

n°.

202

CONSEJO DE ESTADO

Boletín de Jurisprudencia



EDITORIAL

NORMAS ANULADAS

NORMAS SUSPENDIDAS

LEGALIDAD CONDICIONADA

ACCIONES CONSTITUCIONALES

- TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL
- ACCIONES DE TUTELA
- ACCIONES POPULARES

SECCIÓN PRIMERA

SECCIÓN SEGUNDA

SECCIÓN TERCERA

SECCIÓN CUARTA

SECCIÓN QUINTA

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

República de Colombia
Consejo de Estado

Boletín de Jurisprudencia
Segunda época

Jorge Octavio Ramírez Ramírez
Presidente

Relatorías

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamon
José Orlando Rivera Manrique

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Gloria Stella Fajardo Guerrero
Narly del Pilar Morales Morales
Yenny Orjuela Diaz
Yolanda Velásquez Zárate

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Diana del Pilar Restrepo Nova

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Reina Carolina Solórzano

Acciones Constitucionales

Blanca Ligia Salazar Galeano
Carolina Valenzuela Cortés
Ingrid Catherine Viasús Quintero

Comité del Boletín

Danilo Rojas Betancourth
Hernando Sánchez Sánchez
Ana Yasmín Torres Torres
Ingrid Catherine Viasús Quintero

Diseño

Juan David Pulido Gómez

Publicación

Sergio Altamiranda
Zulma Moreno Sosa

ÍNDICE

Contenido

EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. NORMAS SUSPENDIDAS.....	5
III. LEGALIDAD CONDICIONADA.....	5
IV. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	6
V. SECCIÓN PRIMERA.....	13
VI. SECCIÓN SEGUNDA.....	21
VII. SECCIÓN TERCERA.....	25
VIII. SECCIÓN CUARTA.....	33
IX. SECCIÓN QUINTA.....	39
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	44

EDITORIAL

En esta edición se registra una norma anulada, una norma suspendida y una legalidad condicionada.

Entre otras decisiones relevantes, la Sección Primera decretó la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante los cuales negó el registro del signo PROCAPS PUPPET GEL'S (nominativo), para distinguir productos comprendidos en la clase 5ª del nomenclátor de la Clasificación Internacional de Niza.

La Sección Segunda fijó reglas para determinar la competencia de los procesos ejecutivos; y señaló que la respuesta a los derechos de petición de interés general puede ser verbal y pública.

La Sección Tercera condenó al Estado por la masacre cometida por integrantes de las AUC a la comunidad de paz de San José de Apartadó - Antioquia, como consecuencia de la "insuficiencia e ineficacia" de las medidas de protección brindadas por la fuerza pública y por la omisión en su posición de garante institucional.

La Sección Cuarta precisó que procede la retención en la fuente del impuesto de renta, a título de comisión, sobre los incentivos por gestión de ventas entregados por un contribuyente a los vendedores de sus distribuidores.

La Sección Quinta indicó que la doble militancia por simultaneidad como causal de nulidad de los actos de elección por voto popular se configura únicamente al momento de la inscripción de la candidatura.

La Sala de Consulta y Servicio Civil señaló que en caso de desacuerdo entre organizaciones sindicales de empleados públicos para integrar los pliegos y determinar su representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras, el Gobierno no tiene competencia para establecer la unidad de los pliegos.

I. NORMAS ANULADAS

1. Resolución 11774 de 7 de diciembre de 2005, *“Por medio de la cual se regula la aplicación de la sanción establecida en el artículo 651 del Estatuto Tributario”*, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. Los artículos 1 y 2.

[Sentencia de 25 de octubre de 2017, exp. 11001-0327-000-2011-00013-00 \(18826\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. \(Ver página 34 de este Boletín\).](#)

II. NORMAS SUSPENDIDAS

1. Resolución 02251 de 2016, *“Por medio de la cual se crea y se establece el derecho por conectividad y se adiciona la Resolución número 04530 del 21 de septiembre de 2007, por medio de la cual se fijan las tarifas de los derechos y tasas cedidas al concesionario del Aeropuerto José María Córdova de Rionegro, Olaya Herrera de Medellín, Los Garzones de Montería, El Caraño de Quibdó, Antonio Roldán Betancourt de Carepa y Las Brujas de Corozal y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Unidad Administrativa Especial De Aeronáutica Civil.

[Auto de 22 de noviembre de 2017, exp. 11001-03-24-000-2017-00077-00, C.P. Maria Elizabeth García González. \(Ver pág. 20 de este Boletín\).](#)

III. LEGALIDAD CONDICIONADA

1. Acuerdo 019 de 2008, *“Por medio del cual se modifica el Estatuto de Rentas Municipales de Manaure, Decreto 024 de mayo de 2006”*, proferido por el respectivo concejo municipal.

Se condiciona la legalidad de la expresión *«empresas que sean propietarias arrendatarias y operadoras de sistema de transporte de combustible tales como líneas de transmisión del gas natural, líneas de distribución, así como las empresas explotadoras del gas natural»*, contenida en el artículo 1º, en el entendido de que dichas empresas quedan gravadas con el impuesto de alumbrado público, siempre y cuando tengan sede o establecimiento en la jurisdicción municipal de Manaure.

[Sentencia de 25 de septiembre de 2017, exp. 44001-2331-000-2011-00161-01 \(22088\), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto. \(Ver página 33 de este Boletín\).](#)

IV. ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Tutela contra providencia judicial

1. **Declaratoria de inexequibilidad de ley no genera automáticamente la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, para ello se deben acreditar los elementos establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política, esto es, el daño antijurídico e imputación del daño al legislador.**

Síntesis del caso: *El Congreso de la República expidió los artículos 56 y 57 de Ley 633 de 2000, por medio del cual se fijó la administración y control de la tasa especial por los servicios aduaneros. Dicha reglamentación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de sentencia C-992 de 2001, sin que se ordenara la devolución de los dineros que fueron consignados al erario en virtud de las disposiciones eliminadas. Por lo anterior, la sociedad accionante considera que se le causó un detrimento patrimonial que debe ser indemnizado.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Inexistencia / INEXEQUILIDAD DE LEY – Efectos / AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTABILIDAD DEL DAÑO – Inexistencia

Problema jurídico: *¿Se configura automáticamente la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador al declararse la inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000?*

Tesis: “A juicio de la Sala (...) en el caso se configuró el defecto por violación directa de la Constitución alegado por el Congreso de la República porque el juez ordinario desconoció los elementos indispensables que, de acuerdo con la Constitución Política artículo 90, deben verificarse previo a declarar la responsabilidad del Estado (...) De esta manera, en la providencia acusada no se analizaron las cuestiones que hacían que la afectación patrimonial alegada por Dupont de Colombia S.A. fuera antijurídica, frente lo cual, destaca la Sección que la declaratoria de inexecutable de una ley no torna automáticamente antijurídico la afectación derivada de una suma de dinero (...) En ese sentido, la decisión de la Corte Constitucional, en un proceso de responsabilidad por el hecho del legislador, es un elemento de prueba más que el juez debe valorar, pero no el fundamento único para determinar que se generó daño antijurídico. La Sala advierte que al revisar (...) la providencia censurada (...) no se encuentra acreditado el daño antijurídico que se haya podido causar, derivado exclusivamente del pago del tributo que había sido creado por la norma declarada inconstitucional (...) Con respecto al segundo elemento de la responsabilidad, en la sentencia censurada se omitió por completo el análisis sobre la imputabilidad al legislador del daño que se consideró ocasionado a la sociedad demandante, en atención a que este requisito se dedujo, como el anterior, de la simple declaratoria de inexecutable de la ley, concluyendo que en todos los eventos en que una ley sea retirada del ordenamiento por su inconformidad con la norma constitucional el Estado - Legislador es responsable”.

Nota de Relatoría: La sentencia estudia los requisitos generales de procedencia y causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, cuando la misma vulnera derechos fundamentales. También desarrolla el marco normativo, jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, sus elementos y los eventos en los cuales se configura. En relación con la definición de daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica como elementos de la responsabilidad, ver las sentencias del 02 de marzo de 2000, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 11945 y del 12 de julio de 1993, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 7622 respectivamente, ambas de esta Corporación. Finalmente, aborda las reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad.

[Sentencia de 03 de noviembre de 2017, Sección Quinta, exp. 11001-03-15-000-2017-00183-01\(AC\), C.P. Alberto Yepes Barreiro.](#)

2. La Sección Primera reitera que el término de caducidad del medio de control de repetición es de dos años contados a partir del día siguiente de la fecha de pago de la condena judicial, o a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas.

Síntesis del caso: *La Policía Nacional interpuso demanda en ejercicio del medio de control de repetición en contra de un funcionario para que fuera declarado responsable por los hechos mediante el cual dicha entidad fue condenada patrimonialmente. La mencionada demanda fue rechazada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja y confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, al considerar que había operado el fenómeno jurídico de la caducidad.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN - Inexistencia / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN - Cómputo / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico: *¿El Tribunal Administrativo de Boyacá vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la Policía Nacional al proferir una providencia judicial que declara la caducidad del medio de control de repetición por ella incoada?*

Tesis: “[T]eniendo en cuenta que la providencia de 7 de junio de 2013 cobró ejecutoria el 14 de junio de 2013, la Sala advierte que la Policía Nacional se encontraba obligada a realizar el pago dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia (...) esto es, hasta el 14 de abril de 2014, como acertadamente lo consideró el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja (...) La Sala reitera que (...) para el inicio del cómputo del término de caducidad del medio de control de repetición se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago ordenado o, a más tardar, al vencimiento de los 10 meses (...) siempre y cuando no se haya realizado el pago de la suma ordenada (...) Dado que el pago ordenado en la providencia de 7 de junio de 2013 se realizó de forma posterior al 14 de abril de 2014, esto es, el 29 de mayo de 2015, el término de caducidad de dos (2) años (...) se debía computar desde el 14 de abril de 2014 y, en consecuencia, para efectos de evitar la caducidad del medio de control de repetición, la demanda (...) se debía radicar hasta el 14 de abril de 2016 (...) Finalmente, se encuentra probado que la demanda de repetición que interpuso la Policía Nacional se radicó el 18 de mayo de 2016, esto es, después de cumplidos los dos (2) años (...) y que, por ello, las autoridades judiciales demandadas procedieron a rechazar, por caducidad, el medio de control”.

Nota de Relatoría: La sentencia estudia los requisitos generales de procedencia y causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, cuando la misma vulnera derechos fundamentales. También desarrolla el marco normativo y jurisprudencial del cómputo del término de caducidad del medio de control de repetición, al respecto consultar las sentencias del 22 de febrero de 2017, exp. 73001-23-31-000-2008-00300-01, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, del 08 de marzo de 2017, exp. 15001-23-33-000-2016-00585-01(58568), y del 11 de mayo de 2017, exp. 11001-03-26-000-2017-00052-00(59153), M.P. Hernán Andrade Rincón, de esta Corporación.

[Sentencia de 30 de junio de 2017, Sección Primera, exp. 11001-03-15-000-2017-00698-00\(AC\), C.P. Hernando Sánchez Sánchez.](#)

3. Sección Primera tuteló el derecho al debido proceso y el principio de legalidad procesal solicitados por la Contraloría General de la República, para que las actuaciones del órgano de control fiscal se surtan conforme a la normativa vigente y atendiendo los plazos de carácter preclusivo fijados en la ley.

Síntesis del caso: *La tutelante considera que la acción de cumplimiento es improcedente para solicitar el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal y que la Sección Quinta al resolver la apelación incurrió en error en la interpretación respecto a la normatividad aplicable al caso concreto.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEFECTO SUSTANTIVO / AUSENCIA DE CONFIGURACIÓN DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Problema jurídico: *¿La Sección Quinta de esta Corporación incurrió en defecto procedimental absoluto, al considerar que la acción de cumplimiento cumplía los requisitos de procedibilidad; defecto sustantivo por inaplicación de la normatividad respecto a la acción de responsabilidad fiscal y defecto sustantivo por desconocimiento de la jurisprudencia de la Sección Quinta y de la Sección Primera de esta Corporación?*

Tesis: “[L]a Sala considera que la autoridad judicial accionada si incurrió en defecto sustantivo al conceder la acción de cumplimiento promovida en contra de la Contraloría General de la República, por cuanto ésta es improcedente toda vez que no es viable acudir a esta acción constitucional para coaccionar al órgano de control fiscal a avanzar en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal. (...). [L]a acción de cumplimiento promovida por el señor [L.F.F.M.] también resultaba improcedente por cuanto a través de ella se buscaba establecer el verdadero alcance y la vigencia de las normas cuyo cumplimiento reclamaba, asunto para el cual no fue establecida la mencionada acción constitucional. (...). [L]a Sección Quinta del Consejo de Estado pasó por alto que para imponer el cumplimiento de una norma es necesario que sea lo suficientemente precisa y no exista ningún tipo de incertidumbre sobre su objeto, vigencia y exigibilidad, y que en el presente evento, el artículo 45 de la Ley 610, disposición cuyo cumplimiento solicitó el demandante [...] a través de la acción de cumplimiento, no estaba vigente y, por tanto, no era exigible, en razón a que la regla que fijaba allí el término de duración de la investigación fue sustituida por la prevista en el artículo 107 de la ley 1474, al establecer un plazo de dos (2) años para la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de investigación”.

[Sentencia de 27 de julio de 2017, Sección Primera, exp. 11001-03-15-000-2016-03829-00\(AC\), C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.](#)

4. **Se declara excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela contra sentencia de tutela por vulneración del derecho al debido proceso por omisión en la vinculación a los terceros que serían afectados por la demanda.**

Síntesis del caso: *La sociedad actora considera vulnerados los derechos al debido proceso, a la propiedad industrial y a los secretos profesionales por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por falta de notificación de lo decidido en la sentencia proferida dentro de otra acción de tutela.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN / AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN A TERCEROS INTERESADOS

Problema jurídico: *¿La Sección Cuarta de esta Corporación al proferir la providencia del 20 de febrero de 2017, vulneró el derecho al debido proceso de la Sociedad Eco Cementos S.A.S. al no haberla vinculado al proceso que dirimió la demanda interpuesta en ejercicio de acción de tutela por la señora [M.C.F.P], para proteger el derecho al acceso a la información?*

Tesis: “[U]na vez revisado el expediente en préstamo de la acción de tutela (...), se observa que efectivamente las sociedades Sumi col S.A.S. y Ecocementos S.A.S. no hicieron parte en dicho proceso. (...). [La sala] considera que la sociedad Ecocementos S.A.S. sí debió haber sido vinculada al trámite constitucional y como no se hizo, dicha omisión lleva consigo la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, (...). Es del caso reiterar que en el caso en estudio la tutela interpuesta es procedente, excepcionalmente, porque la vulneración al derecho fundamental al debido proceso deviene de una actuación dentro del trámite de la acción de tutela, esto es, la omisión del juez constitucional de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela. Por todo lo anterior, la Sala concluye que, en el caso en estudio, se presentó una vulneración al debido proceso de la sociedad Ecocementos S.A.S. dentro del proceso de la acción de tutela (...), puesto que la vulneración del derecho a la información que se estudió en este repercutía directamente en los intereses de la hoy demandante y así se declarará”.

