



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 12
• Sección Primera	12 - 15
• Sección Segunda	15 - 21
• Sección Tercera	21 - 30
• Sección Cuarta	30 - 38
• Sección Quinta	39 - 40
• Sala de Consulta y Servicio Civil	40 - 42
• Noticias Destacadas	43

Noticias destacadas

PRIMER MES DEL FALLECIMIENTO DE LA DOCTORA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

EDITORIAL

Es importante resaltar en esta oportunidad que el próximo 11 de diciembre a las once de la mañana se llevará a cabo la celebración del Día del Consejero, fecha ésta que año tras año congrega a magistrados y exmagistrados de nuestra Corporación, con el fin de exaltar la relevante tarea que cumplimos quienes nos encargamos de la no fácil función de administrar justicia en un país que como Colombia, ofrece diariamente un enriquecedor panorama casuístico que exige del operador judicial no sólo una excelente formación sino la aplicación de un buen criterio jurídico.

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

SALA PLENA

1. DECRETADA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR CASANARE, MARÍA VIOLETA NIÑO MORALES

El ciudadano Fabián Andrés Gutiérrez Pérez solicitó ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación la pérdida de investidura de la representante a la Cámara por el Departamento de Casanare, María Violeta Niño Morales, que había sido llamada a ocupar la curul de Oscar Leonidas Wilches Carreño.

De las varias causales de pérdida de investidura atribuidas por el actor a la demandada, la Sala encontró configurada la de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de congresistas y, a su vez, la causal de incompatibilidad de desempeño de cargo o empleo público o privado, debido a que para el momento de su posesión como congresista se desempeñaba como gerente de una persona jurídica de derecho privado.

En apoyo a la decisión, en el fallo quedaron consignados los siguientes argumentos:

a) A los congresistas llamados se les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades desde las elecciones: Reiteración de jurisprudencia

“La Sala Plena de esta Corporación, en forma unánime y reiterada, ha sostenido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los Congresistas en el artículo 179 de la Constitución Política se aplica a los “elegidos” y a los “llamados.” Según lo expuesto, la Sala reitera que conforme a su jurisprudencia, las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en la Constitución Política, son aplicables a los Congresistas llamados desde el momento de las elecciones y no desde la fecha de posesión”.

b) Inhabilidad de congresistas por gestión de negocios y contratación con entidades públicas no incluye actos de ejecución del contrato

“A los efectos de la decisión a adoptarse en este fallo, es del caso advertir que para que se configure la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 CP es requisito sine qua non que las conductas prohibitivas que constituyen su supuesto fáctico se hayan realizado dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección. Contrario sensu, las que se remontan a fecha anterior no se subsumen en la condición de temporalidad en que debe tener lugar el supuesto fáctico de la causal, dados los claros términos en que la norma sub-examine delimita la extensión del período inhabilitante. (...) Para la Sala es evidente que dentro de los seis meses anteriores a la elección la demandada no incurrió en conducta constitutiva del supuesto fáctico de esta causal de inhabilidad, pues la licencia de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora le fue otorgada en el año de 1997 por el Ministerio de Comunicaciones mediante Resolución 5337, esto es, 8 años antes del período inhabilitante. La demandada no hizo gestión alguna ante entidades públicas dentro de los seis meses anteriores a la elección, es decir, entre el 12 de septiembre de 2005 y el 12 de marzo de 2006, que comprendió el período inhabilitante. Por lo demás, resulta indiferente que la Representante demandada hubiese gestionado actos de desarrollo y de ejecución del referido contrato de concesión, pues conforme a jurisprudencia uniforme y reiterada de la Sala “la eventual participación del demandado en las etapas de ejecución de los contratos no hace parte de la conducta inhabilitante porque la ejecución del contrato corresponde a una etapa posterior, que no hace parte de la celebración del mismo y, por lo tanto, no se encuentra tipificada como causal de inhabilidad.” El cargo no prospera”.

c) Concepto de cargo o empleo público o privado para efectos de incompatibilidad de congresista: Reiteración de jurisprudencia. Incompatibilidad de congresista por desempeño de cargo o empleo público o privado no se desvirtúa por no recibir remuneración

“Se demostró que la demandada tiene la condición de Representante a la Cámara desde el 9 de octubre de 2007, fecha en que tomó posesión del cargo de Representante a la Cámara por la circunscripción del Departamento del Casanare, en virtud del llamado que la Mesa Directiva le hiciera por Resolución MD 1888 de 25 de septiembre de 2007 para reemplazar temporalmente al cabeza de lista. Se demostró también que el 22 de enero de 2008 tomó posesión del cargo en forma definitiva, al configurarse la vacancia absoluta por haberse aceptado la renuncia presentada por el cabeza de lista, Oscar Leonidas Wilches Carreño. (...) Se demostró igualmente que siendo congresista, la demandada desempeñó el cargo de Gerente al realizar funciones administrativas inherentes al ejercicio de la Representación Legal. (...) Ahora bien, contra lo afirmado por la defensa, la circunstancia de que la demandada no percibiera remuneración por ejercer las funciones de Gerente de PRODUCCIONES MILENIUM E.U. no desvirtúa en modo alguno que desempeñó cargo privado conjuntamente con su condición de congresista pues, según quedó expuesto en el acápite alusivo a la jurisprudencia en que esta Corporación ha fijado su alcance, resulta irrelevante que carezca de remuneración o que no se presente superposición de jornadas, pues el concepto de “cargo” no se restringe al vínculo laboral sino que comprende el ejercicio de una dignidad, tarea o encargo, con fines de beneficio personal, como ocurrió en el presente caso.

(...) Para abundar en razones, repárese en que también se demostró que el manejo de las cuentas de ahorro de PRODUCCIONES MILENIUM E.U. estuvo a cargo de la demandada, en su condición de Gerente. (...) Asimismo se probó que el 29 de noviembre de 2007 la Congresista demandada, por conducto de apoderado, solicitó la cesión de la concesión y su prórroga. (...) Fuerza entonces, concluir que la Representante a la Cámara incurrió en causal de pérdida de la investidura al infringir el régimen de incompatibilidades previsto en los numerales 1º y 2º del artículo 180 Superior, lo que impone decretarla, lo que exige a la Sala de pronunciarse respecto de los restantes cargos, ante la prosperidad de la solicitud”.

d) Concepto de gestión de asuntos ante entidades públicas, para efectos de incompatibilidad de congresista

“La Sala ha enfatizado que la gestión “independientemente de su resultado, entraña una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, que debe estar comprobada y no ser el resultado de inferencias subjetivas o suposiciones perspicaces”. Así, pues, la gestión se configura con una acción, se traduce en la actividad efectiva: la conducta concreta y real por medio de la cual se demanda ante un sujeto algo, sin que sea relevante, para configurar el concepto, el obtener la respuesta o la finalidad propuesta. Empero, no cualquier gestión, configura la incompatibilidad que se analiza. Es indispensable tener en cuenta el móvil o causa de la misma. La gestión que configura la incompatibilidad que se estudia comprende la actuación del parlamentario ante una entidad pública o ante cualquier sujeto que administre tributos, para obtener resultados en beneficio propio o de intereses particulares, ajenos a los de la colectividad que representa. (...) En síntesis: La gestión de negocios que prohíbe el numeral 2º del artículo 180 de la Carta Política, comporta una actividad o conducta positiva del congresista frente a un sujeto cualificado, la cual se adelanta con el propósito de satisfacer intereses extraños al ejercicio de la función pública a su cargo y con violación del principio de igualdad que orienta las relaciones ordinarias del parlamentario”.

[SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2009. Exp. 11001-03-15-000-2008-01181-00 \(PI\). M.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

***Salvamentos de voto: Martha Teresa Briceño Valencia y William Giraldo Giraldo**

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. El derecho de igualdad no excluye el trato diferenciado frente a personas en diferentes situaciones fácticas

Mediante el ejercicio de la presente acción y con el fin de darle protección al derecho fundamental a la igualdad, el actor pretende en concreto que se le permita seguir adelantando el curso de ascenso al que fue llamado por *Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército, traslado No. 1239 para el 20 de abril del 2009*, cuya finalidad es realizar el ascenso de oficiales, que en su caso, sería al grado de Capitán del Ejército Nacional para el 1º de diciembre de 2009. Lo anterior por cuanto afirma que a las personas que se presentaron a curso de ascenso en oportunidad anterior a la suya, esto es, en el año de 2008, se les dio trato diferente y no tuvieron que efectuar pruebas de admisión, en contraste, él tuvo que presentar dichas pruebas con poco tiempo de preparación física.

Previo a pronunciarse respecto al caso en estudio, es preciso recordar lo atinente al derecho fundamental a la igualdad, el cual, se encuentra consagrado de manera expresa en el artículo 13 de

la Constitución Nacional e impone la obligación a todas las autoridades del Estado de proteger y suministrar el mismo trato a las personas sin distinción de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Sin embargo, lo anterior no implica que no puedan establecerse diferencias por cuanto tal derecho no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran en situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. Así mismo, la fórmula según la cual *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”* debe analizarse bajo el entendido de que el tratamiento diferenciado para situaciones similares no es en sí mismo violatorio del derecho a la igualdad y que, por el contrario, un tratamiento idéntico sí podría resultar violatorio de la regla. No obstante, ha dicho la Corte Constitucional que el hecho de que el legislador pueda establecer tratamientos diferenciados no es garantía suficiente de que los mismos sean legítimos a la luz de los preceptos constitucionales.

En el caso concreto, es claro para la Sala que el hecho de que el actor no hubiera sobrepasado las pruebas que reglamentariamente fueron establecidas por la Directiva Permanente 0267 de 20 de mayo de 2009, implica su no ingreso al curso de ascenso. No obstante, según lo informa el mismo actor en el escrito de tutela, quien no haya sobrepasado las pruebas de ingreso será llamado *“para presentar nuevamente las pruebas de admisión para el próximo curso de capacitación”*. Por lo expuesto, considera la Sala que no hubo vulneración alguna del derecho a la igualdad por parte de la accionada, habida cuenta que el actor no sobrepasó las pruebas indispensables para ingresar al curso de ascenso, lo que conllevó su traslado a la Base donde actualmente se encuentra. De otro lado, la Directiva aplicada al actor reguló situaciones posteriores a su entrada en vigencia, es decir, a partir del 20 de mayo de 2009, por lo que la situación del curso anterior aludida por el actor, no se rigió por dicha reglamentación.

[Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-01009-01 \(AC\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

2. El derecho a la educación no se vulnera al impedirse la revisión de la metodología empleada en la evaluación de una asignatura académica

En el caso sub examine, el actor pretende que le sea resuelta de fondo la solicitud elevada al Director de Área Curricular de Química, radicada el 24 de junio de 2009, por medio de la cual cuestiona las razones que sustentaron la imposición de un nuevo sistema de evaluación del Seminario de Investigación II, los criterios de selección de los evaluadores y el motivo por el cual no fue convocado su director de tesis para emitir la calificación definitiva. Además, solicita que se expida copia de las Actas del Comité Asesor de Programas curriculares en donde se aprobó la nueva metodología de calificación de los seminarios. De los documentos que obran en el expediente se advierte que en efecto, como lo manifiesta la Universidad Nacional de Colombia en su escrito de contestación, la institución dio respuesta a la petición elevada por el señor HÉBER ORLANDO SIACHOQUE MONTAÑEZ, el 3 de julio de 2009 y la misma fue dada a conocer al actor, pues es una de las pruebas que acompañan su escrito de tutela. Por lo anterior, la Sala no encuentra vulneración del derecho de petición del actor por parte de la institución educativa accionada, pues dio respuesta clara y de fondo a sus solicitudes y además éstas fueron comunicadas al actor, como se advierte de las pruebas allegadas al expediente.

Ahora bien, en relación con la solicitud del actor según la cual pretende la revisión de la evaluación y calificación obtenida en la materia Seminario de Investigación II, del programa académico de Doctorado en Ciencias - Química de la Universidad Nacional de Colombia, encuentra la Sala que tal pretensión no es objeto de estudio del juez constitucional, pues corresponde a los entes universitarios, en ejercicio de su autonomía, regular las relaciones que surgen en el desarrollo de la actividad académica, prerrogativa que no es absoluta sino que encuentra sus límites en la Constitución y en las leyes. El estudiante que se matricula e ingresa a la universidad se acoge a los estatutos de ésta y se obliga a someterse a los mismos.

Respecto de la presunta vulneración del derecho a la educación, se advierte tal y como lo afirmó el *a quo*, que el actor se encuentra estudiando y el hecho de que la metodología empleada en la prueba de la asignatura, no permita su revisión, no quiere decir que se le esté vulnerando su derecho fundamental.

