían intactos. Al no proceder de la forma indicada, la Administración desconoció los derechos que le asistían al actor de ser indemnizado o reincorporado a la nueva planta de personal, lo que genera la ilegalidad del oficio acusado, siendo procedente entonces confirmar la sentencia apelada.

[Sentencia de 6 de julio de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2001-09083- 01\(2347-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO](#)

6. Se niega la nulidad de los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública” dado que al ser expedido no se excedió la potestad reglamentaria al establecer mayores tiempos.

Tanto el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares como de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encuentren en servicio activo para el momento en que entró en vigencia el Decreto Reglamentario, es decir, para el 31 de diciembre de 2004; que luego se retiren con 18 años o más de servicio por otras causales o que se retiren por solicitud propia o por separación del servicio en forma absoluta después de 20 años de servicio, tienen derecho al pago de la asignación de retiro a partir de la fecha en la que finalicen los tres meses de alta, en los porcentajes reseñados. Con lo anterior, establece la Sala, que cuando se trata del retiro del

miembro de la Fuerza Pública, por otras causas diversas a su voluntad, el término de 15 años de servicio que estableció la Ley Marco lo fue en un tope mínimo, lo que significa que bien puede el Decreto Reglamentario, sin incurrir en exceso de la potestad reglamentaria, establecer mayores tiempos. Lo que el Ejecutivo no puede hacer es determinar en la norma reglamentaria un lapso de tiempo inferior al de los 15 años. En otras palabras, cuando en la Ley Marco se estipuló que no se puede exigir un tiempo de servicio “*inferior a 15 años*”, lo que el Legislador pretendió fue que el tiempo de servicio requerido para la obtención de la asignación de retiro, no fuera fijado por debajo de esos 15 años, sin que de ninguna manera el sentido de la norma fuera que dicho lapso de tiempo de servicio, se convirtiera en inmodificable por el Ejecutivo; lo que a *contrario sensu* significa que el Gobierno, se encontraba facultado para establecer un tiempo superior, pudiéndose entonces mover dentro de ese rango, sin que ello comporte el desconocimiento de la Ley Cuadro.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

[Sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2007-00040-00\(0752-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad.](#)

7. No puede asimilarse la compilación de jurisprudencia producida en un libro a la producción de un texto de enseñanza, pues la compilación no constituye una creación e innovación, por lo tanto, no se puede homologar el tiempo de servicio y obtener los efectos favorables de la Ley 50 de 1886 sobre la situación pensional.

Entre tanto, de acuerdo con las certificaciones expedidas por la Dirección Nacional del Derecho de Autor del Ministerio de Gobierno, en el caso concreto se observa que el libro cuya validez reclama la actora constituyó una “*compilación*” de orden jurisprudencial, a la cual no puede atribuírsele el carácter de creación e innovación, pues como su nombre lo indica constituye una recopilación ordenada de antecedentes judiciales, pero ello no implica que el autor haga un aporte o crítica adicional al mismo, sin desconocer, claro está, la labor de búsqueda y organización que la compilación comporta. Adicionalmente, si en gracia de discusión se admitiera la viabilidad de reconocer la aludida compilación como tiempo de servicio podría presentarse la situación de que se reconozcan dobles cotizaciones por un mismo tiempo laborado, en el hipotético caso de que dicha compilación se hubiere efectuado en concomitancia con la vinculación laboral a la Rama Judicial y el Ministerio Público, teniendo en cuenta que la misma tuvo lugar entre los años 1976 y 1996 y el registro de la obra en comento se surtió entre los años 1982 y 1990. Entonces, bajo estos supuestos, teniendo en cuenta el carácter de la norma que permite homologar tiempos de servicios con la producción de textos de enseñanza, se hace inviable acceder a las pretensiones de la actora encaminadas a obtener los efectos favorables de la Ley 50 de 1886 sobre su situación pensional, pues, se reitera, la obra de su autoría no corresponde al concepto de *texto de enseñanza* que entraña la disposición legal en comento.

[Sentencia de 28 de abril de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2006-08508-01\(0052-10\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

8. La expectativa frente al derecho de pensión gracia que no se logró consolidar en cuanto al requisito de la edad requerida, por el hecho irremediable de la muerte, es un derecho sustituible a sus beneficiarios dado que sería ilógico negar un derecho pensional y su trasmisión cuando se cumple con el tiempo de servicio exigido legalmente y la imposibilidad de adquirir el status por el deceso del docente.

En cuanto a la pensión gracia se ha reconocido que pese a su gratuidad y dada su naturaleza eminentemente pensional, ésta constituye un derecho sustituible, por lo que para tal efecto la gobiernan y resultan aplicables las disposiciones generales que regulan la materia, que por exclusión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 frente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio y de acuerdo a la fecha de fallecimiento de la causante el 15 de abril de 2001, corresponden a las contenidas y habilitadas en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. Asimismo, en su artículo 3° extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al cónyuge supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido. De lo anterior se infiere con toda claridad, que tienen derecho a la sustitución pensional, los beneficiarios del empleado público que, consolidando el tiempo de servicios necesario para acceder al derecho pensional no hubiese logrado cumplir el requisito de la edad, previsión que además de razonable resulta proporcionada, toda vez que carecería de lógica negar el derecho pensional y su transmisión cuando en casos como éste se ha cumplido el tiempo de servicio exigido legalmente, y la imposibilidad de consolidar plenamente el derecho surge a partir del hecho insuperable de la muerte. Así las cosas y para el caso concreto, en tanto el requisito de la edad se subsume en el contenido del artículo 1° de la Ley 12 de 1975 y la señora María de Jesús Silva Gutiérrez logró reunir con suficiencia los restantes requisitos consagrados en la normatividad especial para acceder a la pensión gracia, consistentes en la vinculación como docente nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y el cumplimiento de más de 20 años de servicios docentes ininterrumpidos bajo tal calidad, resulta procedente el reconocimiento del derecho y la sustitución pensional a favor de sus beneficiarios, en este caso a favor del señor Gerardo Gutiérrez Gallo, en calidad de cónyuge supérstite de la causante, quien de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 14 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, logró acreditar tal condición con el Registro Civil de Matrimonio y la Resolución No. 0391 del 11 de abril de 2002 allegados a folios 13 y 15 del expediente, respectivamente.

[Sentencia de 17 de agosto de 2011, Exp. 15001-23-31-000-2004-01994-01\(1071-10\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

9. Demostrada una relación laboral derivada de una sucesiva celebración de contratos de prestación de servicios, no es posible aplicar la convención colectiva por no ser beneficiario de ésta, dado que las funciones desempeñadas corresponden a las desarrolladas por un empleado público.

La Sala advierte que en la planta de cargos de la E.S.E, existía el de “*Auxiliar de servicios asistenciales*” cuyas funciones estaban previstas en el manual y de las cuáles se infiere el elemento de la subordinación o dependencia. La propia entidad demandada reconoce que las labores contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios, relacionadas con los servicios asistenciales, son propias del personal de planta que a su juicio era insuficiente. El contenido normativo del artículo 53 de la Constitución, busca proteger al extremo más débil de la relación de trabajo y garantizar la prevalencia del derecho sustancial, en la medida en que la realidad laboral trasciende la voluntad expresada. Es por esa razón que el proceder de la administración en este caso merece reproche dada la especial garantía y protección que tanto el Constituyente como el Legislador quisieron otorgarles a los trabajadores. Acreditados como están los elementos esenciales de la relación laboral, se le debe reconocer a la señora Ana Etelvina Malaver Garzón a título de reparación del daño-, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben quienes se desempeñan en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios (honorarios), sin que sea posible aplicar la convención colectiva, pues las labores del actor correspondían a las de un empleado público, mientras que el aludido instrumento de negociación únicamente se aplica a los trabajadores oficiales.

[Sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2008-00246-01\(0023-11\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

10. Se declara la nulidad parcial del artículo 10 literal a) del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002, “por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, y del artículo 2° literal a) del Decreto 2400 de 25 de octubre de 2002, que modifica el anterior, expedidos por el Gobierno Nacional, por cuanto el ejecutivo se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria y rebasó sus competencias al regular una causal de desafiliación por el no pago de cotizaciones, la cual no esta contemplada en la Ley.

De la comparación de la norma acusada con el texto de las disposiciones transcritas que dice reglamentar, tampoco observa la Sala que de ellas se desprenda la posibilidad de que el Gobierno pueda establecer como sanción por la mora en el pago de las cotizaciones la desafiliación. Si bien debe establecer mecanismos para el control del pago de las cotizaciones de los trabajadores señalados en el artículo 271 (migrantes, estacionales, con contrato a término fijo o con contrato de prestación de servicios), su facultad se reduce a ello, es decir, a disponer la manera de hacer efectivo el registro de dichos desembolsos, sin que dentro de dicha potestad pueda arrogarse la de crear causales de desafiliación que no han sido previstas por la Ley. El artículo 42 de la Ley 715 de 2001, radicó en cabeza del Gobierno la obligación de expedir la reglamentación para efecto de controlar la evasión y elusión de los aportes, fenómenos diferentes al de incurrir en mora en el pago de los aportes, en consecuencia, tampoco esta norma le servía de sustento a la reglamentaria para ordenar la desafiliación en el caso señalado, pues de ella no se deduce tal posibilidad. Si bien la Ley 100 de 1993 en el artículo 209, establece que el no pago de la cotización en el sistema contributivo, produce la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del plan de salud obligatorio, en ninguna de sus disposiciones contempla la posibilidad de desafiliación, siendo claro además, que tal situación debe ser regulada por la ley. El artículo 183 de la Ley 100 de 1993, prohíbe a las entidades promotoras de salud, terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados y negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

[Sentencia de 29 de septiembre de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2006-00088-00\(1476-06\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se admite la demanda de simple nulidad interpuesta contra el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 4266 de 2010 y se niega la suspensión provisional de la norma demandada por no infringir el literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dispone que la modalidad de selección abreviada procede “Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales;...”:

a. El literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, hace parte del marco de excepciones a la regla general de la licitación pública y está ubicada dentro de las causales establecidas en el estatuto contractual, para la procedencia de la contratación directa y debe ser entendida como de aplicación excepcional y restrictiva

Extracto: “Precisamente así lo destaca el Numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 cuando, al establecer las reglas a las cuales se sujeta la contratación directa, recalca el carácter excepcional y restrictivo indicando que “... La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: ...”, lo cual denota a simple vista y sin mayor esfuerzo de carácter hermenéutico que, más allá de los criterios doctrinales de interpretación de este tipo de normas de

excepción, es el mismo legislador quien de manera expresa le da ese carácter restrictivo a las causales de contratación directa e impide su aplicación por fuera de sus contenidos normativos sistemáticamente articulados con el ordenamiento jurídico predicable de la contratación pública. En este contexto al abordar el literal h) invocado como infringido y con fundamento en el cual se solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los apartados demandados del artículo 1 del decreto 4266 de 2010, encontramos que este debe entenderse como una hipótesis legal de procedencia del mecanismo excepcional de selección de contratistas conocido como “contratación directa” cuya descripción legal es del siguiente tenor: procederá la contratación directa, h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;...”. Una desagregación del contenido de esta norma habilitante del procedimiento administrativo contractual de la “contratación directa” permite visualizar dos claros elementos normativos de carácter imperativo para su procedencia: (i) El primero, nos indica que la norma opera de manera sistemática en relación con los contratos de prestación de servicios, definidos en la ley 80 de 1993 y que requieran las entidades estatales para el cumplimiento de sus cometidos, pero tan solo en dos claros eventos negociales de esta naturaleza: (i.i) En aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales, y (i.ii) en todos aquellos otros casos en que los requerimientos de la entidad estatal tengan por objeto otras prestaciones de servicios de apoyo a la gestión de la entidad respectiva que deban desarrollarse con personal no profesional; (ii) El segundo, nos determina la procedencia de la causal en relación con un grupo especialísimo de contratos, que la jurisprudencia de la Corporación ha venido subsumiendo dentro del género de los de “prestación de servicios”, pero que por razones didácticas los analizamos de manera separada, y son aquellos que tienen por objeto la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

b. El literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, involucra la problemática relativa a los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios para las entidades estatales.

Extracto: “Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales “...para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...” engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas. En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales. El contrato de prestación de servicios resulta ser ante todo un contrato vital para la gestión y el funcionamiento de las entidades estatales porque suple las deficiencias de estas. Al respecto cabe recordar que en relación con el contrato de prestación de servicios, el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

c. El Consejo de Estado al resolver sobre la legalidad del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, consideró que tanto los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios profesionales

como los que contemplan en su objeto el apoyo a la gestión, son contratos de prestación de servicios, de manera que el literal h) del numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, debe reconducirse a lo reglado en el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993

Extracto: “la problemática relativa a la sustantividad de las expresiones “...*Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión...*”, el Despacho encuentra que el asunto ya fue objeto de decantación jurisprudencial por el Consejo de Estado al pronunciarse a propósito de la legalidad del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, ejercicio del que surgió el precedente vinculante de esta Corporación, según el cual, tanto los contratos que tienen por objeto la “*prestación servicios profesionales*” como los que versan o asumen en su objeto el “*apoyo a la gestión*”, son componentes específicos del género “*prestación de servicios*” regulado en el artículo 32 No. 3º de la Ley 80 de 1993 y que por lo tanto cualquier referencia a alguno de estos objetos negociales, en cualquier norma de contratación pública que se haga tal como ocurre de manera concreta en el Literal h) del numeral 4, del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, debe reconducirse a esta preceptiva legal. En consecuencia cualquier aproximación en relación con el contenido de esta norma habilitante de la “*contratación directa*” citada, debe hacerse sobre el entendido de que el legislador delimitó su campo de acción, esto es, restringió su operatividad y procedencia al ámbito del contrato de prestación de servicios legalmente definido, generando de esta forma una armonía sistemática para su aplicación y por lo tanto configurando la procedencia sustancial de la causal.”

d. Los contratos de prestación de servicios profesionales deben ser encomendadas a personas catalogadas como profesionales y que posean conocimientos especializados

Extracto: “serán entonces contratos de “*prestación de servicios profesionales*” todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo al ordenamiento jurídico como profesionales. (...) los contratos de “*prestación de servicios profesionales*” corresponden a todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo al ordenamiento jurídico como profesionales. Siendo esto así, es posible que también sea característico de ellos el desarrollo de actividad intelectual lo cual guarda relación con la intangibilidad que se predica de la prestación de servicios, luego si la norma reglamentaria lo destaca, a primera vista no puede predicarse su contrariedad con la ley.”

e. La ejecución de los contratos de apoyo a la gestión no requieren de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados

Extracto: “se entiende entonces por contratos de “*apoyo a la gestión*” todos aquellos otros contratos de “*prestación de servicios*” que, compartiendo la misma conceptualización anterior, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración, de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados. Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades

también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc, según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sea necesario o esencial los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el “*contrato de prestación de servicios profesionales*”, y no para éstos de simple “*apoyo a la gestión*”. De esta forma el concepto de “*apoyo a la gestión*” no entraña en manera alguna cualquier tipo de apoyo a la actividad de las entidades estatales, pues sólo puede entenderse como tal, de conformidad con la sistemática expuesta, aquella que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, tal como claramente lo ha decantado los precedentes de la sección tercera del Consejo de Estado. El precedente de la Corporación determina que los contratos de apoyo a la gestión “... se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad,” los cuales, “sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados...” Por lo que resultaría imposible admitir o entender cualquier objeto referido al “*apoyo a la gestión*” que no se enmarque en las exigencias de esa disposición legal enunciada, que por lo demás, sobra advertirlo, constituye un componente básico de la sistemática de la contratación estatal colombiana.”

f. La referencia de la actividad intelectual a los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, a simple vista no hace que estos sean única y exclusivamente caracterizados por el elemento de la intelectualidad

Extracto: “Se tiene que aceptar, dada la intangibilidad de la prestación de servicios, que ellos eventualmente puedan estar investidos de esta característica, piénsese por ejemplo en los contratos de esta especie referidos a actividades de carácter técnico que requiera una entidad estatal y que de una u otra forma implique actividad intelectual como fundamento de la prestación. Sin embargo, dada la generalidad de la descripción del legislador en el No 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la procedencia de estos contratos, nada impide que se den hipótesis de los mismos en donde lo intelectual no constituya el fundamento de la actividad prestacional del servicio de apoyo a la gestión. Obsérvese que los contratos de prestación de servicios de “*apoyo a la gestión*” conforme se deduce del análisis a la ley de contratación pública, son todos los demás contratos de prestación de servicios permitidos por el artículo 32 No. 3 de la Ley 80 de 1993 que no correspondan a los profesionales, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad apoyo, acompañamiento, o soporte, de lo cual se puede deducir que caben actividades no propiamente intelectuales sino más bien caracterizadas por la acción material del contratista, en donde no es que el contratista no piense, sino que lo predominante de su actividad es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma. Desde esta perspectiva cuando el Gobierno incluye como objeto de los contratos de “*apoyo a la gestión*” las actividades operativas, logísticas, o asistenciales, a simple vista no parece que esté desbordando el amplio marco sustentador de los contratos de prestación de servicios de “*apoyo a la gestión*” que se analizó y destacó en los numerales anteriores, aunque el tema tendrá que ser debatido a lo largo del proceso.”