[Sentencia de 25 de mayo de 2017, Sección Quinta, exp. 11001-03-15-000-2017-01010-00\(AC\), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.](#)

Acciones de Tutela

5. **La orden judicial de reconocimiento de ascenso de un miembro de la fuerza pública, tiene efectos sólo sobre el tiempo de servicio laborado, pero no releva la facultad discrecional del Ejecutivo, ni confiere los demás requisitos exigidos para el ascenso.**

Síntesis del caso: *Miembro de la fuerza pública que fue reintegrado por decisión judicial no ha sido ascendido de forma automática porque la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional le negó su solicitud aduciendo que –antes de su retiro– la Junta de Evaluación de Trayectoria Profesional decidió no recomendar su nombre al Gobierno Nacional para realizar el curso de ascenso.*

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA LOGRAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA JUDICIAL - Por una obligación de hacer / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ORDEN DE REINTEGRO AL SERVICIO ACTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL INVOLUCRA RECONOCIMIENTO DEL TIEMPO LABORADO / REQUISITOS PARA EL ASCENSO DE MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA

Problema jurídico: *¿Tiene derecho el accionante a que le sea reconocido el tiempo que permaneció fuera del servicio activo, para efectos de lograr el ascenso ordenado en la sentencia judicial que lo reintegró como miembro de la Fuerza Pública en la Policía Nacional?*

Tesis: “[L]as sentencias que ordenan el reintegro de miembros de la fuerza pública retirados mediante actos que luego son anulados, solo tienen efectos sobre el tiempo de servicio requerido para el grado respectivo, y no confieren los demás requisitos para el ascenso. Además, el Ejecutivo goza de facultad discrecional para ordenar o no el ascenso, por lo que el solo cumplimiento de los requisitos objetivos no otorga al uniformado el derecho a ser promovido. (...) [L]a Sala encuentra que en la contestación al derecho de petición ejercido por el actor, se le dijo que el estudio de ascenso se realizó en el año 2010, esto es antes de la sentencia del 26 de agosto de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E. Por lo tanto, en cumplimiento de la sentencia, el Ministerio de Defensa-Policía Nacional sí debe estudiar nuevamente si procede o no el ascenso del [actor] y no tener como establecido que, con el precedente de evaluación de trayectoria de 2010, se cumplió con la sentencia judicial. En esas circunstancias, se amparará el derecho al debido proceso del actor y se ordenará al Ministerio de Defensa, Policía Nacional, que realice nuevamente el proceso requerido para que, en cumplimiento de la sentencia del 26 de agosto de 2014, se determine si el actor tiene o no derecho hacer el curso de ascenso”.

[Sentencia de 25 de octubre de 2017, exp. 25000-23-42-000-2017-03202-01\(AC\), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.](#)

6. Se ampara el derecho a la educación, vida digna e igualdad de patrullero que cursa quinto semestre de derecho en Corposucre, ordenando a la Policía Nacional el traslado a la ciudad de Sincelejo para que termine el semestre que actualmente cursa.

Síntesis del caso: *Patrullero de la Policía Nacional que cursaba estudios de derecho en Corposucre con permiso del Comité de Gestión Humana y Cultural solicita se suspenda la orden administrativa de la Dirección General que ordenó su traslado al Departamento del Vichada, pues esta situación le impide continuar con sus estudios.*

ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DIGNA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / TRASLADO DE PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL - Límites

Problema jurídico: *¿Corresponde a la Sala i) si procede modificar parcialmente la decisión del Tribunal y ordenarse el traslado a la ciudad de Sincelejo hasta que culmine toda la carrera universitaria de derecho, como lo pretende el actor; ii) si debe revocarse el fallo impugnado, por existir otro medio para cuestionar la legalidad de la decisión administrativa que dispuso el traslado del actor al Departamento de Policía del Vichada, como lo solicita la entidad demandada; y iii) si, por el contrario, debe confirmarse la providencia impugnada, que concedió el amparo y ordenó trasladar al actor a Sincelejo*

solo para cursar el quinto semestre de derecho en la Corporación Universitaria Antonio José de Sucre (Corposucre), en razón al permiso que le había sido conferido?

Tesis: “La Sala confirmará el fallo impugnado, tal y como fue concedido el amparo, esto es, que el actor debe ser trasladado a la ciudad de Sincelejo para que culmine el quinto semestre de derecho, que inició en el mes de agosto y termina en el mes de diciembre de 2017. (...). [R]esulta intempestiva la orden de su traslado emitida el 18 de agosto de 2017, sin que en el acto que dispuso el traslado al Vichada obre la más mínima mención y análisis de esas particularidades en las que se hallaba el Patrullero [accionante]. Por eso esta Sala comparte la apreciación del Tribunal, en el sentido que si bien la institución accionada cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre el traslado de su personal, en especial por ser la Policía Nacional una entidad con planta global y flexible, ese margen no es absoluto, toda vez que esos traslados requieren un mínimo análisis de la situación de la persona que se traslada, en aras de evitar se vulneren derechos fundamentales. Y al no haberse sopesado la especial circunstancia en que se encontraba el actor, deja en evidencia que en este caso no se cumplió con las exigencias jurisprudenciales para el *ius variandi*, pues, se ordenó su traslado sin tener en cuenta el límite en el respeto de sus derechos, en particular, a cursar el quinto semestre de derecho, con ocasión del permiso que la misma entidad le había otorgado para hacerlo”.

[Sentencia de 15 de noviembre de 2017, Sección Cuarta, exp. 70001-23-33-000-2017-00209-01\(AC\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.](#)

7. Consejo de Estado ordena reconocimiento de pensión de invalidez como medida transitoria a soldado retirado del servicio como sujeto de especial protección constitucional calificado con incapacidad superior al 50% por la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional.

Síntesis del caso: *El soldado retirado del servicio que padece «trastorno psicótico no especificado» calificado con pérdida de capacidad superior al 50% por la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional, solicita se le garantice el derecho a la salud y le sea reconocida así sea transitoriamente la pensión de invalidez.*

ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DIGNA / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ COMO MEDIDA PROVISIONAL TRANSITORIA

Problema jurídico: *¿El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales vulnera los derechos a la salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas al no dar al trámite del reconocimiento de la pensión de invalidez al actor, sujeto de especial protección constitucional?*

Tesis: “E]n vista de las circunstancias especiales del [actor], la administración debe proceder al trámite del reconocimiento de la pensión de invalidez pues al no hacerlo vulnera sus derechos a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social. En consecuencia, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala de Subsección revocará la sentencia impugnada, en lo que tiene que ver con esta pretensión, y en su lugar ordenará el reconocimiento, como medida transitoria, de la prestación solicitada. (...). En otros términos, la administración no puede dejar sin el mínimo vital a una persona con discapacidad que retira del servicio activo invocando, precisamente, esa causal, pues si tiene, como en el sub iudice, todos los elementos de juicio que le permitan concluir (como lo hizo para

desvincularlo) que se encuentra con una discapacidad superior al 50%, lo mínimo que debe hacer es reconocerle, así sea transitoriamente, la correspondiente pensión de invalidez. (...). Con motivo de lo expuesto, se ordenará que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Dirección de Prestaciones Sociales adopte las medidas necesarias para que en el término de quince (15) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, reconozca la pensión de invalidez al [actor]”.

[Sentencia de 24 de agosto de 2017, Sección Segunda, Subsección A, exp. 25000-23-37-000-2017-00802-01\(AC\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández.](#)

Acciones Populares

8. Consejo de Estado acreditó amenaza al patrimonio cultural de la Nación y confirma la suspensión de la resolución que autorizó la demolición y construcción para remodelación de la estación de servicios «Central de Combustible», en el sector fundacional de Valledupar.

Síntesis del caso: *La actora popular considera que la expedición de la licencia de construcción y la resolución que autorizó la demolición y construcción para remodelación de la estación de servicios «Central de Combustible», vulnera los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de los habitantes del sector Fundacional de Valledupar.*

ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE / INCENTIVO ECONÓMICO EN ACCIONES POPULARES - Derogatoria

Problema jurídico: *¿El Ministerio de Cultura vulneró los derechos colectivos a la seguridad social y a la prevención de desastres previsibles técnicamente al suspender los efectos de la Resolución No. 0745 de 2009 y prohibir el funcionamiento de estaciones de servicios en el sector fundacional de Valledupar, y la Curaduría Urbana No. 1 de Valledupar con ocasión de la expedición de la licencia de construcción para la remodelación de la Central de Combustible que en un principio resultaba viable pero con la normativa vigente se encuentra prohibida?*

Tesis: “[A] no haberse incluido el expendio de combustibles y la prestación del servicio afín al mismo dentro de los usos principal, complementario y/o restringido en la zona de Influencia del Sector Fundacional, se evidencia que dicha actividad se encuentra prohibida, tal como se observa en el aparte subrayado del cuadro, razón por la cual la suspensión de los efectos de la Resolución 0745 de 24 de abril de 2009, se encuentra conforme a derecho. En efecto, al examinar la actuación, la Sala advierte que del trámite adelantado ante las autoridades respectivas, Inversiones Morón Peña solicitó licencia urbanística de movimiento de tierras, demolición y construcción para remodelación de la estación de servicios «Central de Combustible» y que tal como lo indicó el Tribunal, en un principio resultaba viable pero en la actualidad se tornó irregular por no estar acorde con la normativa vigente (PEMP) y por ende, no resulta procedente levantar la suspensión de los efectos de la Resolución 0745 de 24 de abril de 2009.”.

[Sentencia de 17 de agosto de 2017, Sección Primera, exp. 20001-33-31-004-2011-00432-01\(AP\), C.P. María Elizabeth García González.](#)

V. SECCIÓN PRIMERA

9. Se niega la nulidad de las resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas mediante las cuales se modificó la serie hidrológica crítica que sirve de base para el cálculo del cargo por capacidad en el mercado mayorista de electricidad.

Síntesis del caso: *Se solicitó la nulidad de las Resoluciones 077 de 8 de noviembre y 111 de 26 de diciembre de 2000, a través de las cuales se modificaron algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-116 de 1996, expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, por considerar que vulneran los artículos 13, 29, 83, 209, 333 y 365 de la Constitución Política; 3, 4, 6, 7, 12, 20, 23, literal a), 27, 33 y 66 de la Ley 143 de 1994; 36 del CCA.; 2, 11.1, 73 y 74.1 de la Ley 142 de 1994.*

FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS - Finalidad / COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS / INDICE DE CONFIABILIDAD / FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS / MÉTODO DE CÁLCULO DEL CARGO POR CAPACIDAD EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD

Problema jurídico 1: *¿ Las resoluciones demandadas vulneran lo previsto por el artículo 23 literal a) inciso 2º de la LSE por haberse apartado del índice de confiabilidad del 95% establecido por la UPME en el Plan de Expansión Referencia Generación - Transmisión 1998 - 2010?*

Tesis 1: “[A] la luz de lo previsto por el referido literal n) del artículo 23 de la LSE no cabe duda de que la definición del criterio de confiabilidad es del resorte de la CREG. Que para hacerlo, conforme lo requiere el inciso 2 del literal a) de este mismo artículo, deba tomar en consideración los criterios establecidos por la UPME en absoluto riñe o anula la competencia legalmente otorgada para adoptar dicha decisión final. Ello, supone a lo sumo que no podrá ir en contravía de los niveles o índices que defina este órgano, pero no que deberá forzosamente incorporarlos en la regulación, so pena de alienarla de su competencia regulatoria legalmente asignada en este frente. Un último argumento para disentir del planteamiento de las demandas tiene que ver con el carácter indicativo (y por lo tanto no imperativo o no vinculante) de la planificación del sector a cargo de la UPME. No se trata solo de que, como se expone en la misma introducción del Plan de Expansión Referencia Generación – Transmisión 1998 – 2010, su objetivo no sea definir en términos prescriptivos un conjunto de proyectos o de obras a realizar, ni mucho menos fijar las condiciones de regulación del sector, sino simplemente “brindar información oportuna y confiable sobre las posibles estrategias de generación y transmisión requeridas para satisfacer, tanto en cantidad como en calidad, la demanda estimada de energía eléctrica y los requerimientos asociados de combustibles en el corto y el largo plazo, todo ello, a partir del análisis de la evolución reciente del sistema eléctrico, en el contexto del esquema regulatorio imperante”. Es la propia LSE la que define el carácter indicativo, y por lo tanto no imperativo, de los instrumentos de planificación del sector expedidos por la UPME. (...) Por ende, no siendo vinculantes los contenidos de los instrumentos de planeación, nada hay de anómalo en que la CREG, en ejercicio de sus competencias legales y en desarrollo del margen de apreciación de las distintas variables en juego que le corresponde como responsable principal de la regulación del sector eléctrico nacional, haya determinado

adoptar un nivel de confiabilidad superior al del 95% señalado por la UPME. En especial cuando se considera que la propia UPME en el referido Plan señala a folio 111 que en materia de confiabilidad del sistema “el nivel recomendable a exigir se sitúa entre 96% y 97%”. Ello refleja que el nivel en comento no necesariamente corresponde a una cifra fija e invariable, sino que puede ser un rango. No siendo dable estimar que tales niveles envuelven normas de orden público y carácter vinculante, lo esencial, entonces, en aras de asegurar el efecto útil de lo previsto por el inciso 2 del literal a) del artículo 23 de la LSE, que impone al órgano regulador tener en cuenta los datos fijados por la UPME al definir la capacidad de generación de respaldo, es que la CREG los consulte y tome en cuenta, de manera que no se desentienda de tal información, técnicamente elaborada e incorporada en los instrumentos de planificación del sector. Y si por alguna razón estima pertinente apartarse de ellos al ejercitar sus competencias tome dicha referencia como un mínimo. (...) Por este motivo, aumentar la confiabilidad por encima del nivel señalado por los instrumentos de planificación no es *per se* contrario a lo dispuesto por dicha previsión de la Ley 143 de 1994. En consecuencia, el cargo planteado no prospera.

REMUNERACIÓN DE OPERADORES DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL / CARGO POR CAPACIDAD - Finalidad / MÉTODO DE CÁLCULO DEL CARGO POR CAPACIDAD EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD / CRITERIO DE HIDROLOGÍA CRÍTICA

Problema jurídico 2: *¿Las resoluciones demandadas desconocen el artículo 36 del CCA por resultar desproporcionadas frente a los fines que persigue y los hechos que originaron su expedición?*

Tesis 2: “[E]n cuanto a la valoración de la razonabilidad de la medida como vía para controlar una eventual arbitrariedad, no cabe duda de que la finalidad de la hidrología crítica adoptada en las resoluciones atacadas es brindar mayor confiabilidad al SIN y por esta vía lograr objetivos esenciales impuestos por la Constitución y la ley al regulador energético. Con este propósito adopta series hidrológicas críticas observadas en los años de los cuales tiene registro el Centro Nacional de Despacho, es decir, no basadas solo en las condiciones que se presentaron en los años 1991-1992, ni tampoco en condiciones promedio de la hidrología de cada cuenca. Para la Sala no resulta censurable perseguir el objetivo trazado de brindar mayor seguridad y confiabilidad al Sistema. En definitiva, como apunta en su intervención la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, a la vista de lo previsto por el artículo 365 de la Constitución y en los artículos 20 y 23.1 de la LSE, “en esta materia no existe nada más diligente y responsable que propugnar porque todos los habitantes del territorio nacional tengan la posibilidad de disponer de energía eléctrica suficiente”. En últimas, bajo el actual esquema de prestación de los servicios públicos en condiciones de un mercado estatalmente regulado, la responsabilidad primordial del Estado radica en “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (artículo 365 de la Constitución). Y ello implica, naturalmente, garantizar la disponibilidad y calidad del servicio en cualquier momento del año. Por ende, no cabe duda sobre la constitucionalidad del fin perseguido. Respecto a la idoneidad de esta medida para lograr el fin propuesto, el testigo [J.V.G.S] explicó en su declaración que “las características de la hidrología utilizada en el método empleado para determinar el cargo por capacidad tienen una implicación directa en los niveles de confiabilidad de la atención de la demanda”. Por ende, a mayor drasticidad de las condiciones definidas, mayor confiabilidad. Y aunque el citado testigo resalta en su declaración que el recurso a una hidrología inusitada en la metodología de asignación del cargo por capacidad puede emitir señales que incidan sobre la instalación de cierto tipo de tecnologías e influir, a la postre, sobre la eficiencia económica de la regulación, admite que ello “permite mejorar la confiabilidad”. Por ende, encuentra la Sala que el medio adoptado para el logro del fin trazado resulta adecuado”.