Sentencia de 21 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-01240-01(AC). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

3. a) Sólo cuando la mora judicial se deba a desidia del juez en el ejercicio de sus funciones, se vulneran los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

En el caso objeto de estudio los accionantes pretenden que se modifique el turno para dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de reparación directa que instauraron contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. La solicitud de prelación de fallo fue presentada en razón a la situación económica que afrontan los peticionarios.

La Sala, precisa que la previsión consagrada en el artículo 228 de la Constitución Política que establece que “(...) *los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado*”, opera en el entendido de que el incumplimiento de estos términos por parte del juez le sea imputable a título de responsabilidad con efectos sancionatorios siempre y cuando carezca de una explicación razonable o de un motivo válido y, además, cuando la mora se deba a desidia en el ejercicio de sus funciones. Sólo bajo estos presupuestos, tal conducta vulnera los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso. Es importante poner de presente que la valoración de la congestión judicial, que imposibilita que las decisiones judiciales sean adoptadas con apego a los términos legales debe realizarse con base en parámetros normales de evacuación de procesos judiciales, es decir, con fundamento en criterios de razonabilidad y eficiencia.

Los accionantes no demostraron que el incumplimiento en los términos legales correspondiera a motivos injustificados. El honorable Magistrado Ponente del proceso de reparación directa precisó que debido al alto grado de congestión que afecta a la Sección Tercera del Consejo de Estado, no ha podido resolver la apelación y que, además, se están respetando los turnos asignados a los procesos que entran para fallo.

b) El turno para proferir sentencia en el estricto orden en que han pasado al despacho puede excepcionarse ante circunstancias graves de debilidad manifiesta

Si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 establece para los jueces la obligación de dictar las sentencias en el estricto orden en que haya pasado el expediente a despacho, sin que éste pueda alterarse, es lo cierto que la norma en comento también consagra una excepción a esta regla en los eventos de sentencia anticipada o de prelación legal. En especial, para los procesos que cursan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esa disposición dispone que el orden para fallo puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o cuando el Ministerio Público lo solicite por razones de importancia jurídica o de trascendencia social. Ciertamente este sistema de turno para proferir sentencias en el estricto orden en que han pasado al despacho, es un método razonable, conveniente y justo, tanto para las partes como para el juez que debe emitir los respectivos fallos, en la medida que dicho procedimiento atiende las garantías del debido proceso y del derecho a la igualdad. No cabe duda, entonces, que la alteración irrazonada del orden establecido en la ley para proferir sentencias puede conllevar el desconocimiento del debido proceso y del derecho a la igualdad de otras personas que se encuentran en similares condiciones, a la espera de una decisión judicial.

Pese a ser esta la regla de general observancia, es lo cierto que en especiales casos la Sala ha considerado que cuando la persona que solicita la prelación para que se profiera la sentencia se encuentra en graves circunstancias de debilidad manifiesta, atendiendo a principios de orden constitucional, lo procedente es darle un trato diferente frente a las demás personas que esperan turno de sentencia, con la finalidad que cuente con la definición de la controversia que afecta sus intereses y conozca así de manera oportuna a que atenerse. En el caso concreto, se concluye que la señora María Dirley Torres López, es madre cabeza de familia y quien sufraga los gastos de sus hijos Dirley Katherine y Jhon Mauricio. Sin embargo, ese acervo probatorio no demuestra la grave afectación que padece el grupo familiar por carecer del apoyo económico paterno, ni que se encuentren en inminente deficitaria condición de manutención para proporcionarse el mínimo vital o que alguno de los hijos o la viuda del señor fallecido afronten alguna enfermedad que los inhabilite. Ante la no acreditación de estas circunstancias que ubicarían la situación en condición de debilidad manifiesta por parte de los tutelantes, no es posible predicar existencia de violación de los derechos fundamentales invocados (petición, acceso a la administración de justicia e igualdad) que ameriten alterar el turno para proferir sentencia. En consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia, que rechazó por improcedente la acción de tutela para en su lugar negar el amparo.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00784-01 \(AC\). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

4. a) Las garantías del debido proceso son aplicables a los procesos policivos

Para la Sala no cabe duda de que, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, al proceso policivo objeto de estudio, le son aplicables las garantías sustanciales y procesales inherentes al debido proceso tales como la legalidad, el juez indicado legalmente (autoridad administrativa competente), el derecho de defensa, que comporta el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de apoderado, a presentar y controvertir pruebas, a solicitar la nulidad de la actuación cuando se configure violación de este derecho, a interponer recursos, a la publicidad del proceso y a que el mismo se desarrolle sin dilaciones injustificadas.

b) Se vulnera el debido proceso cuando se tramita un nuevo impedimento frente al mismo funcionario por hechos iguales y con similares argumentos, de otro ya resuelto

Llama la atención de la Sala el hecho de que el señor Inspector Primero Municipal de Policía de Facatativá, mediante auto del 17 de julio de 2009, de nuevo se haya declarado impedido para conocer de la querrela 001-2008 después de ocho meses de que ésta regresó de la Procuraduría Regional, autoridad que se inhibió para decidir sobre el impedimento inicialmente propuesto por el mismo funcionario, pues tal impedimento, en la medida en que está sustentado en iguales argumentos sobre los cuales ya se pronunció el alcalde municipal de Facatativá quien lo declaró infundado y ordenó impartir el trámite policivo, no tiene razón ni justificación alguna. Por el contrario, lo único que genera es confusión en el trámite del proceso policivo promovido por el accionante, situación que, a las claras, constituye una violación al debido proceso. Dentro de este contexto, la Sala considera que, en efecto, carece de justificación que el señor Inspector Primero Municipal de Policía de Facatativa se declare de nuevo impedido para conocer de la querrela 001-2008 siendo que ésta es igual a la que se identifica con el No. 001-2009, ya admitida y en trámite actualmente.

c) Vulneración del debido proceso por actuaciones administrativas policivas paralelas por iguales hechos y pretensiones

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la Sala infiere que el Inspector Primero Municipal de Policía de Facatativá, al parecer, pretende ahora asumir como vigentes tanto la querrela identificada con el No. 001-2008 como la radicada con el número 001-2009, a pesar de que

a la primera, luego del pronunciamiento del Procurador Regional en noviembre de ese año, no impartió trámite alguno, pues la dejó inactiva por muchos meses sin siquiera decidir sobre su admisión o archivo. Sobre el particular, se pone de presente que no se ajusta a un debido proceso el hecho de que la autoridad competente, de forma paralela, adelante actuaciones administrativas que tienen origen en los mismos hechos y en las que se plantean iguales pretensiones, pues tal comportamiento implica un desgaste innecesario para la administración pública y entorpece y dilata tanto su trámite como su definición. Por estas razones, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, tutelaré el derecho fundamental al debido proceso del accionante. En consecuencia, se ordenará al señor Inspector Primero Municipal de Policía de Facatativá que adopte las medidas procesales adecuadas para que las actuaciones adelantadas con ocasión de las querellas interpuestas por el señor Saúl Forero Aya continúen como un solo proceso policivo, el cual debe adelantarse con la celeridad y eficiencia que impone atender a los principios constitucionales de la función pública, máxime cuando de actuaciones policivas se trata, que por excelencia exigen agilidad, como soluciones indispensable para la armonía de la convivencia ciudadana.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-01096-01 \(AC\). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1) a) La ocupación de zonas verdes para estacionamiento vehicular, vulnera el derecho colectivo al goce del espacio público

El artículo 5° de la Ley 9ª de 1989 establece que el espacio público es el conjunto de inmuebles públicos o privados destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas, dentro de los cuales se encuentran las zonas verdes. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que la acción popular es el medio idóneo para obtener la protección del derecho colectivo al espacio público y sus elementos constitutivos, dentro de los cuales se encuentran las zonas verdes. Se ha indicado que la pavimentación de éstas y su destinación, ocupación o utilización como zonas vehiculares vulneran el citado derecho colectivo, el cual debe ser garantizado por las autoridades municipales.

En el presente asunto, el demandante asevera que en inmediaciones del inmueble ubicado en la carrera 76 con calle 33 de la ciudad de Medellín, propiedad de BANCOLOMBIA, se encuentra una zona verde que fue convertida en parqueaderos por esta entidad bancaria, en virtud de la Licencia de Construcción N° 413 del 8 de abril de 2002, otorgada por la Curaduría Urbana Primera de Medellín, sin que las autoridades municipales ejercieran el control correspondiente. Para la Sala no existe lugar a duda alguna, que en el lugar descrito en los hechos, existe una zona verde que se utilizaba como parqueadero para la fecha de presentación de la demanda y que este uso indebido del espacio público, no se dio como consecuencia inmediata de la Licencia de Construcción N° 413 de 2002, como lo sostiene el actor, sino que se presentaba desde muchos años antes, según la aerografía de 1998 a la que hizo alusión la Unidad de Monitoreo y Control de Planeación Municipal. Las pruebas anotadas dan cuenta de que el derecho colectivo al espacio público fue vulnerado, pues, se repite, las zonas verdes son elementos constitutivos de dicho interés colectivo y no pueden ser destinadas al uso vehicular.

b) El Municipio de Medellín es responsable de la vulneración del derecho colectivo al uso y goce del espacio público por permitir la utilización de zonas verdes como parqueaderos públicos

Dentro de las competencias de los municipios, se encuentra la de proteger el uso y goce del espacio público en su jurisdicción, comoquiera que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 315-1 de la Constitución Política y 5° de la Ley 9 de 1989, los alcaldes son la primera autoridad de

policía en su respectivo municipio y por lo tanto tienen el deber legal de hacer cumplir las normas constitucionales y legales. En el presente asunto, el Departamento Administrativo de Planeación de la Alcaldía Municipal de Medellín, quien es parte demandada, aceptó que el lugar donde se encontraban ubicados los parqueaderos públicos objeto de esta acción popular corresponde a una zona verde y señaló, mediante su Unidad de Monitoreo y Control de Planeación Municipal, que tal situación se ha presentado, por lo menos desde 1998, año en el que se hizo una aerografía que demostró dicha situación de ocupación del espacio público. Sin embargo, no existe prueba en el expediente que demuestre que el Municipio de Medellín, por medio de su Oficina de Planeación, haya ejercido el control correspondiente a la recuperación de la zona verde afectada, sino que solo en virtud de las peticiones hechas por el demandante antes de interponer la presente acción, comenzó a investigar los hechos, de lo cual se produjo el Acta de Visita del 25 de octubre de 2002, la respuesta dada al actor popular el día 28 de octubre del mismo año y la comunicación interna del 11 de septiembre de 2003 de la Unidad de Monitoreo y Control de Planeación Municipal. Adicionalmente, con posterioridad a la fecha de presentación de esta acción popular el 22 de agosto de 2003, el Departamento Administrativo de Planeación de la Alcaldía de Medellín, profirió la Resolución N° 113 del 30 de octubre de 2003, que determinó la manera en que debía restituirse la zona verde afectada, todo lo cual indica que la actuación de la parte actora fue determinante para que el municipio demandado cumpliera sus funciones de vigilancia y control frente al uso y goce del espacio público. Es de resaltar que el citado acto administrativo, Resolución 113 de 2003, se produjo como consecuencia de un pacto de cumplimiento celebrado entre las partes que fue aprobado por el Tribunal mediante la sentencia del 10 de diciembre de 2003 y que fue revocada por la Sección tercera del Consejo de Estado en providencia del 17 de junio de 2004. En ese orden de ideas, es claro que el Municipio de Medellín, quien concurrió al proceso por medio de su Departamento Administrativo de Planeación es responsable de la vulneración del derecho colectivo al uso y goce del espacio público y así será declarado en esta sentencia.

c) Restitución del espacio público con ocasión del ejercicio de la acción popular. Hecho superado

Sin embargo, con ocasión del ejercicio de la presente acción popular se produjo el restablecimiento del derecho colectivo al goce del espacio público, pues como ya se mencionó, el Departamento Administrativo de Planeación profirió la Resolución 113 del 30 de octubre de 2003 *“Por la cual se determinan las condiciones de intervención de espacio público”*. Dicho acto administrativo se produjo como consecuencia de un pacto de cumplimiento suscrito entre las partes del proceso y que fue aprobado mediante la sentencia del 10 de diciembre de 2003 del Tribunal, la cual fue revocada en segunda instancia por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la providencia del 17 de junio de 2004. Sin embargo, la decisión de segunda instancia no fue óbice para que se produjera el restablecimiento del derecho colectivo citado, comoquiera que contra la Resolución 113 de 2003 no se interpuso recurso alguno, de tal suerte que quedó ejecutoriada y comenzó a producir sus efectos. Adicionalmente, para la fecha en que el Consejo de Estado revocó la sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento, 17 de junio de 2004, ya se habían entregado las obras por medio de las cuales se restituyó la zona verde que otrora se utilizó como parqueadero. En tales circunstancias, la Sala señala que se ha producido el hecho superado en cuando a las circunstancias que dieron origen a la presente acción popular, razón por la cual no hay lugar a ordenar el restablecimiento del derecho colectivo al espacio público, por sustracción de materia.