g. Los contratos que tengan en su objeto la ejecución de trabajos artísticos, son contratos de prestación de servicios que sólo puedan encomendarse a personas naturales con determinados conocimientos, ya que tienen un objeto especialísimo como es la generación de patrimonio artístico

Extracto: “El segundo de los elementos normativos que el legislador ha considerado determinante para la configuración de la causal de contratación directa que nos ocupa, es el que se refiere a otra especie de contratos, que en esencia son de prestación de servicios, pero de un contenido prestacional diferente porque corresponden a una modalidad tipificada de negocios cuyo objeto es de por sí especialísimo ya que tienen por objeto la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal que los requiere, pero se encarga de ello a personas que por sus características, capacidades y aptitudes resultan ser únicas en el arte que manejan y que en virtud de esta circunstancia se individualizan en el medio nacional o internacional, mediante el reconocimiento como verdaderos y únicos en las técnicas del arte que desarrollan. En consecuencia, el contrato, para que sea objeto del trámite de la contratación directa, debe estar determinado por las siguientes variables (i) que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, (ii) que el mismo o los mismos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. En cuanto a la primera de las variables se refiere, se puede afirmar que el concepto que comprende el objeto de esta modalidad contractual es el de “trabajo artístico”, pero no en sí mismo, esto es como medio, sino como un resultado real y efectivo. Se contrata y este es el objeto, la realización de una obra artística y no simplemente una ejecución sin resultado. Es el trabajo final, el que pueda ser catalogado como una “obra de arte”, u “obra artística” o pieza de la misma naturaleza, la determinante del objeto para los efectos legales que nos ocupan, en esto no puede haber confusión de ninguna naturaleza. (...) Es que el “trabajo artístico” a que se refiere la disposición legal, no puede ser otro que el que se entiende como un conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, independientemente de la forma o el modo como se exprese por el autor o los autores, en un producto final, en un producto definitivamente con valor y contenido artístico, no en otro sentido puede ser entendida la disposiciones bajo criterios de excepcionalidad y restricción conforme lo ampliamente explicado en esta providencia. (...) En tratándose de la segunda de las variables, esto es, la que nos indica que los “trabajos artísticos” (...) “... que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...” debe ser entendida en coherencia con lo anterior, en el sentido de que el contratista debe ser sustancialmente un artista, es decir, una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos, un ser humano que dada su sensibilidad en relación con el mundo tiene la aptitud, capacidad, disposición natural o adquirida; el talento y estilo o forma original de hacer las cosas; y la genialidad, naturalidad y el carácter que lo hace distinto a otros artistas, esto es, su capacidad de inventiva que lo hace influyente en el medio, un ser único y excepcional, todo esto, para producir obras artísticas, de aquí la razonabilidad de la expresión utilizada por la disposición en comento según la cual, los trabajos artísticos solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.”

[Auto de Ponente de octubre 13 de 2011. Exp.: 11001-03-26-000-2011-00039-00\(41.719\) MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD CONTRA EL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 4266 DE 2010](#)

* **NOTA DE RELATORÍA:** En el boletín 91 se había hecho referencia a esta providencia pero se enfocó únicamente en el aspecto procesal.

2. El Consejo de Estado declaró responsable administrativa y patrimonialmente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la muerte de un guardián de prisiones, en hechos ocurridos el 14 de abril de 1998, cuando eran trasladados varios detenidos desde la cárcel del circuito judicial de Mocoa hasta los centros de reclusión de las ciudades de Pasto y Mocoa y fueron atacados por subversivos

Se decide si resulta aplicable la exoneración parcial de responsabilidad del INPEC por el daño causado a la parte actora, debido a la participación de un tercero en los hechos en los cuales murió el señor Fulvio Edgar Solarte Ojeda. De igual manera, se analizará si la compañera permanente, el hijo, y los hermanos del occiso, tienen derecho al reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

a. Los miembros voluntarios de la fuerza pública tienen un régimen prestacional diferente a los demás servidores públicos, porque pueden ser sometidos a situaciones de alta peligrosidad, tales como el eventual enfrentamiento con la delincuencia o la utilización de armas de dotación oficial

Extracto: “Hay eventos en los cuales el daño antijurídico cuya reparación se reclama deriva de las lesiones o de la muerte de un miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional, del DAS o de cualquier organismo similar, entidades cuyo común denominador está constituido por el elevado nivel de riesgo para su integridad personal al cual se encuentran expuestos los agentes que despliegan actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público o de defensa de la soberanía estatal que, por su propia naturaleza, obligan a afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas de dotación oficial. Por tal razón el legislador se ha ocupado de establecer un régimen prestacional de naturaleza especial que reconoce esa circunstancia de particular riesgo que resulta connatural a las actividades que deben desarrollar los referidos servidores públicos, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado. Por eso mismo, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha considerado también que, en la medida en la cual una persona ingresa libremente a una de las mencionadas instituciones con el propósito de desplegar dicha clase de actividades riesgosas para su vida e integridad personal, está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta a cumplir, de manera que cuando alguno de los riesgos usuales se concreta, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial al cual se halla sujeta, sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional al Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados, según se indicó, por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debieron enfrentar sus demás compañeros de armas.”

b. El INPEC debe responder por los perjuicios causados a los demandantes a título de falla del servicio, por la omisión de protección, lo cual propició que los riesgos propios de servicio que el señor Solarte decidió asumir cuando ingresó voluntariamente a la entidad fueran superados notoriamente

Extracto: “Una vez establecido el daño padecido por la parte demandante, considera la Sala que sí es posible deducir la responsabilidad total del INPEC en la ocurrencia del mismo, en atención a que éste se produjo como consecuencia de su conducta omisiva constitutiva de falla del servicio, la cual propició que los riesgos propios del servicio que el señor Flavio Edgar Solarte Ojeda decidió asumir cuando voluntariamente ingresó a la instituto carcelario, fueran superados ostensiblemente. La omisión en la que incurrió el director del INPEC consistió en la inobservancia de los parámetros esbozados en la prueba pericial ya que, de manera prematura, descuidada y desprovista de toda confidencialidad, impartió la orden de traslado de internos a cargo de seis guardias de vigilancia y seguridad, quienes además de no representar un equipo completo para este tipo de operaciones, no contaban con el armamento, la munición, el apoyo de personal de escoltas, ni el medio de transporte adecuado para enfrentar un posible ataque o interferencia durante la marcha. Para la Sala, tal falencia resulta constitutiva de una falla del servicio de la cual es posible imputar la responsabilidad al INPEC en la producción del daño, en tanto que fueron vulnerados los deberes que el ordenamiento jurídico imponía a la demandada, pues el director del instituto desconoció sus obligaciones profesionales, fue negligente, descuidado y expuso a un inminente riesgo al personal de vigilancia y a los reclusos.”

[Sentencia de octubre 12 de 2011. Exp. 52001-23-31-000-1999-00071-01 \(21.601\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

3. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de los perjuicios causados con motivo de las lesiones padecidas por un soldado conscripto que le ocasionaron una incapacidad del 95%, los hechos ocurrieron el 13 de enero de 1992, en la Base Militar la Marconio, repetidora de Yarumal (Antioquia) . La Corporación condenó a pagar perjuicios morales, materiales y daño a la salud, igualmente debe proporcionarle a la víctima, lo necesario para una rehabilitación completa, en la modalidad de daño emergente futuro.

Se decide si se encuentra probado el daño antijurídico padecido por los demandantes y si éste es imputable a la entidad demandada, se analizarán los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, bajo el régimen de naturaleza objetiva tales como el daño especial o el riesgo excepcional y de otro lado el de la falla del servicio; o si el daño se originó por culpa exclusiva de la víctima.

a. En el presente caso, por las lesiones causadas al soldado conscripto por una mina antipersonal sopro colocada por el Ejército, no es aplicable la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y su destrucción

Extracto: “Si bien, en el sub judice, no es aplicable la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, pues el hecho ocurrió el 13 de enero de 1992, y la ley que la aprobó es la 554 de 2000, sirve como guía de la conducta que la fuerza pública debió asumir en el sitio del minado; el ordinal segundo del artículo quinto de esa convención establece”

b. El daño que ocasionó incapacidad al soldado conscripto deviene imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada quien debe responder por los perjuicios causados a título de falla del servicio

Extracto: “En los informes del accidente sufrido por el soldado Antonio Vigoya, la base se encontraba cercada con minas antipersonales sopro, y conforme a lo expresado por la parte demandada en los alegatos de conclusión de primera instancia, ello obedeció a una medida de seguridad, es decir, que fue el propio Ejército quien sembró las minas, de allí que una forma mínima de protección, para la propia tropa y más para los soldados conscriptos, era la demarcación de la zona. En el presente caso, quien debía realizar esa demarcación era el Ejército, protegiendo así la vida e integridad de todos los militares, como quiera que no resulta lógico que una trampa mortal destinada al enemigo, tenga las mismas consecuencias nefastas para sus propios hombres, por ello se debía establecer una señal que identificaran y que garantizara su seguridad, cuando ellos tuvieran que acercarse a esa zona, la cual por demás rodeaba toda la base, es por esto que se configuró una omisión de su parte, imputable a título de falla del servicio. Por lo expuesto, es que no se puede hablar de culpa exclusiva de la víctima, toda vez que si bien es cierto, los miembros del Ejército tenían conocimiento de que el área estaba minada sin la debida demarcación, por más precauciones que tomaran les resultaba imposible precisar si se estaba pisando o no una mina antipersonal. En esas condiciones, para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico es imputable a la demandada a título de falla del servicio, ya que en el proceso se encuentra probado el comportamiento negligente de la entidad frente a la obligación de protección y seguridad que debía brindar al personal militar, más aún si se trataba de un soldado conscripto, cuya voluntad se encuentra sometida por la administración pública, y que, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación o no del deber impuesto. Por último, se tiene que la causa extraña consistente en la culpa de la víctima, no se encuentra acreditada, toda vez que el daño no se hubiera producido de haberse instalado la señalización o respectiva advertencia al propio personal militar a través de signos internos que sólo ellos conocieran.”

c. La reparación del daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia, por ser unos tipos de daños abiertos, pueden desencadenar vulneraciones al principio de la igualdad material

Extracto: “El daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud -comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico- como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica. (...) El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material.”

d. Si la víctima sufre un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional. El daño a la vida de relación o la alteración de las condiciones de existencia son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica

Extracto: “El “daño a la salud” -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica- ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional. (...) Los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario -dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño-, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.”

e. El resarcimiento del daño a la salud, garantiza los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material

Extracto:” Es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible. Esta es, precisamente, la

importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos. Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

Sentencia de septiembre 14 de 2011. Exp.: 05001-23-31-000-1994-00020-01 (19.031). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCION DE REPARACION DIRECTA

* Con salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo, doctora Ruth Stella Correa Palacio y doctor Danilo Rojas Betancourth.

* Con aclaración de voto del doctor Mauricio Fajardo Gómez

* Salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo y del doctor Danilo Rojas Betancourth

a. La responsabilidad de la entidad demandada no se produjo únicamente por la omisión de señalar los lugares en los que fueron colocadas las minas antipersonales por parte del personal del Ejército, sino por la misma colocación de estos artefactos explosivos y la violación del deber constitucional de protección

Extracto: “La Sala centró el análisis de la responsabilidad en la falla del servicio por omisión, consistente en la no señalización de los lugares en los que las minas antipersonales habían sido instaladas por la entidad pública demandada. Consideró la mayoría, frente a la necesidad de colocar los artefactos, que medidas mínimas de seguridad exigen demarcación del territorio, en orden a proteger particularmente a la tropa y los soldados conscriptos. No compartimos dicha apreciación, en la medida en que la responsabilidad de la administración accionada estuvo comprometida desde el momento mismo de la colocación de las minas, pues utilizó armas no convencionales, poniendo en peligro no solo a todo el personal militar -independientemente de su vinculación de la institución, ya sea profesional o conscripto-, sino también a la comunidad, haciendo uso de armas que no pueden usarse contra el enemigo. Con dicha actuación el Estado violó su deber de protección, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política, pues las autoridades de la república han sido instituidas para garantizar la vida, bienes, derechos, libertades y creencias de los asociados, lo que las obliga a no hacer uso de los procedimientos o medios de ataque utilizados por quienes se encuentran al margen de la ley.”

b. El Estado tiene la obligación legal y moral frente al país, de cara a la comunidad internacional y al conflicto mismo, de acatar y cumplir los Tratados de Derecho Humanitario aprobados por Leyes de la República, en el presente caso se debió aplicar la Convención de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales

Extracto: “En la página 12 de la sentencia, a manera de pedagogía, se hace referencia a la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, adoptada mediante la Ley 554 de 2000 y también se dice que el instrumento, para entonces, no resultaba aplicable “como guía de la conducta de la fuerza pública”; dejando a un lado la Convención de Ginebra de 1949 vigente para Colombia desde el 8 de mayo de 1962, al igual que los protocolos adicionales a los convenios, suscritos el 8 de junio de 1977 y aprobados mediante la Ley 171 de 1994. Las minas antipersonas son pequeños explosivos que pueden estar en cualquier parte -a diferencia de otras armas, visibles y de objetivo definido- accionadas por las propias “víctimas”, es decir, fueron concebidas para atacar a cualquiera, pues sólo se requiere

tropezar con ellas. Se trata de armas no convencionales porque destruyen sin miramiento con igual facilidad al niño, al soldado, al insurgente es decir, al amigo y al enemigo, así éste se encuentre en combate o fuera de él. Siempre fue así y seguirá siéndolo, antes de la Ley 554 de 2000 y después, en cuanto no se trata de nada distinto a principios de derecho de gentes, obligatorio para todos los integrantes de la comunidad internacional, solo por el hecho de serlo. La Convención de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales dan cuenta del principio del derecho internacional humanitario según el cual las partes en un conflicto armado no pueden elegir métodos o medios de combate, capaces de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios (...) El título IV de dicha Convención contempla medidas de protección para la población civil, en caso de operaciones militares (...) De igual forma, el título II relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, consagró el derecho que tiene la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, a que se protejan sus derechos fundamentales e inalienables y a que se alivien los sufrimientos originados por la guerra (art. 13). En la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados -Protocolo II de Ginebra de 1980, sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, prohíbe, en todas las circunstancias emplear este tipo de armas, sea como medio de ataque, como mecanismo de defensa o a título de represalia. El conflicto interno de un país exige el desarrollo de cánones que propendan por la aplicación de principios éticos mínimos de respeto hacia la persona humana, cualquiera fuese su condición. Tales principios humanitarios se encuentran respaldados por instrumentos jurídicos internacionales que el Estado colombiano debe respetar y aplicar. Si nuestro gobierno ha suscrito tratados de derecho humanitario y a través de leyes de la república las ha aprobado, está en la obligación legal y moral frente al país, de cara a la comunidad internacional y al conflicto mismo, de acatarlos y cumplirlos.”

c. La tasación del daño a la salud debe ser objetiva y tiene que corresponder con el perjuicio causado

Extracto: “Compartimos la apreciación de la Sala en cuanto se trata de reconocer el daño proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que, ante la aminoración resulte procedente restablecer a la víctima por la afectación del derecho constitucional y fundamental a la salud (artículo 49 C.P.), en el entendido de que se trata de un solo daño que comprenderá un universo de lesiones, antes comprendidas en conceptos que por su amplitud resultaban equívocos. Reforzando la misma idea, consideramos que “(..) un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación-, precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud”-. Al tiempo que “(..) desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad sicofísica”. Siendo así el cambio de denominación, encuentra su razón de ser en el abandono de la ambigüedad conceptual, innecesaria ante el daño a la salud que permite establecer parámetros en orden a procurar condenas desprovistas de subjetividad a todas luces violatorias del derecho a la igualdad. Siendo así, en aras de la precisión, claridad y concreción para efectos de la indemnización, en tanto el daño a la salud estaría referido a afectaciones de la integridad psicofísica y encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que esta genera, su tasación tendría que corresponder con el perjuicio causado y así mismo con la indemnización reconocida en otro o en el mismo asunto, frente a similares lesiones.”

d. La reparación del daño a la salud no se hizo con un criterio objetivo, su tasación no correspondió con la liquidación de la condena

Extracto: “Si el daño a la salud como una categoría del daño inmaterial adquiere concreción y delimitación y, desde el punto de vista ontológico, impide que existan una multiciplidad de categorías resarcitorias, al comprender los aspectos físicos y psíquicos, no podrá subdividirse en diversas expresiones -daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social o daño psicológico- deberá, por tanto repararse con base en dos componentes i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares de cada persona lesionada. En esta línea de pensamiento el arbitrio iuris se desplaza por un criterio objetivo, para privilegiar la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. (...) Se encuentra que, en este caso particular, a pesar de las variables enunciadas para la tasación del daño a la salud se acoge en su integridad las pretensiones relativas a las distintas tipologías de daños a la integridad psicofísica subsumidas en uno sólo, al que se llama daño a la salud, apartándose de los razonamientos, de la parte motiva y dejando a un lado la perspectiva objetiva. Esto es así porque se indemnizó con el quantum pedido en la demanda, sin correspondencia con la anhelada objetivación del daño a la integridad psicofísica, en aras de restablecer la resquebrajada igualdad de las víctimas. De manera que si bien estamos de acuerdo con la responsabilidad estatal, sin perjuicio de la aclaración, no comulgamos con la nueva denominación en cuanto no corresponde con la liquidación de la condena, la cual tendría que haberse sustentado en una base objetiva que le permita a la Sección, no solo acoger una nueva denominación sino avanzar en el respeto a la igualdad de las víctimas.”