TEST DE IGUALDAD - Aplicación / CARGO POR CAPACIDAD / CRITERIO DE HIDROLOGÍA CRÍTICA / PRINCIPIO DE IGUALDAD EN REGULACIÓN DEL MÉTODO DE CÁLCULO DEL CARGO POR CAPACIDAD EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD

Problema jurídico 3: *¿Las resoluciones demandadas atentan contra el artículo 13 de la Constitución por brindar un trato diferente a las plantas generadoras hidráulicas en relación con el tratamiento otorgado a las termogeneradoras?*

Tesis 3: “[E]n ningún momento las resoluciones contemplan un tratamiento diferente para las plantas generadoras térmicas y las hidroeléctricas. Por el contrario, en ellas se prevé el pago del cargo por capacidad a los operadores que acrediten su capacidad de brindar firmeza al Sistema, con independencia del combustible que utilicen. Cosa diferente es que la aplicación de la fórmula prevista por la CREG resulte que son los termogeneradores los que ofrecen una mayor firmeza, dada la mayor vulnerabilidad de las hidroeléctricas a las temporadas de sequía. Pero, como señalan con acierto las contestaciones de la demanda, “ello no deriva de una distinción que haga la resolución, sino de la naturaleza de las cosas: las temporadas de sequía no afectan la capacidad de generación de las plantas térmicas”. El diferente nivel de confiabilidad que se reconoce a cada uno de los operadores no deriva, así, de un trato discriminatorio en sí, sino de la aplicación de la fórmula prevista por el regulador; que mal haría en aplicar una fórmula diferente para cada tipo de operador solo para resguardar intereses patrimoniales particulares. En últimas, como expresó el testigo [A.O.A] en su declaración, “la firmeza de una planta de generación está definida no solo por la disponibilidad de su tecnología sino también por la cantidad y oportunidad de obtención de su combustible para generar: agua, gas, carbón, fuel oil”. Siendo esto así, no extraña que si el cargo por capacidad busca medir la firmeza que ofrece una planta en temporadas de hidrología crítica para proteger al Sistema, resulte que las termoeléctricas ofrecen una mayor confiabilidad que las hidroeléctricas. En este orden no sería cierto que exista un trato discriminatorio entre unos y otros operadores; razón por la cual debe rechazarse el cargo de la supuesta vulneración del artículo 13 de la Constitución”.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA ECONÓMICA EN REGULACIÓN DEL SECTOR ENERGÉTICO - Aplicación / PRINCIPIO DE EFICIENCIA ECONÓMICA - Restricción / PRINCIPIO DE CONFIABILIDAD - Protección / PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN REGULACIÓN DEL MÉTODO DE CÁLCULO DEL CARGO POR CAPACIDAD EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD

Problema jurídico 4: *¿Las resoluciones demandadas transgreden el principio de eficiencia económica que debe perseguir la regulación del sector energético?*

Tesis 4: “[R]esulta determinante comprobar si el perjuicio que se ocasiona a la eficiencia económica de la regulación se encuentra justificado por las ventajas que trae consigo la maximización del principio de confiabilidad, pues el detrimento para el país, el sistema económico y la comunidad sería mayor si no se lograra brindar una seguridad en la continuidad del servicio aún en las peores temporadas de sequía que puede traer consigo el Fenómeno del Niño. [...] No obstante, como señaló en su declaración la Señora [C.C.Á], la vulnerabilidad que resulta de la dependencia energética de las generadoras hidráulicas “es demasiado costosa en términos económicos para cualquier país”. La experiencia vivida durante los años del racionamiento eléctrico ocasionado por el Fenómeno del Niño de los años 1991 y 1992 son la prueba fehaciente de ello. En la memoria de la sociedad colombiana todavía pervive el recuerdo de aquel episodio, cuyas secuelas negativas fueron tan severas que dieron lugar a que se modificara la legislación y a que la Ley 143 de 1994 tomara la previsión de imponer a la CREG la necesidad de tener en cuenta la capacidad de

generación de respaldo como un aspecto esencial de la eficiencia que debía perseguir la regulación energética. No siendo sencilla la ponderación entre el riesgo de un incremento en los precios del servicio en el largo plazo y la garantía de una mayor seguridad, confiabilidad y continuidad en el suministro, dada la falta de pruebas sobre el impacto cierto que tendría sobre los costos de la energía eléctrica y sobre el SIN en general el ajuste realizado a la asignación de los recursos del cargo por capacidad (¿Cuánto costaría? ¿Cuándo se manifestaría esa alza? ¿En qué medida crecería la dependencia del SIN de las termogeneradoras? ¿Qué tan ciertos son los riesgo que ello implica?), y el alto componente de incertidumbre asociado a la llegada de fenómenos climáticos cada vez más extremos e impredecibles como El Niño, a la vista de su razonabilidad, la Sala se inclina por validar la ponderación efectuada por la CREG. En consecuencia, el cargo no prospera”.

[Sentencia de 14 de julio de 2017, exp. 11001-03-24-000-2001-00090-01 \(ACUMULADO 11001-03-24-000-2002-00122-01\), C.P. María Elizabeth García González, acción de nulidad.](#)

10. Se decreta la nulidad de los actos que negaron el registro de la marca PROCAPS PUPPET GEL´S (nominativa).

Síntesis del caso: *Productora de Capsulas de Gelatina S.A. – PROCAPS presentó demanda contra las resoluciones mediante las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio le negó el registro del signo PROCAPS PUPPET GEL´S (nominativo), para distinguir productos comprendidos en la clase 5ª del nomenclátor de la Clasificación Internacional de Niza.*

PROCEDENCIA DE REGISTRO MARCARIO DEL SIGNO PROCAPS PUPPET GEL´S POR NO EXISTIR SIMILITUD NI RIESGO DE CONFUSIÓN CON LA MARCA PUPPET

Problema jurídico: *¿Procede el registro del signo PROCAPS PUPPET GEL´S (nominativo), para distinguir productos comprendidos en la clase 5ª del nomenclátor de la Clasificación Internacional de Niza, cuando previamente se había efectuado el registro de la marca PUPPET (nominativa) en la misma clase?*

Tesis: “[L]a Sala encuentra que ambos signos varían en cuanto a la composición, esto es, al número de palabras, letras y sílabas y, por ende, tienen una extensión diferente. Esta configuración de los signos permite concluir que visualmente no presentan un grado de similitud sustancial que puede ocasionar un riesgo de confusión o de asociación para el público consumidor. [...] Lo anteriormente constatado es indicativo que desde el punto de vista fonético existen diferencias sustanciales entre los signos confrontados. [...] Al respecto y como bien lo señaló la parte actora, la Sala advierte que, de una parte, el signo solicitado tiene la siguiente composición fonética: dos golpes de voz, pausa, dos golpes de voz, pausa y un golpe de voz y, de otra, la marca previamente registrada cuenta tan solo con dos golpes de voz. [...] Cabe resaltar que la semejanza visual y fonética no se desvirtúa por el hecho de que el signo solicitado reproduce totalmente la denominación de la marca registrada, [...] Aunado a lo anterior, la Sala advierte que el signo solicitado cuenta con elementos adicionales (PROCAPS y GEL´S) que lo dotan de distintividad. Finalmente, la Sala advierte que no es dable comparar ideológicamente los signos, por cuanto los vocablos PUPPET GEL´S - PUPPET que las componen son de fantasía y, por lo tanto, no tienen un significado en sí mismos ni generan un concepto en la mente del consumidor que permita hacer una comparación que atienda al parecido conceptual de las marcas. [...] Ahora, aplicando las reglas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con miras a verificar el riesgo de confusión y/o asociación de los signos en conflicto, la Sala encuentra que si

bien es cierto que las marcas PROCAPS PUPPET GEL´S y PUPPET están registradas en la clase 5ª del nomenclátor de la Clasificación Internacional de Niza, también lo es que las mismas protegen productos diferentes. [...] De esta manera, se observa que los signos en conflicto no comparten la misma naturaleza y finalidad, además los canales de comercialización y publicitarios son disímiles, razón por la cual puede concluirse que el consumidor medio tiene la capacidad para diferenciarlos. [...] [L]a Sala pone de presente que si bien es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó de oficio el examen de registrabilidad del signo PROCAPS PUPPET GEL´S con fundamento en la marca previamente registrada denominada PUPPET a nombre de la sociedad CONFECCIONES LEONISA S.A., también lo es que dicha sociedad cedió los derechos de propiedad industrial de la marca PUPPET a la sociedad PRODUCTORA DE CAPSULAS DE GELATINA S.A. - PROCAPS -, lo cual elimina, en la actualidad, cualquier riesgo de confusión y/o asociación”.

[Sentencia de 2 de agosto de 2017, exp. 11001-03-24-000-2007-00136-00, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

11. Se niega la demanda de nulidad relativa contra el acto que concedió el registro de la marca PREMIER MENTHOL.

Síntesis del caso: *La sociedad Philip Morris Products S.A., titular de las marcas “MARLBORO” (mixta), “MARLBORO LIGHTS” (mixta), y “FIGURATIVA”, registradas en Colombia en la Clase 34 de la Clasificación Internacional de Niza, solicitó la nulidad del acto expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante el cual concedió a la sociedad Productora Tabacalera De Colombia S.A.- PROTABACO S.A. el registro de la marca “PREMIER MENTHOL” (mixta), para distinguir los productos comprendidos en la Clase 34 de la Clasificación Internacional de Niza.*

REGISTRO MARCARIO DEL SIGNO PREMIER MENTHOL POR NO EXISTIR SEMEJANZA NI RIESGO DE CONFUSIÓN CON LAS MARCAS MARLBORO, MARLBORO LIGHTS (mixta) y FIGURATIVA DISEÑO DE TECHO

Problema jurídico: *¿Procedía el registro de la marca “PREMIER MENTHOL” en la Clase 34 de la Clasificación Internacional de Niza, a pesar que ya se había efectuado el registro de los signos “MARLBORO”, “MARLBORO LIGHTS” y “FIGURATIVA” para amparar productos en la misma clase?*

Tesis: “E]s indudable que entre las denominaciones “PREMIER MENTHOL” y “MARLBORO” y “MARLBORO LIGHTS” de los signos en conflicto no existe similitud ortográfica, ni fonética, que por ser tan obvia no requiere mayor análisis. En cuanto a la similitud ideológica, la Sala tampoco la vislumbra, dado que en manera alguna dichas expresiones pueden evocar una idea idéntica o similar. Al respecto, cabe destacar que la marca solicitada cuestionada “PREMIER MENTHOL” es lo suficientemente distintiva y diferente con respecto a las marcas opositoras, al contener dos vocablos que la dotan por sí misma de la suficiente carga semántica, que permite una eficacia particularizadora y conduce a identificar su origen empresarial, lo que descarta cualquier riesgo de confusión y de asociación en el público consumidor acerca de los productos en disputa o de su origen empresarial, así como el aprovechamiento injusto del prestigio y la dilución de la fuerza distintiva de los signos de la actora. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el comprador habitual de los productos de la Clase 34 de la Clasificación Internacional de Niza (amparados por las marcas en conflicto) es un consumidor informado, quien se casa con una determinada marca. Circunstancia que, por lo general, hace que no incurra en error al momento de seleccionar los cigarrillos y demás artículos de esta clase, que sean de su preferencia. [...] Es preciso advertir que en este proceso ha quedado claro que la marca cuestionada

“PREMIER MENTHOL”, objeto de registro de los actos acusados, es una derivación de las marcas “PREMIER”, registradas bajo los núms. 127611 y 132736, con anterioridad a la solicitud de registro de aquella y no tiene variaciones sustanciales en relación con las mismas pues tan solo varía en la ubicación y el tamaño de la figura geométrica que contiene, que ya ha sido empleada, además de que los productos que constituyen su objeto corresponden a los ya amparados por las marcas anteriormente registradas.”

[Sentencia de 27 de julio de 2017, exp. 11001-03-24-000-2012-00361-00, C.P. María Elizabeth García González, acción de nulidad relativa.](#)

12. Se niega la vinculación de la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. por no existir entre ella y la demandada una relación sustancial y porque, en caso de declararse la nulidad de los actos, no se afectaría ni beneficiaría.

Síntesis del caso: *Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de vincular a la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., en el proceso instaurado por la Sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., contra los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante los cuales se le impusieron dos sanciones pecuniarias.*

INTERVINIENTES CON VOCACIÓN DE PARTE EN PROCESO JUDICIAL / VINCULACIÓN DE TERCERO SIN INTERÉS DIRECTO - Improcedencia

Problema jurídico: *¿Resulta procedente la vinculación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al proceso, cuando no existe una relación sustancial entre dicha sociedad y la SIC como tampoco una afectación o un interés en el resultado del asunto?*

Tesis: “[L]a Sala no encuentra que entre la SIC y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES exista la relación sustancial a que se contrae el artículo 71 del CGP, pues aunque esta haya participado al interior de la investigación como tercera interesada, lo cierto es que la decisión que hoy se censura no le afecta, toda vez que las resoluciones cuestionadas únicamente sancionan pecuniariamente a la actora por haberla encontrado responsable de infringir los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 50, numeral 6, del Decreto 2153 de 1992. Igualmente, de la demanda tampoco se desprende un interés directo. Así las cosas, es claro que en el presente asunto no resulta procedente la vinculación decretada, habida cuenta de que no se acreditó, como ya se dijo, una relación sustancial entre la demandada y la vinculada, ni que en el evento de que se declarara la nulidad de los actos administrativos acusados junto con el restablecimiento del derecho solicitado, referentes a la declaratoria de responsabilidad de la actora de infringir la normativa mencionada y la consecuente sanción pecuniaria de \$53.909’775.000 y 33.840’247.500, se podría afectar o beneficiar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Adicionalmente, cabe resaltar, que en caso de que llegasen a prosperar las súplicas de la demanda, la única entidad llamada a responder por dicha decisión sería la SIC.

[Auto de 27 de julio de 2017, exp. 25000-23-41-000-2014-01048-01, C.P. María Elizabeth García González, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

13. Se niega la pérdida de la investidura de diputado porque si bien ejerció como empleado público, no fue dentro de los doce meses anteriores a la elección.