[Sentencia de 15 de octubre de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2003-02950-02 \(AP\). M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

2) La existencia de construcciones debajo de redes eléctricas y de inmuebles que incumplen la distancia mínima en relación con los cables y postes de energía, vulneran el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres

En el presente asunto el actor estima que la Electrificadora del Caquetá S.A. E.S.P vulneró el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres, al permitir la existencia de líneas conductoras de energía eléctrica de trece mil (13.000) y treinta mil (30.000) y cuatro mil (4.000) Kv sobre las viviendas de los habitantes ubicados en la carrera primera o circunvalar del Municipio de Belén en la cima de Santo Tomás, lo cual pone en peligro la seguridad e integridad de los habitantes de la zona.

Al respecto, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución N° 180398 de 2004 modificada por la Resolución N° 180498 del 25 de abril de 2005, mediante la cual estableció el reglamento técnico de instalaciones eléctricas -RETIE- y entró en vigencia a partir del 1 de mayo de 2004. En el mencionado reglamento se fijan las condiciones técnicas mínimas que propenden por garantizar la seguridad en los procesos de generación, transmisión transformación, distribución y utilización de la energía eléctrica en el territorio colombiano. Los requisitos técnicos que establece el reglamento técnico de instalaciones eléctricas -RETIE- es de obligatorio cumplimiento para todas las instalaciones nuevas de corriente alterna o continua, bien sean públicas o privadas, cuyo valor de tensión nominal sea igual o mayor a 25 V e igual o menor a 500 kv de corriente alterna con frecuencia de servicio nominal inferior a 1000 Hz y mayor o igual a 50 V en corriente continua. Como quiera que en el presente asunto aparece el oficio ASG-G-7184 del 23 de noviembre de 2001, en virtud del cual la Nación, Ministerio de Minas y Energía, Electrificadora del Caquetá le contestó el derecho de petición que elevó la Junta de Acción Comunal del Barrio Palonegro, en el que anexó copia del estudio topográfico de la línea de conducción de 34.5 kv del sector de alto riesgo que realizó el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica -ICEL, hoy IPSE, se encuentra que el reglamento técnico de instalaciones eléctricas se le aplica en la medida que se trata de una instalación de corriente cuyo valor nominal es menor a 500 kv, por lo cual está dentro de los parámetros que exige el artículo 2 de la Resolución N° 180498 de 2005.

Una vez definido que el reglamento técnico de instalaciones eléctricas -RETIE- se aplica en el asunto que se demandó, se procede a revisar las condiciones de distancia exigidas. Al respecto, el artículo 12 ibídem que modificó el 13 de la Resolución N° 180398 de 2004 establece que la técnica más efectiva de prevención frente al riesgo eléctrico es guardar distancia en relación con las partes energizadas, toda vez que el aire es un buen aislante. Es así que con el fin de evitar contactos accidentales se deben respetar las distancias mínimas entre las líneas eléctricas y elementos físicos que existen a lo largo del trazado, tales como las carreteras, edificios, árboles, entre otros. Ahora bien, el artículo 14 de la Resolución N° 180498 de 2005 prohíbe que se adelanten construcciones debajo de las redes eléctricas públicas o de uso general. Así mismo, impide la construcción de redes por encima de las edificaciones.

Como quiera que al momento de este fallo existen diferentes construcciones debajo de la línea eléctrica de 34,5 kv y que hay otros inmuebles en los que se incumple la distancia mínima en relación con los cables y postes que establece el reglamento de condiciones técnicas de seguridad contenidas en el RETIE, para la Sala es claro que se vulneró el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres, independientemente de la existencia previa o no de las construcciones en la zona en que se instaló la red eléctrica, pues en la actualidad la seguridad de los habitantes de la zona se encuentra en riesgo.

b) Es obligación de los alcaldes adelantar programas de reubicación de los habitantes de zonas de alto riesgo

Ahora bien, el oficio 000055 del 13 de marzo de 2001 mediante el cual el Coordinador de la Zona Sur de la Electrificadora del Caquetá S.A. le solicitó al Alcalde Municipal la reubicación de los habitantes en la zona de riesgo y la providencia del 26 de febrero de 1999 en la que la Procuraduría Departamental se abstuvo de iniciar la investigación al Gerente de la Electrificadora del Caquetá y por el contrario requirió al Alcalde para la reubicación de dichas personas, evidencian la omisión por parte de la administración municipal, pues la Alcaldía tuvo conocimiento de tal situación y no

solucionó el problema de inseguridad para la población. Es así entonces que para la Sala es evidente que debajo de la red eléctrica existen una serie de construcciones que en el expediente no se acreditó el título de propiedad, entonces mal podría entenderse que son inmuebles que gozan de titularidad. Por lo cual, se considera que se trata de un asentamiento humano ilegal. De conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 a los Municipios como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado les corresponde reglamentar el uso del suelo, sin perjuicio del control que deben realizar para evitar los asentamientos humanos y más aún cuando los asentamientos están ubicados en zonas de alto riesgo.

En ese orden de ideas, en relación con la localización de los asentamientos humanos según los artículos 56 y 59 de la Ley 9 de 1989, los Alcaldes de los Municipios deben mantener un inventario actualizado de las zonas de alto riesgo, adelantar programas de reubicación de los habitantes en dichas áreas o proceder a desarrollar las operaciones necesarias para eliminar el riesgo y en el evento en que los habitantes se rehúsen a abandonar ese sitio pueden ordenar la desocupación con el concurso de las autoridades de policía y la demolición de las edificaciones afectadas.

Por lo anterior, se revocarán los numerales 2, 3 de la sentencia apelada y en su lugar se ordenará al Municipio de Belén de los Andaquíes que de forma inmediata a la notificación de este fallo inicie las gestiones tendientes a recuperar el área del corredor de la red eléctrica con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial. Adicionalmente la Alcaldía de Belén de los Andaquíes debe implementar vigilancia y control sobre la zona con el fin de impedir que se reanude la ocupación debajo de la red eléctrica.

[Sentencia de 12 de noviembre de 2009. Exp. 18001-23-31-000-2004-00408-01 \(AP\). M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. a) La acción popular es improcedente frente a la extinción de contratos de hipoteca y a cambios de estratificación de viviendas

La Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la pretensión de extinguir los contratos de hipotecas y de realizar el cambio de la estratificación de las viviendas objeto de debate. En ocasiones anteriores la Sala ha dejado claramente definido que la pretensión encaminada a obtener beneficios económicos es ajena al objeto de la acción popular, pues en el fondo persigue la indemnización o reparación de un daño causado por una relación contractual preexistente. La competencia del juez de la acción popular se contrae a determinar si existió o no vulneración a derechos o intereses colectivos para - en su caso - impartir las órdenes necesarias para evitar el daño contingentes, hacer cesar el peligro, amenaza, vulneración o agravio, o restituir las cosas su estado anterior, de ser posible.

b) Las zonas hidráulicas constituyen espacio público y su protección es competencia de los municipios

El espacio público en relación con la zona de ronda hidráulica ha sido protegido por el Estado teniendo en cuenta la importancia ambiental que ésta tiene. De acuerdo con los artículos 5° de la ley 9° de 1989, 5° del decreto 1504 de 1998, 83 del decreto 2811 de 1974 y 14 del decreto 1541 de 1978, las franjas aledañas a los ríos y quebradas y sus zonas de ronda, son de carácter público y por ende constituyen espacio público, cuya protección, recuperación y vigilancia corresponde al Estado. Compete a los Municipios impedir su invasión u ocupación. Ahora bien, es criterio de la Sala que la normativa municipal que amplíe el ámbito de protección ambiental respecto de recursos hídricos debe aplicarse de preferencia por tratarse de norma especial, pues la norma general da un parámetro de protección estándar. En tal virtud, bien puede el Concejo Municipal, como es el caso que nos ocupa, adoptar una medida de protección ambiental mayor a la contemplada en la norma general, en atención a estudio de circunstancias específicas y particulares.

c) El Municipio de Soacha y la constructora Covitotal Ltda. son responsables por la construcción

de viviendas dentro de la ronda del Río Bogotá y deberán reubicar a los habitantes de las mismas

En el caso concreto, los actores atribuyen al Municipio de Soacha (Cundinamarca), a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR, a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santa Ana E.S.P S.A. y a la Constructora Fundación Compartir, la vulneración de los derechos colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, la conservación del ambiente, la defensa del patrimonio público y la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, por cuanto la urbanización Quintas de Santa Ana recibe las aguas lluvias del Barrio Compartir, ubicado a mayor altura, a causa de un sistema que las canalice y de su cercanía a recursos hídricos a los que se vierten aguas negras sin tratamiento adecuado, lo que genera malos olores y proliferación de insectos. Además, argumentan que la construcción de las viviendas se ubica dentro de la zona de ronda hídrica del Río Bogotá, lo que causa un problema ambiental y de calidad de vida y goce de un ambiente sano a los habitantes, razón por la cual solicitan se reubiquen la viviendas.

Al respecto, se comprobó que se construyeron viviendas dentro de la ronda hídrica de protección contemplada por el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Soacha. Según quedó expuesto, la Constructora COVITOTAL LTDA debe responder en todo tiempo por la infracción de normas urbanísticas y por los riesgos causados a los habitantes de las viviendas a causa de falencias atribuibles a la construcción. Asimismo, se advierte que encuentra una falta por parte del Municipio de Soacha por otorgar el respectivo permiso para la construcción de la viviendas sin verificar la normativa local y por el incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 56 y 69 de la Ley 9ª de 1989 que le imponen responsabilidades muy concretas en materia de levantamiento del inventario de los asentamientos humanos en zonas de alto riesgo y de reubicación de sus habitantes. La autoridad local tienen el deber de formular los proyectos de reubicación, de preverlos en el Plan de Desarrollo y el de disponer la apropiación respectiva en el presupuesto, de modo que las obras requeridas para efectuar la reubicación puedan ejecutarse en un plazo razonable y esta problemática no permanezca sin solución indefinidamente. Según lo expuesto, se adicionará la sentencia apelada y se ordenará a COVITOTAL conjuntamente con el MUNICIPIO DE SOACHA reubicar a los habitantes de los inmuebles ubicados en la ronda del Río Bogotá, como son las Manzanas Catastrales No 0458 (Parte), 0459 (Parte), 0460, 0461, 0462, 036, 0772, 0774, 0780.

d) Se vulnera el derecho a la salubridad y seguridad de los habitantes del barrio Quintas de Santa Ana debido a las inundaciones por aguas lluvias provenientes de barrios vecinos

De igual forma, los actores solicitan que se ordene realizar un estudio que determine si el suelo donde se ubica la Urbanización Quintas de Santa Ana, es apto para el asentamiento de viviendas, por cuanto desde el tiempo en que se instauró la demanda hasta el momento de la interposición del recurso las viviendas se han agrietado a causa de la inestabilidad del suelo y la escorrentía de los barrios Compartir y Ciudad Latina. De acuerdo con el dictamen pericial, la urbanización Quintas de Santa Ana soporta inundaciones provenientes del caudal de aguas lluvias de los barrios Ciudad Latina y Compartir, afectando los derechos colectivos demandados. Por consiguiente, se adicionará la sentencia apelada para ordenar al Comité de Atención y Prevención de Desastres del Municipio de Soacha, que realice un estudio de riesgo con el fin de determinar las medidas necesarias con el fin de mitigar la vulneración y efectúe su monitoreo en forma permanente. De otro lado, esta Sala encuentra ajustada a derecho la orden impartida por el Tribunal a la Fundación Compartir, de reparar el sistema de desagüe de aguas lluvias o el reemplazo del existente, de ser necesario, medidas estas que son imprescindibles para que cese la causa de la vulneración de los derechos a la salubridad y a la seguridad de los habitantes del barrio Quintas de Santa Ana. técnicamente.

[Sentencia de 15 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2002-01021-01 \(AP\). M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO NO REQUIERE DECLARACIÓN FORMAL MEDIANTE OTRA DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. SI SE PROFIERE ACTO ADMINISTRATIVO EN ESE SENTIDO EL MISMO NO SUPONE REVOCATORIA DIRECTA DE LA DECISIÓN QUE PERDIÓ VIGENCIA.