*** Salvamento parcial de voto de la doctora Ruth Stella Correa Palacio**

La sentencia establece un retroceso en la evolución jurisprudencial. El detrimento psicofísico o corporal no representa objeto de reparación, el perjuicio indemnizable lo constituye la consecuencia generada por la disminución psicofísica o corporal; la adopción del concepto del daño a la salud afectaría los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público. La reparación del daño a la salud, en el presente caso no cumple con el principio de igualdad material

Extracto: “La sentencia constituye un retroceso en la evolución jurisprudencial, pues ya existía claridad en relación con el contenido y alcance del daño extrapatrimonial diferente al daño moral, que abarcaba la lesión a la salud, esto es, la afrenta a la integridad corporal o psíquica de la persona y, por lo tanto, ya era un daño susceptible de reconocimiento e indemnización mediante la denominación mayor de alteración a las condiciones de existencia. (...) El detrimento psicofísico o corporal en sí mismo no representa objeto de reparación, siendo por tal motivo desatinado volver a la expresión de perjuicio fisiológico o a la salud, pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable. (...) La adopción del concepto de daño a la salud como categoría autónoma, conlleva la expansión o ampliación de las hipótesis que configuran los daños extrapatrimoniales indemnizables, teniendo en cuenta el reconocimiento de la constitución del daño por el sólo evento, con independencia y desligado de sus consecuencias o efectos, lo que implicaría o permitiría indemnizar a la vez el quebranto corporal o psicofísico y el deterioro a las condiciones de existencia que el mismo ocasiona, afectando los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público. (...) La providencia no establece criterios claros y uniformes de indemnización, e incluso al ser aplicada la nueva tesis termina reconociendo y liquidando en forma disímil, inequitativa y sin fundamento el daño a la salud, con lo cual no se cumple el principio de igualdad material que tanto pregona.”

4. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por los daños y perjuicios causados, en un accidente de tránsito, que sufrió un ciudadano en hechos ocurridos el 5 de julio de 1998, al ser atropellado por un ex agente de la Policía Nacional que se encontraba bajo custodia de la entidad demandada y sobre quien pesaba una orden de reclusión

Decide la Sala si la Policía Nacional falló en el servicio de custodia teniendo en cuenta que el conductor del vehículo que atropelló al señor John Jairo Cadavid Ríos ya no pertenecía a la Policía Nacional, manejaba un automotor de su propiedad y, no obstante la orden de reclusión que pesaba en su contra no se encontraba bajo la custodia de la entidad demandada porque gozaba en el momento de los hechos de una libertad no permitida

a. La entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios causados a título de falla del servicio de custodia

Extracto: ‘A tiempo del accidente el exagente estaba privado de la libertad bajo custodia de la entidad accionada, puesto que la misma aporta pruebas que así lo indica y habiéndose establecido que sobre aquel pesaba medida de aseguramiento, se echa de menos la explicación a cargo de la Policía Nacional sobre las circunstancias por las cuales el mismo individuo gozaba de libertad el 5 de julio a la 1:30 a.m. (...) la Policía Nacional no explicó por qué razón esa “Suspensión” en sus instalaciones se cumplía interrumpidamente, el 4 de julio de 1998 de 8 a.m. a 12 m. y el 5 de julio siguiente de 3:22 p.m. a 6 p.m. Por tanto, para la Sala resulta claro que en el mes de julio de 1998 el señor John Jairo Valencia Calvo no era Policía, toda vez que fue retirado del servicio en junio de 1997 y que se encontraba suspendido en las instalaciones de la Policía Nacional por la detención preventiva decretada en su contra el 23 de mayo de 1997 por el Juez 71 de Instrucción Penal Militar; esto porque la permanencia en dichas instalaciones el 4 y 5 de julio de 1998 se refirió al mismo delito por el que era investigado penalmente. En esta medida, se concluye que sobre la demandada recaía la obligación de custodia del señor John Jairo Valencia Calvo en el marco de una detención preventiva, pues la Policía Nacional, no sólo no desvirtuó el hecho relacionado en la demanda, sino que lo confirmó con medios de conocimientos aportados por la misma accionada. En esta línea de pensamiento, si la demandada era la responsable de custodiar al señor John Jairo Valencia Calvo, esto es, de ejecutar la detención preventiva decretada por el Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar que conllevaba de suyo mantenerlo en sus instalaciones, la Policía Nacional resulta siendo la responsable de lo acontecido en la vía pública de la ciudad de Manizales, cuando quien soportaba una detención colisionó contra la motocicleta que conducía el demandante. (...) De lo anterior se desprende que, si bien el señor Valencia Calvo no ostentaba la condición de agente de la policía nacional a tiempo de los hechos y conducía un vehículo de su propiedad, se encontraba sujeto a la entidad en condición de detenido, según una orden emitida por un juez de instrucción penal militar (...) Se colige entonces la responsabilidad de la entidad demandada por falla en el servicio de custodia, cuando el accidente es causado por quien, teniendo que encontrarse en sus instalaciones cumpliendo una orden de detención, se encontraba injustificadamente libre cuando atropelló al motociclista John Jairo Cadavid Ríos, causándole las lesiones por las que él mismo reclama.”

b. La Policía Nacional faltó a la lealtad procesal porque no ajustó sus alegatos con los elementos de prueba que allegó al plenario

Extracto: “Es que resulta extraña -por decir lo menos- la conducta procesal de la demandada, quien, a la vez que aportó como anexo un reporte según el cual el exagente tenía que estar detenido en sus instalaciones, manifestó no constarle la privación de la libertad del señor John Jairo Valencia Calvo, ni la custodia que le fuera confiada por el Juez 71 de Instrucción Penal Militar. Es que la lealtad procesal le imponía a la Policía Nacional acompasar sus alegaciones con los elementos de prueba debidamente allegados al plenario, de suerte que, establecido indiciariamente como está que el señor Valencia Calvo cumplía una medida de aseguramiento en sus instalaciones, le correspondía desvirtuar la custodia del reo y, si ésta le correspondía, exponer las razones por las que el ex agente estuvo detenido el 4 de julio de 1998 hasta las 12 m., gozaba de libertad el día 5 siguiente a la 1:30 a.m. -cuando ocurrió el accidente- y volvió a su lugar de reclusión el mismo día en las horas de la tarde. Lo cierto es que el directamente responsable del accidente soportaba una medida restrictiva de la libertad a cargo de la Policía Nacional y, sin embargo, inexplicablemente aquella madrugada del 5 de julio de 1998 gozaba de plena libertad, al punto que conduciendo un vehículo de su

propiedad atropelló al señor John Jairo Cadavid Ríos, circunstancias que de manera conjunta y congruente indican una falla del servicio de custodia atribuible a la Policía Nacional. En este contexto, aunque el directamente responsable de la colisión ya no fungía como agente estatal y así el vehículo que el mismo conducía y la actividad que realizaba resultan ajenos al servicio, su presencia en el lugar de los hechos, cuando debía estar detenido, hace responsable a la administración de los daños irrogados al actor, pues el accidente de tránsito se debió adecuada y eficientemente a la inexplicable libertad de locomoción de que gozaba el señor Valencia Calvo imputable a la falla en la prestación del servicio a cargo de la Policía Nacional, quien tenía obligación de custodia del mismo en el marco de la detención preventiva dentro del proceso penal militar.”

[Sentencia de septiembre 30 de 2011, Exp. 17001-23-31-000-1999-00210-01 \(21.149\) MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

5. El Consejo de Estado declaró responsable administrativa y patrimonialmente a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la muerte de un campesino, ocasionada por la explosión de un maletín que contenía explosivos, dicho artefacto fue abandonado por la guerrilla el día 20 de agosto de 1997, cuando atacó el municipio de Cabrera (Cundinamarca)

Se decide si cabe endilgar la responsabilidad patrimonial a la entidad demandada como consecuencia del daño antijurídico ocasionado a los actores como efecto de la existencia y detonación de un artefacto explosivo en inmediaciones del municipio de Cabrera - Cundinamarca.

a. El daño antijurídico es atribuible fáctica y jurídicamente a la entidad demandada a título de falla del servicio, por incumplimiento en sus obligaciones

Extracto: “Dentro de las obligaciones que tiene la Policía Nacional, se tiene la de mantener el orden público cuando éste ha sido perpetrado por parte de personas que pretenden desestabilizar el mismo y ocasionar zozobra a la población en general. Si bien la Policía dentro del actuar ejercido el 20 de agosto de 1997, cuando fue atacado el Municipio de Cabrera, trató de repeler la agresión del enemigo, los deberes que se imponen entre otras, es llevar a cabo planes preventivos y operativos, en aquellos sitios donde se presente turbación del orden público, sugiriendo además el empleo apropiado de los recursos humanos y materiales. De acuerdo con los hechos narrados en la demanda y aquellos que resultaron probados dentro del plenario, la parte actora sostiene que se presentó una falla en el servicio por cuanto los uniformados conocían de la estrategia planeada por parte de los miembros armados insurgentes en dejar enterradas minas antipersonales, debiendo las autoridades inspeccionar el área y los lugares de combate, así como advertirle a los pobladores la forma de identificar tales elementos bélicos. Se advierte nuevamente que no existe prueba que identifique que el artefacto explosivo que causó la muerte era efectivamente una mina antipersonal, pero sí se puede deducir que era un material bélico dejado en la vía y ocasionado un evento desafortunado como la muerte del señor Ruiz Sánchez. (...) De los testimonios recepcionados en el presente proceso se puede observar que conforme a la pregunta realizada respecto a si los uniformados luego de los hechos ocurridos el 20 y 21 de agosto de 1997 de alguna forma advirtieron a la población civil o tomaron medidas de precaución para evitar accidentes con las minas quiebrapatatas dejadas por la guerrilla, el señor Víctor Germán Quiroga expresó que se advirtió a la población pero de forma posterior a la muerte de Miguel Antonio y el señor Carlo Ballen respondió no constarle tal hecho. (...) Del acervo probatorio también se puede establecer que los miembros de la Policía Nacional y específicamente el Comandante del Distrito no efectuó informe alguno respecto de la muerte del señor Ruiz Sánchez, lo cual era un pieza importante para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la forma como actuó y las medidas preventivas adoptadas por el cuerpo civil demandado.”

b. La Policía Nacional omitió el deber de prestar los servicios de protección, prevención y previsión dispuestos en la Constitución Política

Extracto: “Se tiene que las obligaciones de la Policía Nacional se omitieron respecto a la no observancia de los territorios o lugares donde se tuvo que repeler al enemigo, debiendo inspeccionar las áreas para así informar todo los elementos bélicos y demás artefactos dejados o rastros de la incursión guerrillera en esta zona ubicada en el puente de la vereda Santa Lucia Baja. Debía prevenirse, como debe hacerlo la Policía Nacional dentro de las funciones que le competen y haber efectuado una inspección posterior a los ataques subversivos, por cuanto debe custodiarse y mantenerse en orden las zonas que fueron objeto de tales enfrentamientos donde se utiliza todo tipo de armamento o artefactos que causan daño en la vida o salud, no solo para los miembros de la fuerza pública, sino también, de los civiles que se encuentran transitando o habitando por tales sectores. Se ha establecido por la jurisprudencia de la Corporación que cuando un atentado terrorista resulta previsible porque de las circunstancias especiales en que se desarrollen los hechos, las autoridades pueden tener conocimiento sobre un alto grado de probabilidad respecto de la ocurrencia del mismo, el Estado está en la obligación de prestar la protección que se requiere y, por lo tanto, el incumplimiento de este deber configura la falla del servicio; debe advertirse en esta oportunidad que esta previsibilidad no solo se predica del acto terrorista únicamente, sino de la totalidad del escenario que se enmarca en ella, esto es, no solo el hecho actual del suceso, sino las consecuencias que de ella se deriven, y en este caso se verifica entonces que si bien se perpetró un ataque al municipio de Cabrera y una emboscada a un patrulla de Policía, en esa medida las autoridades públicas, debieron, posterior a ello, verificar las zonas objeto de combate debido a que puede quedar elementos bélicos que causen un perjuicio a los pobladores del sector. En el presente caso, no se verifica que la entidad demandada haya efectuado sus planes de prevención que se requieren conforme a sus obligaciones contenidas en las leyes y demás disposiciones, por cuanto no existe informe que haya desvirtuado lo dicho por el demandante, esto es, no se evidenció por parte de la Policía Nacional que se haya elaborado un plan posterior a los ataques perpetrados para minimizar al máximo la perturbación del orden público derivado de los actos cometidos por los insurgentes en horas anteriores. Por lo anterior, se presenta un falla en la prestación del servicio por parte de la Policía Nacional al observarse la falta de previsión de informar e inspeccionar las zonas que fueron objeto de las incursiones subversivas, dado que debieron seguir los protocolos de seguridad para ellos de obligatorio cumplimiento y que se deriva de las funciones que constitucional y legalmente se han encomendado.”

[Sentencia de julio 25 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1998-00731-01 \(19.434\). MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

* Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero

* Aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero

a. Precisión del concepto de la imputación objetiva

Extracto:” Debo precisar mi posición sobre la afirmación que hizo la Sala en la providencia respecto de la imputación objetiva. La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica -y con ella la imputación objetiva del daño- consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución

material del daño, existe o no el deber jurídico -subjetivo u objetivo - de resarcir el perjuicio. Por lo anterior, la imputación objetiva se abre paso a la hora de definir la imputación fáctica de un resultado y, por lo tanto, de la mano del derecho penal, ha venido impregnando otras ramas como la administrativa y la civil, precisamente para suministrar un conjunto de muy útiles herramientas conceptuales propias y exclusivas de las ciencias sociales, dirigidas a que el operador judicial pueda establecer, al margen de la incertidumbre propia de la causalidad (nexo causal), cuándo un daño es imputable al obrar de un determinado sujeto. La insuficiencia de las teorías causales ha sido puesta de presente por la doctrina mayoritaria penal y, en la actualidad, por los teóricos de la responsabilidad civil quienes, sin renunciar por completo al mal llamado nexo causal sí han reconocido la necesidad de reformular la aplicación de la causalidad para determinar la atribución de un resultado en cabeza de una persona o ente jurídico, razón por la que inclusive en este último campo del derecho se abre paso la teoría de la imputación objetiva para solucionar las deficiencias que se han advertido.”

b. Los informes de prensa sólo pueden probar el hecho de haber publicado una información, más no generan certeza de su contenido, tampoco puede llegar a tenérseles como indicio de los hechos, porque ello implicaría necesariamente que se tenga un hecho como probado y estos no tienen ese alcance

Extracto: “El segundo motivo que me lleva a aclarar el voto guarda relación con mi posición frente a la forma como deben valorarse los informes de prensa. En cuanto a las informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, la Sala en forma sistemática ha señalado que, en términos probatorios, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción alguna a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados. (...) Es decir, los informes de prensa sólo pueden probar el hecho de haber publicado una información, más no generan certeza de su contenido, tampoco puede llegar a tenérseles como indicio de los hechos, porque ello implicaría necesariamente que se tenga un hecho como probado y como ya se dijo, estos no tienen ese alcance. Ahora bien, la necesidad de la existencia de un hecho probado, riñe con el carácter contingente que se le quiere agregar en esta oportunidad, es decir, que puede suceder o no suceder (...) se observa que si a los informes de prensa se le da el valor de indicio contingente, es decir que puede suceder o no, tampoco podrían ser valorados toda vez que ni siquiera se encuentra probado con certeza, de un lado, el hecho y del otro su ocurrencia (...) es de resaltar que esta providencia se contradice con la sentencia proferida dentro del expediente No. 76001-23-31-000-1997-01063-01 (18229) proferida en la misma fecha, en la que expresamente se indicó: “Asimismo, carecen de eficacia probatoria los recortes de periódico que se aportaron con la demanda, los cuales solo tienen valor probatorio para efectos de considerar que esa fue la noticia que se publicó, pero en manera alguna permiten acreditar la ocurrencia de los hechos que allí se exponen”

6. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de los perjuicios causados con motivo de las lesiones padecidas por un soldado conscripto que le ocasionaron incapacidad total, los hechos ocurrieron el 13 de octubre de 2006, en desarrollo de una operación militar en el Batallón Especial Energético y Vial No. 8 con sede en Segovia (Antioquia). La Corporación condenó a pagar perjuicios morales, materiales y daño a la salud

Se decide si se encuentra probado el daño antijurídico padecido por los demandantes y si éste es imputable a la entidad demandada, se analizarán los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, bajo el régimen de naturaleza objetiva tales como el daño especial o el riesgo excepcional y de otro lado el de la falla del servicio; o si el daño se originó en una fuerza mayor o un caso fortuito.

a. El proceso cuenta con prelación de fallo porque se improbió la conciliación prejudicial

Extracto: “Se advierte que el presente asunto cuenta con prelación de fallo por tratarse de un proceso en el que se improbió la conciliación prejudicial a la que llegaron las partes, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el acta número 21 del 15 de octubre de 2008, de la Sección Tercera, se procedió a decidir la controversia según los criterios fijados por la Sala en esa ocasión.”

b. El daño que ocasionó incapacidad total al soldado conscripto deviene imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada quien debe responder por los perjuicios causados a título de daño especial

Extracto: “En el caso concreto, se encuentran estructurados los citados elementos o presupuestos de la responsabilidad comoquiera que el daño está plenamente demostrado en las actas de la junta médico laboral del Ejército Nacional y del Instituto de Medicina Legal; éste tuvo su origen en una actividad que desplegaba el soldado al interior del servicio militar obligatorio y esa lesión representa un resquebrajamiento de las cargas públicas, pues no está demostrado que haya tenido su génesis en una falla del servicio o en la concreción de un riesgo excepcional al cual se le hubiere sometido. Por lo tanto, a los demandantes les bastaba acreditar la existencia del daño, su concreción durante la prestación del servicio militar obligatorio y a causa del mismo, mientras que, desde el otro extremo, le correspondía a la entidad demandada a efectos de exonerarse de responsabilidad, establecer la configuración de una causa extraña que desvirtuara la imputación jurídica del daño en cabeza del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, circunstancia que se echa de menos en el proceso. Así las cosas, el daño deviene imputable en el plano fáctico y jurídico a la entidad demandada porque fue producido durante la prestación del servicio militar obligatorio, durante una actividad u operativo militar y la lesión resquebraja la igualdad frente a las cargas públicas, por lo que el daño reviste la connotación de especial y anorma.”

c. La reparación del daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia, por ser unos tipos de daños abiertos, pueden desencadenar vulneraciones al principio de la igualdad material

Extracto: “El daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud -comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico- como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica. (...) El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material.”

d. Si la víctima sufre un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional. El daño a la vida de relación o la alteración de las condiciones de existencia son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica

Extracto: “El “daño a la salud” -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica- ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho

constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional. (...) Los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario -dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño-, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.”

e. El resarcimiento del daño a la salud, garantiza los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material

Extracto:” Es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible. Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos. Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”

[Sentencia de septiembre 14 de 2011. Exp.: 05001-23-31-000-2007-00139-01 \(38.222\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

* Con salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo, doctora Ruth Stella Correa Palacio y doctor Danilo Rojas Betancourth. Con aclaración de voto del doctor Mauricio Fajardo Gómez

* Salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo y del doctor Danilo Rojas Betancourth

a. La prelación de fallo no procede en el presente asunto, porque desconoce los postulados dispuestos en el artículo 63A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia por lo tanto debía mantener el turno de rigor

Extracto: “Discrepamos de la prelación de fallo fundada en el acta n°. 21 de 15 de octubre de 2008, en tanto se aparta de las reglas y directrices establecidas en el artículo 63A de la Ley estatutaria de

la administración de justicia (...) La norma en mención establece que la prelación de turnos procede para casos particulares, siempre que el asunto entrañe razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o cuando existan graves violaciones de los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, o asuntos de especial trascendencia social. Así mismo, cuando su resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia. Siendo así, la prelación aceptada, desconoce los postulados de la norma legal, en tanto el Acuerdo n°. 021 prevé dicha figura para casos generales, apartándose de la disposición legal, afectando el derecho a la igualdad al señalar una directriz diferente, de modo que el asunto debatido no queda subsumido dentro de ninguno de los postulados señalados y no podía ser resuelto de manera preferente, sin someterse al turno de rigor.”

b. La tasación del daño debe ser objetiva por cuanto comprende la afectación de la integridad psicofísica de la persona

Extracto: “Compartimos la apreciación de la Sala en cuanto considera que el “daño a la salud” es aquel que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.), sin que sea procedente otro tipo de daños (v.gr. la alteración a las condiciones de existencia) -pág. 42-. Reforzando la misma idea, consideró que “una daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud” -folio 43-. Al tiempo precisó que “desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad sicofísica”, lo cual tiene su razón de ser en la ambigüedad conceptual tanto del daño a la vida de relación y en la alteración a las condiciones de existencia, puesto que la falta de limitación conceptual y la imprecisión de ambos impiden su objetivización. Si el daño a la salud gana precisión, claridad y concreción para efectos de su indemnización, en tanto está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que el mismo genera, su tasación deberá ser objetiva, en tanto que determinado el alcance del daño a la salud, éste deberá tener correspondencia con el perjuicio causado para efectos de su valoración económica y su reparación integral.”

c. La reparación del daño a la salud no se hizo con un criterio objetivo, ante la falta de prueba debe establecerse el grado de afectación

Extracto: “Si el daño a la salud como una categoría del daño inmaterial adquiere concreción y delimitación y, desde el punto de vista ontológico, impide que existan una multiciplidad de categorías resarcitorias, al comprender los aspectos físicos y psíquicos, no podrá subdividirse en diversas expresiones -daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social o daño psicológico- deberá, por tanto repararse con base en dos componentes i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares de cada persona lesionada. En esta línea de pensamiento el arbitrio iuris se desplaza por un criterio objetivo, para privilegiar la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. (...) La reparación del daño debe dejar indemne a la persona, como si el daño no hubiere ocurrido, o al menos a la situación más próxima a la que existía antes de su evento. Se encuentra que en este caso particular, a pesar de las variables enunciadas para la tasación del daño a la salud, no se explica porque acogió en su integridad las pretensiones relativas a las distintas tipologías subsumidas en el daño a la salud, apartándose de los razonamientos dados en la parte motiva, olvidando que desde una perspectiva objetiva, el arbitrio iuris pasa a un plano secundario, en tanto solo deberá indemnizarse el perjuicio

causado, de tal manera que éste tenga correspondencia concreta, real y objetiva frente al daño causado, aunado a que deberá tenerse como referente la indemnización que por este tipo de daños se hubiera reconocido en casos similares. Para el reconocimiento hecho en el caso particular no ocurrió lo propio simplemente se hizo la respectiva valoración con fundamento en el arbitrio iuris del juzgador, desconociendo los lineamientos de la misma decisión. En consecuencia, para su respectiva tasación ante la falta de prueba sobre el particular debió establecerse el grado de afectación.”

*** Salvamento parcial de voto de la doctora Ruth Stella Correa Palacio**

a. La sentencia establece un retroceso en la evolución jurisprudencial. El detrimento psicofísico o corporal no representa objeto de reparación, el perjuicio indemnizable lo constituye la consecuencia generada por la disminución psicofísica o corporal; la adopción del concepto del daño a la salud afectaría los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público. La reparación del daño a la salud, en el presente caso no cumple con el principio de igualdad material

Extracto: “La sentencia constituye un retroceso en la evolución jurisprudencial, pues ya existía claridad en relación con el contenido y alcance del daño extrapatrimonial diferente al daño moral, que abarcaba la lesión a la salud, esto es, la afrenta a la integridad corporal o psíquica de la persona y, por lo tanto, ya era un daño susceptible de reconocimiento e indemnización mediante la denominación mayor de alteración a las condiciones de existencia. (...) El detrimento psicofísico o corporal en sí mismo no representa objeto de reparación, siendo por tal motivo desatinado volver a la expresión de perjuicio fisiológico o a la salud, pues es diferente la lesión (daño corporal o psíquico) y sus consecuencias, dado que estas últimas son las que constituyen el perjuicio indemnizable. (...) La adopción del concepto de daño a la salud como categoría autónoma, conlleva la expansión o ampliación de las hipótesis que configuran los daños extrapatrimoniales indemnizables, teniendo en cuenta el reconocimiento de la constitución del daño por el sólo evento, con independencia y desligado de sus consecuencias o efectos, lo que implicaría o permitiría indemnizar a la vez el quebranto corporal o psicofísico y el deterioro a las condiciones de existencia que el mismo ocasiona, afectando los principios de la reparación, la prohibición del enriquecimiento sin causa y el presupuesto público. (...) La providencia no establece criterios claros y uniformes de indemnización, e incluso al ser aplicada la nueva tesis termina reconociendo y liquidando en forma disímil, inequitativa y sin fundamento el daño a la salud, con lo cual no se cumple el principio de igualdad material que tanto pregona.”

b. Improcedencia de la prelación de fallo en el presente proceso

Extracto: “Tampoco estoy de acuerdo con que se hubiese fallado el presente proceso con prelación por ser un asunto cuya sentencia de primera instancia y recursos de apelación contra la misma se remontan al año de 2009, a pesar de que existen en la Sección una gran cantidad de procesos pendientes de fallo desde el 2001, que en condiciones similares se encuentran primero en el listado de turnos para sentencia, no siendo claro el argumento esgrimido en la providencia para justificar la alteración de turno, en el sentido de que como se trata de un proceso en el que se improbo una conciliación resultaba procedente la prelación. En efecto, la decisión que se adoptó por la sala en el Acta n.º 21 de 15 de octubre de 2008, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, de prelación de fallo en aquellos procesos en que se imprueba la conciliación, tuvo su razón de ser en que no se pierda el estudio que llevaba a tal improbación, dado que ello incidiría en la congestión que afecta esta Sección, situación que fue la que no se presentó en el *sub examine*, porque las razones de improbación de la conciliación no implicaron el estudio del expediente, dado que conforme al auto de 18 de noviembre de 2010, obedecieron simplemente a que en la condena el juez *a quo* dividió la indemnización por la alteración de las condiciones de existencia, en varios ítems, tal y como se lee en el texto de la providencia que contiene esa decisión (...) no existe justificación para dar prelación a esta sentencia, ni con fundamento en la decisión adoptadas por la Sala el 15 de

octubre de 2008, ni con sustento en normas aplicables a la fecha contenidas en los artículos 16 de la Ley 1285 de 2009 (que modificó el art. 63 A de la Ley 270 de 1996) y 115 de la Ley 1395 de 2010.”

7. Se declara administrativamente y extracontractualmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por los perjuicios causados al demandante como consecuencia de un incendio que afectó un predio de su propiedad el 5 de julio de 1997, cuando miembros de la institución, en ejercicio de una práctica de polígono lanzaron un artefacto explosivo

Se decide si los daños causados a los inmuebles de propiedad del demandante por el incendio ocasionado con artefactos explosivos usados en la práctica de polígono son imputables a la entidad demandada y qué régimen de responsabilidad es aplicable al caso concreto

a. La producción de daños originados por parte de la entidad pública o de sus agentes en actividades peligrosas cuando se disparan armas de fuego y/o se lanzan granadas, será a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional.

Extracto: “Tiene ya bastante bien averiguado la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado que como corolario del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a Derecho que le sean atribuibles e incluso por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos, así como también ha sido reconocida la operatividad de regímenes en los cuales no se precisa del acaecimiento de falta o falla alguna en el funcionamiento del servicio para que resulte posible deducir responsabilidad respecto de la entidad normativamente encargada de prestarlo; se trata de los denominados regímenes de responsabilidad “sin culpa” o “sin falta”, en los cuales la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que la actividad de éste o la conducta -activa u omisiva- de sus agentes, se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico; son los referidos eventos en los cuales esta Corporación ha reconocido y estructurado los catalogados como títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, entre los cuales se encuentra aquel que se fundamenta en el riesgo excepcional. Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue -por parte de la entidad pública o de sus agentes - de actividades peligrosas, lo cual ocurre cuando se disparan armas de fuego y/o se lanzan granadas, es aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de tal actividad quien quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado; asimismo, en cuanto al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales el aludido sea el asunto objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que: “[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”. Dado que en el presente caso el Estado tenía a su cargo la actividad riesgosa que produjo el daño, la Sala encuentra que la responsabilidad patrimonial predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional.”

b. El daño antijurídico resulta imputable a la entidad demandada porque se está en presencia de una actividad riesgosa como es la utilización de artefactos explosivos (granadas), a título de riesgo excepcional

Extracto: “Se encuentra que el día 5 de julio de 1997, en el municipio de Ocaña, miembros del Batallón No. 15 de Santander, mientras realizaban prácticas de polígono, lanzaron artefactos explosivos que causaron un incendio que afectó el predio “El Algodonal 1 y 2” de propiedad del señor Luis Alfredo Sepúlveda Ortiz. Inclusive, en el informe rendido por el Comandante del Batallón para la época de los hechos, se aceptó que el incendio fue producto de una de las granadas que estaban siendo lanzadas mientras se adelantaban prácticas de polígono; en vista de lo anterior, la Sala

observa que la entidad demandada tenía bajo la guarda dicha actividad peligrosa. (...) resulta claro entonces que se está en presencia de una actividad riesgosa, como lo es la utilización de armas y/o artefactos explosivos (granadas), razón por la cual resulta aplicable el régimen de responsabilidad correspondiente al título de riesgo excepcional, en el cual la parte actora sólo debe acreditar el daño y la causa del mismo -originada en el ejercicio de una actividad peligrosa por cuenta de la Administración-, situación que se probó dentro del proceso; para que la entidad demandada se pudiese exonerar de responsabilidad debió probar la existencia de una causa extraña, esto es la fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, las cuales, como previamente se indicó, no se acreditaron en este caso. En conclusión, la totalidad del material probatorio relacionado permite inferir que la propiedad del señor Luis Alfonso Sepúlveda Ortiz, esto es, “El Algodonal 1 y 2”, sufrió daños por un incendio, el cual se originó por el lanzamiento de granadas, que estaban realizando miembros del Batallón de Infantería No. 15 de Santander, mientras adelantaban prácticas con armas el día 5 de julio de 1997, razón por la cual, estas circunstancias hacen imputable el daño antijurídico a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y, en consecuencia, le genera la consiguiente obligación de repararlo.”

Sentencia de agosto 25 de 2011. Exp. 54001-23-31-000-1998-00624-01 (21.883). MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

8. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al Instituto Nacional de Vías, por la muerte de un ciudadano en un accidente de tránsito cuando se desplazaba entre Briceño y Chocontá, la colisión se produjo como consecuencia de la inexistencia de señalización en la vía y la falta de advertencia a los conductores, sobre el riesgo que ofrecía el desplazamiento en la carretera debido a que se encontraba lisa y resbalosa por trabajos de sellado de grietas que se habían realizado con anterioridad.

Se decide si el accidente de tránsito que ocasionó la muerte del conductor de la camioneta que chocó con otro vehículo, es imputable a la entidad demandada por la omisión de señalización en la vía que se encontraba en mantenimiento o si se configuró causal eximente de responsabilidad como es el hecho de un tercero

a. La entidad demandada es responsable del accidente de tránsito donde perdió la vida el abogado Zabala Higuera, a título de falla del servicio.