Síntesis del caso: *Se solicitó la pérdida de la investidura del diputado del departamento del Tolima elegido para el período constitucional 2016-2019, por haber violado el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 33, numeral 3, de dicha Ley 617 de 2000, puesto que ejerció autoridad civil y administrativa y también jurisdiccional, en virtud de su poder policivo administrativo, durante su desempeño como director financiero de la Dirección de Rentas e Ingresos de la Secretaría de Hacienda Departamental y Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de su inscripción como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Improcedencia

Problema jurídico: *¿El diputado del departamento del Tolima, incurrió en la causal de pérdida de investidura de violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 33 de la ley 617 de 2000, por haber desempeñado, antes de su elección, el cargo de Director Financiero de la Dirección de Rentas e Ingresos de la Secretaría de Hacienda Departamental y haber sido encargado en varias oportunidades como Secretario de Hacienda de la Gobernación del Tolima?*

Tesis: “Mediante Decreto nro. 0003 de 1º de enero de 2012, expedido por el Gobernador del Tolima (folios 8 y 9), el demandado fue nombrado como Director Financiero de la Dirección de Rentas e Ingresos de la Secretaría de Hacienda Departamental y tomó posesión del cargo el mismo día, según Acta de posesión. A su vez, se verificó que este cargo fue desempeñado hasta el día 15 de octubre de 2014, según consta en el Decreto nro. 2154 de 6 de octubre de 2014 (folio 22), mediante el cual se aceptó la renuncia presentada previamente por el demandado [...] En ese intervalo comprendido entre la fecha de su posesión y la de la renuncia efectiva, esto es, entre el 1º de enero de 2012 y el 15 de octubre de 2014, la Sala observa que el señor CARLOS ARTURO REYES RODRÍGUEZ fue encargado en varias oportunidades como Secretario de Hacienda de la Gobernación del Tolima por el representante legal de esa entidad territorial [...] Luego, entonces, si bien es cierto que el señor CARLOS ARTURO REYES RODRÍGUEZ se desempeñó como empleado público del orden departamental en los términos arriba corroborados, también lo es que no fungió como tal dentro del lapso prohibido por la conducta inhabilitante ordenada en el artículo 33, numeral 3 de la Ley 617. Se pudo establecer con claridad, que el demandado fue empleado público del Departamento del Tolima hasta el día 15 de octubre de 2014, esto es, diez días antes de que empezara a transcurrir el año anterior a la fecha de las elecciones (25 de octubre de 2014), sin que, bajo circunstancia alguna, hubiese quedado comprendido en el presupuesto exigido por la inhabilidad. Por lo tanto, al no estar configurado el requisito inicial relativo al desempeño de funciones dentro del año anterior a las elecciones por parte del demandado, no resulta viable continuar con la verificación de los demás elementos que constituyen la inhabilidad invocada y, por lo mismo, no se accederá a la petición formulada en el recurso de apelación que pretende la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal”.

[Sentencia de 14 de septiembre de 2017, exp. 73001-23-33-004-2016-00629-01\(PI\), C.P. María Elizabeth García González, proceso de pérdida de investidura.](#)

14. Se suspende el acto que estableció el cobro del derecho por conectividad a los pasajeros que viajan desde el Aeropuerto José María Córdova de Rionegro.

Síntesis del caso: *Se solicitó la suspensión provisional de la Resolución 02251 de 3 de agosto de 2016, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil creó “el derecho por conectividad y se adiciona la Resolución número 04530 del 21 de septiembre de 2007, por medio de la cual se fijan las tarifas de los derechos y tasas cedidas al concesionario del Aeropuerto José María Córdova de Rionegro, Olaya Herrera de Medellín, Los Garzones de Montería, El Caraño de Quibdó, Antonio Roldán Betancourt de Carepa y Las Brujas de Corozal y se dictan otras disposiciones”.*

TASA - Naturaleza / COMPETENCIA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL PARA CREAR TASAS EN MATERIA DE TRANSPORTE AÉREO / COBRO DE DERECHO POR CONECTIVIDAD A PASAJEROS DEL AEROPUERTO JOSÉ MARÍA CÓRDOVA DE RIONEGRO - Improcedencia

Problema jurídico: *¿El Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil puede crear y cobrar, transitoriamente, una tasa a los pasajeros que salen del aeropuerto José María Córdova de Rionegro (Antioquia) tanto a destinos nacionales como internacionales, cuando no está circunscrita a la prestación de los servicios aeronáuticos y aeroportuarios y con el transporte aéreo, esto es, a los destinados a facilitar y hacer posible la navegación aérea?*

Tesis: “[E] gravamen fijado por el Director de la Aerocivil en la Resolución nro. 02251 de 2016 no guarda relación directa con la prestación de los servicios aeronáuticos o aeroportuarios, en la medida en que su finalidad está encaminada a que los pasajeros salientes del terminal aéreo José María Córdova cofinancien la terminación del proyecto terrestre denominado Aburrá Oriente – Túnel de Oriente y desarrollo vial complementario, que permitirá mejorar la conectividad entre el Municipio de Medellín y el Aeropuerto José María Córdova y poblaciones cercanas a este. Sobre el particular, es importante advertir que si bien el desarrollo del proyecto vial en referencia beneficiaría a los pasajeros que se desplacen desde Medellín al Aeropuerto José María Córdova, lo cierto es que la implementación del “derecho de conectividad” no tiene una relación intrínseca con el transporte aéreo, máxime si se tiene en cuenta que la vía terrestre no solo será utilizada por los pasajeros que se dirijan desde Medellín a la terminal aérea, sino también por todas las personas que necesiten movilizarse desde el Valle de Aburrá hasta el Valle de San Nicolás, tal como se dejó expresamente consignado en la parte considerativa de la resolución demandada. En esos términos, se infiere que el Director de la Aerocivil impuso a los pasajeros salientes del Aeropuerto José María Córdova una carga económica por la utilización de un servicio público que no es prestado en forma directa e inmediata por esa autoridad administrativa, por cuanto el desarrollo del proyecto vial Aburrá Oriente – Túnel de Oriente no se encuentra enmarcado dentro de las funciones de la Aerocivil”.

[Auto de 22 de noviembre de 2017, exp. 11001-03-24-000-2017-00077-00, C.P. Maria Elizabeth García González, medio de control de nulidad.](#)

VI. SECCIÓN SEGUNDA

15. Se fijan reglas para determinar la competencia de los procesos ejecutivos.

Síntesis del caso: *El demandante presentó demanda ejecutiva para hacer efectiva la sentencia que ordenó el reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.*

COMPETENCIA EN PROCESO EJECUTIVO JUDICIAL

Problema jurídico: *¿Cuáles son las reglas de competencia aplicables en materia de ejecución de sentencias judiciales de condena proferidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo?*

Tesis: “[E]n relación con la ejecución de las sentencias de condena a entidades públicas, se concluye lo siguiente: a. Las sentencias judiciales tienen un procedimiento especial de ejecución que se sigue a continuación del proceso en el cual se origina el título, cuya regulación parte de los artículos 306 y 307 del CGP, y se complementa con las reglas propias del proceso ejecutivo previsto en el artículo 422 y siguientes del mismo estatuto. b. Para ello y en el caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien obtenga una sentencia de condena a su favor puede optar por: 1. Iniciar el proceso ejecutivo a continuación del ordinario, para lo cual debe: - Formular demanda para que se profiera el mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo expuesto en la parte resolutive de aquella y en la cual se incluyan los requerimientos mínimos indicados en el aparte 3.2.4. de esta providencia. Es decir, el hecho de que se inicie el proceso ejecutivo a continuación del proceso ordinario no quiere significar que se pueda presentar sin ninguna formalidad y el ejecutante está en la obligación de informar si ha recibido pagos parciales y su monto. En este caso no será necesario aportar el título ejecutivo, pues este ya obra en el proceso ordinario. El proceso ejecutivo se debe iniciar dentro del plazo señalado en los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 306 y 307 del Código General del proceso. 2. Si lo prefiere el demandante, puede formular demanda ejecutiva con todos los requisitos previstos en el artículo 162 del CPACA, a la cual se debe anexar el respectivo título ejecutivo base de recaudo, es decir, la sentencia que presta mérito ejecutivo con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley. En este caso el objetivo será que la sentencia se ejecute a través de un proceso ejecutivo autónomo de conformidad con el Libro Tercero, Sección Segunda, Título Único del Código General del Proceso, relativo al proceso ejecutivo, en aplicación de la remisión normativa regulada por el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. c. En cuanto al punto relacionado con la competencia, en ambos casos la ejecución debe tramitarla el juez que conoció el proceso en primera instancia, así este no haya proferido la sentencia de condena; lo anterior, con el fin de preservar los objetivos perseguidos con el factor de conexidad ya analizado. D. Cuando se trate de títulos ejecutivos diferentes a la providencia judicial, la competencia sí se define por el factor cuantía previsto en los ordinales séptimos de los artículos 152 y 155 del CPACA. Tal es el caso de (i) un laudo arbitral, puesto que los árbitros no tienen competencia para la ejecución de sus providencias; (ii) los derivados de los contratos estatales que comprende la ejecución de los actos administrativos expedidos en su ejecución. En estos casos, por no existir un juez contencioso administrativo del que provenga el título, será menester determinar la competencia con base en este criterio; esto es, si la cuantía excede de los 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes el asunto corresponderá al tribunal, de lo contrario, será de conocimiento de los juzgados administrativos. e. Todo lo anterior difiere de la solicitud de requerimiento para el cumplimiento de la condena al pago de sumas de dinero prevista en el artículo 298 del CPACA en armonía con los ordinales 1.º y 2.º del artículo 297 ib.”

[Auto de 25 de julio de 2017, Sección Segunda, exp. 11003-03-25-000-2014-01534-00\(4935-14\), C.P. William Hernández Gómez, demanda ejecutiva especial.](#)

16. Se confirma sanción disciplinaria de destitución de la gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Dosquebradas al utilizar el cargo para favorecer a candidato a alcaldía.

Síntesis del caso: *Se solicitó la nulidad de los fallos disciplinarios mediante los cuales se sancionó con destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por 10 años, al encontrar probada la participación en política.*

PROCESO DISCIPLINARIO / PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA / UTILIZACIÓN DE CARGO PÚBLICO

Problema jurídico 1: *¿Se configuró el tipo disciplinario señalado en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?*

Tesis 1: “[L]a señora [C.H.V], como gerente de la Empresa de Servicios Públicos, era concedora de toda la gestión administrativa y de los proyectos adelantados y ejecutados por la entidad, luego no debió responder las preguntas formuladas respecto de los proyectos adelantados por la empresa en el sector, porque con su dicho generó a los asistentes confianza en favor del aspirante [J.J.G.C], aún más cuando éste adelantó parte de las obras que se estaban ejecutando mientras se desempeñó como gerente de la empresa pública mencionada. A juicio de la Sala, la utilización de información reservada por parte de la accionante a la cual tenía acceso por razón de su cargo inclinó la balanza del aparato estatal en favor de dicho candidato. De esta manera se cumplió el supuesto que exige el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 para incurrir en el tipo disciplinario, esto es, la señora [H.V] utilizó su empleo, dando información que solo ella manejaba sobre las obras del acueducto en favor de la candidatura a la alcaldía del señor [J.J.G.C]. Así, participó en la actividad electoral e influyó de forma directa en los electores, con lo cual desconoció, no solo el tipo disciplinario aludido, sino también la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política de 1991 y, en consecuencia, procedía la imposición de la sanción disciplinaria”.

PROCESO DISCIPLINARIO / DEBIDO PROCESO / DOLO / CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Problema jurídico 2: *¿Se violó el debido proceso de la demandante en la calificación de la falta y el análisis de la culpabilidad?*

Tesis 2: “[L]a Sala desestima el cargo al no encontrar elementos de juicio que permitan concluir que el proceder de la señora [C.H.V] se dio por descuido e inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, configurativo de culpa grave, puesto que ella bien sabía de la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política de 1991, y que tal actuación quebrantaba el régimen disciplinario y aun así actuó, por lo que su conducta se cometió a título de dolo”.

PROCESO DISCIPLINARIO / DERECHO AL TRABAJO / SANCIÓN DISCIPLINARIA

Problema jurídico 3. *¿Se vulneró su derecho al trabajo como consecuencia de la sanción disciplinaria?*

Tesis 3: “[L]a sanción disciplinaria imputada en un caso concreto es el resultado de una decisión administrativa, en donde la actora tuvo la oportunidad de intervenir y

controvertir los hechos endilgados, conforme lo disponen el artículo 29 Superior y la Ley 734 de 2002. Si bien es cierto el correctivo impide el acceso a cargos públicos, también lo es que no vulnera el derecho al trabajo, como quiera que dicha inhabilidad es el resultado de una limitación establecida por la ley con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el empleado público, más no por la arbitrariedad del Estado de prohibirle el derecho al trabajo”.

[Sentencia de 19 de octubre de 2017, Sección Segunda, exp. 11003-03-25-000-2010-00175-00\(1289-10\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, acción nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

17. Los actos de llamamiento a calificar servicios, se presumen emitidos en aras del buen servicio, los cuales no requieren ser motivados, toda vez que la motivación de los mismos está prevista en la ley.

Síntesis del caso: *Se pidió la nulidad de los actos administrativos que retiraron del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios.*

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIO / FACULTAD DISCRECIONAL / LEY EN EL TIEMPO

Problema jurídico. *¿El acto demandado mediante cual se resolvió y fundamentó el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor Luis Alberto Ortiz Quintero, fue realizado conforme a la normatividad vigente y por tanto goza de la presunción de legalidad que lo ampara?*

Tesis : “[S]e pudo comprobar que el acto demandado se realizó conforme a las leyes preexistentes, que se efectuó de acuerdo con el debido proceso, que fue proferido por la presunción del buen servicio, en donde el Decreto 2219 de 21 de junio de 2010, expedido por el Ministro de Defensa Nacional mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, se efectuó como producto de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional mediante Acta 009 de 14 de mayo de 2004. Además al demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales. Para finalizar la Sala reitera que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio”.

[Sentencia de 12 de octubre de 2017, Sección Segunda, exp. 25000-23-25-000-2010-01134-01\(0866-14\), C.P. Gabriel Valbuena Hernandez, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

18. Reconocimiento de pensión de jubilación con fundamento en una norma diferente a la invocada por el demandante no vulnera el principio de congruencia de la sentencia.

Síntesis del caso: *La parte actora solicitó en la demanda el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en aplicación del régimen de transición, de acuerdo a los lineamientos del Decreto 546 de 1971, pretensión a la cual accedió el aquo pero con sustento en las leyes Leyes 33 y 62 de 1985, por no cumplir los 10 años de servicio en la Rama Judicial para ser beneficiaria del régimen especial invocado, razón por la cual, en el recurso de alzada se argumentó la vulneración del principio de congruencia de la decisión proferida en primera instancia.*

RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON FUNDAMENTO EN NORMA NO INVOCADA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / FALLO EXTRAPETITA / FALLO ULTRAPETITA

Problema jurídico: *¿La sentencia apelada desconoció el principio de congruencia, al reconocérsele a la demandante una pensión de jubilación bajo el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, cuando lo que invocó en su demanda fue el Decreto 546 de 1971?*

Tesis: “Se advierte que la parte actora solicitó en sus pretensiones que se le reconozca la pensión de jubilación con fundamento en el Decreto 546 de 1971, al considerar que hacía parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por haber prestados sus servicios al Ministerio Público por más de diez (10) años (...) a pesar de que en primera instancia se dispuso conceder el derecho deprecado con adopción de fundamentos normativos diferentes a los expuestos en el libelo, como lo fueron las Leyes 33 y 62 de 1985, tal decisión, a juicio de esta Corporación, fue producto del razonamiento juicioso y ponderado de la situación laboral de la demandante, al concluir que era acreedora del derecho pensional (pretensión esbozada) por los tipos de vinculación que ostentó como servidora pública (hechos plasmados) y por el análisis de los argumentos de defensa relacionados por la entidad demandada (excepciones), de tal manera que puede afirmarse en forma clara que la providencia recurrida se profirió de acuerdo con los argumentos, de hecho y de derecho, expuestos judicialmente, sin que se observe o deduzca algún tipo de pronunciamiento por fuera o más allá de lo solicitado en la demanda (extra o ultra petita)”.

[Sentencia de 26 octubre de 2017, exp 25000-23-42-000-2014-01139-01\(2458-15\), C.P. César Palomino Cortés, medio de control de nulidad y restablecimiento.](#)

19. La sustitución patronal no exige que se profieran actos de nombramiento y posesión de los cuales se derive una nueva vinculación al servicio, y en consecuencia, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas al servidor público.