Visto dicho acto en su integridad [Resolución 1766 del 2 de septiembre de 1998, “Por medio de la cual se homologa un tipo de vehículo”, expedida por el Alcalde Municipal de Chinchiná - Caldas], se observa que la homologación que le fue autorizada a la actora quedó supeditada al retiro de los 5 buses que tenía en servicio, como quiera que ella consistía en sustituir éstos por el número de microbuses indicado, de forma que se mantuviera el número de sillas en servicio. La homologación era, entonces, cambiar 5 buses de 40 sillas cada uno, que según consta en la resolución se encontraban en estado de obsolescencia, por 10 a 17 miembros. De modo que la posibilidad de vincular el número de microbuses que le fue asignado por la homologación quedó atada al retiro de dichos buses, es decir, que mientras no hiciera efectivo tal retiro la actora no podía vincular los microbuses. (...). En esas circunstancias, es claro que ese acto tenía prevista una condición, que no podía ser más que resolutoria, puesto que el uso del derecho concedido mediante el mismo quedó dependiendo indefectiblemente de la satisfacción oportuna o en tiempo de la carga o modo que ella implicaba, y la no satisfacción de esa carga o modo dentro del plazo señalado significaba la pérdida de la oportunidad para hacer uso del referido derecho o, dicho de otra forma, la extinción del mismo. (...). La actora le endilga [al acto acusado] la violación del artículo 73 del C.C.A y, por consecuencia, los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, por haber revocado la resolución primeramente transcrita integridad [Resolución 1766 del 2 de septiembre de 1998 del Alcalde Municipal de Chinchiná - Caldas], sin haber obtenido previamente su consentimiento expreso y escrito, como lo prevé el citado artículo 73, ya que a su juicio el acto revocado contiene una situación particular y concreta y se hallaba en firme. El cargo no tiene vocación de prosperar, debido a que según la situación fáctica en que quedó inserta la resolución aparentemente revocada, ésta había perdido su fuerza ejecutoria por efecto de la ocurrencia de la condición resolutoria que la afectaba, atendiendo el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., luego la revocación, o derogación como se dispone en el artículo primero de la resolución acusada, resulta inocua, por cuanto no se puede dejar sin efecto, vigencia o fuerza ejecutoria el acto administrativo que de antemano carece de la misma. En esas circunstancias, lo que hizo la autoridad municipal mediante la resolución enjuiciada fue poner en evidencia una situación jurídica ya dada, utilizando una figura jurídica para una situación fáctica que en principio no parece encajar en la técnica jurídica que le corresponde, pero que puede resultar explicable ante la ausencia en el C.C.A. de formas específicas para hacer efectiva la pérdida de fuerza ejecutoria por la comentada situación. Por consiguiente, lo que se ha dado sustancialmente mediante el acto censurado, es ni más de menos que la puesta en evidencia de la situación jurídica en que devino la homologación autorizada a la autora mediante la Resolución 1863 de 22 de julio de 1999, la cual se tornó jurídicamente inviable en razón de no haber retirado oportunamente y en debida forma los buses objeto de la homologación, que por lo demás, dada su obsolescencia - no discutida por la actora - no podían seguir prestando el servicio. (...). Ante la situación precisada, bien hubiera podido la autoridad entrar a hacer efectiva sus consecuencias, mediante la advertencia de la misma a la actora y, si era del caso, mediante las operaciones administrativas pertinentes, ya que la pérdida de fuerza ejecutoria por causales como la aquí comentada, tiene la vocación de operar de pleno derecho.

[Sentencia del 12 de noviembre de 2009, Exp. 17001-23-31-000-2000-00064-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ES COMPETENTE PARA SANCIONAR A EMPRESAS POR ACTOS QUE AFECTAN EN FORMA DIRECTA A SUS USUARIOS, COMO LO SON LOS RELATIVOS A NO ATENDER SUS PETICIONES DENTRO DE LOS TÉRMINOS DE LEY.

Falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada. Esta inculpación la sustenta la actora en que el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 sólo la facultó para sancionar siempre que el incumplimiento de esa ley afecte en forma directa a usuarios determinados, y en este caso los quejosos no lo fueron en esa forma, y la dosificación de la sanción se basó en la reincidencia, siendo que ésta no existe por falta de sentencia definitiva que permita establecerla y no tuvo en cuenta el impacto de la infracción en el servicio. Al respecto, la Sala observa que ello no pasa de ser una apreciación o interpretación muy personal del memorialista que no guarda correspondencia con el tenor del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 ni con la situación motivo de de la sanción impugnada. En efecto, los peticionarios eran usuarios o suscriptores de la Empresa, y según se reseña, todas las peticiones estaban relacionadas con el servicio que ésta les prestaba, luego eran interesados de manera directa e inmediata y la suerte de las mismas de suyo los afectaba de igual manera. Por lo tanto, los hechos se encuadran en las funciones de control y vigilancia y sancionatorias que el numeral 1 del artículo 79 en cita le otorga a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Dicho canon dice: “ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes: 1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.” En este caso es evidente que hubo unos usuarios determinados, los cuales incluso aparecen individualizados y con su respectiva línea telefónica en la resolución sancionatoria, así como la radicación de su correspondiente petición o reclamación, de modo que aparecen cumplidos a cabalidad los supuestos normativos que delimitan la competencia de la Superintendencia para ejercer las funciones y facultades en cuestión sobre la actora con ocasión de los hechos atinentes a esas peticiones. Igual ocurre con el factor de la reincidencia a que se alude en la resolución acusada para dosificar la sanción impuesta, toda vez que lo confunde con el antecedente penal, el cual si requiere la sentencia ejecutoriada. La reincidencia aludida es la repetición de la conducta omisiva por la actora y que la entidad demandada advierte diciendo que “se evidencia la permanente tendencia a no responder a los usuarios dentro del término previsto en la ley”, lo cual encuentra suficiente asidero en el abultado número de los quejosos en este caso concreto, como quiera que ascienden a 139 suscriptores, cuyas respetivas peticiones aparecen presentadas en diferentes fechas.

[Sentencia del 12 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2003-00883-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. ÁREA METROPOLITANA TIENE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA CUANDO SE DEMANDAN ACTOS PROFERIDOS POR UNO DE SUS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN, COMO LO ES EL ALCALDE METROPOLITANO.

En el recurso de apelación el Área Metropolitana de Bucaramanga se limitó a aducir la falta de legitimación por pasiva porque quien expidió los actos acusados no fue su Gerente, quien la representa legalmente, sino el Alcalde Metropolitano - quien no tiene su representación legal - en ejercicio de competencias municipales. (...). Haciendo uso de los conceptos enunciados en el acápite anterior [sobre legitimación en la causa] se tiene que el Área Metropolitana de Bucaramanga estaba legitimada de hecho en la causa por pasiva porque la demanda en estudio le imputó la expedición de actos administrativos ilegales y la vulneración de derechos del actor, como consecuencia de la cual formuló en su contra pretensiones de nulidad y resarcitorias. Por otra parte, el Tribunal le notificó

personalmente el auto admisorio de la demanda al Gerente del Área Metropolitana de Bucaramanga, funcionario que, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 128 de 1994 la representa legalmente. Para constatar estas afirmaciones basta examinar el texto de la demanda que obra a folios 29 a 33 del cuaderno principal y el acto de notificación del auto admisorio de la demanda al representante legal del Área Metropolitana que obra a folio 164 ibídem. Por otra parte, el único hecho relevante para establecer si el Área Metropolitana de Bucaramanga estaba legitimada materialmente en la causa por pasiva es su participación en la expedición de los actos administrativos que dieron origen a la formulación de la demanda (los Decretos Metropolitanos cuya nulidad se pretende). Para la Sala es claro que el Área Metropolitana de Bucaramanga sí participó en la expedición de los actos cuestionados por las siguientes razones: La Ley 128 de 23 de febrero de 1994, “Por la cual se expide la Ley Orgánica de las Áreas Metropolitanas” estaba vigente cuando se expidieron los decretos acusados y regía las actuaciones del Área Metropolitana demandada. El artículo 1º ibídem definió las áreas mencionadas como “entidades administrativas formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo o metrópoli, vinculados entre sí por estrechas relaciones de orden físico, económico y social, que para la programación y coordinación de su desarrollo y para la racional prestación de sus servicios públicos requiere una administración coordinada” y el artículo 2º ibídem les reconoció personería jurídica. El artículo 7º ibídem estableció sus órganos de dirección y administración así: Artículo 7º. Órganos de dirección de y administración. La Dirección y Administración del Área Metropolitana estará a cargo de una Junta Metropolitana, un Alcalde Metropolitano, un Gerente y las unidades técnicas que según sus estatutos fueron indispensables para el cumplimiento de sus funciones. Al estudiar los decretos acusados se advierte que fueron expedidos por uno de los órganos de dirección y administración del Área Metropolitana de Bucaramanga. En efecto el Decreto Metropolitano No. 0011 de 18 de junio de 1997, “Por el cual se autoriza una ruta de transporte” fue proferido por el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga “en uso de las facultades legales y en especial las conferidas por los Decretos 080 de 1987 y 1787 de 1990 y la ordenanza 094 de 1996, y el Decreto Metropolitano No. 0013 de 3 de septiembre de 1997 “Por el cual se resuelven unos recursos” interpuestos contra el decreto anterior, también fue proferido por el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga en ejercicio de las mismas competencias. Como está demostrado que los actos acusados fueron expedidos por un órgano de dirección y administración del Área Metropolitana de Bucaramanga (el Alcalde Metropolitano) y ese hecho es condición necesaria y suficiente de la legitimación material en la causa por pasiva que el apelante pretendió desvirtuar, se impone la confirmación del fallo apelado.

[Sentencia del 12 de noviembre de 2009, Exp. 68001-23-24-000-1997-13681-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

4. SE AJUSTA A LA LEGALIDAD ACUERDO POR EL CUAL SE ESTABLECEN LAS TASAS Y SE FIJAN LAS TARIFAS POR LOS SERVICIOS DE FUMIGACIÓN, INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO QUE LA SECRETARÍA DE SALUD Y DE AMBIENTE DE BUCARAMANGA DEBE EJECUTAR EN EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, EXPEDIDO POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE DICHA CIUDAD.

En su articulado, el acto acusado, consagra que el concepto sanitario previo favorable se requiere para todo inmueble destinado a arrendamiento, vivienda, comercio e institucionales e implica una fumigación para realizar control de plagas, POR LO CUAL SE PAGARÁ UNA TASA, de acuerdo con las tarifas allí señaladas. El inciso 2º del artículo 338 de la Carta Política, prevé: “La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos”. Por su parte, el artículo 313, numeral 7, ibídem, le atribuye a los Concejos Municipales la facultad de reglamentar los usos del suelo y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Observa la Sala que el acto acusado contiene un método para definir los costos de los servicios que se prestan para efectos de la determinación de la tarifa a pagar. Ello, aunado al hecho de la competencia que en esta materia la

Carta Política le ha atribuido a los Concejos Municipales y a que por mandato legal (Código Sanitario) se debe garantizar un control sanitario por parte de las autoridades competentes, conlleva considerar que el acto acusado está ajustado a la legalidad. De otra parte, conforme lo advierte el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal, la materia objeto del Acuerdo acusado no está comprendida en el PLAN DE ATENCIÓN BÁSICA, estipulado en la Resolución 4288 de 1996, expedida por el Ministerio de la Protección Social, visible a folios 77 a 85, que guarda relación directa con el Sistema de Seguridad Social en Salud. Dicho Plan, que prevé acciones de promoción por parte de los Municipios y Distritos, para garantizar la salud integral de niños y adolescentes, personas de la tercera edad, con deficiencias, discapacidades, minusvalías, con un principio de gratuidad, no reemplaza las facultades que la Carta Política le atribuye a los Concejos en materia de regulación de usos del suelo, ni la de permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, previa fijación del sistema y el método para definir los costos y beneficios, frente a actividades que son propias de los Municipios en busca de la eficiente prestación de los servicios a su cargo que contribuya al mejoramiento social y cultural de sus habitantes. De lo anterior se colige que el fallo apelado debe revocarse para disponer, en su lugar, la denegatoria de las pretensiones de la demanda.