Extracto: “Antes de analizar la responsabilidad del INVÍAS, conviene precisar que el accidente se produjo en el Kilómetro 38.8 de la vía que de Bogotá conduce a Tunja, la cual es de carácter nacional y por tanto su cuidado y conservación está a cargo del citado Instituto, pero también debe aclararse que para la época en que se presentó el accidente funcionaban los Distritos de Obras y ellos eran los encargados de adelantar las actividades de construcción y de conservación de las vías a cargo del INVÍAS, dentro de su jurisdicción. De este hecho dan cuenta las diferentes comunicaciones anexadas por el INVÍAS con la contestación de la demanda, en donde se aclara que debe solicitarse al Distrito No. 8, Cundinamarca para que remita copia del reporte de obras adelantadas en esa vía y también de los oficios de febrero 4 y 12 de 1998, suscritos por el Director Regional Cundinamarca del INVÍAS, donde informa que al verificar los archivos no se encontraron reportes ni de mantenimiento efectuado en la vía, ni del accidente ocurrido, pero aclara que para esa fecha los funcionarios que laboraban en la Regional no estaban vinculados a dicha dependencia y no existía tampoco administrador de mantenimiento vial (...)Al proceso se allegó certificación suscrita por el Director Regional del Distrito No. 8, del INVÍAS, con fecha 30 de octubre de 1995 (...) Esta certificación es corroborada posteriormente mediante oficio No. 00073 del 8 de febrero de 1996, suscrito por el Director Regional del INVÍAS Cundinamarca, con destino a la Fiscalía Regional de Chocontá, en la cual manifiesta: (...). Estas dos certificaciones, que son documentos públicos, apreciados de manera conjunta con las otras pruebas allegadas al proceso, permiten concluir sin hesitación alguna que están presentes dos circunstancias que en este caso concreto inciden de manera fundamental, en la tarea de establecer la existencia de una falla del servicio: de un lado que

en los días previos al accidente sí se adelantaron obras de mantenimiento en la vía Bogotá Tunja a la altura del K 38+ 800, sitio donde se produjo la colisión vehicular, consistentes en sellado de grietas con aplicación de emulsiones asfálticas catiónicas, quedando la vía aceitosa y por otra parte, que durante los días posteriores a la aplicación del sellante, no fueron instaladas señales que advirtieran dicha situación a los usuarios de las vías, ya que éstas solo permanecieron durante la ejecución del trabajo y aproximadamente una hora más.”

b. De las pruebas aportadas al proceso se estableció claramente que no se configuró la causal eximente de responsabilidad, el hecho de un tercero, que alegaba la entidad demandada

Extracto:” El INVÍAS alegó que en el sub-judice se configura la causal de exclusión de responsabilidad por el hecho de un tercero, consistente en la actuación imprudente del conductor que causó el accidente, a quien le endilga la inobservancia del deber de cuidado, porque no redujo la velocidad, a pesar de las condiciones de la vía, debe precisarse que este hecho no encuentra respaldo probatorio en el proceso, en la medida en que quienes sufrieron el accidente coinciden en manifestar que venían a velocidad normal y de un momento a otro se encontraron con un tramo en que la vía estaba aceitosa y también, que el vehículo que originó la colisión venía haciendo zigzag porque su conductor perdió el control del mismo. En efecto, tal como concluyó la investigación penal, la causa eficiente del accidente fue la condición de la vía, que se encontraba aceitosa y resbalosa, unida a las condiciones climáticas, porque ese día llovió y la carretera estaba húmeda y sobre todo, la falta de señalización o la falta de advertencia a los conductores, sobre el riesgo que ofrecía el desplazamiento en dichas circunstancias, con el fin de que tomaran las medidas de precaución necesarias. Corolario de lo anterior resulta que el daño causado es imputable al INVÍAS, de manera que ésta debe responder por los perjuicios causados a los demandantes y en consecuencia se condenará a la entidad a su cancelación.

[Sentencia de octubre 19 2011. Exp. 25000-23-26-000-1997-04845-01\(21.908\). MP. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

9. El Consejo de Estado negó las pretensiones de la demanda que se encontraban encaminadas a demostrar que existió una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP-211-93, cuyo objeto era la construcción y pavimentación de la variante de Madrid desde el km 0+520 al km 2+100, tomando el km 0+000 a la entrada de Madrid en la vía de Bogotá - Madrid. El plazo de ejecución fue de 6 meses y el plazo de vigencia de 8 meses, el valor del contrato más reajustes fue de \$725.773.785.30.

Se decide si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 por hechos no atribuibles al contratista, sin que se adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento y, como consecuencia de este análisis, si surge para la entidad demandada el deber de reparar los daños que el demandante afirma se le causaron por el mayor tiempo que duró la obra.

a. Contrato de obra por precio global y el contrato a precios unitarios, diferencia en la modalidad de pago

Extracto:“ Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios

unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.”

b. Objeto de los contratos celebrados por las entidades públicas

Extracto: “El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.”

c. Finalidad del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato

Extracto: “Al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución. Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas. En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.”

d. El incumplimiento de obligaciones y deberes de la administración, como la mayor permanencia de obra, deben ser reparados al contratista cumplido siempre que se prueben los daños sufridos

Extracto: “Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista. Lo cierto es, por tanto, que el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, en tanto se prueben los daños sufridos.”

e. El desequilibrio económico del contrato no existió y la pretensión por mayor permanencia de obra no prosperó, en razón a que el contratista no consignó las reclamaciones o salvedades en las actas y documentos que suscribió con la administración

Extracto: “si bien el Departamento de Cundinamarca incurrió en una falta de planeación, que, según se explicó, constituye una obligación contractual y legal a su cargo, de manera que los inconvenientes descritos y que se presentaron en el transcurso de la obra se pudieron prever con unos adecuados estudios previos que hubieran dado lugar a la celebración del contrato en otras condiciones iniciales, no es menos cierto que conjuntamente y de mutuo acuerdo con la contratista hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurarlos, superarlos y subsanar la situación por estos generada para el cabal desarrollo de la obra contratada, sin que al realizar las respectivas suspensiones, prórroga o modificaciones al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. (...) En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.”

[Sentencia de agosto 31 de 2011, Exp. 25000-23-26-000-1997-04390-01 \(18.080\). MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES](#)

10. El Consejo de Estado decidió no declarar responsable al Departamento del Valle del Cauca - Secretaría de Tránsito y Transporte del Valle del Cauca - Municipio de Tulúa - Secretaría de Tránsito y Transporte de Tulúa, por la retención de un camión de servicio particular por parte de un agente de tránsito al evidenciarse que la licencia de conducción del transportador era falsa

Se decide si la actuación del agente de tránsito adscrito al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle del Cauca, constituyó un daño antijurídico al demandante y si se configuró una falla en la prestación del servicio

a. El agente de tránsito Juan Carlos Sanclemente Zapata, estaba autorizado para aplicar las medidas que resultaran efectivas en el cumplimiento de las disposiciones previstas por el Ordenamiento de Tránsito Terrestre vigente para el momento de los hechos

Extracto: “Las autoridades de tránsito, como era el caso del patrullero Juan Carlos Sanclemente Zapata, estaban autorizadas para aplicar las medidas que resultaran efectivas en el cumplimiento de las disposiciones previstas por el Ordenamiento de Tránsito Terrestre, entre ellas, la inmovilización de vehículos, y en el presente asunto resulta que el agente de tránsito Sanclemente Zapata advirtió irregularidades en la licencia de tránsito del automotor de placas EW 4224, documento cuya finalidad no es otra que la de “*autorizar el tránsito de un vehículo por las vías públicas del territorio nacional y sirve para la identificación del mismo*”, según lo contemplaba el artículo 2° del Código Nacional de Tránsito, modificado por el artículo 1° del Decreto 1809 de 1990, circunstancia por la cual ordenó la inmovilización del automotor mencionado y lo dejó a disposición de la autoridad competente, como lo era en este caso la Fiscalía General de la Nación. Adicionalmente, el agente Sanclemente Zapata ordenó el traslado del automotor a los patios oficiales localizados en el parqueadero del Cuerpo de Bomberos del Municipio de Tuluá, Departamento del Valle del Cauca, y levantó un comparendo haciéndole saber al conductor del automotor inmovilizado que debía presentarse ante la autoridad competente dentro de los tres días siguientes, a fin de aclarar dicha situación. Asimismo, el agente aludido puso a disposición de la Fiscalía General de la Nación el automotor inmovilizado, como era su deber, según se infiere del informe que sobre el particular realizó el citado agente.”

b. No se acreditó el daño antijurídico alegado por el actor ni se configuró una falla en la prestación del servicio

Extracto: “Ninguna falla en la prestación del servicio se configuró en el *sub lite*, toda vez que la inmovilización del automotor de placas EW 4224 de propiedad del señor Jorge Enrique Barrero Solano, era una facultad que estaba en cabeza del agente de tránsito Sanclemente Zapata, quien advirtió irregularidades en la documentación del citado automotor. Tan es así, que se logró establecer en el curso de la investigación penal, que la licencia de tránsito perteneciente al vehículo mencionada era falsa. De otro lado, no obra prueba alguna en el plenario que permita establecer que el agente Sanclemente Zapata hubiese solicitado suma alguna de dinero al conductor del automotor inmovilizado, a cambio de no aplicarle dicha medida, como lo sostuvo la parte demandante. Tampoco es cierto que el citado agente hubiese dejado el vehículo inmovilizado a disposición de la Fiscalía General de la Nación varios meses después de su retención, pues, como se vio, el automotor quedó a órdenes de la autoridad competente de manera inmediata, prueba de ello es que la Unidad Seccional de Fiscalías de Tuluá ordenó la remisión del proceso por competencia a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, el 3 de mayo de 1994, lo cual implica que dicha entidad ya había asumido con anterioridad el conocimiento del asunto. Puede concluirse, entonces, que el daño que sufrió el demandante con la inmovilización del automotor de placas EW 4224 no reviste la naturaleza de antijurídico, en la medida que el propietario del mismo estaba obligado a soportarlo, si se tiene en cuenta que la licencia de tránsito, documento que permite la movilización de los vehículos por las carreteras nacionales, era apócrifo. Tampoco se configuró una falla en la prestación del servicio imputable a la demandada consistente en que el agente de tránsito Juan Carlos Sanclemente Zapata obró fuera del marco de la ley, por haber inmovilizado el automotor de placas EW 4224 de propiedad del señor Jorge Enrique Barrera Solano, habida consideración de que el citado funcionario estaba facultado por la ley para aplicar la medida que adoptó en torno al vehículo mencionado.”

[Sentencia de agosto 11 de 2011. Exp. 76001-23-31-000-1996-02493-01 \(20.265\). MP. GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ \(E\). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

11. Se declara administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de las

lesiones causadas con arma de dotación oficial a un ciudadano, en hechos ocurridos el 4 de julio de 1995, en el municipio de la Victoria (Caldas).

Se decide si se encuentra acreditado el hecho generador del daño antijurídico, el título de imputación cuando se trata de lesiones de personas causadas por disparos realizados con arma de fuego de dotación oficial y si se configuró o no la causal eximente de responsabilidad alegada por la entidad demandada

a. Cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados por el uso de armas de dotación oficial, el título jurídico de imputación aplicable, por regla general, es la teoría del riesgo excepcional, pero si los elementos de la falla del servicio se encuentran acreditados, este será el régimen bajo el cual debe responder la administración

Extracto: “Cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados con el uso de armas de fuego de dotación oficial, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; en este sentido la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, debe acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún en aquellos casos en los cuales concurren los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que cuando se configuren, igualmente, los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, el carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva, hace que la condena se profiera con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad.”

b. No se configuró la legítima defensa invocada por la entidad demandada

Extracto: “Los soldados que se habían evadido cuando regresaron al campamento, ingresaron por el lugar habitual de entrada a la base, que era el puesto uno, tal como lo confirma tanto el comandante de la compañía S.S. Tejada Cárdenas, como el Soldado Rodríguez, situación que hace creíble la versión que en ese momento no se encontraba el Centinela en dicho puesto de vigilancia, lo que de por sí ya implica una falla en la prestación del servicio de control y seguridad, que posibilitó que los soldados ingresaran al área de campamento, sin ser vistos por el Centinela quien una vez observó las sombras de los mismos, de manera acelerada e imprudente, quizá llevado por el temor a ser atacado por el enemigo, accionó su arma de dotación oficial de manera peligrosa y desproporcionada, pues nótese que lo hizo hacia el sector en donde dormían en cambuches sus propios compañeros, lesionando no solo al Soldado Cáceres Pava, sino al Soldado Iván Cuartas Toro, quien dormía. Las circunstancias que se dejan vistas desfiguran la legítima defensa aducida por la demandada, en tanto se tiene probado que al momento de ser alcanzado por las balas del Centinela, el Soldado Cáceres Pava no se encontraba en posición de agresión en contra de éste, ni de la compañía militar, todo lo cual pone de presente una conducta que no se corresponde con el objetivo de la Fuerza Pública de proteger a las personas en su integridad personal, debiendo hacer uso de las armas de dotación como última ratio y no como fácil expediente para resolver todo

incidente que se presente, por lo que, evidenciada esta conclusión, ha de entenderse que se impone en este caso concretar en cabeza de la demandada la responsabilidad por las lesiones causadas a Cáceres Pava, por ser producto de un hecho contrario al buen servicio, circunstancia que obliga a revocar la sentencia de primera instancia.”

[Sentencia de septiembre 15 de 2011. Exp. 17001-23-31-000-1996-00196-01 \(20.196\). MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) Cuando en razón de la deuda hipotecaria se recibe el inmueble en dación en pago, no procede la deducción por pérdidas dado que la obligación se extinguió

Se decide si era procedente o no que el Banco demandante llevara como deducción en su denuncia rentístico los siguientes conceptos: provisión general de cartera comercial por deudas catalogadas por la Superintendencia Bancaria como de dudoso o difícil cobro; pérdida en la enajenación de bienes recibidos en dación en pago; amortización del crédito mercantil y de gastos pagados por anticipado.

Extracto: La Sala pone de presente que en sentencia del 10 de junio de 2010 analizó un caso análogo al ahora estudiado y llegó a la conclusión de que “no e[ra] deducible la pérdida originada en operaciones de dación en pago correspond[iente] a [las] pérdidas que se originan en un menor valor recuperado de los préstamos hipotecarios (...) [porque] la pérdida en bienes recibidos en dación en pago no correspond[ía] a bienes usados en el negocio o actividad productora de renta del contribuyente.” Se dijo también en esa sentencia que “La sola circunstancia de [que los bienes recibidos en dación en pago estuvieren] vinculad[os] a la cartera vencida y que el convenio [con el Estado para obtener la línea de crédito] no fuera potestativo, sino obligatorio, no implica[ba] que deb[ía] aceptarse dicha pérdida fiscalmente como deducción.” Agregó la Sala, en la sentencia del 10 de junio de 2010, que “Por otra parte, la dación en pago deb[ía] ser entendida como aquel “modo o mecanismo autónomo y, de suyo, independiente de extinguir las obligaciones (negocio solutorio), en virtud del cual el solvens, previo acuerdo con el accipiens, le entrega a éste un bien diferente para solucionar la obligación, sin que, para los efectos extintivos aludidos, interese si dicha cosa es de igual o de mayor valor de la debida, pues una y otra se deben mirar como equivalentes”. La Sala, en esta oportunidad, reitera que la provisión del 100% de los saldos no provisionados de los bienes recibidos a título de dación en pago no son deducibles a título de deuda manifiestamente perdida o sin valor, porque, efectivamente, siendo la dación en pago un “*modo o mecanismo autónomo y, de suyo, independiente de extinguir las obligaciones*”, en el asunto objeto de estudio, que también está referido a esa provisión del 100%, es pertinente colegir que si las deudas hipotecarias pendientes por cobrar por el Banco demandante a sus clientes se extinguieron cuando el cliente entregó el respectivo bien en dación en pago, desaparece la deuda y, por tanto, es improcedente seguir hablando de la misma y de una presunta pérdida. La Sala también reitera que las provisiones del 100% de los saldos no provisionados de los bienes recibidos a título de dación en pago que la entonces Superintendencia Bancaria ordenó registrar en la contabilidad no constituyen un mecanismo para recuperar una cartera sino que “constituyen un mecanismo contable de protección de contingencias futuras y probables, que representan un factor de riesgo que puede llegar a afectar la estructura financiera del ente económico. Así mismo, reitera que “(...) la provisión no atiende a la pérdida probable del bien, esto es a su desvalorización, [puesto que lo que] pretende cubrir [es] el valor que el bien representaba en la cartera de la institución, ya que una vez recibido el bien se cancela la deuda, y se suspenden los rendimientos propios de la cartera activa.” Por lo tanto, “(...)La provisión no es representativa del valor del bien, sino una estimación del riesgo que genera su enajenación tardía, en la liquidez y estabilidad económica de la entidad.”

b) Procede la deducción por donación de cartera siempre la entidad donataria incrementa efectivamente su patrimonio

La Sala considera que le asiste razón al demandante en cuanto a que de conformidad con el numeral 2 del artículo 125-2 del E.T., para el año 1999, los contribuyentes sí podían donar títulos valores y, por lo tanto, la razón que adujo el Tribunal para confirmar la glosa que la DIAN formuló en los actos acusados es impertinente, pues omitió aplicar la norma citada. De conformidad con el artículo 261 del E.T., *“El patrimonio bruto está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable.”* De conformidad con el artículo 653 del C.C., *“Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.”* Las cosas corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro, y las cosas incorporales, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. De ahí que el artículo 262 del E.T. disponga que *“Son derechos apreciables en dinero, los reales y personales, en cuanto sean susceptibles de ser utilizados en cualquier forma para la obtención de una renta.”* En concordancia con las anteriores disposiciones, el artículo 37 del Decreto 2649 de 1993 define el patrimonio como el valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos sus pasivos. Y, el artículo 62 dispone que *“Las cuentas y documentos por cobrar representan derechos a reclamar efectivo u otros bienes y servicios, como consecuencia de préstamos y otras operaciones a crédito.”* El pagaré por su parte, es un título valor de contenido crediticio que legitima el ejercicio del derecho literal y autónomo de cobrar el efectivo, el bien o el servicio incorporado en el título. En consecuencia, el pagaré, en la medida que *representa el derecho a reclamar efectivo u otros bienes y servicios, como consecuencia de préstamos y otras operaciones a crédito*, y que los derechos apreciables en dinero forman parte del patrimonio bruto, es evidente que la donación tiene la virtud de decrecer, *contablemente*, el patrimonio del donante y de incrementar, *contablemente*, el patrimonio del donatario. En ese contexto, como el valor de los derechos apreciables en dinero, al tenor del artículo 267 del E.T. está constituido por su precio de costo, ese incremento y decremento del patrimonio correlativo asciende, en principio, al precio de costo por el que hayan enajenado, a título de donación, los pagarés y, por tanto, sería procedente el descuento del 60% a que alude el artículo 249 del E.T. Sin embargo, para la Sala esa circunstancia no es suficiente para tener derecho al descuento por donaciones, porque ese beneficio fiscal se justifica en la medida que se cumpla el propósito para el cual fue instituido, y ese propósito es que se incremente *efectivamente*, no solo contablemente, el patrimonio del donatario. En el caso concreto, en la medida que la cartera de los pagarés no la recupere la entidad donataria, es evidente que no tiene recursos para cumplir la finalidad de la donación, finalidad que, se insiste, constituye presupuesto sine qua non para tener derecho al beneficio fiscal. No podría interpretarse de otra manera, pues, en caso contrario, bastaría que los contribuyentes del impuesto sobre la renta donen cartera de difícil o dudosa recuperación o cobro para hacerse acreedoras del beneficio fiscal, haciendo nugatorio el propósito para el que fue instituido dicho beneficio.