Síntesis del caso: *Como consecuencia de la sustitución patronal el demandante solicita el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.*

SUSTITUCIÓN PATRONAL - Perfeccionamiento / CESANTÍAS DEFINITIVAS - Improcedencia

Problema jurídico: *¿Se configuró la terminación de la relación laboral por la sustitución patronal y en tal virtud, se hizo exigible el reconocimiento y pago de cesantías definitivas?*

Tesis: “Para que se perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores, no pueden ser expedidos actos de nombramiento para que el empleado sea transferido de la entidad sustituida a la sustituta. En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditado de la valoración probatoria que, en el caso concreto, se configuró una sustitución patronal y no el nacimiento de relaciones laborales diferentes, en tanto no se expidieron nuevos actos de nombramiento, así como las respectivas actas de posesión. Así las cosas, debido a que en el caso concreto en efecto, se encuentra acreditado que se configuró una sustitución patronal entre Dasalud y la ESE Salud Chocó, sin que ello implique la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.”

[Sentencia de 9 de noviembre de 2017, exp 27001-23-33-000-2013-00015-01\(4687-14\) Sandra Lisset Ibarra Vélez, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

20. Respuesta de petición en interés general puede ser verbal y pública.

Síntesis del caso: *El demandante fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un mes, por contestar de forma verbal una petición de interés de general.*

SANCIÓN DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR OMISIÓN DE RESPUESTA DE PETICIÓN EN INTERÉS GENERAL / RESPUESTA DE PETICIÓN EN INTERÉS GENERAL - Formas / PRINCIPIO DE EFICACIA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / PRINCIPIO DE PREVALENCIA EL DERECHO SUSTANCIAL

Problema Jurídico: *¿Hay lugar a sancionar disciplinariamente a un funcionario público por dar respuesta en forma verbal a una petición en interés general?*

Tesis: " Bajo la recalcitrante exégesis de que la respuesta a la petición solo podía ser escrita, pese a que los peticionarios y los demás asistentes a la reunión reconocieron haberla recibido públicamente y a satisfacción, no es posible dispensar legalidad a los actos demandados, pues lo contrario significaría desconocer los postulados constitucionales como el que enseña que «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de ...eficacia, economía, ...y publicidad» (artículo 209, Constitución Política) y la prevalencia el derecho sustancial (artículo 228, ibidem). No porque la forma de la respuesta a la petición haya sido verbal y pública, se considera que no la hubo, pues en tal caso se privilegiaría el excesivo rigorismo formal en detrimento de la realidad y del derecho sustancial "

[Sentencia de 21 de septiembre de 2017, exp 68001-23-33-000-2013-00667-01\(3114-14\), Carmelo Perdomo Cuéter, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

VII. SECCIÓN TERCERA

21. Se condena al Estado por la masacre cometida por integrantes de las AUC a la comunidad de paz de San José de Apartadó - Antioquia, como consecuencia de la "insuficiencia e ineficacia" de las medidas de protección brindadas por la fuerza pública y por la omisión en su posición de garante institucional.

Síntesis del caso: *El 19 de febrero de 2000, en la comunidad de paz de San José de Apartadó-Antioquia, se presentaron hombres armados vestidos con uniformes camuflados, pertenecientes a las AUC, quienes causaron la muerte de 5 personas y lesiones a otras 2, por ser, presuntamente, auxiliadoras de la guerrilla. El riesgo de la masacre era latente y la fuerza pública tenía conocimiento de la situación.*

FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / INSUFICIENCIA E INEFICACIA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN BRINDADAS A LA POBLACIÓN CIVIL EN RIESGO LATENTE / MASACRE DE PERSONAS EN ESTADO DE INDEFENSIÓN / OMISIÓN EN LA POSICIÓN DE GARANTE INSTITUCIONAL

Problema jurídico: *¿Se configura una falla del servicio de la fuerza pública por insuficiencia e ineficacia en las medidas de protección brindadas a la población civil en riesgo latente y por omitir su posición de garante institucional?*

Tesis: “[P]ara la Sala no existe duda alguna de que la masacre en la que perdieron la vida [O.J.Q.G], [L.E.C.A] y [A.J.J.G] y resultó lesionado [R.Q.G], entre otros, pudo evitarse, puesto que el riesgo de su ocurrencia era latente (...) la Policía y el Ejército debieron tomar las respectivas medidas de vigilancia y control (...) Tanto así que el Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (...) se dirigió con preocupación al Ministro de Relaciones Exteriores, poniendo en evidencia la “insuficiencia e ineficacia” de las medidas de protección ofrecidas a la comunidad de paz de San José de Apartadó que, por cierto, habían sido solicitadas con anterioridad por esa misma oficina. (...) esa “insuficiencia e ineficacia” de las medidas de protección ofrecidas a la comunidad de paz de San José de Apartadó constituyeron una clara falla del servicio imputable al Ejército Nacional y a la Policía Nacional. (...) así no hayan sido los miembros de la [fuerza pública] quienes asesinaron y lesionaron a los familiares de los acá demandantes, por cuanto dicho acto atroz fue cometido por terceros al margen de la ley (autodefensas campesinas), tal hecho no los exime de responsabilidad, pues lo cierto es que dichas instituciones omitieron los deberes de vigilancia, control y protección de la vida y bienes de los habitantes del corregimiento de San José de Apartadó, respecto de quienes ostentaban una clara posición de garante, por tener conocimiento del riesgo latente en el que se encontraban de ser blanco de un ataque, como consecuencia de lo cual encuentran comprometida su responsabilidad, a título falla del servicio por omisión y tendrán que resarcir los perjuicios con ella causados”.

[Sentencia de 14 de septiembre de 2017, exp. 05001-23-31-000-2002-00334-01\(48588\)B, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, acción de reparación directa.](#)

22. Se condena al Estado por el secuestro masivo de personas conducidas por sus captores a la zona de distensión creada por el gobierno nacional.

Síntesis del caso: *El 26 de julio de 2001, la columna móvil Teófilo Forero de las FARC, ingresó en horas de la noche al edificio Torres de Miraflores, ubicado la ciudad de Neiva, Huila, portando uniformes, insignias y armas de uso privativo de las fuerzas armadas; sacó a las víctimas de sus apartamentos y las condujo a la llamada “zona de distensión”, donde permanecieron varios meses.*

DAÑO DERIVADO DE LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS / SECUESTRO / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR EL HECHO DE TERCEROS / PREVISIBILIDAD DEL DAÑO / FALLA DEL SERVICIO / ZONA DE DISTENSIÓN / RIESGO EXCEPCIONAL

Problema jurídico: *¿El daño causado a los demandantes con ocasión de su secuestro, resulta imputable a las entidades demandadas?*

Tesis: Como el daño era previsible, era imperativo que las autoridades estuvieran alerta, vigilando y controlando las vías de acceso a Neiva, y que se prepararan, como mínimo, para atender y repeler con oportunidad y efectividad una acción armada de la guerrilla pues aunque nadie podía anticipar que el asalto estaría dirigido específicamente contra el edificio Torres de Miraflores sí era previsible que se realizaría dentro del perímetro urbano del municipio y que tendría como objetivo bienes y personas de carácter civil. Sin embargo, ni la Policía Nacional y ni el Ejército Nacional actuaron de la forma descrita. Lo anterior lleva a la Sala a concluir que estas dos entidades incurrieron en falla del servicio porque, conociendo la previsibilidad del

resultado, derivada del hecho de que Neiva se encontraba muy cerca de la zona de distensión y de que la guerrilla de las FARC se había fortalecido militarmente y había intensificado su accionar delictivo en los municipios aledaños a ella, no intervinieron decidida, oportuna y eficazmente para evitarlo. En concreto, omitieron establecer mecanismos que impidieran o, al menos, obstaculizaran el ingreso y la salida de los subversivos del municipio de Neiva (...) El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio del Interior también son responsables del daño padecido por los demandantes porque, aunque legítima, la decisión de crear la zona de distensión fue determinante para que el secuestro de los [demandantes] pudiera consumarse y prolongarse en el tiempo. En efecto, el abundante material probatorio aportado al proceso demuestra que la cercanía geográfica del municipio de Neiva a la zona de distensión, facilitó la planeación y la ejecución del secuestro masivo, y que la ausencia de fuerza pública en esta parte del territorio nacional no solo hizo posible el traslado y ocultamiento de los secuestrados en este lugar, sino que conllevó a que permanecieran ahí por largo tiempo sin que ninguna autoridad intentara siquiera rescatarlos por la imposibilidad fáctica y jurídica que existía para ello. Visto lo anterior, se concluye que el daño sufrido por los demandantes es el resultado de la concreción de un riesgo excepcional, creado por estas dos entidades en ejercicio de una actividad legítima encaminada a la búsqueda de una solución negociada al conflicto armado.

[Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 41001-23-31-000-2005-00044-01\(42098\) C.P. Danilo Rojas Betancourth, acción de reparación directa.](#)

23. Se denegaron las pretensiones de una acción de reparación directa en aplicación de la causal eximente de responsabilidad por hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Síntesis del caso: *Juez con funciones de control de garantías el 31 de julio de 2008 impuso medida de aseguramiento con fines preventivos a un ciudadano por el delito de hurto calificado; luego, el 28 de agosto siguiente, dicha medida fue revocada por otro juez en audiencia y ordenó su libertad. El 19 de noviembre del mismo año, el juez con funciones de conocimiento decretó la preclusión de la investigación en aplicación del principio de in dubio pro reo.*

DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO / HURTO CALIFICADO / CAUSA EXTRAÑA / HECHO DE UN TERCERO - Denuncia

Problema jurídico: ¿El hecho de un tercero da lugar a la privación de la libertad?

Tesis: “La Sala ha sostenido que en todos los casos es posible que el Estado se exonere si se acredita que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima. (...) [Y] para que se acrediten deben concurrir tres elementos: (i) irresistibilidad, (ii) imprevisibilidad y (iii) exterioridad respecto del demandado. (...) Al descender estas consideraciones al caso, se advierte que la conducta de los denunciados fue determinante y exclusiva para que se ordenara la captura y se impusiera medida de aseguramiento. En efecto, la orden de captura del demandante tuvo por fundamento la denuncia y, en especial, el reconocimiento fotográfico que hicieron (...) quienes identificaron como autor del delito de hurto al [señor] (...). Así mismo, la medida de aseguramiento consistente en detención en establecimiento de reclusión, tuvo por fundamento los elementos materiales probatorios recaudados en ese momento, esto es el reconocimiento fotográfico que hicieron los denunciados (...). En consecuencia, se acreditó el hecho de un tercero como causa del daño pues las decisiones que restringieron la libertad del demandado (...). [Así las cosas,] el comportamiento de los

denunciantes, en este caso, resultó externo, imprevisible e irresistible para la entidad demandada, pues dado que, por la forma en que ocurrió el delito, las víctimas del mismo eran las únicas que podían identificar a sus autores. Por ello, no era previsible ni podían impedir las entidades demandadas que, posteriormente al reconocimiento de los sindicados, las víctimas del hurto manifestaran en sentido contrario que se encontraban en la imposibilidad de identificar a los autores del delito. Esta circunstancia implicó que el ente investigativo y el juez competente procedieran, con base en la información suministrada por las víctimas, a solicitar e imponer la medida restrictiva de la libertad, pues no otra conducta podía exigirse (...). [En consecuencia,] la Sala declarará la configuración de una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputado a la demandada”.

[Sentencia de 2 de agosto de 2007, exp. 08001-23-31-000-2009-00451-01\(51657\), C.P. Guillermo Sánchez Luque, acción de reparación directa.](#)

* Aclaro su voto el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa

24. En sentencia que resolvió un caso de controversias contractuales se aplicó el test de proporcionalidad para la liquidación de costas.

Síntesis del caso: *El departamento de Boyacá y la sociedad Ingenieros G F S.A.S suscribieron contrato de obra para el mejoramiento y pavimentación de la vía Maripi – Muzo del departamento de Boyacá el cual generó controversia en relación con el reajuste de precios.*

TEST DE PROPORCIONALIDAD EN TASACIÓN DE COSTAS

Problema jurídico 1: *¿Es procedente la aplicación del test de proporcionalidad a fin determinar el quantum de la liquidación de costas en asuntos contractuales?*

Tesis 1: “Teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer. Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así (...). Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde “Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”. Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera fijar las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda”.

OMISIÓN DE EVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LA OFERTA / CULPA GRAVE DE CONTRATISTA / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Problema jurídico 2: *¿El contratista está obligado a evaluar la viabilidad del negocio al momento de realizar la propuesta?*

Tesis 2. “En este orden de ideas, el momento de elaborar la propuesta inicial no se trata simplemente de ajustarse a las condiciones del pliego de la licitación como erradamente lo hace ver la demandante, sino que ello implica una evaluación minuciosa de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio, pues no hacerlo conlleva, además, a incurrir en culpa grave, (...) en los términos del artículo 63 Código Civil (...). Así las cosas, la culpa o negligencia grave es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, de manera que esta es la clase de culpa que resulta atribuible a los contratistas que, pese a su profesionalismo y calidad de colaboradores de la administración, omiten emplear la diligencia que una persona común hubiera previsto para elaborar las propuestas con las que pretenden vincularse a las entidades estatales. Y como es sabido, a nadie le es dable sacar provecho de su propia culpa”.

Nota de Relatoría: Además de los temas anteriores, en esta providencia se estudia: i) Los eventos regulados por la ley para la condena en costas; ii) el test de proporcionalidad y sus criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad: Exigencias fácticas; iii) el contrato estatal y su finalidad; iv) las formas de corrección o ajuste al contrato estatal; v) el equilibrio financiero económico del contrato estatal y de las formas para su restablecimiento; vi) la prueba del desequilibrio económico y financiero del contrato; vii) el desequilibrio económico y financiero del contrato y la oportunidad para reclamar y su relación con el debido proceso; viii) requisitos para la verificación de la ecuación financiera del contrato; ix) aplicación del principio de buena fe contractual: Concepto, oportunidad, aplicación de la regla principio *venire contra factum proprium non valet* (inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad), confianza y buena fe objetiva; x) el principio de planeación: Alcance, regulación, exigibilidad tanto en la actuación de las entidades contratantes como en los actos de los contratistas.

[Sentencia de 23 de octubre de 2017, exp. 15001-23-33-000-2013-00526-01\(55855\), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, medio de control de controversias contractuales.](#)

*Aclararon su voto los consejeros Guillermo Sánchez Luque y Jaime Enrique Rodríguez Navas

25. El pago de indexación en obligaciones contractuales no debe ser considerado como el reconocimiento de un perjuicio indemnizatorio adicional.

Síntesis del caso: *El 31 de octubre de 2002, el SENA, con fundamento en un acuerdo conciliatorio, pagó una suma de dinero indexada ante el incumplimiento de contrato de seguro por falta de registro presupuestal. Como consecuencia de lo anterior, dicha entidad demandó al servidor público encargado de vigilar el procedimiento de registro presupuestal.*

INDEXACIÓN - Naturaleza / CORRECCIÓN MONETARIA / PAGO DE CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico: *¿El reconocimiento de sumas de dinero en acuerdo de conciliación, por concepto de indexación del pago de un contrato estatal, se considera un perjuicio indemnizable o un componente sancionatorio y/o indemnizatorio, y, a su vez, éste se constituye en fuente para establecer la procedencia de la acción de repetición?*

Tesis: “La reparación del daño antijurídico causado por la Administración pública debe ser integral, el valor que corresponde al resarcimiento del perjuicio debe actualizarse o indexarse al momento en que se produzca el pago, con el fin de traer a valor presente la suma que será devuelta y de esta manera compensar el fenómeno económico de la

depreciación. Con fundamento en la corrección monetaria, la jurisprudencia tiene determinado que la indexación, en estricto sentido, no es una sanción que suponga un componente indemnizatorio adicional, como sí ocurre con los intereses legales o por mora en el pago de las obligaciones, ni supone pagar más de lo adeudado, (...) [; ello por cuanto,] la devaluación monetaria es un hecho independiente, que afecta de modo uniforme y general todas las relaciones jurídicas, no solo aquellas en las que ocurren daños o en las que se condenan pagos como concepto indemnizatorio o por la tardanza en el cumplimiento de las obligaciones, no es imputable al agente que causa el daño y, por ello, en sí mismo, no constituye un perjuicio indemnizable. [De esta manera,] la figura de la indexación (...) pretende (...) reajustar los montos para representar el verdadero valor adeudado, para cumplir con el requisito de la integridad del pago (...) [y] no constituye un mecanismo de sanción o indemnizatorio y comporta exclusivamente la observancia de criterios técnicos encaminados a mantener constante el poder adquisitivo de la moneda. [De conformidad con lo anterior, en el caso bajo estudio, se tiene que,] si bien se suscribió un acuerdo conciliatorio, el pago derivado de ese acuerdo no correspondió a una reparación de perjuicios, sino al cumplimiento de un compromiso adquirido por la entidad demandante al celebrar el contrato de seguro. El pago efectivo, conforme al art. 1626, es la prestación de lo que se debe, en este caso solo será íntegro mediante la indexación de la suma originalmente debida. (...)"