[Sentencia del 12 de noviembre de 2009, Exp. 68001-23-15-000-2002-00781-02. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. PROTECCIÓN DE MADRE CABEZA DE FAMILIA EN CASO DE SUPRESIÓN DE CARGO CON BASE EN EL PROGRAMA DE RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si bien los artículos 8 y 12 de la Ley 790 de 2002 consagran la obligación por parte de las Entidades de pagar a favor de los empleados con nombramiento provisional que sean retirados del servicio por supresión del cargo, en desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública, una compensación económica, en el presente caso, aunque es indudable que la actora se encontraba nombrada bajo esa modalidad, su condición de madre cabeza de familia, la incluía dentro de las previsiones del artículo 12, pues sus circunstancias personales que la hacen especialmente vulnerable, priman sobre el hecho de que su nombramiento fuera provisional. Lo anterior teniendo en cuenta que la mujer por disposición del artículo 53 Constitucional tiene protección especial, y que los niños de acuerdo con el artículo 44 ibidem, prevalecen sobre todos los demás. La afirmación de la Entidad según la cual para que la actora tuviera derecho a las prerrogativas contempladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, debía encontrarse inscrita en carrera administrativa, no es exacta, teniendo en cuenta que, tanto la ley como su decreto reglamentario se refieren a las madres cabeza de hogar y demás personas protegidas sin referirse a su forma de vinculación. Siendo así, no le es dado a la administración hacer una distinción que la norma no contempla, y menos aún en detrimento de derechos constitucionales a los cuales se les ha dado especial preponderancia. Tanto la Ley 790 de 2002 como su Decreto Reglamentario 190 de 2003, disponen que dentro del desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública “no podrán ser retirados del servicio” entre otros, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, sin referirse a la posibilidad o no de supresión de sus cargos. En las anteriores condiciones, no asiste razón a la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- cuando afirma que el artículo 12 señalado prohíbe la supresión de los cargos de aquéllas personas que se encuentren en las condiciones de vulnerabilidad que en él se contemplan. La norma es clara en señalar que no pueden ser retirados, es decir que ante la supresión del cargo deberán ser reincorporados y por tal razón la demanda, en cuanto se encaminó a solicitar la nulidad de la Resolución 277 -acto de incorporación-, estuvo bien dirigida.

[Sentencia de 21 de octubre de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2004-04425-02\(2636-08\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

2. NULIDAD DEL ACTO QUE DECLARÓ LA ILEGALIDAD DEL CESE DE ACTIVIDADES EN LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - METROSALUD

La entidad para la que laboraban quienes intervinieron en el cese parcial de actividades, era una Empresa Social del Estado, que tiene a su cargo la prestación de un servicio público esencial, caso en el cual, la normatividad ha señalado su ilegalidad. En efecto, el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que la suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los casos que allí señala y en lo que interesa para el proceso, en el literal a) expresa: “Cuando se trate de un servicio público”. La anterior fue la consideración que tuvo en cuenta el Ministerio de la Protección Social al momento de declarar la ilegalidad de los ceses de actividades presentados en esa Entidad, a través de la Resolución No. 000152 del 28 de febrero de 2003, demandada en este proceso. Las normas del código laboral, no consagran un procedimiento especial. Simplemente, el artículo 451 dispone que la ilegalidad debe ser declarada administrativamente por el Ministerio del Trabajo. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Subsección ha sido enfática en señalar que el trámite abreviado que debe adelantar la autoridad encargada, no significa, en manera alguna, el desconocimiento de las reglas generales del procedimiento administrativo, que obliga a las autoridades a informar a los afectados que en su contra se adelanta una actuación y por consiguiente a brindarles los mecanismos que el debido proceso establece. En la providencia citada, al decidir un caso similar, se expresó: (....) Ha de aclararse que no es el procedimiento previo de verificación del cese lo que requería citación, pues resulta apenas lógico que se faculta a la administración para llegar intempestivamente, de manera que pueda constatar integralmente cuál es la situación que se vive en la empresa, diligencia para la cual lo estipulado era la exigencia de la presencia de un representante sindical. La omisión que subraya la Sala está relacionada con el procedimiento que desencadena la petición de declaratoria de ilegalidad del cese o su inicio en forma oficiosa porque es aquí donde comienza la disquisición administrativa que culminará con una decisión que afecta a terceros.

NOTA DE RELATORÍA: Se cita sentencia 3536-04 del 6 de marzo de 2008. MAGISTRADO PONENTE: DR. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[Sentencia de 26 de agosto de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2003-00380-01\(4236-03\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

3. HECHO AISLADO GRAVE PUEDE CONSTITUIR MALA CONDUCTA QUE IMPIDA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL. SE ORDENA RECONOCER LA PENSIÓN GRACIA A DOCENTE SUSPENDIDA EN EL CARGO POR ALTERACIÓN EN LA FECHA DE NACIMIENTO EN LA PARTIDA DE BAUTISMO, POR NO INCURRIR EN MALA CONDUCTA AL NO EXISTIR DOLO DE LA BENEFICIARIA, LO CUAL QUEDÓ PROBADO DENTRO DEL PROCESO PENAL, Y CUMPLIR LOS REQUISITOS LEGALES A LA FECHA DE LA NUEVA PETICIÓN.

La mala conducta debe ser permanente durante el ejercicio de la labor docente, sin embargo, si bien es cierto que un hecho aislado no puede traer consecuencias en el desarrollo de la enseñanza por parte de un maestro, también lo es que un hecho aislado, considerado grave puede significar una mala conducta que impida el reconocimiento pensional. La demandante acreditó los requisitos de tiempo y edad que señala la ley para acceder a la prestación, ya que laboró en el ramo de la educación en entidades del orden territorial por más de 20 años y tiene más de 50 años de edad. La Entidad consideró que la educadora no cumplió el requisito de buena conducta debido a que incurrió en mala conducta establecida en el literal h. del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, al alterar la fecha de nacimiento de su partida de bautismo para obtener la pensión gracia a los 40

años; por este hecho fue suspendida por un Juez 25 de Instrucción Criminal. Sin embargo, dentro del proceso penal quedó demostrado que la conducta de la demandante no fue dolosa, es decir, que no se configuraron las causales g., ni h. del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979; según lo expuesto en el expediente penal, la actora no tenía conocimiento de la falsedad, además fue ella quien denunció el hecho cuando lo conoció y así lo manifestó el Juez de Instrucción al afirmar que la demandante se asesoró de un profesional del derecho, quien obtuvo el beneficio pensional, y ella hizo uso de la Resolución cobrando la mesada, hasta que se dio cuenta del ilícito y decidió no seguir recibiendo el dinero, por tal razón concurrió una causal de inculpabilidad. En las anteriores condiciones, para la Sala es claro que la actora cumple con la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación especial, conforme al régimen jurídico vigente, pues dado el carácter excepcional con que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos, entre los cuales se encuentra el previsto en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913, es decir, haber observado buena conducta, sin que esta ley hubiera limitado tal requisito solo a la época de determinación de labores y reclamación pensional. En las anteriores condiciones, para la Sala es claro que la actora cumple con la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación especial, conforme al régimen jurídico vigente, pues dado el carácter excepcional con que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos, entre los cuales se encuentra el previsto en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913, es decir, haber observado buena conducta, sin que esta ley hubiera limitado tal requisito solo a la época de terminación de labores y reclamación pensional. En esas condiciones, la Docente satisfizo totalmente los requisitos especiales para tener derecho a la pensión gracia, por lo que la sentencia impugnada amerita ser revocada para en su lugar disponer el reconocimiento de la prestación solicitada; el status de pensionada lo adquirió el 17 de mayo de 1984, fecha en la que cumplió los 50 años de edad .

[Sentencia de 21 de mayo de 2009, Exp. 73001-23-31-000-2005-01152-01 \(2040-06\), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

4. a) DESVIACIÓN DE PODER AL ACREDITARSE QUE LA MODIFICACIÓN DEL MANUAL DE FUNCIONES TUVO POR FINALIDAD LEGALIZAR EL NOMBRAMIENTO DEL REEMPLAZO DE OTRO FUNCIONARIO DECLARADO INSUBSISTENTE

Si bien es cierto que la entidad demandada, en virtud de la Autonomía Administrativa otorgada por los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional y conforme lo establece la Ley de creación 182 de 1995, por tratarse de una Entidad Autónoma Independiente puede fijar y modificar el Manual de Funciones y Requisitos de la Planta de Personal, también lo es, que lo discutido en el *sub-lite* se orientó a establecer si la modificación de los requisitos para el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno se dispuso con la intención de favorecer el reemplazo del demandante, y no las atribuciones legales de administración de la Planta de Personal. Al momento de nombrar al reemplazo del actor, esto es, a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis, estaba vigente el Manual de Funciones y Requisitos para el cargo previsto en la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002 que ordenaba acreditar para el desempeño del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, entre otros, el título de Contaduría Pública. La Sala no discute la necesidad de imponer nuevos requisitos para los empleos dentro de la Función Pública, pero la premura, velocidad y delegación con que la entidad actuó en el sub-exámime, advierte el favorecimiento a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis para que pudiera posesionarse en el cargo, pues como se dijo, al momento del nombramiento acreditaba el título en Derecho y no el de Contaduría Pública, siendo modificada tal situación para incluir aquella profesión y otras, cinco (5) días después de su designación, por Acta No. 911 de 2 de julio de 2002, demostrándose una evidente desviación de poder en detrimento del señor Gerardo Terán Malagón. A simple vista se advierte que la modificación de los requisitos del cargo no estuvo precedida de un estudio objetivo efectuado por la CNTV con miras a determinar los requisitos para desempeñar el empleo público, sino que a los cinco (5) días del nombramiento se ordenó incluir

otras profesiones, entre ellas el Derecho, para que la Dra. Liliana Jaramillo Mutis pudiera fungir como Funcionaria Pública. Pese a que el recurso de alzada expresó que la CNTV en reiteradas oportunidades ha modificado el Manual de Funciones y Requisitos en procura del mejoramiento del servicio, para la Sala no existía razón suficiente para ordenar una nueva modificación del Manual de Funciones y Requisitos dado que sólo habían transcurrido dos (2) meses y cinco (5) días de la expedición de la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002

b) En caso de declaración de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, que se ha desempeñado en forma excepcional, le corresponde a la administración la carga de la prueba de la expedición del acto administrativo por necesidad y mejoramiento del servicio.

La facultad discrecional debe ser utilizada con la finalidad de buscar el mejoramiento del servicio, pues no podría existir otra justificación para emplear tal instrumento como lo prevé el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Dicho en otros términos, si el artículo 209 de la Constitución contempla que "...la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...", la facultad discrecional debe propender por lograr este contenido, Vr. Gr., el interés general y los principios allí previstos, materializados en las necesidades y mejoramiento del servicio así como por razones de este. La sentencia de la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado de 13 de octubre de 2005, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, (2906-03), indicó que tratándose de empleados que han desempeñado una excepcional labor, debe la Administración demostrar las razones que tuvo para declarar insubsistente el nombramiento, encontrándose en el *sub-lite*, que la CNTV limitó su defensa a demostrar la facultad que tiene para modificar el Manual de Funciones y Requisitos omitiendo probar las razones del buen servicio que llevaron a declarar insubsistente el nombramiento del demandante. Como quedó establecido, la CNTV no demostró fehacientemente que el reemplazo haya mejorado el servicio, todo lo contrario, además de encontrarse demostrada la desviación de poder al modificarse el Manual de Funciones y Requisitos, es claro que dentro del plenario se debieron esgrimir al menos las calidades que mejoraban los requisitos y experiencia que acreditó el demandante exponiendo razones claras, concretas y fundamentales en procura del interés general. El argumento de la confianza que caracteriza los cargos de libre nombramiento y remoción, no es absoluto cuando se presenta la desviación de poder para favorecer intereses particulares, sin que deba probar el actor, como pretende la entidad demandada, la desmejora en el servicio con el nombramiento de su reemplazo. Si como quedó visto, la CNTV debe probar las razones del buen servicio para declarar la insubsistencia, es a esta a quien le correspondía la carga probatoria según lo contemplado en el artículo 177 del C. de P. C, sin que obre tal situación desvirtuándose las calidades del empleado nombrado en reemplazo respecto del demandante conforme se desprende de la comparación efectuada a las Hojas de Vida aportadas al plenario.

c) Presupuestos procesales para proponer nulidad por no integración del litis consorcio necesario

Respecto de la solicitud de nulidad manifestada por la CNTV dentro de los alegatos de conclusión, fundada en el numeral 9 del artículo 140 del C.P.C., pues en su sentir se omitió la integración del litis consorcio necesario, como quiera que no se vinculó al proceso a quien ejerce el cargo al que se reintegraría el demandante, violándose sus derechos del Debido Proceso, Defensa y Contradicción, considera la Sala que: La entidad demandada tuvo la oportunidad de alegar dicha nulidad al momento de la contestación de la demanda, sin que ahora cuente con la oportunidad procesal para tal efecto, conforme lo prevé el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 83 del Decreto 2282 de 1989, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A. Esta preceptiva vislumbra que la entidad demandada no podía proponer la nulidad deprecada con la finalidad de retrotraer el proceso al momento de su admisión, pues no cumple con los presupuestos procesales para tal situación, a saber: Haberla alegado dentro de las excepciones

propuestas en la contestación de la demanda. Ser alegada por la persona afectada, por tratarse de la falta de notificación o emplazamiento, y; por fundarse en la causal 9 del artículo 140 del C.P.C., debiendo haber sido propuesta por la CNTV al momento de actuar procesalmente en el *sub-lite*. Por lo que, para la Sala no existe duda que de conformidad con lo previsto en el artículo 143 *ibídem*, dicha causal de nulidad deberá ser rechazada de plano.