[Sentencia de 28 de julio de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2004-00731-01\(16933\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. Cuando se anula el acuerdo que sirvió de fundamento a uno nuevo, los efectos de aquella se extienden a éste

Se decide la nulidad de los Acuerdos Nos. 004 del 20 de febrero de 2003, y 15 del 6 de octubre 2004.

Extracto: Si bien frente al Acuerdo No. 15 de 6 de octubre de 2004 no ha operado la cosa juzgada, es evidente que los efectos de la nulidad del Acuerdo No. 004 de 2003, trascienden a éste por ser una norma derivada, por lo que de manera autónoma no puede jurídicamente subsistir. En efecto, mediante el Acuerdo No. 004 de 2003, *“por medio del cual se modifican las tarifas de alumbrado público en la ciudad de Ibagué y se establecen topes máximos”*, el Concejo Municipal de Ibagué había fijado el impuesto de alumbrado público en dicho municipio y los sujetos activos y pasivos, el

hecho generador, la base gravable, y la tarifa del gravamen. Posteriormente, mediante el Acuerdo No. 15 de 2004, se modificó el artículo 6 del Acuerdo No. 004 de 2003, relativo a la tarifa del impuesto sobre el alumbrado público, y sólo se advierte modificación en cuanto al valor del tope máximo mensual por usuario, y en el sentido de incluir como facultad del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué INFIBAGUÉ, la de realizar los ajustes financieros, presupuestales y de sistemas necesarios, en cumplimiento del citado acuerdo. Así mismo, las facultades que sirvieron de sustento jurídico al Acuerdo No. 15 de 2004 son las mismas que dieron lugar a la expedición del Acuerdo No. 004 de 2003, el cual, al encontrarse sustraído del ordenamiento jurídico, impide la aplicabilidad del Acuerdo 15 de 2004, como consecuencia directa de su anulación, toda vez que no puede cobrarse la tarifa en él impuesta sin la existencia de un cuerpo normativo que le dé fundamento y facultades para el cobro del tributo, lo que conlleva inexorablemente a que sea declarada su nulidad por consecuencia.

[Sentencia del 30 de mayo de 2011. Exp. 73001-23-31-000-2008-00665-01 - 2009-00246-01 \(Acumulados\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad](#)

3. El concejo de San Pelayo tenía facultad para establecer los elementos del impuesto de alumbrado público

Se resuelve si el Acuerdo 017 de 2004 vulneró el numeral 4º del artículo 313 de la Constitución Política y el artículo 338 *ibídem*, así como el numeral 7º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994. Para el efecto, analizará la facultad impositiva de los municipios en el tributo de alumbrado público.

Extracto: El impuesto de alumbrado público tuvo origen legal en la Ley 97 de 1913, en virtud de la cual el legislador, en ejercicio de su facultad constitucional, autorizó al Distrito Capital de Bogotá para establecer un impuesto “sobre el servicio de alumbrado público”, organizar su cobro y darle el destino más conveniente para atender los servicios municipales. La facultad conferida al Concejo de Bogotá por la Ley 97 de 1913, fue extendida por la Ley 84 de 1915 a las demás entidades territoriales del nivel municipal. El literal d) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-504 de 2002, declarando exequible la referida norma al considerar que corresponde a los concejos municipales determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la citada Ley. Con fundamento en la doctrina judicial expuesta, se concluye: El artículo 338 de la Constitución Política le otorgó autonomía a los municipios para fijar los elementos del impuesto. La Ley que crea o autoriza la creación de un tributo territorial debe gozar de tal precisión, que acompañe la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, en orden a desarrollar el principio de igualdad frente a las cargas públicas dentro de un marco equitativo, eficiente y progresivo. La norma municipal que desarrolle la autorización legal debe tener referencia con el hecho imponible, o que se derive de él, o se relacione con éste. El artículo 1º de la Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público, y mediante la Ley 84 de 1915 facultó al Concejo de San Pelayo para fijar los elementos del impuesto. El artículo 1º de la Ley 97 de 1913 fijó como objeto imponible el servicio de alumbrado público. El hecho generador se ha venido decantando a partir de la regulación que, sobre el particular, han proferido autoridades nacionales como la CREG y el Ministerio de Minas y Energía. No existe contradicción entre la sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional y los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado. Por el contrario, es claro que se sustentan en la sentencia C- 035 de 2009, reconociendo la autonomía de que gozan los municipios para fijar los elementos del tributo. El precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que tomó el *a quo* como fundamento de su sentencia, ha sido rectificado. En ese contexto, es claro que el Acuerdo No. 017 de 23 de diciembre de 2004 fue expedido por el Concejo Municipal de San Pelayo en ejercicio y con observancia de las facultades constitucionales y legales, en especial, en desarrollo del principio de legalidad tributaria emanado del artículo 338 de la Constitución Política, razón por la cual se revocará la sentencia apelada.

[Sentencia de 19 de mayo de 2011. Exp. 23001-23-31-000-2007-00474-01 \(17764\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad](#)

4. La pérdida originada en la enajenación de bonos no es una pérdida operacional y tampoco es deducible por expresa disposición legal

Se determina la legalidad de la liquidación oficial de revisión, mediante la cual la Administración modificó la liquidación privada del impuesto de renta del año gravable 1997, concretamente en cuanto rechazó (i) la deducción por pérdidas originadas en la venta de títulos y (ii) la renta exenta por la inversión realizada en los términos de la Ley 218 de 1995 (Ley Páez).

Extracto: Es necesario indicar que el ordenamiento tributario contiene diferentes clases de pérdidas cada una con consecuencias fiscales propias, por lo que la Sala las ha clasificado así: 1. Las pérdidas operacionales son las que resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los periodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 E.T. 2. Las pérdidas de capital son las que se producen sobre activos fijos que sean bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por una fuerza mayor durante el año o período gravable, según lo dispuesto en el artículo 148 E.T., y 3. La pérdida en la enajenación de activos, que se presenta cuando se vende un bien que hace parte del activo del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal incluidos los ajustes integrales por inflación, según prescribe el artículo 90 E.T. Para este fin, deben excluirse del costo fiscal, los ajustes a que se refieren los artículos 73, 90-2 y 868 E.T. Así mismo, deben atenderse los límites consagrados en los artículos 149 y siguientes del E.T. De acuerdo con la anterior clasificación, la Sala observa que la demandante ubica la pérdida sufrida en la enajenación de bonos efectuada en el año gravable 1997, como una pérdida operacional, que es la que puede solicitarse como deducción conforme al artículo 147 E.T. La Sala advierte que, como lo señaló la Administración en el acto acusado, la pérdida solicitada por la demandante no corresponde al concepto de *pérdida operacional*, esto es, a un resultado del ejercicio en el que los costos y gastos de la actividad productora de renta fueron mayores frente a los ingresos percibidos. En este caso, la actora pretende restar de los ingresos percibidos en el año una pérdida y no costo o gasto alguno. La pérdida operacional no se detrae de los ingresos, sino de la renta líquida de los años siguientes, pues, se trata de un resultado del ejercicio, conforme al artículo 147 del Estatuto Tributario. La pérdida que pudo sufrir la demandante en la negociación de los bonos, es decir, porque los vendió por menor precio del que pagó para adquirirlos, no es deducible por expresa disposición legal contenida en los artículos 154 y 155 E.T. En esas condiciones, no es necesario entrar a analizar el objeto social de la demandante ni la posibilidad que la actora tiene o no de realizar negociaciones con títulos valores, pues con ello no se desvirtúa el rechazo de la deducción, en cuanto a que simplemente, como se indicó, la pérdida en la venta de los bonos no tiene el tratamiento legal pretendido por la actora. En consecuencia, no son de recibo los argumentos expuestos por la demandante para demostrar la procedibilidad de la deducción por pérdida en la venta de bonos, por lo que, en este punto, se ajusta a derecho el acto demandado que rechazó la suma de \$129.201.000 incluidos en el renglón 72 "otras deducciones", teniendo en cuenta que la actora aceptó ante la Administración excluir del valor total rechazado (\$133.255.846), la suma de \$4.055.042.

[Sentencia del 1° de septiembre de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2001-03276-01 \(17981\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. a) La dirección de notificación se entiende en relación con el contribuyente y no con el predio sobre el cual recae el impuesto

Se decide sobre la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión practicada por la Secretaría de Hacienda Distrital a la actora. por concepto de Impuesto Predial Unificado correspondiente al año gravable 2005, y de la resolución que decidió, para confirmar, el recurso de reconsideración interpuesto contra la misma.

Extracto: En lo que hace a los artículos 565, 566, 569 y 570 del Estatuto Tributario Nacional, contrario a lo que afirma el demandante, su aplicación no es fortuita ni analógica, sino por expresa remisión de la normativa especial del Distrito Capital (Artículo 6° del Decreto Distrital 807 de 1993), de donde mal se puede aseverar que los enunciados artículos no pueden tener efectos sobre el procedimiento “*distrital, local o municipal*”, desde luego, sin perjuicio de lo regulado específicamente por la normativa especial, la cual prefiere, en todo caso, a la general. Para el evento en estudio, las normas nacionales y las distritales, lejos de reñir, se complementan, toda vez que el artículo 6° del Decreto 807 de 1993, si bien no puntualiza las diferentes formas con las cuales es procedente notificar los actos administrativos distritales, remite expresamente para éste propósito a la normativa nacional, la que en el artículo 565 concretamente expone que las enunciadas actuaciones “deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente”. La misma norma, a partir del párrafo 1° regula el procedimiento aplicable para la notificación por correo, estableciendo que, para dicho efecto, los actos deben ser remitidos a la última dirección que figure en el RUT del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante. No obstante, como dicho tópico encuentra regulación específica dentro de la normativa territorial, respecto de la dirección para notificar, es aplicable lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 807 de 1993 que ordena enviar los actos “a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, o mediante formato oficial de cambio de dirección presentado ante la oficina competente”. Finalmente, la misma Administración Distrital expidió, concordante con la norma distrital y dirigido a los “Inexactos Predial 2004 - 2005”, el instructivo descrito en el numeral 2° de las pruebas, el que ordena que “*se tomará como dirección de notificación la última por fecha de presentación informada por cada contribuyente en las declaraciones del impuesto predial unificado*”. El ordenamiento analizado conduce inequívocamente a que la notificación del requerimiento especial debía ser remitida a la dirección informada para notificaciones en la última declaración del impuesto predial presentada por el contribuyente, con antelación al envío del acto que se pretendía notificar; lo que en ningún caso indica que necesariamente ésta debiera coincidir con la registrada en alguna de las declaraciones correspondientes al mismo predio por el que se practicaba el requerimiento, ya que, como lo aclara, tanto la misma normativa como la instrucción de la Dirección de Impuestos Distritales, la dirección de notificación se entiende en relación con el contribuyente y no con el predio sobre el cual recae el impuesto.

b) La Administración no debe acudir a los directorios, información bancaria, entre otros, cuando conoce exactamente la dirección del declarante, ni hacer uso del aviso en prensa

Para efectuar la notificación del requerimiento especial, la norma aplicable por la administración, en concordancia con la exigencia del actor, fue el artículo 7° del Decreto Distrital 807 de 1993, dado que el requerimiento especial se remitió por correo “a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto”. Por tanto, así respecto de la fotocopia auténtica de la declaración presentada el 30 de noviembre de 2006 y correspondiente al año gravable 2003 aportada por la Dirección de Impuestos Distritales, se haya negado por el Despacho la valoración probatoria mediante Auto de 9 de julio de 2010, por haberse aportado con ocasión de la apelación, las pruebas discriminadas en los numerales 11) y 12) del acervo transcrito dan fe, por una parte de que el predio objeto de la declaración contentiva de la dirección a la que se remitió el requerimiento especial le pertenecía a la sociedad actora, y, por otra, de la fecha de presentación de dicho denuncia y la dirección informada en él “Para efecto de Notificaciones”, lo que desvirtúa las afirmaciones del demandante y los argumentos del fallador de primera instancia, pues como se encuentra demostrado fue enviado a la dirección correcta. El inciso 3° del mismo artículo 7° del Decreto 807 de 1993 ordena que la administración debe establecer la dirección del contribuyente mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y, en general, de información oficial, comercial o bancaria, únicamente en el caso de que “No exista declaración del respectivo impuesto o formato oficial de cambio de dirección, o cuando el contribuyente no estuviere obligado a declarar, o cuando el acto a notificar no se refiera a un impuesto determinado”, es decir

que dicho procedimiento no operaba para este caso en el que el contribuyente viene declarando por todos los periodos y el acto a notificar fue enviado a la dirección correcta. Tampoco procedía la “publicación en un diario de amplia circulación” ya que la ley (inciso 4° del mismo artículo) ordena efectuarla por este medio “cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior”. Es claro que para el evento en estudio no era procedente legalmente, ni acudir a los directorios, información bancaria etc, por cuanto se conocía exactamente la dirección del declarante, ni menos hacer uso del aviso en prensa para lo que se requiere que no se conozca, ni haya sido posible por ningún medio establecer dirección del destinatario de la notificación.

Sentencia del 11 de agosto de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2009-00088-01(18178) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento

6. a) La Asamblea del Atlántico estaba facultada para determinar el empleo, tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla de ciudadela del Atlántico

Se decide sobre la nulidad de la Ordenanza No. 000011 de 2001, “*por medio de la cual se dictan normas sobre el régimen de estampillas (sic) Departamentales, se adicionan y se recopilan las anteriores existentes y se dictan otras disposiciones y aspectos de las rentas departamentales*”, expedida por la Asamblea Departamental de Atlántico.