Nota de Relatoría: Además de los temas anteriores, en esta providencia se estudian: i) El dolo o culpa grave del agente estatal respecto al ejercicio de funciones de pago de obligaciones contractuales; ii) el régimen aplicable a la acción de repetición (hechos ocurridos antes de la Ley 678 de 2001); iii) presupuestos de la acción de repetición; iv) la acción de repetición y el acuerdo de conciliación, v) la indexación y corrección monetarias (finalidad).

[Sentencia de 15 de noviembre de 2016, exp. 25000-23-26-000-2004-02025-01\(43247\), C.P. Guillermo Sánchez Luque, acción de repetición.](#)

26. Inexistencia de responsabilidad del Estado por la limitación del derecho a la libertad de ciudadano investigado penalmente y a quien se le dictó orden de captura con fines de indagatoria.

Síntesis del caso: *Un guerrillero desertor de las FARC formuló denuncia en contra de un ciudadano, a quien señaló como colaborador de ese grupo subversivo. La Fiscalía dictó en contra del denunciado orden de captura con la finalidad de rendir indagatoria, razón por la cual fue capturado; realizada dicha diligencia el ente acusador se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en su contra por el delito de rebelión y, como consecuencia, ordenó su libertad inmediata.*

LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD / ORDEN DE CAPTURA CON FINES DE INDAGATORIA / DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO INNECESARIA / PRECLUSIÓN A FAVOR DEL INVESTIGADO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

Problema jurídico: *¿Se configura un daño antijurídico si se limita el derecho de libertad a un ciudadano investigado penalmente, a quién se le dicta orden de captura, que cumple con los requisitos legales, con el fin de que rinda indagatoria?*

Tesis: “[L]a captura, como medida coercitiva para garantizar la efectividad de la diligencia de indagatoria, no trasgrede el derecho a la libertad de protección constitucional (...) siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida. (...) cuando una orden de captura con fines de indagatoria se revoca dentro de un proceso penal que se precluye a favor de un

investigado, la responsabilidad del Estado no puede quedar comprometida de manera objetiva, si se tiene en cuenta que, para que se abra paso a la declaratoria de responsabilidad estatal, se debe analizar la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades judiciales respecto de los presupuestos legales necesarios para imponerla, evento en el cual la privación de la libertad se tornaría en arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la libertad. (...) si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado (...) a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, como consecuencia, no surge para el Estado del deber jurídico de repararlo. (...) como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, en especial cumplió los plazos legales para oír al demandante en indagatoria y resolver su situación jurídica, según los artículos 340 y 354 de la Ley 600 de 2000, el daño reclamado no fue antijurídico, pues el demandante no fue objeto de medida de aseguramiento u otra medida de privación de su libertad”.

[Sentencia de 10 de noviembre de 2017, exp. 70001-23-31-000-2008-10092-01\(48433\), C.P. \(E\) Marta Nubia Velásquez Rico, acción de reparación directa.](#)

27. Se condena al Estado por la falla del servicio que derivó en la privación injusta de la libertad por la violación del principio de la *no reformatio in pejus* en el trámite del proceso penal.

Síntesis del caso: *Teniente (R) de la Policía Nacional fue condenado por la justicia penal militar en primera instancia por el delito de concusión y le fue concedido el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En segunda instancia, el Tribunal Superior Militar confirmó la condena pero revocó el subrogado penal a pesar de que el condenado actuó como apelante único. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, decidió no casar la sentencia. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior, al decidir la acción de tutela presentada por el condenado, dejó sin efectos la providencia y le ordenó a la Corte Suprema proferir una nueva decisión. En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema de Justicia declaró la prescripción de la acción penal y ordenó la libertad inmediata del demandante.*

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA EN PROCESO PENAL / PRINCIPIO *NO REFORMATIO IN PEJUS* - Alcance / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Subsidiariedad

Problema jurídico: *¿La privación de la libertad que padeció el actor por la presunta violación del principio constitucional de la no reformatio in pejus en el trámite del proceso penal configura una falla en el servicio?*

Tesis: [E]sta Sala considera que sí se presentó una falla en el servicio con la revocatoria en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que le fue concedida al demandante en el fallo de primer grado, en la medida en que se basó en una interpretación respecto a la prohibición de la reforma en peor que si bien para aquel momento había acogido la Corte Suprema de Justicia, era claramente contraria a la Constitución Política (...) [L]a interpretación sostenida anteriormente por Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual el principio de legalidad prevalecía frente al de la no reformatio in pejus, en el entendido que el superior sí estaba facultado para agravar la pena del sentenciado

cuando llegaba a su conocimiento una sentencia susceptible de consulta pero recurrida por aquél como apelante único, cuando se advertía que no se habían respetado los mínimos y máximos previstos en la ley, no tuvo en cuenta que el principio de la no reformatio in pejus no puede condicionarse bajo la idea de que el grado jurisdiccional de la consulta lo desplaza, pues si bien es cierto que el legislador cuenta con un amplio espacio para regular el debido proceso, también lo es que la consulta tiene un alcance subsidiario y por ende, “debe entenderse que el conocimiento del proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta y sin los límites impuestos por la reformatio in pejus está supeditado al hecho de que el condenado no apele, pues si éste lo hace, y si, además es el único sujeto procesal recurrente, es claro que la competencia del juez se ve limitada por los motivos de inconformidad del apelante. De lo contrario, una garantía constitucional como aquélla se vería limitada por una institución procesal como la consulta y tal limitación es inconsistente con el efecto vinculante de la Carta como norma fundamental y con el alcance que el constituyente le ha dado a una garantía como la prohibición de la reforma en perjuicio del condenado (...)”

[Sentencia de 30 de octubre de 2017, exp. 47001-23-31-000-2001-00394-01\(36257\) C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, acción de reparación directa.](#)

*Salvó voto el consejero Guillermo Sánchez Luque y aclaró voto el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

28. Se exonera de responsabilidad al Estado por la destrucción de embarcación decomisada en virtud de proceso penal por narcotráfico cuyo uso fue autorizado a la Armada Nacional.

Síntesis del caso: *El decomiso de la motonave se dio en el marco de un estado de sitio en el que estaba vigente el Decreto 1060 de 1984 que en su artículo quinto autorizaba la destinación de los medios de transporte decomisados en el marco de procesos relativos a narcotráfico, para el uso de las entidades oficiales a los cuales se destinaban. Mientras la motonave era usada por la Armada Nacional, se incendió y hundió en altamar.*

DAÑO DERIVADO DE DECOMISO DE EMBARCACIÓN / ERROR JURISDICCIONAL / USO DE BIENES DECOMISADOS - Excepción / DESTRUCCIÓN DE BIEN DECOMISADO POR NARCOTRÁFICO

Problema jurídico: *¿La Rama Judicial incurrió en error jurisdiccional al expedir la providencia que negó la solicitud de sanción contra la Armada Nacional por el uso y retardo en la entrega de la nave, y la que negó la solicitud de la demandante de emitir una nueva orden de entrega de la embarcación?*

Tesis: La Armada Nacional sí podía emplear la motonave durante el tiempo que le fue destinada provisionalmente, de tal forma que por este hecho no podía ser sancionada, tal y como lo señalaron los jueces penales. Por su parte, en cuanto a la sanción por el retardo en la entrega, tanto el juzgado como el tribunal advirtieron que más que un retardo, en realidad ocurrió una imposibilidad física de devolución por la desaparición del bien (...) La sociedad Naviera Mayaca Express S. de R. L en la demanda aquí presentada, señala que sin importar si el bien se destruyera, se podía expedir la orden de entrega con el fin de reclamar los perjuicios de conformidad con el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil (...) Sobre el particular, la Sala encuentra que le asiste razón tanto al Juez Primero Penal del Circuito de San Andrés como a su superior jerárquico cuando señalan que no era posible volver a emitir una orden de entrega, por cuando el objeto material de la misma había desaparecido y en todo caso, no era del resorte de la jurisdicción penal determinar la responsabilidad de la administración por la

no entrega aeronave. En efecto, la Armada Nacional en su momento informó de la destrucción de la motonave, por lo que no se podía ordenar la entrega de un bien que había desaparecido del mundo físico y, la sustitución de la obligación, esto es que a cambio del bien se diera otra cosa, no era del resorte de la jurisdicción penal.

[Sentencia de 12 de octubre de 2017, Sección Tercera, exp. 13001-23-31-000-2003-01543-01\(37620\) C.P. Ramiro Pazos Guerrero, acción de reparación directa.](#)

VIII. SECCIÓN CUARTA

29. La sujeción pasiva de las empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos naturales no renovables al impuesto de alumbrado público se supedita a que tengan sede o establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal y, por ende, sean beneficiarias del servicio.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de las disposiciones del Estatuto de Rentas de Manaure (Decreto 024 de 26 de mayo de 2006), regulatorias del impuesto sobre alumbrado público, así como del Acuerdo 019 de 2008, que lo modificó, en el sentido de incluir como sujetos pasivos del tributo a las empresas propietarias, arrendatarias y operadoras de sistemas de transporte de combustibles, tales como líneas de transmisión y distribución del gas natural, así como a las empresas explotadoras del gas natural, entre otras.*

SUJECIÓN PASIVA AL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO DE EMPRESAS PROPIETARIAS, ARRENDATARIAS Y OPERADORAS DE SISTEMAS DE TRANSPORTE DE COMBUSTIBLE / LEGALIDAD CONDICIONADA

Problema jurídico: *¿La sujeción pasiva de las empresas propietarias arrendatarias y operadoras de sistemas de transporte de combustible, tales como líneas de transmisión y distribución de gas natural, así como de las empresas explotadoras del gas natural al impuesto de alumbrado público, está condicionada a que tengan sede o establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal?*

Tesis: “[E]n el presente asunto asiste razón al demandante en cuanto sostiene que la calidad de sujeto pasivo del tributo de las empresas a las que se refiere el artículo 1º del Acuerdo 019 de 2008, expedido por el municipio de Manaure, está supeditado a que sean usuarios potenciales del servicio de alumbrado público lo cual solo se verifica en la medida en que tengan establecimiento en la jurisdicción municipal y, por ende, sean beneficiarias del servicio. Por tanto, el artículo 1º del Acuerdo 019 de 2008, que es el que establece la sujeción pasiva, debe entenderse en el sentido que las «Empresas que sean propietarias arrendatarias y operadoras de sistema de transporte de combustible tales como líneas de transmisión del gas natural, líneas de distribución, así como las empresas explotadoras del gas natural», quedarán sujetas al impuesto siempre y cuando tengan sede o establecimiento en la jurisdicción de dicho municipio (...).”

[Sentencia de 25 de septiembre de 2017, exp. 44001-2331-000-2011-00161-01 \(22088\), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, acción de nulidad.](#)

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

HECHO IMPONIBLE DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO / IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO - Legalidad

Problema jurídico: *¿Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, las entidades territoriales podían adoptar en su jurisdicción el impuesto de alumbrado público?*

Tesis: “Soy del criterio de que, por lo menos antes de entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, que fijó como hecho generador del impuesto de alumbrado público “el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público” (artículo 349), los municipios y distritos del país no podían adoptar en su jurisdicción el referido impuesto. Esto, porque el artículo 1 literal d) de la Ley 97 de 1913 autorizó la creación del tributo pero no especificó el hecho imponible, es decir, el hecho económico revelador de capacidad contributiva y, según la sentencia C-035 de 2009, para que las entidades territoriales puedan fijar los elementos esenciales de los tributos, la ley debe autorizar la creación del gravamen y delimitar el hecho gravado. Sin embargo con el acostumbrado respeto a las decisiones de la Sala, aclaro el voto para acoger la posición de la Sala respecto a la legalidad del impuesto, por las siguientes razones: (...) Teniendo en cuenta que la sentencia C-504 de 2002, que declaró exequible el Artículo 1 literal d) de la Ley 97 de 1913, hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y que desde el año 2010 la Sección Cuarta tiene una constante y reiterada posición en el sentido de que con base en el artículo 1 literal d) de la Ley 97 de 1913 “el objeto imponible [del Impuesto] es el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo genera es el ser usuario potencial receptor de ese servicio”, como lo reitera la Sección en esa oportunidad, acojo la tesis de la Sala con el fin de mantener la continuidad en la jurisprudencia. Además, el artículo 353 de la Ley 1819 de 2016 permite mantener la vigencia de los acuerdos que se adecuen a lo previsto en los artículos 342 a 349 de la misma ley, salvo aquellos acuerdos que deben ser modificados, lo que debe realizarse en un año, como plazo máximo”.

30. El establecimiento de porcentajes fijos para efectos de graduar la aplicación de la sanción por no enviar información es ilegal.

Síntesis del caso: *Se determina la legalidad de los artículos 1 y 2 de la Resolución 11774 de 7 de diciembre de 2005, en cuanto en ellos la DIAN estableció porcentajes fijos para graduar la aplicación de la sanción por no enviar información establecida en el artículo 651 del Estatuto Tributario.*

SANCIÓN POR NO INFORMAR / GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN / ILEGALIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE PORCENTAJES FIJOS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS SANCIONES TRIBUTARIAS - Violación

Problema jurídico: *¿Es contrario al principio de legalidad tributaria el establecimiento de porcentajes fijos para efectos de graduar la aplicación de la sanción por no enviar información?*

Tesis: “Como lo precisó esta Sala en la sentencia que se reitera, el inciso primero del literal a) del artículo 651 del Estatuto Tributario vigente para la fecha de expedición de la resolución demandada, establece un margen de aplicación que va del 0.1 % al 5%, porque la preposición “hasta” establece un límite de graduación y no un porcentaje fijo como lo determinan los artículos demandados. Lo pretendido por el Director General en

el artículo 1° de la Resolución 11774 de 2005 excede sus facultades legales, va en contravía de lo establecido en el artículo 651 del Estatuto Tributario y es contrario a la interpretación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.- Esa es la conclusión que se impone, si se tiene en cuenta que el artículo 651 del Estatuto Tributario establece los métodos de determinación de la sanción por no suministrar la información, por no hacerlo dentro del plazo establecido o por contener errores, y el Director General de la DIAN no puede modificarlos, ya que por virtud del carácter restrictivo propio del sistema sancionatorio tributario, la administración no puede apartarse de la norma superior y fijar la sanción valiéndose de elementos a los que aquella no se refirió. Así pues, la Sala reitera que tratándose de regímenes sancionatorios tributarios, la aplicación del principio de legalidad demanda un ejercicio riguroso que, en este caso, se traduce en la prohibición de variar los mecanismos preestablecidos por el artículo 651 del Estatuto Tributario, para la imposición de la sanción por no enviar información. Es por lo anterior, que el artículo 1° de la Resolución 11774 de 2005 al desconocer la norma que regulaba la materia, es contrario a derecho.- Al cotejar el artículo 2° de la Resolución 11774 de 2005 con el inciso segundo del literal a) del artículo 651 del Estatuto Tributario, se debe llegar a la misma conclusión, porque se excedió el Director de la DIAN en sus facultades al establecer porcentajes fijo para imponer la sanción, cuando no es posible establecer la base para imponerla”.