Sentencia de 14 de agosto de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2002-11482 (07-0946), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

5. SE DECLARA LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 1522 DE 1995 POR LA CUAL SE ESTABLECE EL MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y REQUISITOS DE LOS EMPLEADOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

a) La modificación de los estatutos de personal de los empleados del congreso comporta el ejercicio de una función legislativa, razón por la cual no puede ser cumplida por las mesas directivas del Senado y Cámara mediante la expedición de un acto administrativo, según se precisó en la sentencia que declaró la inexecutable del Artículo 6 de la Ley 186 de 1995.

El artículo 6° de la Ley 186 de 1995 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-830 de 8 de agosto de 2001, en la cual señaló esa Corporación que si bien es cierto el régimen de personal de los empleados del Congreso de la República debe ser fijado por la ley (arts. 122 a 131, 150, nums. 23 y 20, 209), al conferirle para tal efecto facultades a las Mesas Directivas de las Cámaras, el Legislador trasladó su función legislativa a una autoridad administrativa distinta de la constitucionalmente señalada para cumplir esa función, pues según lo preceptuado en el artículo 150, numeral 10°, de la Constitución Política, la función legislativa que le corresponde ejercer al Congreso de la República de forma permanente, puede ser objeto de traslado temporal, únicamente al Presidente de la República. La sentencia de la Corte que se viene comentando precisó además que la modificación del estatuto de administración de personal de las Cámaras comporta el ejercicio de una función legislativa y que éste es adoptado por medio de ley, razón por la cual su reforma también debe ser realizada por medio de un acto de igual o superior jerarquía y, por consiguiente, tal función no podía ser cumplida por las Mesas Directivas de Senado y Cámara, mediante la expedición de un acto administrativo y agregó que dicha función bien podía ser trasladada al Presidente de la República pero no a otro funcionario como se hizo, mediante la concesión de facultades extraordinarias, siempre y cuando se observen los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 150-10. Por su parte, la Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia de 29 de enero de 2004, declaró la nulidad de la Resolución No. MD-0975 de 1995, por medio de la cual se estableció el Estatuto de Administración de Personal de los servidores públicos de la Cámara de Representantes, en razón de que habiéndose declarado la inexecutable del artículo 6° de la Ley 186 de 1995, la cual sirvió de fundamento jurídico para dictar la resolución precitada, origina la nulidad de ésta última y en esa medida las súplicas de la demanda estaban llamadas a prosperar, tal como lo ha reiterado la Sala en asuntos de naturaleza jurídica similar.

b) Decaimiento del acto administrativo por pérdida de fuerza ejecutoria al declararse la inexecutable del Artículo 6 de la Ley 186 de 1996 y la nulidad de la Resolución 975 de 1995, que sirvieron de fundamento jurídico para la expedición de la resolución 1522 de 1995

Los actos administrativos pueden perder su fuerza ejecutoria y la obligatoriedad que les es característica a causa de su decaimiento, el cual ocurre, entre otras circunstancias, cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho indispensables para su existencia, como aconteció en el *sub-lite* por la declaratoria de inexecutable (art. 6° L. 186/95) y de nulidad (R. 975/95) de las normas que le sirvieron de base; dicha institución está regulada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. La pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no afecta la presunción de legalidad que lo ampara y como que no existe una acción contenciosa

concreta que permita demandar del Juez de lo Contencioso Administrativo un pronunciamiento en tal sentido, la determinación de su legalidad solo es posible mediante la acción pertinente, en la cual el análisis correspondiente debe realizarse frente a las normas que se encontraban vigentes al momento de su expedición. Corolario de lo expuesto es que habiéndose declarado la inexequibilidad del artículo 6° de la Ley 186 de 1995 y la nulidad de la Resolución N° MD 975 de 28 de junio del mismo año, las cuales constituyeron el fundamento jurídico para que la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes expidiera la Resolución N° MD 1522 el 17 de octubre de 1995, ésta debe ser declarada nula dada su evidente inconstitucionalidad, por cuanto el régimen de personal que regula debía ser fijado por la ley (ordinaria, no orgánica) y no por ese acto administrativo como el demandado en el sub-lite.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2005-00201-00 \(8902-2005\). M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

6. SE DECRETA NULIDAD DE ACTO DE INSUBSISTENCIA POR CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA DE SERVICIOS POR VULNERAR EL DEBIDO PROCESO AL RESOLVER EL RECURSO DE DE REPOSICIÓN CONTRA ESTA DECISIÓN SIN PREVIO TRAMITE A LA RECUSACIÓN DEL FUNCIONARIO CALIFICADOR

El Decreto 1222 de 1993, por el cual se desarrollan los numerales 3° y 4° del artículo 29 de la Ley 27 de 1992, en su artículo 22, indica que a los empleados a quienes les corresponde calificar servicios les serán aplicables las causales de impedimento y de recusación consagradas en el C.P.C. Por su parte el artículo 152 ibídem señala que la recusación debe presentarse ante el mismo funcionario de conocimiento, expresando la causal alegada y su correspondiente fundamentación. En el presente caso el actor fundamentó la recusación en el artículo 150 del C.P.C. numerales 1°, 2° y 9°¹, dirigida contra el jefe inmediato indicando que debió declararse impedido para calificarlo), y de manera concomitante solicitó que se declarara impedido para desatar el recurso de reposición. El artículo 154 del C.P.C., prevé que “el proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la Secretaria el escrito de recusación, hasta cuando hayan sido resueltos, sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad”, quiere decir, que la calificación insatisfactoria que se produjo el 30 de abril de 1997, conservaría su validez, dado que la recusación tiene fecha de 7 de mayo del mismo año. El Administrador de la Zona Acuática, Parque Recreativo ‘Ditaires de Itagüi, debió proceder a analizar el escrito de recusación y si la encontraba fundada separarse del conocimiento del proceso de calificación y remitir la actuación al Secretario General de la Alcaldía Municipal para que resolviera el recurso de reposición; si por el contrario no encontraba fundados los argumentos de la recusación, de igual manera debió remitir la actuación ante el citado funcionario para que se pronunciara respecto a la misma. Quiere decir que el Jefe inmediato del actor, no podía dar trámite al recurso de reposición interpuesto contra la calificación insatisfactoria, hasta tanto no se resolviera la recusación que contra él pesaba; sin embargo, no solamente guardó silencio frente a la misma, sino que mediante Resolución 001 de 4 de junio de 1997 (Fls. 39-42) desató el recurso de reposición, violando de esta manera el debido proceso administrativo del actor, y viciando de nulidad el acto de insubsistencia por calificación insatisfactoria. Adicionalmente se

¹ Código de Procedimiento Civil, artículo 150, “CAUSALES DE RECUSACION. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso.

2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)

9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado. (...)”

incurrió en otra violación al debido proceso en el trámite de la calificación, ya que una vez resuelto el recurso de reposición, le correspondía al Alcalde del Municipio de Itagüí, en su condición de superior jerárquico desatar el recurso de apelación, cosa que no aconteció, pues fue resuelto por el Secretario de Personal.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009, Exp. 05001-23-31-1997-03497-01 \(2576-03\). M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

SECCIÓN TERCERA

1. a) PARA LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES REFERIDAS A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, COMO EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LAS PARTES O LA CIVIL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, EL TÉRMINO DE “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN” ES DE 20 AÑOS (ARTÍCULO 55 LEY 80 DE 1993)

Para la Sala no hay lugar a declarar la caducidad, según se deduce de las siguientes reflexiones: 1) En primer lugar, conviene advertir que el sub examine se originó con ocasión de una acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio oportuno en el contencioso administrativo ha estado regulado en varias normas. En efecto, el Decreto - ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, estableció como término para el ejercicio oportuno de la acción contractual el de dos años contados a partir “de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella” (artículo 136). Luego el Decreto - ley 2304 de 1989, modificó la redacción del aspecto relacionado con el supuesto que desencadena el inicio del cómputo del término, pero preservó el plazo de los dos años dispuestos por el Decreto 01 de 1984, sólo que desde que ocurrieron “los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento” (artículo 23). Y tiempo después, la Ley 80 de 1993, en su artículo 55 dispuso que “[l]a acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos...”. En vigencia de la Ley 80 de 1993, con el fin de armonizar lo previsto en su artículo 55 con lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A., la Sala precisó y ha reiterado que se presentaban dos reglas para determinar el ejercicio oportuno de la acción: (i) Para las controversias contractuales referidas a la responsabilidad patrimonial como el incumplimiento del contrato por las partes o la civil de los servidores públicos, el término de “prescripción de la acción” es de veinte (20) años (artículo 55) y, (ii) Para las demás, vale decir, aquéllas controversias en las que se discuta la validez del contrato, de los actos jurídicos y de los hechos contractuales que no le son imputables a las partes (hecho del príncipe, hechos imprevisibles, etc.), se aplica la regla general de los dos (2) años prevista en el artículo 136 del C.C.A. Actualmente, en esta materia rige la modificación realizada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 al artículo 136 del C.C.A., que cambió los términos para la interposición oportuna de la acción contractual so pena de caducidad, pero la misma es claro que no es susceptible de aplicación en el sub lite, por tratarse de una norma posterior a la presentación de la demanda que suscitó este proceso. 2) De otra parte, es importante señalar que la jurisprudencia de tiempo atrás ha subrayado que el término previsto en la norma de que se trate para instaurar la acción de controversias contractuales debe contabilizarse a partir de la terminación del contrato o desde la liquidación del mismo en los casos en que se requiera, evento este último en el cual deberá comenzar a computarse el plazo desde la fecha en que efectivamente se realizó o desde la fecha en que ha debido producirse. La Sala considera que en el sub exámine no operó la caducidad procesal, pues resulta evidente que entre el 17 de octubre de 1995 -fecha en que debió liquidarse por la entidad- y el 4 de septiembre de 1997 -fecha en que se presentó la demanda- no habían transcurrido los veinte (20) años de que trata el artículo 55 de la Ley 80 de 1993; así mismo, aún si se aceptara que la norma aplicable corresponde a la del artículo 136 del C.C.A. es claro que el cuestionado fenómeno procesal no se produjo, por cuanto fue también formulada dentro de los dos (2) años siguientes a la primera fecha.

b) Efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato

El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional. No puede remitirse entonces a duda: los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito. Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público. A guisa de ejemplo la jurisprudencia de la Sala ha precisado lo siguiente: (i) La aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato. (ii) Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir

o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado.

c) En aplicación del principio de autorresponsabilidad y de la carga de la prueba, la parte que lo alegue, debe demostrar el incumplimiento del contrato

En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y, en consecuencia, (ii) que el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles. No obstante que se probó la existencia del contrato, dado que según la Ley 80 de 1993, aplicable al mismo, “...los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito...” (art. 41), en lo referente al cumplimiento de los requisitos -aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales- que se exigen para la ejecución del contrato (inciso segundo art. 41 original *eiusdem*), se observa que no fueron acreditados en el plenario, pues, de una parte, en el mismo no aparece la imputación presupuestal y el demandante no aportó ningún documento en el que conste el registro presupuestal que debió haberse realizado, y de otra parte, aunque el contratista trajo copia de la póliza de cumplimiento (No. 19 del artículo 25 original *ibidem*), ésta no viene aprobada por la entidad municipal. En definitiva, no existe prueba de que el contratista haya entregado en el tiempo debido el objeto del contrato, ni siquiera el 17 de julio de 1995, como tampoco que el municipio se hubiera negado a recibirlo, pues el documento aportado no permite deducir o inferir esa circunstancia como lo pretende el actor, en tanto su contenido o la sola fecha consignada en él no es indicativa o demostrativa de los hechos aseverados, incluso entre la fecha que se tenía proyectada la realización de la obra -17 de abril de 1995 según la póliza- y la fecha de recibo del mencionado documento -24 de abril de 1996- existe más de un año de distancia. En resumen: los documentos aportados y los testimonios rendidos en el proceso no acreditan que el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales y, en consecuencia, que el municipio incumplió las que le eran exigibles. Ni siquiera aportó el demandante alguna prueba sobre la real existencia de las labores que alegó como recibidas. En este orden de ideas, es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual incumbe, por regla general, a quien lo alega, que en este caso corresponde al actor. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. Por lo tanto, como quiera que el actor no cumplió con la carga probatoria que le era exigible, la Sala al revocar la sentencia apelada por no encontrar configurada la caducidad, negará las súplicas de la demanda, toda vez que el presente proceso se encuentra huérfano de material probatorio que demuestre el incumplimiento demandando a la administración del Municipio de Valencia (Córdoba) con ocasión del contrato celebrado con el actor.