Extracto: La Sala concluyó que mediante la Ordenanza 16 de 1987, la Asamblea Departamental del Atlántico autorizó la emisión de la estampilla Pro Electrificación Rural, acto para el que fue autorizada por la Ley 23 de 1986 y por el artículo 171 del Decreto Ley 1222 de 1986. Que la estampilla Pro Desarrollo Departamental se emitió por disposición de la Ordenanza 22 de 1986, que señaló los actos, operaciones y documentos a los cuales debía aplicarse, así como las tarifas. Que la Asamblea Departamental del Atlántico citó como fundamento de la ordenanza acusada el artículo 170 del Decreto 1222 de 1986, “Régimen de Administración Departamental”; disposición que autorizó su emisión y estableció límites a la misma y a la tarifa, y la facultó para establecer las exenciones, las características de las estampillas y “*todo lo demás que se considere necesario para garantizar su recaudo*”. Que mediante la Ordenanza 1 de 1982 se determinaron los actos y documentos sobre los que era obligatorio el uso de la estampilla “Ciudadela Universitaria del Atlántico”. Que la Asamblea fue autorizada para proferir el acto objeto de esta demanda, por el artículo 4° de la Ley 77 de 1981, que la facultó “*para que determine el empleo, tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla “Ciudadela Universitaria del Atlántico” en todas las operaciones que se lleven a cabo en el departamento sobre las cuales tenga jurisdicción la referida Corporación.*” Que la estampilla “Ciudadela Universitaria del Atlántico” fue creada por la Ley 77, que fijó en el acto de su creación el hecho gravable “*todas las operaciones que se lleven a cabo en el departamento*”, y autorizó a la Asamblea para fijar los demás elementos de la obligación tributaria, lo que efectivamente hizo en la Ordenanza 1 de 1982, recogida en la Ordenanza 00011 de 2001. Que la Estampilla Pro Cultura se había creado mediante la Ordenanza 00027 de 1997, en cumplimiento de la Ley 397 de 1997, cuyo artículo 38 autorizó a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para crear una estampilla Pro cultura, “*cuyos recursos serán administrados por el respectivo ente territorial al que le corresponda el fomento y estímulo de la cultura, con destino a proyectos acorde con los planes nacionales y locales de cultura.*” Que esta disposición fue modificada posteriormente por el artículo 1° de la Ley 666 de 2001. Que el literal a.5), del numeral segundo, del artículo primero de la Ordenanza 011 de 2001, no impuso en forma retroactiva el gravamen de las estampillas en el Departamento del Atlántico. Dijo que la parte demandada había probado que ese gravamen existía desde el año 1982. Que con la ordenanza acusada, el municipio demandado, simplemente recopiló las ordenanzas que hasta ese entonces se habían expedido. Que, por lo tanto, no se violó el artículo 363 de la Constitución Política, que establece el principio de la irretroactividad en materia tributaria. Por último, concluyó

que las leyes que autorizaron la emisión de las estampillas de que trata el acto acusado, facultaron a las entidades territoriales para que fijaran aquellos elementos del tributo, razón por la que, afirmó, en virtud de la potestad impositiva que la Constitución les otorga, las entidades territoriales no tenían impedimento alguno para cumplir con la voluntad del legislador, pero siempre dentro de los límites y parámetros que la misma ley señala.

b) Existe cosa juzgada cuando las demandas coinciden siquiera en la causa petendi y en una de las normas demandadas

La Sala considera que en el presente caso operó la cosa juzgada frente a la nulidad de la Ordenanza 011 de 2001, por las razones que se pasan a explicar. Aunque con la presente demanda sólo coinciden en la violación de los artículos 300 numeral 4º, 338 y 363 de la Constitución Política, lo cierto es que tanto en uno como en otro caso, parte de la argumentación del concepto de violación se centró en la facultad impositiva de la Asamblea Departamental del Atlántico para proferir la ordenanza acusada. En ese contexto, la Sala considera que tanto la sentencia del 10 de junio de 2004 como la del 11 de agosto de 2011 tienen los efectos de cosa juzgada respecto de la *causa petendi* alegada en este proceso, pues si bien en los expedientes 14061 y 17528 no se alegó la violación de los artículos 121, 150 (num. 1), 287 (num. 3), 298 y 299, normas que se citaron como violadas en este proceso, es evidente que parte de la *ratio decidendi* de dichas sentencias fueron los artículos 338 y 363 de la Constitución Política y la interpretación que se hizo de dichos artículos frente a la facultad impositiva de los entes territoriales. Así mismo, ha operado la cosa juzgada erga omnes en relación con la nulidad del literal a.2 del artículo 1º de la Ordenanza No. 11 de 2001, cuya nulidad fue declarada por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 23 de noviembre de 2005.

c) Las entidades territoriales tienen facultad para emitir la estampilla pro bienestar del anciano

En cuanto a la estampilla Pro-bienestar del Anciano, si bien en las sentencias del 10 de junio de 2004 y del 11 de agosto de 2011 no se dijo nada al respecto, como acertadamente lo precisó el Tribunal a quo en el presente caso, esta estampilla fue creada por la Ley 48 de 1986, que autorizó a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales para emitirla como recurso para contribuir a la construcción, dotación y funcionamiento de los centros de bienestar del anciano. Esta ley fue modificada posteriormente por las Leyes 687 de 2001 y 1276 de 2009. De tal forma que, si el epígrafe de la Ordenanza acusada no aludió a las Leyes 397 de 1997 y 48 de 1986, lo cierto es que tanto la estampilla Pro-Cultura como la estampilla Pro-bienestar del Anciano fueron creadas con anterioridad a la expedición de la Ordenanza 11 de 2001, lo que evidencia que la Asamblea Departamental del Atlántico si fue autorizada para crear o modificar tales estampillas.

d) El Decreto Reglamentario 369 de 1993 no excede la facultad reglamentaria lo que hace es asignar al Departamento del Atlántico el recaudo de los valores que produzca el uso de la estampilla en su jurisdicción

Con respecto al cuestionamiento del Decreto Reglamentario 369 de 1993, “*Por el cual se reglamenta el artículo 8º de la Ley 71 de 1989*”, en el sentido de que el Gobierno Nacional excedió su competencia al fijar el hecho generador de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, se pone de presente que, a pesar de que dicha norma no es objeto de esta acción, lo que hace el decreto es asignar al Departamento del Atlántico el recaudo de los valores que produzca el uso de la estampilla en su jurisdicción. De ninguna manera el decreto fija el hecho generador del tributo, pues, como se dijo antes, dicho elemento fue fijado por el legislador en la Ley 77 de 1981. Por las anteriores razones, se revocará la sentencia apelada y se ordenará estar a lo resuelto en la sentencia del 10 de junio de 2004, expediente 14061, en cuanto a la pretensión de nulidad del literal a. 5) numeral 2º del artículo 1º de la Ordenanza No. 11 de 2001; y en la sentencia del 11 de agosto de 2011, expediente 17528, en cuanto negó la nulidad total de la misma ordenanza.

[Sentencia del 16 de septiembre de 2011. Exp. 08001-23-31-000-2001-02165-01\(18240\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁCENAS. Acción de nulidad](#)

7. a) La Asamblea Departamental de Boyacá no tenía facultad para sustituir la estampilla “como instrumento de recaudo”, por otro medio de las mismas condiciones o naturaleza que denominó “guía de transporte”

Se estudia la nulidad de los Artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 12 de la Ordenanza 031 del 25 de octubre de 2005 “Por la cual se adopta la contribución Estampilla Pro Desarrollo del Departamento de Boyacá”, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, y del Decreto Departamental 276 de 2006, por el cual se adopta el formulario de autodeclaración para el recaudo de la Estampilla Prodesarrollo del Departamento de Boyacá. Según el departamento demandado, la Ordenanza se expidió con el fin de sustituir la estampilla “como instrumento de recaudo”, por otro medio de las mismas condiciones o naturaleza que denominó “guía de transporte”, le corresponde a la Sala definir si la Asamblea Departamental de Boyacá estaba facultada para el efecto. Así mismo, como derivado de esa modificación, la Asamblea también reguló el hecho generador, la tarifa, la causación en casos especiales, los responsables del recaudo, el período gravable y las consecuencias por la movilización sin la “guía de transporte”. Le corresponde a la Sala establecer si la Asamblea Departamental de Boyacá podía regular tales aspectos.

Extracto: Las Asambleas Departamentales están facultadas para regular: El monto de la estampilla, que no podrá ser superior a la cuarta parte del correspondiente presupuesto departamental; a tarifa, que no podrá exceder el dos por ciento (2%) del valor del documento o instrumento gravado; Las exenciones a que hubiere lugar; Las características de las estampillas y, Todo lo demás que se considere necesario para garantizar su recaudo y adecuada inversión. En el entendido de que el artículo 2º se refiere a la estampilla como el medio físico; en principio, sustituir ese instrumento por otro que cumpla el mismo cometido de manera más eficaz no implicaría ninguna vulneración, si no fuera porque de la lectura de las demás disposiciones de la ordenanza se evidencia que, en realidad, la Asamblea Departamental creó otro tributo no autorizado por la ley. En efecto, con el pretexto de que el artículo 170 del Decreto Ley 1222 de 1986 le otorgó facultades a las asambleas departamentales para fijar las características y demás elementos necesarios para garantizar el recaudo y adecuada inversión de la estampilla, la Asamblea Departamental de Boyacá modificó el hecho generador de la estampilla. Para la Sala, la ordenanza modificó el hecho generador, puesto que del artículo 170 del Decreto Ley 1222 de 1986 se infiere que éste está referido al otorgamiento de documentos o instrumentos, pero jamás al hecho de prestar el servicio de transporte de recursos naturales renovables. En el caso concreto, lo que hizo la Asamblea Departamental de Boyacá fue crear la “guía de transporte” que indudablemente es un documento, pero es evidente que se crea para justificar el cobro de un tributo que, en realidad, se genera por el hecho de transportar recursos naturales no renovables, mas no por el hecho de otorgar documentos o instrumentos. En esa medida, le asiste razón a la parte actora en cuanto alegó que la Asamblea Departamental de Boyacá se extralimitó en el ejercicio de sus facultades reguladoras del tributo de la estampilla y, por ende, violó el artículo 121, en cuanto dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Y la Carta Política prevé en el artículo 150 numeral 12 que le corresponde al Congreso de la República establecer las contribuciones fiscales, y a las entidades territoriales también, pero de conformidad con la ley, tal como lo disponen los artículos 287 numerales 2º y 3º, 300 numeral 4º y 338 inciso 2º de la Constitución Política. también violó el numeral 1º del artículo 62 del Decreto Ley 1222 de 1986, puesto que si bien esta norma dispone que las asambleas departamentales pueden establecer y organizar los impuestos que se necesiten para atender a los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, proscribire que graven actividades que sean materia de impuestos de la Nación, salvo que estén expresamente facultadas por ley.

b) Las entidades territoriales tienen la obligación de aplicar en sus jurisdicciones las normas procedimentales del Título V del Estatuto Tributario a menos que expidan una reglamentación especial

Las entidades territoriales, en tanto no expidan una reglamentación especial, tienen la obligación de aplicar en sus jurisdicciones las normas procedimentales que prevé el Título V del Estatuto Tributario. La facultad de reglamentación, por su parte, se limita a la disminución del monto de las sanciones y a la simplificación de los procedimientos, teniendo en cuenta, en todo caso, la naturaleza de los impuestos y la proporcionalidad de las sanciones respecto del monto de los mismos. En materia de sanciones, esta Sección ha reiterado que las normas sancionatorias son de carácter sustancial y deben ser preexistentes a los hechos sancionables, pues de lo contrario se les otorgaría un carácter retroactivo violatorio del derecho de defensa. También ha indicado que en materia sancionatoria las normas aplicables son las vigentes al momento en que se incurre en la conducta sancionable, “o de la ocurrencia de los hechos respecto de los cuales se ejerce la facultad sancionatoria, independientemente de que la actuación administrativa de verificación al cumplimiento de las obligaciones fiscales y la expedición de los actos sancionatorios ocurran con posterioridad (...)”.

[Sentencia del 16 de septiembre de 2011. Exp. 15001-23-31-000-2007-00573-01\(17655\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se declara la nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral.

En ejercicio de la acción de nulidad electoral varios ciudadanos solicitaron que se declarara nula la elección de los miembros del Consejo Nacional que realizó el Congreso de la República el día 30 de agosto de 2010.

La Sala realizó un análisis de la Ley 974 de 2005, así como de las reformas realizadas por los Actos Legislativos 1 de 2003 y de 2009. Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda y por efectos metodológicos, la Sala se ocupó de los siguientes asuntos: 1) El origen político del Consejo Nacional Electoral; 2) La implementación del régimen de bancadas y la trasgresión a sus principios básicos (artículo 108 Constitucional); 3) La votación nominal y pública como expresión de la representación popular, la justicia y el bien común en los cuerpos colegiados de elección directa (artículo 133 constitucional); 4) La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en el caso concreto; 5) Algunas consideraciones en relación con la reciente expedición de la Ley 1431 de 2011; 6) Conclusión y 7) Los efectos del fallo.

La argumentación de la Sala fue del siguiente tenor:

a) El origen político del Consejo Nacional Electoral

“De la revisión de los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales puede establecerse con claridad que el CNE tiene, (i) un específico y singular procedimiento de elección y conformación de carácter eminentemente político y (ii) unas competencias constitucionales autónomas de carácter administrativo con consecuencias políticas dentro del sistema electoral.

En resumen, el CNE es un organismo autónomo de rango constitucional, dotado de autonomía administrativa y financiera que tiene un origen eminentemente político por cuanto: (i) la postulación y elección de los magistrados que representan esta organización, proviene de los partidos políticos y las diferentes bancadas con representación en el Congreso, es decir de las organizaciones de individuos con características ideológicas o filosóficas afines, que convergen en la creación de una entidad mas fuerte denominada partido político y (ii) poseen funciones constitucionales que, aunque de naturaleza netamente administrativa, producen unas consecuencias políticas dentro de los partidos y la sociedad.

Ahora bien, el origen político de los miembros que integran el CNE y la representación que en su seno gozan las bancadas con asiento en el Congreso de la República, huelga decirlo, jamás implica que las funciones netamente administrativas que ejerzan los miembros de este órgano autónomo, sean ejercidas de una manera arbitraria o bajo sus propios intereses, pues en su desarrollo dichas competencias están absolutamente regladas al punto que (i) dejan un campo casi nulo para la discrecionalidad y (ii) están sujetas al control jurisdiccional.”

b) Implementación del régimen de bancadas

“En suma, con la reforma constitucional de 2003 se adoptaron varias medidas que permitieron fortalecer la democracia colombiana y su régimen de partidos. Así, se imponen requisitos más estrictos para obtener personería, se obliga a los partidos a actuar y votar mediante bancadas en las diferentes corporaciones de elección popular, entre otras medidas, con el único propósito de contrarrestar, en las palabras del constituyente derivado, “la política de los personalismos, y la multiplicidad de partidos y movimientos que solo representan a sus miembros”, lo cual “no solo aumenta los costos de la política, y la vuelve excluyente y poco democrática, sino que abre la puerta para experimentos políticos endebles y peligrosos, que pueden llevar, y de hecho han llevado, a saltos al vacío en la conducción de asuntos públicos. Ello, para no mencionar el caótico sistema que actualmente existe en el país, propicia regímenes autoritarios o corruptos”, pues ese era el sentir del Congreso de la República y de los colombianos en general: que de no tomarse este tipo de medidas se pondría en juego la democracia participativa en la que se funda la República de Colombia.

(...)

Ahora bien, para que un partido imparta una orden o directriz a su respectiva bancada, con el fin de que sus militantes voten en el Congreso en forma unificada, se requerirá: i) que efectivamente exista una directriz por parte del partido que determine el sentido de la votación, para los miembros del mismo y ii) la justificación deontológica de la directriz del partido o movimiento, la cual debe tener un fundamento constitucional o legal.

La violación al régimen de bancadas se producirá, entonces, cuando cumpliéndose los requisitos previamente expuestos, el militante del partido o movimiento, se abstenga de votar conforme al acuerdo interno y la directriz impuesta, o vote en contra de la misma.”

c) Votación nominal y pública en los cuerpos colegiados de elección directa

“... en un régimen de bancadas, el principio universal del voto secreto para la protección de la libertad de los electores no puede ser la regla general en relación con el acto colectivo por medio del cual las cámaras y sus comisiones declaran su voluntad respecto de una iniciativa o asunto de interés general.

(...)

En el artículo 133 constitucional, a fin de fortalecer el régimen de bancadas y dar consecuencias jurídicas a su transgresión, se estableció como regla de procedimiento que el voto de los miembros

de cuerpos colegiados de elección directa sería nominal y público, excepto en los casos que determinara la ley. Procedimiento con el que indudablemente se permite que los partidos y movimientos políticos tengan control efectivo respecto de las actuaciones de sus militantes y, por ende, puedan darle aplicación a sus estatutos cuando quiera que sus directrices sean desconocidas. Empero, más importante que ello, es que a través de la exigencia constitucional del voto nominal y público, se garantice una efectiva representación popular y la materialización de los principios de justicia y bien común en el asunto electoral a cargo del Congreso de la República. Por ello se expresó en la exposición de motivos previa a la aprobación del artículo 133 constitucional que este voto nominal y público operaría “como mecanismo para visibilizar la gestión de las corporaciones públicas y aumentar la responsabilidad de sus miembros, se propone adicionar el artículo 133 Constitucional, estableciendo la votación nominal y pública como regla para la adopción de sus decisiones, reservando solo los casos que se exceptúen legalmente” y que “que el artículo es conveniente ya que el voto nominal y público permite un mayor control por parte de los electores sobre las decisiones tomadas por sus elegidos. Este es un principio básico de la democracia participativa que debe regir en un Estado como el Colombiano, que ha adoptado esta forma de gobierno en la Constitución

El artículo 133 constitucional no solo ratifica y pretende hacer efectivo el régimen de bancadas expuesto y que se consagró en la reforma constitucional de 2003 (artículo 108), sino además, tiene como finalidad y propósito garantizar la representación popular, permitiendo un mayor control de los electores sobre las decisiones que tomen los miembros de sus partidos y, con ello, la materialización de los conceptos de justicia y bien común contenidos en la misma norma. En otras palabras, el artículo 133 constitucional, trasciende del régimen de bancadas, a la consolidación de la verdadera democracia participativa y materialización de los principios que la orientan.

Huelga manifestar que la forma y el procedimiento conforme al cual el artículo 133 pretende esta materialización de principios, lo constituye la exigencia jurídica constitucional del voto nominal y público en todas las actuaciones de los partidos, salvo las excepciones previstas en la ley. Lo anterior implica que el contenido normativo constitucional es vinculante y por ende produce efectos jurídicos.”

d) La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en el caso concreto.