[Sentencia de 25 de octubre de 2017, exp. 11001-0327-000-2011-00013-00 \(18826\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, acción de nulidad.](#)

31. En ejercicio del monopolio de licores destilados, las asambleas departamentales pueden fijar el número de introductores a contratar, en razón de que la ley no fija un mínimo ni un máximo para el efecto.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad del inciso 3 del artículo 13 y del artículo 21 de la Ordenanza 674 de 1° de septiembre de 2011, por la cual la Asamblea de Caldas actualizó el Estatuto de Rentas, en cuanto en esas disposiciones estableció la selección de un único introductor para efectos de la introducción, comercialización y venta de licores destilados nacionales o extranjeros sobre los que el departamento ejerza el monopolio rentístico.*

SELECCIÓN DE ÚNICO INTRODUTOR DE LICORES DESTILADOS / MONOPOLIO DE LICORES DESTILADOS / FACULTAD DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE FIJACIÓN DEL NÚMERO DE INTRODUTORES A CONTRATAR

Problema jurídico 1: *¿Las asambleas departamentales están legalmente facultadas para seleccionar un único introductor a contratar para efectos de la introducción, comercialización y venta de licores destilados en su jurisdicción?*

Tesis 1: “El artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011 señala que para efectos de la introducción, comercialización y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el Departamento ejerza el monopolio, se seleccionará un único introductor. Para el efecto, dispone que tal elección se efectuará a través de un proceso de selección acorde con las normas de contratación estatal. La anterior previsión no desconoce las normas que se alegan como violadas, por cuanto el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986 (...) no limita la celebración de contratos para la producción, introducción y venta de licores a un solo o varios contratistas, sino que deja al arbitrio de la asamblea departamental la regulación del tema, atendiendo a que se garantice la mayor eficiencia en el comercio de estos productos, dentro del marco de las normas de contratación estatal. Para la Sala, este mecanismo es adecuado para lograr el fin constitucionalmente previsto para el monopolio de licores destilados. En efecto, mediante la selección de un único introductor se disminuyen los costos de producción y

comercialización y se garantiza la efectividad del monopolio y el correlativo aumento de las rentas destinadas a salud y educación. No estima la Sala que la restricción a un único introductor sea desproporcionada, esto es, no obstruye definitivamente la libertad económica o restringe injustificadamente la libre competencia, pues, en todo caso, la elección de dicho único introductor es abierta y condicionada a las normas de contratación estatal. De esta forma, al no contemplarse legalmente una limitante respecto al número máximo o mínimo de introductores que puede contratar el departamento, la asamblea departamental, en uso de las facultades que le otorga el artículo 336 de la Constitución Política, puede regular de esta forma el ejercicio del monopolio rentístico”.

MONOPOLIO DE LICORES DESTILADOS / FACULTAD DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL PARA FIJAR PRECIOS MÍNIMOS DE VENTA

Problema jurídico 2: *¿Con anterioridad a la vigencia de la Ley 1816 de 2016, las asambleas departamentales estaban legalmente facultadas para fijar precios mínimos de venta al público de los licores objeto de monopolio rentístico para efecto de su introducción al territorio del departamento?*

Tesis: “El artículo 61 de la Ley 14 de 1983 estableció que “La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia”, y que, “en consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley”. Fíjese que esa ley dejó un amplio margen de regulación en favor de las Asambleas Departamentales que podría interpretarse como una permisión a establecer reglas o pautas como, por ejemplo, la de regular el precio mínimo de venta de los licores objeto del monopolio. De hecho, el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 remitió al artículo 31 de la entonces Constitución Nacional de 1886 que decía que “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público”. No obstante, para cuando se trataba de hacer ceder el interés privado por el interés público, se debía tener en cuenta el artículo 32 de la Constitución Nacional de 1886, que preveía que nadie podía ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. La Ley 1816 de 2016, como se vio, es más restrictiva pues, como se precisó, prohíbe a los departamentos, en ejercicio del monopolio, tomar decisiones que produzcan discriminaciones administrativas en contra de las personas públicas o particulares, nacionales o extranjeras, autorizadas para producir, introducir y comercializar los bienes que son objeto del monopolio de conformidad con la presente ley. Y también prevé que no pueden fijar precios mínimos de venta de los licores para cuando se pretende autorizar su introducción al respectivo departamento. En ese contexto, la Sala considera que, por el período que estuvo vigente el artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011, expedida por la Asamblea Departamental de Caldas, no se aprecia que hubiera violado los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, pues la Ley 14 de 1983 no establecía expresamente la prohibición de fijar precios mínimos de venta de licores para efectos de su introducción al respectivo departamento, como sí lo prevé, desde el año 2016, la Ley 1816 [Artículo 10]”.

[Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 17001-2331-000-2012-00191-01 \(20564\), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, acción de nulidad.](#)

Salvamento de voto del consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez

**FIJACIÓN DE PRECIO MÍNIMO DE VENTA DE LICORES DESTILADOS
OBJETO DE MONOPOLIO DE INTRODUCCIÓN / VIOLACIÓN DE LA**

LIBERTAD DE EMPRESA Y DE LA LIBRE COMPETENCIA / MONOPOLIO RENTÍSTICO - Finalidad / CONTENIDO DE MONOPOLIOS DE ARBITRIO RENTÍSTICO / RESERVA LEGAL

Problema jurídico: *¿La fijación de precios mínimos de venta al público de los licores objeto de monopolio rentístico para efecto de su introducción al territorio departamental viola la libertad de empresa y la libre competencia económica?*

Tesis: “[S]e precisa que el artículo 333 constitucional regula la libertad económica, en su doble contenido: la libertad de empresa y la libre competencia. Esta norma se vulnera con la fijación de un precio mínimo de venta, por cuanto constituye una verdadera restricción al mercado, que impide que exista una competencia entre productos, lo que beneficiaría al consumidor. Y si bien el artículo 336 superior establece la figura del monopolio, que es el caso en el que se enmarca la ordenanza objeto de examen, no se puede desconocer que esa norma indica que todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público. Además, el artículo 336 ib. establece que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estará sometido a un régimen propio, fijado por la ley, es decir, el contenido concreto del monopolio de arbitrio rentístico lo decide directamente la ley. En desarrollo de dicha norma se expidió la Ley 1816 de 2016, que si bien no era la norma vigente a la fecha de expedición de la ordenanza 674 de 2011, si es un referente a tener en cuenta, toda vez que en el artículo 10, numeral 1, literal e) Ejercicio del monopolio de introducción, dispuso que no se podrá establecer precio mínimo de venta de los productos. Por las anteriores razones, lo procedente era declarar la nulidad del artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011”.

32. Procede la retención en la fuente del impuesto de renta, a título de comisión, sobre los incentivos por gestión de ventas entregados por un contribuyente a los vendedores de sus distribuidores.

Síntesis del caso: *Se determina la legalidad de los actos por los cuales la DIAN modificó las declaraciones de retención en la fuente que la demandante presentó por los periodos de enero a diciembre de 2006, en el sentido de adicionar las retenciones por la comisión adicional que pagó a los vendedores de sus distribuidores, en cheques tipo premium de sodexo pass, por concepto de logros comerciales por ventas de telefonía celular.*

RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE COMISIONES / CONCEPTO COMISIÓN / COMISIÓN SUJETA A RETENCIÓN - Determinación

Problema jurídico 1: *¿El pago por comisión sujeto a retención en la fuente se limita al “contrato de comisión” regulado en el artículo 1287 del Código de Comercio?*

Tesis 1: “[E]l artículo 392 del Estatuto Tributario dispone que están sujetos a retención “los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de [...] comisiones”. La Sala advierte que para efectos de la retención en la fuente, el concepto “comisiones”, debe entenderse como una remuneración, y no como un contrato. Todo, porque la norma sujeta a retención a todos los pagos por comisiones, sin aludir al derivado de un contrato en específico. Dada la forma general en que el artículo 392 ibídem se refiere a los pagos por comisión, estos deben entenderse en su sentido más amplio, natural y obvio, esto es, como “aquel porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio”, independientemente de que este se derive de un contrato de comisión, de prestación de servicios, o de cualquier otro convenio, siempre que no sea un contrato laboral. De

ahí que no pueda considerarse que el pago por comisión de que trata el artículo 392 ibídem se limite al “contrato de comisión” regulado en el artículo 1287 del Código de Comercio. Más todavía, cuando la ley de forma expresa somete a retención al pago por comisión, y no al contrato de comisión. No puede perderse de vista que la retención se practica sobre los pagos o abonos en cuenta que son la fuente del ingreso gravado, de donde se sigue que, cuando la ley sujeta a retención las “comisiones”, no alude a que este precedido de un contrato, sino a cualquier remuneración que constituya una comisión para el beneficiario. En tal sentido, lo determinante para identificar el concepto sujeto a retención por “comisiones” es que corresponda al porcentaje pagado sobre el resultado de un negocio. Es por eso que las comisiones recibidas por ventas de productos o servicios, a excepción de las derivadas de un contrato laboral, están sometidas a retención en la fuente bajo el concepto de “pagos por comisiones”.

RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE COMISIONES POR VENTA DE PRODUCTOS O SERVICIOS - Procedencia / BONIFICACIONES A VENDEDORES REPRESENTADOS EN BONOS SODEXHO PASS - Naturaleza jurídica / PAGO DE BONOS SUJETO A RETENCIÓN EN LA FUENTE - Presupuestos

Problema jurídico 2: *¿Los incentivos por gestión de ventas entregados por un contribuyente a los vendedores de sus distribuidores en cheques tipo premium de sodexo pass están sujetos a retención en la fuente del impuesto de renta, a título de comisiones?*

Tesis 2: “De acuerdo con las normas y pruebas analizadas, la Sala considera que los pagos que COMCEL realizó a los vendedores de sus distribuidores, durante los 12 períodos del año 2006, se hicieron por concepto de comisiones por ventas y, por tanto, se encontraban sometidos a retención en la fuente. Los bonos SODEXHO PASS representan el pago de una comisión, porque constituyen una remuneración que realizó COMCEL a ciertos vendedores con los cuales no tiene vínculo laboral, como producto de la venta de bienes y servicios de la sociedad. Esa remuneración, como se ratifica en las circulares expedidas por el contribuyente, depende del desempeño de los vendedores, pues conforme a la venta que estos realizan, se les entrega un bono por un valor determinado. En tal sentido, el bono se paga sobre el producto de cada venta de bienes y servicios y, por ende, constituye un pago por comisión de ventas. Ahora, teniendo en cuenta que el concepto sujeto a retención “comisiones” recae sobre “los pagos o abonos en cuenta” que constituyan ese hecho económico, y no únicamente los derivados del contrato de comisión, la sola circunstancia de que los bonos constituyan una remuneración por comisiones de ventas sin vinculación laboral, los clasifica en dicho concepto. Ello independientemente de la denominación que se le dé al convenio del cual se derivan los pagos por comisiones, a excepción de los generados en un contrato laboral que, se repite, se rigen por el concepto sujeto a retención “ingresos laborales”. Por ello lo determinante para establecer si el pago de bonos encuadra dentro del concepto sujeto a retención “comisiones”, no es si las partes contrajeron las obligaciones de forma unilateral o bilateral o la denominación del convenio, sino que el pago lo reciba el vendedor como producto de una venta o negocio ajeno (...) Es por eso que a COMCEL le correspondía practicar retención en la fuente a título de comisión sobre las sumas de dinero, representadas en bonos, que entregó a los vendedores de sus distribuidores durante los 12 períodos del año 2006”.

[Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 25000-23-27-000-2010-00013-01 \(19524\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

ENTREGA DE BONOS A VENDEDORES POR VENTA DE TELEFONÍA CELULAR - Naturaleza jurídica / RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE PREMIOS POR VENTA DE PRODUCTOS O SERVICIOS - Improcedencia

Problema jurídico: *¿Los premios o bonificaciones entregados por una empresa a los vendedores de sus distribuidores por gestión de ventas, representados en bonos sodexho pass, se catalogan como comisiones para efectos de la retención en la fuente en el impuesto sobre la renta?*

Tesis: “A mi juicio, los pagos realizados por COMCEL no se pueden catalogar como comisiones, porque no derivan de un contrato de comisión, esto es de un acuerdo de voluntades entre las partes, en los términos en que está regulado en el artículo 1287 del Código de Comercio. Ahora bien, en la sentencia objeto del presente salvamento, la Sala sostiene que la «comisión» a la que se refiere el artículo 392 del Estatuto Tributario debe entenderse como una remuneración y no como un contrato, esto es, en un sentido más amplio, para lo cual acude a la definición de este término, según la cual, comisión es «aquel porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio», sin embargo, considero que dicha definición no corresponde a la esencia del pago analizado, pues el valor de los bonos sodexho pass que entregó la demandante no tienen en cuenta como base el valor del bien o servicio vendido (planes celulares), es decir, no son un porcentaje de dicha venta, porque no se tasan en función o dependiendo del valor del servicio vendido. (...) el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1512 de 1985 estableció la tarifa de retención aplicable a “otros ingresos tributarios” (...) Como se advierte, los “otros ingresos tributarios” sujetos a retención en la fuente son aquellos pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingreso tributario, condición que no se desprende de los premios reconocidos por COMCEL a los vendedores, representados en bonos *sodexho pass* y, además, no se probó que superaran el tope mínimo previsto en el reglamento, todo lo cual impedía aplicar la retención en la fuente exigida en los actos acusados”.

IX. SECCIÓN QUINTA

33. Al analizarse la debida conformación de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pasto, se reitera que las minorías políticas tienen garantías de participación distintas a las de los partidos de oposición.

Síntesis del caso: *El candidato elegido para la primera vicepresidencia del concejo municipal de Pasto es representante de las minorías. A raíz de un cambio normativo referente a la conformación de la mesa directiva, se discute si los partidos de oposición deben tener representación o si la misma es designada por la ley únicamente para los partidos minoritarios en oposición al alcalde. Cambio Radical se declaró en oposición, pero no es un partido minoritario. El actor alega una trasgresión a las condiciones de participación de los partidos de oposición y su derecho a acceder a la primera vicepresidencia de la mesa directiva de las corporaciones municipales.*

CONFORMACIÓN DE LAS MESAS DIRECTIVAS EN LOS CONCEJOS MUNICIPALES / PARTIDO POLÍTICO MINORITARIO / PARTIDO POLÍTICO DE OPOSICIÓN

Problema jurídico: *¿La primera Vicepresidencia de los concejos municipales está reservada para el partido político en oposición al Gobierno o para el partido político minoritario, o, únicamente, a esos partidos les asiste el derecho a participar en aquella elección?*

Tesis: “[N]o es posible señalar actualmente que “las nociones ‘minorías políticas’ y ‘partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición’ se han asumido como equivalentes o como sinónimas”, sin perjuicio que en algún momento se pudiera inferir lo contrario, pues lo cierto es que como esta misma Sección ha definido, dicho criterio cambió sustancialmente a partir de la sentencia C-122 de 2011, en la que se determinó que la interpretación histórica realizada hasta ese momento por la Sección Quinta del Consejo de Estado no resultaba acertada, toda vez que analizados los debates de la Asamblea Nacional Constituyente en torno del precepto que se convirtió en el artículo 112 de la Carta Política, se encuentra que siempre se dio un tratamiento separado a los derechos de los partidos y movimientos políticos que no participaran en el Gobierno y a la participación de los partidos minoritarios en las mesas directivas consagrado en el inciso segundo del artículo 112 de la Constitución (...) la norma superior estableció una garantía de participación para los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, mientras que en el caso de las agrupaciones políticas que se declaren en oposición -que no pueden asimilarse al concepto de minorías-, el artículo 28 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, les garantiza que puedan participar en la primera vicepresidencia de cada concejo municipal, sin que ello implique disminución alguna de los derechos de las minorías propiamente considerados, sean éstas de oposición o no. Por tanto, en aplicación de la norma Constitución y la sustitución a la disposición legal que rige la materia se puede concluir que el derecho a participar en la conformación de las mesas directivas en los concejos municipales está previsto a favor de: Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica según su representación en ellos en virtud del artículo 112 de la Constitución Política. Los partidos que se declaren en oposición al alcalde en la primera vicepresidencia del concejo, por disposición específica del artículo de 22 de la Ley 1551 de 2012, sin perjuicio alguno de la participación que en virtud de la Constitución corresponde a las minorías. Lógicamente, también corresponde a las agrupaciones políticas que hubiesen alcanzado una curul y no pertenezcan a ninguna de las clasificaciones anteriores, participar al interior de la Mesa Directiva”.