d) Ni la conciliación ni la falta de respuesta a la demanda pueden tomarse como confesión de la entidad pública

Aunque existió una conciliación que no fue aprobada, ello no es elemento que permita atribuir alguna obligación patrimonial a cargo del Municipio de Valencia, dado que una obligación de esa magnitud necesita estar fundamentada en pruebas que la sustenten y de las cuales se carece en el sub exámine; además, si bien obra declaración del Alcalde Municipal en la que manifestó estar enterado de la conciliación y estaba a la espera de la respuesta sobre la existencia de caducidad y que se resolviera si podía o no pagar, no puede ser valorada desde ningún punto de vista como una confesión sobre los hechos por cuanto el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el art. 1, No. 95 del Decreto 2282 de 1989) dispone que no vale la confesión sea espontánea o provocada, de los representantes judiciales de ciertas entidades públicas, entre ellas los municipios. Igual anotación cabe hacer respecto de la falta de contestación de la demanda por

parte del ente territorial -circunstancia que ameritará más adelante algunas reflexiones de otro orden-, en la medida en que no tiene el alcance a que aspira el actor, puesto que se reitera que en materia contencioso administrativo, por el interés público confiado a los agentes del Estado y el principio de legalidad que gobierna las actuaciones de todas las autoridades, el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil antes citado establece que carece de valor la confesión de los representantes judiciales de ciertas entidades públicas, entre ellas los municipios, lo cual, como puede apreciarse de los propósitos del precepto, excluye que su silencio en estos procesos sea valorado como un indicio grave en su contra, máxime cuando en este caso lo que quiere el actor es suplir y excusar su inactividad probatoria respecto de la demostración de los hechos en los que fundamenta sus pretensiones.

e) Las entidades estatales tienen el deber de defender sus intereses. se hace admonición a la entidad pública por su negligente conducta procesal

Finalmente, llama la atención de la Sala la conducta procesal asumida por la entidad demandada, pues pese a hacerse parte, no contestó la demanda; no presentó en la primera instancia ni en esta alegatos de conclusión; es decir, desapareció del proceso dejando a la deriva del decurso procesal la suerte de los intereses de la entidad. De ahí que ante conductas desgastadas por parte de las entidades públicas en el proceso aún se encuentren vigentes las siguientes palabras de esta Corporación: "...Cuando los entes administrativos son actores, o demandados, tienen los mismos derechos y deberes procesales de los particulares, salvo algunas excepciones (...). Por ello es inexplicable que dejen al sentenciador sin el auxilio de sus valoraciones fácticas y jurídicas. Transitando por ese sendero, derechos preciosos ante la conciencia ciudadana, como son el de defensa, que comporta (...) que las partes puedan contestar la demanda, proponer excepciones, pedir pruebas, e intervenir en su práctica, alegar de conclusión, interponer los recursos de ley, en igualdad de oportunidades, todo con el fin de convencer al Órgano Jurisdiccional de la exactitud de sus datos y de la justicia...". En tal virtud, se advierte al Municipio de Valencia (Córdoba) que una conducta procesal pasiva como la observada en el *sub lite* no se compadece con la diligencia y cuidado que debe poner la administración municipal en la defensa de sus intereses en los asuntos litigiosos que en su contra se ventilan en la jurisdicción, ni son ejemplo del deber de colaboración con la Administración de Justicia.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 23001-23-31-000-1997-08763-01 \(17552\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

2. a) SE DECLARA RESPONSABLE A LA NACIÓN POR LAS LESIONES CAUSADAS POR AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL CON ARMAS DE FUEGO DE DOTACIÓN OFICIAL

Se encuentra acreditado que el daño padecido por la parte actora fue causado de forma accidental por un agente perteneciente a la entidad pública demandada, en ejecución de una actividad propia del servicio -operativo policial- con un arma de fuego, además de dotación oficial, y dado que no se observa la presencia de alguna conducta constitutiva de falla del servicio, el título de imputación bajo el cual se debe dirimir el presente asunto será el objetivo de riesgo creado. Como ya se expuso, cuando un daño se produce como consecuencia de la manipulación de un elemento peligroso, como lo son las armas de fuego, sin que medie una conducta reprochable de la Administración, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional, en tanto que el daño constituye la materialización de un riesgo creado lícitamente por el Estado, en desarrollo de las competencias y deberes previstos a su cargo por el ordenamiento jurídico. En efecto, en el caso en estudio se observa que a pesar de que los agentes de la Policía Nacional se encontraban en ejecución de una actividad propia de sus funciones para el cumplimiento de la cual debieron accionar sus armas de dotación oficial -por cuanto eran atacados por los mencionados infractores- lo cierto es que en desarrollo de la misma produjeron un daño colateral, el cual, por lo tanto, le debe ser imputado a la demandada. Considera la Sala que no es posible dar por acreditada la causal

excluyente de responsabilidad denominada hecho exclusivo y excluyente de un tercero, en tanto que si bien se probó que el señor Rendón accionó un arma de fuego en contra de los agentes de la Policía Nacional, no se acreditó que el disparo que lesionó a los señores Elizabeth Pérez Sosa y José Rubiel Rincón Cuéllar, hubiere provenido de dicha arma; por el contrario, sí se probó que el sujeto aludido disparó en dirección de los uniformados, desde el vehículo en el cual huía, mientras éste se encontraba aún en movimiento y que las heridas de los actores sucedieron una vez el vehículo ya había sido detenido por la patrulla de la Policía Nacional y sus ocupantes habían sido asegurados por los uniformados.

b) La pérdida de un testículo genera indemnización de perjuicios morales a favor de la víctima directa y de su esposa y parientes cercanos, y la gravedad de dicha lesión permite graduar el monto de la indemnización

Respecto de la indemnización por perjuicios morales en casos de lesiones, la Sección Tercera había considerado que, para efectos del reconocimiento de dicho perjuicio era necesario diferenciar el tipo de lesión -grave o leve- con el fin de establecer una presunción de carácter probatorio para acceder a la indemnización. En varias oportunidades y, con fundamento en dicha posición, se afirmó que cuando la lesión fuese de aquellas graves, los parientes cercanos de la víctima estaban obligados a demostrar la gravedad de la lesión y el parentesco, para que se pudiera inferir que padecieron el perjuicio moral; y que, en los casos en que la lesión fuere leve, los parientes cercanos tenían la carga de acreditar la lesión, el parentesco y la congoja o tristeza que sufrieron, dado que sin esas pruebas resultaba imposible inferir el padecimiento moral de los familiares cercanos. En todo caso, en ambos eventos, el directamente lesionado tenía derecho a la indemnización por concepto de perjuicios morales, en consideración a que fue quien sufrió directamente el impacto de la lesión. Esa posición varió y mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, la Sala consideró que no hay lugar a diferenciar por razón del tipo de lesión a efecto de reconocer los perjuicios morales, sino que el efecto útil de dicha diferenciación recae en el grado de intensidad del daño y cobra relevancia en la graduación del monto de la indemnización, más no en la prueba del perjuicio como tal. En esa oportunidad, la Sala abandonó la tesis según la cual la presunción del perjuicio dependía de la intensidad de la lesión y acogió la posición descrita, según la cual, hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves. La Sala reitera en esta oportunidad la anterior perspectiva y, con fundamento en ella, procederá a revisar el monto de la indemnización por perjuicios morales a favor de los lesionados y de sus parientes cercanos. Respecto de las lesiones sufridas por el señor José Rubiel Rincón Cuéllar, la Sala considera que el hecho de que la misma haya desencadenado la pérdida de uno de sus testículos, implica cierto grado de gravedad que se verá reflejada en el grado de tristeza y congoja que habría sufrido el lesionado, su esposa, su hijo y sus padres, por lo cual, para la Sala un monto razonable en términos de condena por perjuicios morales, tasado en salarios mínimos legales mensuales -en aplicación de las pautas jurisprudenciales adoptadas a partir de la sentencia proferida por la Sala el 6 de septiembre de 2001, expedientes acumulados 13232 y 15646, corresponde a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el lesionado; para su esposa María Patricia Londoño Correa 30 salarios mínimos legales mensuales, para su hijo menor de edad Jonathan Slay Rincón Londoño 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes y para cada uno de sus padres, José Nicolás Rincón y Francelina Cuéllar, 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 05001-23-24-000-1994-02073-01 \(17927\). M.P. \(ENCARGADO\): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

3. a) SE DECLARA RESPONSABLE AL INVIAS POR LA FALTA DE SEÑALIZACIÓN QUE ADVIRTIERA LA PRESENCIA DE “DEPRESIONES” O HUECOS EN UNA CARRETERA

En el caso concreto está acreditado que, pese a la existencia de huecos en la vía -en términos técnicos, “depresiones”-, en la zona del accidente no se encontraba instalada ninguna de estas señales que advirtieran su presencia. Por tanto, se encuentra que, sumado al incumplimiento de la

obligación de mantenimiento de la carretera, se configuró la falla del servicio consistente en la falta de señalización de los huecos presentes en la carretera que significaban peligro para los usuarios y transeúntes, pues de cumplirse con este requerimiento, la señora Ruiz Valencia hubiera advertido y, eventualmente, evitado el accidente. Se concluye, entonces, que el daño antijurídico causado le es imputable al INVIAS de conformidad con el régimen de la falla del servicio, toda vez que, existiendo un deber jurídico previo, la entidad pública omitió su cumplimiento.

b) El concepto de adecuación de vías es diferente a la de mantenimiento. Los municipios deben adecuar las vías dentro del perímetro urbano

Los municipios tienen la obligación de “adecuar la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano de conformidad con las necesidades de la vida municipal”. En efecto, la norma regula aquella situación fáctica en la que una vía nacional se ubica en el perímetro urbano de un municipio, situación que le exige, eventualmente, intervenir la vía en su estructura o realizar las obras que demande a efectos de acomodarla o adecuarla a las exigencias propias del área o perímetro urbano. Así mismo, es trascendental, a efectos de establecer el alcance de la obligación de adecuación de esas vías nacionales, determinar en que consiste el “perímetro urbano”. Como puede observarse, el área urbana es catalogada como tal, en razón a sus particularidades, a las cuales debe acomodarse o adecuarse la respectiva vía nacional ubicada en su perímetro, y fue eso, precisamente, lo que previó la norma en comento. Siendo así, por el hecho de que la vía cuente con esa naturaleza y, por tanto, sea responsabilidad del INVIAS, no impide que el municipio la intervenga y adelante las obras o adecuaciones estructurales necesarias para garantizar el normal funcionamiento de la “vida municipal”. Los conceptos anteriores ofrecen claridad en cuanto a la obligación de los municipios en relación con las vías del orden nacional que traspasan o se ubican en el perímetro o suelo urbano, toda vez que, cuando el art. 1 en su letra d) del decreto 80 de 1987 les impone la obligación de adecuar o acomodar la estructura de las vías o carreteras nacionales según las necesidades de la “vida municipal”, hace referencia a la realización de las obras requeridas para el debido funcionamiento del municipio, esto es, para la correcta prestación de los distintos servicios públicos -entre ellos los domiciliarios-, también para garantizar la movilidad vehicular y peatonal en la zona y, así, facilitar la urbanización y edificación. Según lo anterior, consecuentemente, cuando el municipio, en desarrollo de las actividades necesarias para la adecuación de la vía nacional, cause un daño antijurídico, el ente territorial responderá. Se observa que la norma otorga a los municipios la obligación y/o potestad de adecuar o acomodar las vías nacionales de acuerdo con sus necesidades, a efectos de garantizar la prestación de los servicios públicos, situación que exige la construcción de diferentes redes físicas -alcantarillado, acueducto, etc.-; de regular la circulación vehicular o peatonal en la zona, integrando o facilitando la convexidad de esa vía con las demás del orden municipal -construyendo cruces viales y puentes peatonales-; facilitar la urbanización y edificación en determinada área; entre otras actividades con similar finalidad y que no están relacionadas con la construcción, el mantenimiento o la señalización de una vía nacional. Sin embargo, no puede entenderse que dicha obligación de adecuar o acomodar signifique el mantenimiento, sostenimiento o la señalización de la respectiva vía nacional. Efectivamente, y teniendo claridad sobre el concepto y alcance de la obligación de “adecuar”, es preciso considerar sus diferencias frente a las actividades relacionadas con el “mantenimiento”, vocablo que define, en lo pertinente, el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua como el “Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente”. La obligación de mantenimiento se establece a efectos de garantizar el funcionamiento apropiado de la vía, la cual, en todo caso, está al servicio de los entes territoriales. En el mismo sentido, en cuanto a la obligación de señalización de la vía, se concluye que, sumado a que no se trata de una actividad de “adecuación”, tampoco es “estructural”, por ende, no cumple con las condiciones impuestas por la norma a efectos de que su cumplimiento sea responsabilidad de los entes territoriales. En conclusión, el argumento propuesto por la entidad recurrente no es válido, pues no es obligación de los municipios realizar las actividades correspondientes al mantenimiento o señalización de las vías del orden nacional, por tanto, frente al caso concreto, no puede imputarse la responsabilidad del

daño antijurídico al municipio de Buenaventura por este aspecto, pues ni siquiera existía un deber jurídico previo en tal sentido.