“Así pues, si bien pudiera pensarse que las reformas constitucionales mencionadas [Actos Legislativos 1 de 2003 y 2009], específicamente en lo relativo al régimen de bancadas, han hecho perder vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano a la regla según la cual la votación de los congresistas, cuando deban hacer una elección, será secreta, dicha afirmación no puede hacerse de manera general y abstracta, entendiendo que ninguna elección adelantada por el Congreso podrá realizarse bajo esta modalidad de votación.

Con todo, la Sección considera que les asiste razón a los demandantes cuando señalan que la aplicación de dicha disposición al caso que ahora se estudia, resulta contraria a los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 108 y 133 de la Carta Fundamental y que específicamente para este caso, se origina una inconstitucionalidad que da lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, (i) el origen eminentemente político del CNE, y (ii) la finalidad con la que fueron introducidas las reformas constitucionales de 2003 y 2009, hacen imperioso que cuando quiera que los congresistas realicen la elección de los magistrados de la CNE, dicha votación debe ser pública y nominal. Lo anterior lleva a la Sección a concluir que en este evento se debe exceptuar la aplicación del artículo 131, literal a) de la Ley 5 de 1992, por resultar contraria al ordenamiento superior.

La figura de la excepción de inconstitucionalidad halla su fundamento en el valor normativo de la Constitución consagrado en el artículo 4º superior que dispone que la “Constitución es norma de normas” y que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier norma jurídica de inferior jerarquía, se aplicarán las disposiciones constitucionales. En tal virtud, la autoridad judicial está facultada para ejercer este mecanismo de control de constitucionalidad cuando advierta que la aplicación de una disposición normativa de inferior rango resulta contraria a preceptos superiores en el caso concreto sometido a su consideración. Lo anterior denota que la hipótesis contenida en el artículo 4º constitucional no tiene efectos generales, sino que los produce únicamente frente al caso concreto, sin que tenga la potencialidad de afectar la vigencia de la disposición inaplicada.”

e) Los efectos del fallo.

“La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación.

En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral.

Huelga manifestar, como se ha expresado en otra ocasión que si bien la práctica de modulación de los efectos de los fallos se ha dado principalmente en el ámbito del control abstracto que ejercen los tribunales constitucionales sobre las leyes, a fin de determinar si éstas se ajustan o no al ordenamiento superior, en Colombia no ha sido de empleo exclusivo de la Corte Constitucional, pues el Consejo de Estado ha procedido en múltiples ocasiones a condicionar sus fallos en desarrollo de su competencia de juez constitucional de los actos emanados del ejecutivo.¹ No obstante lo anterior, en su actividad reciente, esta Corporación ha empezado a hacer extensiva esta práctica, al ámbito del control de legalidad de actos administrativos de carácter general y por ende nada impide que los efectos jurídicos de la presente decisión se difieran en el tiempo.

Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia.”

[Sentencia de 6 de octubre de 2011, Exp. 11001-03-28-000-2010-00120-00 MP. ALBERTO YEPES BARREIRO.](#)

SALA DE CONSULTA

1. Impuesto sobre vehículos automotores de propiedad del Estado que no están registrados en la contabilidad, y de los que no se tiene su posesión ni su tenencia.

¹ Se habla de 21 sentencias proferidas entre 1945 y 2005 por el Consejo de Estado, en las que se encuentra algún tipo de modulación. Véase, Escobar Martínez, Lina Marcela, “La actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano”, Revista Universitas N° 111: 65-94, Bogotá, junio de 2006.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público formuló a la Sala consulta relacionada con la procedencia de generar un gasto para pagar obligaciones tributarias (impuesto, sanción e intereses) derivadas de vehículos automotores que no están registrados en la contabilidad del Ministerio, ni son administrados por éste en razón de que no tiene su posesión o tenencia, pero, respecto de los cuales, la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Bogotá ha requerido el pago del correspondiente impuesto, con base en que tales vehículos aparecen como de su propiedad en los historiales de la firma concesionaria Servicios Especializados de Tránsito y Transporte -SETT.

La Sala analizó los elementos del impuesto sobre vehículos automotores, así como las particularidades fácticas de la consulta y concluyó que si bien el Ministerio figura en los registros del SETT como propietario de los vehículos en cuestión y en tal carácter es sujeto pasivo del impuesto, tal circunstancia no es absoluta en el sentido de que la administración tributaria distrital puede cobrar dicho impuesto a los poseedores de los vehículos que sean identificados, para lo cual sería conveniente la colaboración entre las dos entidades.

Dice el concepto:

a) El hecho generador del impuesto es la propiedad o la posesión del vehículo.

La obligación tributaria del impuesto sobre vehículos automotores recae claramente en el propietario o en el poseedor del vehículo, cualquiera de los dos. El poseedor fue incluido en la norma [artículos 60, 61 y 64 del Decreto 352 de 2002] en razón de la práctica un tanto frecuente en las negociaciones de vehículos, de omitir la realización de las diligencias de traspaso de la propiedad.

(...)

La causación del impuesto se produce por el hecho generador, esto es, la propiedad o la posesión del vehículo y se genera independientemente de que el sujeto pasivo del mismo tenga o no registrado en su contabilidad el bien objeto del tributo, ya que la ausencia de contabilización del bien no constituye ni puede constituir eximente del pago del impuesto, como tampoco lo es la falta de partida presupuestal en el caso de las entidades públicas, o de recursos económicos suficientes si se trata de un particular.

b) Prueba legal de la propiedad.

“En materia de vehículos automotores, por disposición del artículo 47 del actual Código Nacional de Tránsito Terrestre, la ley 769 de 2002, propietario es aquella persona natural o jurídica que aparezca inscrita en el registro del respectivo organismo de tránsito.

Como antecedente de esta norma, figura el artículo 922 del Código de Comercio (Decreto ley 410 de 1971), que dispone que la tradición del dominio de los vehículos automotores, se produce por medio de su entrega material y el registro de la venta o contrato en la oficina administrativa competente.

En la legislación anterior al Código de Tránsito, los efectos jurídicos del registro de cualquier acto o contrato relativo a vehículos automotores ante las autoridades de tránsito, eran los de oponibilidad, primero, frente a esas mismas autoridades, de acuerdo con el artículo 5° del decreto ley 2157 de 1970 y luego, frente a todas las autoridades y a los terceros, de conformidad con la extensión hecha por el artículo 6° de la ley 53 de 1989 y la disposición número 76 del artículo 1° del decreto ley 1809 de 1990, que subrogó el artículo 88 del anterior Código Nacional de Tránsito, decreto ley 1344 de 1970, mientras que en la actualidad, los efectos del registro son los de servir de tradición del dominio, esto es, de modo de transferir la propiedad de los vehículos, conforme a lo dispuesto por el artículo 47 del Código Nacional de Tránsito vigente.

Como se aprecia, esta norma fija un plazo de sesenta (60) días hábiles, para realizar el registro, pero no estipula quién debe hacerlo, de donde se infiere que cualquiera de las partes, vendedor o comprador, puede llevarlo a cabo.

Ahora bien, el propietario de un vehículo demuestra su derecho con la llamada comúnmente “Tarjeta de propiedad”, que el Código Nacional de Tránsito denomina “Licencia de Tránsito” y la define como “el documento público que identifica un vehículo automotor, acredita su propiedad e identifica a su propietario y autoriza a dicho vehículo para circular por las vías públicas y por las privadas abiertas al público” (art. 2º) (Resalta la Sala). Adicionalmente, el artículo 38 del Código, al enumerar los datos mínimos que debe contener la licencia de tránsito, menciona el del “Nombre del propietario, número del documento de identificación, huella, domicilio y dirección”.

En consecuencia, la licencia de tránsito constituye el documento idóneo para acreditar la propiedad de un vehículo automotor, por parte de una persona o entidad, y su expedición tiene como base el registro de automotores que posee el respectivo organismo de tránsito.”

c) Necesidad de prever en el presupuesto la apropiación para el pago del impuesto.

“Como se advierte, el Ministerio puede controvertir la propiedad de los mencionados vehículos, a efectos de exonerarse del impuesto y que éste sea pagado por los particulares que los adquirieron. Sin embargo, mientras no logre desvirtuar su propiedad es claro que permanece como sujeto pasivo del impuesto.

Así las cosas, el Ministerio debe apropiar en su presupuesto de gastos la partida correspondiente a este gravamen, para lo cual será necesario efectuar un traslado o una adición presupuestal, conforme a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.”

d) Responsabilidad fiscal y disciplinaria por no cancelar el impuesto.

“...la omisión de pagar el impuesto sobre los vehículos que figuren como de propiedad del Ministerio, eventualmente podría significar una gestión fiscal ineficiente o ineficaz, si se logra determinar la existencia de un daño patrimonial para la entidad, por efecto de la causación de intereses de mora, gastos procesales, etc., lo cual generaría un proceso de responsabilidad fiscal para los gestores fiscales competentes. Adicionalmente, es posible deducir responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes del cargo.

Lógicamente, las citadas responsabilidades se deben determinar en los respectivos procesos, con observancia de las garantías constitucionales y solamente por actuación dolosa o gravemente culposa.

De otra parte, como la situación que motiva la consulta, se deriva de posibles omisiones acontecidas en el pasado, la Sala estima necesario señalar que en los casos en que la acción disciplinaria no haya prescrito, sería procedente adelantarla en relación con los servidores que hubieran incurrido en una presunta falta disciplinaria por omitir, en su momento, las diligencias tendientes a perfeccionar los traspasos de la propiedad.”

e) Mecanismos para hacer cesar el cobro del impuesto de los vehículos automotores.

“... el texto del artículo 47 del Código Nacional de Tránsito vigente no distingue acerca de la persona habilitada para solicitar el traspaso del vehículo, y por lo tanto el vendedor como el comprador del mismo pueden inscribir el contrato de compraventa o el acto administrativo de adjudicación (en el

caso de una entidad pública que haya vendido el vehículo en un remate), ante los organismos de tránsito, y la consiguiente formalización de la tradición del vehículo, para que el comprador aparezca como la persona responsable del pago de los comparendos y los impuestos del vehículo.

De otra parte, la entidad puede adelantar diligencias tendientes a demostrar quiénes son los poseedores de dichos vehículos, mediante indagaciones policiales, colaboración de las entidades aseguradoras o avisos de prensa, para exonerarse del tributo, conforme a lo expresado en el referido Concepto No. 1142 del 18 de octubre de 2006, de la Subdirección Jurídica Tributaria del Distrito...

En síntesis, si bien el Ministerio figura en los registros del SETT como propietario de los vehículos en cuestión y en tal carácter es sujeto pasivo del impuesto, tal circunstancia no es absoluta en el sentido de que la administración tributaria distrital puede cobrar dicho impuesto a los poseedores de los vehículos que sean identificados, para lo cual sería conveniente la colaboración entre las dos entidades.”

[Concepto 1843 de 1 de noviembre de 2007, Exp.: 11001-03-06-000-2007-00065-00 MP. GUSTAVO APONTE SANTOS. Autorizada su publicación con auto de 2 de noviembre de 2011.](#)

2. Las explotaciones de recursos naturales no renovables que se realicen a más de 40 millas náuticas de la costa, no generan regalías directas para los municipios y departamentos, salvo las correspondientes a los municipios y distritos portuarios.

A esa conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil ante la consulta que formuló el señor Ministro de Minas y Energía.

La Sala realizó un análisis del marco normativo de las regalías en el que además concluyó que el Gobierno Nacional carece de competencia para dictar un decreto que determine la distribución de las regalías generadas por la explotación de recursos naturales no renovables después de las 40 millas mar adentro. Esa distribución, a juicio de la Sala, ya está ordenada, de una parte por la ley 141 de 1994 para los municipios portuarios, y de otra, por el artículo 361 de la Constitución Política para el Fondo Nacional de Regalías

Dice el concepto:

a) Elementos esenciales del régimen de explotación de los recursos naturales no renovables y de la distribución de las regalías.

“El ordenamiento vigente regula desde el propio nivel constitucional, los elementos esenciales del régimen aplicable a la explotación de los recursos naturales no renovables, de los que se destacan las siguientes características relevantes para el presente concepto: (i) El Estado es propietario del subsuelo ...(ii) El Estado es el titular del derecho a percibir las regalías... (iii) Las entidades territoriales tienen un derecho de participación en las regalías. (iv) El Fondo Nacional de Regalías redistribuye las regalías indirectas... (v) La Constitución establece reserva legal para determinar la cuantía y distribución de las regalías.

b) Monto de las regalías y su distribución.

“La ley 141 estableció de modo general en el artículo 16, modificado por el artículo 16 de la ley 756 de 2002, el monto o cuantía de las regalías mediante la aplicación de diversos porcentajes, según el tipo de mineral (...)El monto de las regalías se distribuye porcentualmente entre los municipios o distritos productores, departamentos productores, municipios o distritos portuarios y el Fondo Nacional de Regalías, bajo el mismo criterio, es decir, según el recurso de que se trate: hidrocarburos, carbón, níquel, hierro, cobre, oro, plata, platino, sal, calizas, yesos, arcillas, gravas,

minerales radioactivos, minerales metálicos, minerales no metálicos, esmeraldas y demás piedras preciosas.”

c) Las regalías por explotación en aguas marítimas.

“La norma legal [artículo 9° de la ley 756 de 2002] tiene por objeto determinar las condiciones de participación de las entidades territoriales con costas contiguas a la explotación de los recursos naturales no renovables - hasta 40 millas -, en áreas que si bien forman parte del territorio nacional conforme al artículo 101 de la Constitución Política por encontrarse dentro de las 200 millas de zona económica exclusiva, están fuera de la jurisdicción de departamentos y municipios. (...)

Del alcance territorial del precepto transcrito, se deriva la carencia de disposición legal que regule la participación en las regalías cuando la explotación se realiza a más de 40 millas de la costa, de manera que conforme a la reserva legal anteriormente analizada, las entidades territoriales no participan en forma directa de las regalías generadas por las explotaciones allí realizadas, por falta de norma legal que así lo disponga.

d) Las regalías a los municipios portuarios.

“En relación con la participación de los municipios portuarios, desde la misma perspectiva constitucional, las regalías se generan a su favor por el hecho de realizarse el transporte de los recursos naturales por sus instalaciones portuarias. Al desarrollar este principio constitucional, la ley señala en forma genérica, el derecho a percibir las regalías cuando ocurre tal supuesto de hecho (art. 29), como también en forma específica para cada recurso natural mediante la fijación de unos porcentajes sobre el monto de las regalías (arts. 31, 32, 33, 34, 37, 38 y 39 de la ley 141/94). Frente al caso consultado, la Sala considera que los mencionados porcentajes de participación a favor de los municipios portuarios determinados por la ley, son los que deben aplicarse a las regalías generadas por la explotación de recursos naturales realizadas mas allá de las 40 millas náuticas de la costa. El remanente de las regalías corresponde en su totalidad al Fondo Nacional de Regalías, conforme al artículo 361 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, es claro que no se requiere de un decreto que determine la distribución de las regalías sobre los recursos naturales explotados más allá de las 40 millas mar adentro, puesto que la participación de los municipios portuarios ya está determinada por una norma de rango legal y la del Fondo Nacional de Regalías, según la Constitución Política en su artículo 361, es el remanente no asignado.”

[Concepto 1856 de 1 de noviembre de 2007, Exp.: 11001-03-06-000-2007-00082-00\(1856\) MP. GUSTAVO APONTE SANTOS. Autorizada su publicación con auto de 2 de noviembre de 2011.](#)

NOTICIAS DESTACADAS

EN BOGOTÁ CULMINAN LAS JORNADAS DE DIFUSIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El Consejo de Estado, durante el transcurso del año 2011, asumió la importante labor de divulgar por todo el país el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de presentar a la comunidad nacional los principales aspectos de este texto tan relevante para la ciudadanía.

Dichas jornadas, que han tenido una excelente acogida, culminan los próximos 17 y 18 de noviembre en la ciudad de Bogotá, donde los Magistrados de la Sala Plena del Consejo de Estado expondrán los antecedentes, fundamentos, contenidos y alcances del nuevo Código a Magistrados de Tribunal, Jueces Administrativos, servidores públicos, académicos y estudiantes, entre otros.

El Centro de Convenciones “Gonzalo Jiménez de Quesada” será el escenario perfecto para desarrollar este evento, que contará con la asistencia de más de 2.000 personas.

Con esta última jornada de divulgación en el año 2011 se cumple el objetivo que se trazó la Alta Corporación, de poner en conocimiento de la comunidad nacional los distintos aspectos de esta nueva codificación, etapa que resulta muy importante para lograr la correcta aplicación de la Ley 1437 de 2011.

CONSEJO EDITORIAL

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente
GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Marco Antonio Velilla Moreno
Presidente Sección Primera
Víctor Hernando Alvarado A.
Presidente Sección Segunda
Enrique Gil Botero
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Mauricio Torres Cuervo
Presidente Sección Quinta
Augusto Hernández Becerra
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoria Consejo de Estado

Coordinación General

- **Hugo Álvarez Rosales**
Secretario Privado de
Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, 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 escríbanos a: boletin@consejodeestado.gov.co