[Sentencia de 15 de noviembre de 2017. Sección Quinta. exp. 52001-23-33-000-2016-00637-02, C.P. Rocío Araújo Oñate, medio de control de nulidad electoral.](#)

34. Se admite la demanda de nulidad contra la elección del rector de la Universidad Popular del Cesar y se estudia el proceso electoral aplicado por el Consejo Superior Universitario.

Síntesis del caso: *El Consejo Superior Universitario, en atención a la vacancia definitiva del cargo de rector derivado de dos decisiones judiciales anteriores, rehízo por tercera vez, en parte, el procedimiento y designó un nuevo rector en propiedad seleccionándolo de la lista de elegibles conformada para el proceso electoral demandado con anterioridad. El demandante alega que consejo superior universitario debió adelantar un nuevo proceso de acuerdo con sus estatutos y en cumplimiento a los efectos de las anteriores sentencias de nulidad que generaron la vacancia absoluta del cargo de rector de dicho ente universitario y no proceder a nombrar un candidato de la lista ya conformada.*

PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE RECTOR DE UNIVERSIDAD PÚBLICA / VACANCIA ABSOLUTA / LISTA DE ELEGIBLES / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD ELECTORAL

Problema jurídico: *¿Fue desconocido el procedimiento que el Estatuto de la Universidad prevé para llenar la vacancia absoluta derivada de la declaratoria de nulidad de la elección del rector titular?*

Tesis: “[S]e evidencia que el Consejo Superior Universitario, en atención a la vacancia definitiva del cargo a proveer derivado de la decisión judicial de nulidad electoral, por tercera vez, rehace, en parte, el procedimiento eleccionario y designa un nuevo Rector en propiedad, para lo faltante del período, esto es, para el interregno entre el 7 de septiembre de 2017 al 06 de julio de 2019 y, conforme a la mención que se hace del Acuerdo 23 de 16 de junio de 2015, pues no se cuenta con el documento contentivo del mismo, la lista de designables para la elección de Rector del ente universitario, período 2015-2019, es precisamente la que corresponde al período, valga la redundancia, para el cual se ha pretendido por tercera vez seleccionar a quien ocupe el cargo, por lo cual no se advierte que tal opción adoptada por el órgano elector, de hacer uso de aquella, sea contraria a derecho o a norma superior en que debería fundarse, por cuanto a priori, se observa por la Sala Electoral, que no acogió la posibilidad de designar en encargo (parágrafo 2º art. 10 del Acuerdo 38 de 2004), precisamente prevalido de contar con una lista legítima y legalmente integrada, expedida previa consulta estamentaria (art. 1º ib), que es el requisito que echa de menos el memorialista y, que por demás, no fue puesta en entredicho en las demandas de nulidad electoral que antecedieron a ésta y que dieron al traste con la elección del señor Oñate Gómez, lo que conllevó a que la Sala para ese entonces, no adoptara decisiones respecto a la lista de marras, al anular los actos eleccionarios Acuerdos 017 y 018 de 2015 (sentencia de 13 de octubre de 2016) y Acuerdo 068 de 29 de noviembre de 2016 (sentencia de 3 de agosto de 2017) (...) ni con las pruebas que se tienen hasta este momento en el acervo, ni de las argumentaciones cautelares, se evidencia que el Consejo Superior Universitario de la Universidad Popular del Cesar haya incurrido en la violación del artículo 69 de la Constitución Política, ni del artículo 1º y parágrafo 2º del artículo 10 del Acuerdo 038 de 2004, expedido por el Consejo Superior Universitario”.

[Auto de 23 de noviembre de 2017, exp. 11001-23-28-000-2017-00040-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, medio de control de nulidad electoral.](#)

35. La doble militancia por simultaneidad como causal de nulidad de los actos de elección por voto popular se configura únicamente al momento de la inscripción de la candidatura.

Síntesis del caso: *Un diputado elegido para la Asamblea del Cesar militaba en un partido y se inscribió como candidato de otro partido a la contienda electoral. El entonces candidato presentó su renuncia antes de inscribirse oficialmente aunque la misma no fue aceptada por el partido al que pertenecía con anterioridad.*

RENUNCIA A PARTIDO POLÍTICO – Requisitos / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA POR SIMULTANEIDAD – Configuración / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA

Problema jurídico: *¿Incorre en doble militancia el diputado que habiendo militado en otro partido se inscribió como candidato de otra colectividad aún cuando su renuncia no había sido aceptada por el partido al que pertenecía?*

Tesis: “No hay duda que el señor [J.R.G.C] vulneró los preceptos que prohíben la doble militancia política, pues no obstante que desde el año 2011 era miembro activo del Partido de la U, sin renunciar previamente a dicha colectividad, el 26 de mayo de 2015 declaró extrajuicio, ante el notario tercero del círculo de Valledupar, que hacía parte del Partido Cambio Radical. No obstante lo anterior, esta Sección difiere de la conclusión a la cual llegó el Tribunal Administrativo del Cesar en la sentencia de primera instancia para declarar la nulidad del acto demandado (...) La Sección Quinta del Consejo de Estado estima que el razonamiento del a quo, no se ajustan a los postulados que llevan a la concreción de la doble militancia como causal de nulidad de una elección. Es que como ya se explicó en el curso de esta providencia, la doble militancia por simultaneidad como causal de nulidad de los actos de elección por voto popular, se configura al momento de la inscripción de la candidatura, no en otro instante, por ello, lo primero que debe estudiar el juez contencioso en demandas donde se endilgue la incursión en la prohibición del artículo 107 de la Constitución, reglamentado con la Ley 1475 de 2011, es si el elegido mediante voto popular, cuando se inscribió, era miembro de un partido diferente por el cual se candidatizó. Lo anterior, porque si las razones que llevaron al demandante a acudir al juez contencioso administrativo no existían a fecha de la inscripción, necesariamente las pretensiones de nulidad del acto no podrán prosperar. En el caso bajo examen se presenta la situación descrita, pues aunque se demostró que el demandado incurrió en la prohibición que se le endilgó, esa circunstancia subsistió hasta antes de la inscripción del señor [G.C] a la Asamblea de departamento de Cesar.”

[Sentencia del 3 de noviembre de 2017. Sección Quinta. exp. 20001-23-39-000-2016-00591-02, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, medio de control de nulidad electoral.](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO – Procedencia / ESTUDIO DE LEGALIDAD DE ACTO QUE YA NO ESTA PRODUCIENDO EFECTOS

Problema jurídico: *¿Existe carencia actual de objeto cuando se estudia la legalidad de la elección de un diputado que ya no se encuentra en la Asamblea fungiendo como tal?*

Tesis: “Considero oportuno explicar por qué, a mi juicio, en el caso concreto sí se presentó una carencia de objeto que eximía a la Sala del análisis de fondo del caso, con ocasión del regreso del diputado titular a la Asamblea Departamental (...) A mi juicio, resulta demasiado gravoso utilizar el aparato judicial para analizar la validez de un acto que ya no está produciendo ninguna consecuencia jurídica. En otras palabras, ningún efecto útil podría derivarse de decidir en una sentencia si el acto de llamamiento acusado estaba viciado o no de nulidad, pues ello traería un desgaste innecesario para la administración de justicia (...) El papel del juez contencioso administrativo debe estar orientado a garantizar que efectivamente se reconozca un “derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, esto es, garantizar que los mecanismos judiciales sean eficaces y logren la protección que el ciudadano reclama (...) En este orden de ideas, como lo he defendido en otras oportunidades no tiene sentido alargar un proceso electoral, cuando fuere cual fuere la decisión a la que arribare la Sección, aquella no tendría efectos prácticos.

36. Se niega la suspensión provisional del acto de elección de la representante a la Cámara por las comunidades afrodescendientes, raizales y palenqueras.

Síntesis del caso: *Tras la declaratoria de nulidad del acto de elección de su predecesor, se demanda el llamamiento que hizo el Consejo Nacional Electoral a la candidata a representante a la Cámara por las comunidades afrodescendientes, raizales y palenqueras. La representante lidera la única lista no afectada por la decisión judicial anterior. Aduce el demandante que el llamamiento excluyó movimientos políticos inscritos válidamente en la contienda usurpando las funciones del Consejo de Estado al hacerlo. Aduce que el Consejo interpreta erróneamente la ley pues ésta no previó que los consejos comunitarios fueran los únicos que están autorizados para inscribir candidatos en esas curules y por ende, al imponer esa limitación, se vulneraron los derechos de su movimiento político.*

CANDIDATO DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE RAIZAL Y PALENQUERA - Inscripción /SUSPENSIÓN PROVISIONAL / CANDIDATO DE CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL A LA CAMARA DE REPRESENTANTES

Problema jurídico: *¿Cuáles son los requisitos establecidos para la inscripción de un candidato a representante a la Cámara por la comunidad afrodescendiente raizal y palenquera?*

Tesis: “[La Sala observa que en efecto el artículo 108 Superior no establece la prohibición, según la cual solo los consejos comunitarios pueden inscribir candidatos en la circunscripción especial objeto de estudio. Por el contrario, lo que la Constitución consagra en esa disposición es como una determinada organización puede convertirse en partido o movimiento político (...) Ahora bien, una vez analizados los documentos allegados con la medida cautelar, así como los anexados con el traslado de la misma, la Sala encuentra que en este momento procesal, contrario a lo asegurado por el demandante, no se encuentra acreditado que en los actos que precedieron a la elección se haya impuesto una limitación a los partidos políticos para inscribir candidatos en la circunscripción especial de afrodescendientes (...) En este orden de ideas, es evidente que no es que se haya impuesto una restricción en el sentido que solo los consejos comunitarios están autorizados para inscribir candidatos en la circunscripción especial de las comunidades Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, en detrimento de los partidos políticos que nacieron en virtud de obtener un escaño en esa circunscripción, pues lo que se concluyó fue que no era posible entender que una lista que procediera de una organización de base pudiera avalar candidatos para la citada circunscripción ante la derogatoria del Decreto 3770 de 2008, razón por la que en este momento procesal la censura del accionante no está llamada a procesar (...) En este orden de ideas, para la Sala en este momento procesal no se demostró con pleno grado de certeza que la inscripción hecha por el Ministerio del Interior al Consejo Comunitario de San Antonio y el Castillo se haya hecho sin el lleno de los requisitos legales, tal y como aduce el demandante (...) Lo anterior porque de la respuesta dada al actor por esa cartera ministerial no se desprende que el acto de registro del consejo comunitario en las bases del Gobierno Nacional adolezca una ilegalidad de tal magnitud, que a su vez permita concluir que la inscripción de la candidatura de la demandada se haya dado sin el lleno de los requisitos, y que por ende, su llamamiento deba suspenderse provisionalmente (...) Con base en las consideraciones que preceden es claro que ninguno de los motivos que sustentaron la medida cautelar están llamados a prosperar, lo que significa que no es viable decretar la suspensión provisional del acto acusado”.

[Auto de 23 de noviembre de 2017. Sección Quinta. exp. 11001-03-28-000-2017-00038-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro, medio de control de nulidad electoral.](#)

X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

37. En caso de desacuerdo entre organizaciones sindicales de empleados públicos para integrar los pliegos y determinar su representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras, el Gobierno no tiene competencia para establecer la unidad de los pliegos.

Síntesis del caso: *El Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil pronunciarse sobre la facultad del Gobierno Nacional para integrar el pliego de solicitudes y determinar la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras de las organizaciones sindicales de empleados públicos en la mesa de negociación nacional.*

DESACUERDOS ENTRE ORGANIZACIONES SINDICALES DE EMPLEADOS PÚBLICOS

Problema jurídico 1: *¿Si las organizaciones sindicales no definen la unidad de pliegos, así como la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras por medios democráticos, le asiste competencia al Gobierno Nacional para establecerlas?*

Tesis 1: “No. El Gobierno Nacional no tiene competencia para establecer la unidad de pliegos, independientemente de que las organizaciones sindicales de empleados públicos no la hayan definido. En cuanto a la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras, si tales organizaciones no las definen, el Gobierno Nacional puede solicitar la aplicación de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1072 de 2015.”

DESACUERDOS ENTRE ORGANIZACIONES SINDICALES DE EMPLEADOS PÚBLICOS – Alternativas del Gobierno

Problema jurídico 2: *¿Qué alternativas tendría el Gobierno Nacional para reanudar la mesa de negociación del año 2017, ante el desacuerdo de las organizaciones sindicales de empleados públicos para integrar los pliegos y determinar su representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras?*

Tesis 2: “El Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo 55 de la Constitución Política y en armonía con los propósitos de los Convenios de la OIT 151 y 154, no debe escatimar esfuerzos orientados a prohijar el acercamiento de las organizaciones sindicales con el objeto de que pueda darse cabal cumplimiento a su derecho a la negociación colectiva dentro del marco de la reglamentación vigente y de su espíritu, y de conformidad con las órdenes impartidas por la sentencia de tutela. Más allá de esta obligación de medio, ha de tenerse presente que el Gobierno Nacional no pierde sus competencias constitucionales y legales ni su deber de velar por la calidad de las condiciones económicas y funcionales de los empleos públicos. (..) Estima la Sala que la acción del gobierno debe partir del reconocimiento de los siguientes elementos: a) El deber que impone al Estado el segundo inciso del artículo 55 de la Constitución, de “promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los

conflictos colectivos de trabajo.” b) El respeto a la autonomía sindical, tal como la reconoce el artículo 39 de la misma Constitución. c) Las competencias constitucionales y legales del Gobierno Nacional en las materias objeto de la negociación colectiva y el interés general que debe informar su ejercicio; y d) El deber de evitar que la reglamentación de las medidas que fomenten la negociación colectiva se erija en obstáculo para la misma negociación. Corresponde, entonces, al Gobierno Nacional impulsar fórmulas que faciliten los acuerdos requeridos para la unificación del pliego y para la aplicación de las disposiciones reglamentarias en punto a la unificación de las comisiones negociadoras y asesoras, en el entendido de que no está facultado para suplir la voluntad de las organizaciones”.

[Concepto 2339 de 15 de mayo de 2017. Sala de Consulta y Servicio Civil, exp. 11001-03-06-000-2017-00078-00\(2339\), C.P. Germán Alberto Bula Escobar. Levantamiento de reserva legal mediante auto de 15 de noviembre de 2017.](#)