c) El INVIAS no demostró que las obras en el sitio del accidente estuvieran a cargo del contratista al que llamó en garantía

Considerando que en primera instancia la sociedad Conalvías Ltda. fue exonerada por los hechos examinados en el sub iudice, es preciso tener en cuenta que para el INVIAS, de acuerdo con el recurso de apelación, los testimonios rendidos en el proceso dan cuenta que dicha sociedad sí realizó trabajos en el sitio del accidente -kilómetro 5 frente al SENA- y, por tanto, era su obligación señalar la zona, advirtiendo la presencia de los huecos en la vía, por lo que solicitó la declaración de responsabilidad en su contra, por la muerte de Lina Vanessa Ruiz Valencia. Bajo este entendimiento, es imprescindible para la Sala determinar si el sitio de ocurrencia del accidente era objeto del contrato No. 449-93 y, además, establecer si en ese lugar se realizaron obras por parte de la sociedad contratista. Considerando que la Sala requiere certeza en relación con el alcance del objeto contractual, a efectos de determinar si cubría o no el sitio de ocurrencia del accidente y, además, para establecer si en ese lugar, la sociedad contratista realizó trabajos de obra, hay que concluir que los medios probatorios expuestos no ofrecen claridad sobre esos aspectos y carecen de contundencia. Lo anterior se constata, igualmente, de la certificación expedida por el INVIAS, que se refiere al objeto contractual y a su alcance en términos de “aproximación”, aspecto que impide establecer con certeza lo propuesto en este acápite, más cuando se trata de la definición de un asunto de orden técnico, lo que dificulta su análisis a partir del indicio. Así, es preciso concluir que no hay certeza sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó el contrato, y mucho menos, si para el momento de los hechos -11 de junio de 1994-, el sitio del accidente se encontraba en obra, más aun cuando se observa que el objeto del contrato comprendía las dos calzadas (oriente-occidente y occidente oriente), y no se conoce el avance de la ejecución frente a cada una y, tampoco, si las obras comprendían el Km 5 -frente al SENA de buenaventura-. Considerando, entonces, que no se probó la imputación fáctica contra la sociedad Conalvías Ltda., la Sala la exonerará de responsabilidad frente al caso concreto.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 76001-23-31-000-1995-01182-01 \(16333\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

4. a) EL TEMA DE LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA IMPONER DIRECTAMENTE LAS MULTAS, MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO, NO HA SIDO PACÍFICO

El tema de la potestad de la Administración para imponer directamente las multas, mediante acto administrativo, no ha sido pacífico. Entre las providencias dictadas por la Sala en las cuales se admitió que en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Administración contaba con competencia para imponer multas, se destacan las siguientes: auto de 6 de agosto de 1998, expediente 14558, sentencia de 29 de junio de 2000, expediente 16756 y auto de 4 de junio de 1998, expediente 13988. Nuevamente en el año 2002 la Sala, estando en vigencia de la Ley 80 de 1993, se refirió a la facultad que tiene la Administración para imponer unilateralmente las multas al contratista sin que se requiera acudir al juez del contrato (sentencia de 20 de junio de 2002, rad. 19488). En el año 2005, en sentencia 20 de octubre, expediente 14579, la Sala modificó su criterio y determinó que según los mandatos de la Ley 80 de 1993, la Administración no tenía la potestad de sancionar con multas al contratista incumplido, materializando su decisión mediante la expedición de un acto administrativo, sino que debía acudir al juez del contrato, lineamiento que permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007. De conformidad con estos lineamientos, que la Sala ahora reitera, con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del

contrato. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades del Estado recobraron la potestad sancionadora para imponer unilateralmente multas a los contratistas. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas indicando el procedimiento a seguir para ello. De la norma transcrita se destaca la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto que la cláusula de multas es facultativa, aspecto que la Ley 1150 de 2007 enfatiza de manera expresa a diferencia de los anteriores estatutos de contratación administrativa; en consecuencia, la entidad pública contratante tan sólo estará facultada para imponer multas, de manera unilateral y obtener su pago, por cualquiera de los mecanismos establecidos en la misma ley, si éstas se hubieren pactado en el respectivo contrato. La norma es enfática en determinar el carácter conminatorio de la multa cuyo ejercicio está supeditado a que tenga tal condición, es decir, que con la Ley 1150, de manera explícita, las multas encuentran su verdadera esencia y finalidad orientados a apremiar al contratista para que éste de cumplimiento a sus obligaciones en la oportunidad y términos pactados. De otra parte, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importantes para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encauzarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual y evitando que el contrato sea incumplido definitivamente y, como consecuencia, se deba producir la declaratoria de caducidad, medida que en la mayoría de los casos conduce a que el contrato celebrado no cumpla su finalidad pública, que es el interés general representado en el beneficio que su ejecución reporta a la comunidad. Cabe resaltar otro aspecto importante en relación con los mandatos contenidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo Parágrafo Transitorio extendió la facultad de imponer las multas, incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando hubieren sido pactadas y por voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. Opera aquí la aplicación de la norma expedida con posterioridad a la celebración del contrato para efecto de la imposición y cobro de las multas siempre que convencionalmente las partes las hubieren previsto, pero además hubieren aceptado la competencia de la entidad estatal contratante para aplicarlas por acto administrativo, fenómeno que ha sido entendido por la doctrina como “retrospectividad” de la norma.

b) En los contratos regidos por el derecho privado y en los contratos interadministrativos las entidades públicas no están facultadas para imponer multas

Como el convenio 4129-D se rigió por el régimen del derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común. Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala, contenido en sentencia de 21 de octubre de 1994, Expediente 9288, en el cual se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado. Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. A lo anterior se agrega que cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos inter-administrativos y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos

o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 1993, si se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos. La jurisprudencia de la Sección Tercera ha determinado que la competencia constituye el primero y más importante requisito o presupuesto de validez de la actividad administrativa que faculta a quien ejerce funciones administrativas actuar dentro del marco de la legalidad, en acatamiento del derecho fundamental del debido proceso y el principio de legalidad, consagrados en la Constitución Política, esenciales en un estado de derecho. Significa que cuando el ISS decidió imponer la sanción de multa a la Corporación GRANAHORRAR, mediante la expedición de la Resolución 0400 de 15 de febrero de 2000, debía encontrarse autorizada por la ley, pero como las normas del derecho privado no consagran competencia alguna a las entidades del Estado para imponer multas mediante acto administrativo unilateral y la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en que se celebró el contrato, tampoco atribuía dicha competencia a las entidades públicas, resulta claro que actuó sin competencia funcional y, por lo tanto, el acto administrativo que impuso la sanción y aquel que confirmó la decisión, se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia, la cual será declarada.

c) Al anularse el acto que impuso una multa, lo procedente es devolver indexado el valor pagado. En dichos casos no procede el reconocimiento de intereses

Si la multa se pagó en su totalidad como se encuentra probado y el acto administrativo que la impuso, Resolución No. 0400 de 2000 y aquel que la confirmó, Resolución 4259 del mismo año, se encuentran viciados de nulidad, como también ha sido demostrado; consecuencia lógica es que los actos demandados, por efecto de la nulidad que será declarada, desaparezcan de la vida jurídica y, por lo tanto, la multa impuesta pierde su fundamento legal situación que impone su devolución a la parte que fue sancionada, esto es, a la Corporación GRANAHORRAR. La reparación del daño antijurídico causado por la Administración pública debe ser integral, en consecuencia, el valor que corresponde al resarcimiento del perjuicio debe actualizarse o indexarse al momento en que se produzca el reintegro efectivo, con el fin de traer a valor presente la suma que será devuelta y de esta manera compensar el fenómeno económico de la pérdida del valor adquisitivo del dinero en el tiempo o depreciación. En este contexto debe llegarse a la conclusión que la suma que debe reintegrarse a la parte actora, en virtud de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que impuso la sanción, deberá ser indexada con el fin de mantener el valor del dinero en el tiempo. El valor de la multa impuesta, que debe ser reintegrada a la Corporación GRANAHORRAR, indexada al mes de julio de 2009, con el IPC, asciende a cuatrocientos treinta y tres millones veintiún mil ochocientos seis pesos (\$433'021.806) M/Cte. La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones: i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada. ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS. iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución. iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos

moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-26-000-2001-01219-01 \(24639\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

* Con aclaración de voto

SECCIÓN CUARTA

1. LA DIAN ESTA FACULTADA PARA DEJAR SIN EFECTO UNA FACILIDAD DE PAGO POR CANCELACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CUOTAS PACTADAS

Situación fáctica: La DIAN declaró sin vigencia la facilidad automática para el pago que había concedido por haberse realizado el pago de la primera cuota quince días más tarde de lo acordado ante lo cual la contribuyente considera que tal decisión no se compadece con el valor de la justicia material predicado en la Constitución de 1991 y los lineamientos del Estado de Derecho.

Tesis: De la lectura de los artículos 804 del Estatuto Tributario y 6° del Decreto 425 de 2004, se infiere que la Administración de Impuestos cuenta con la facultad legal inmediata de dejar sin efecto las facilidades de pago otorgadas a los contribuyentes, agentes de retención y responsables, ante el eventual incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas allí estipuladas. Debe, además, como consecuencia del incumplimiento, adelantar el cobro coactivo del saldo total pendiente de pago. En el caso concreto, observa la Sala que a la sociedad demandante le correspondía efectuar el pago de la primera cuota establecida en la facilidad de pago, a más tardar el día 22 de diciembre del 2004. No obstante lo hizo extemporáneamente el día 28 de enero del 2005. Es decir que no cabe duda de que al haber efectuado el pago por fuera del término a que se acogió la demandante con la facilidad de pago, se configura *ipso facto* la causal de incumplimiento de dicho beneficio, en los términos del artículo 804 del E.T. y de los artículos 6 y 7 del Decreto 425 del 2004. Configurada entonces la causal, la demandada, en virtud de autorización legal, bien hizo en dar por finalizada la facilidad de pago otorgada a la demandante y adelantar el consecuente proceso administrativo de cobro coactivo.

[Sentencia de 8 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00784-01 \(16314\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS.](#)

2. a) NO EXISTE INDEBIDA O FALSA MOTIVACIÓN EN EL REQUERIMIENTO ESPECIAL Y LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN CUANDO EXPLICAN LAS RAZONES PARA MODIFICAR LA LIQUIDACIÓN PRIVADA EN INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación Fáctica: La subdirección de impuestos del Municipio de Santiago de Cali, previo emplazamiento para corregir y posterior requerimiento especial, profirió liquidación de revisión aumentando la base gravable de la declaración de industria y comercio del año gravable 2001 al considerar que la contribuyente descontó dos veces de la base gravable los ingresos por diferencia en cambio.

Tesis: De conformidad con el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos que contienen decisiones que afectan a los particulares deben motivarse al menos de forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión, garantizan el derecho de defensa y de audiencia del contribuyente y, enmarcan el contenido de la liquidación de revisión y su discusión. Por lo anterior, los motivos de los actos administrativos constituyen un

elemento estructural y su ausencia o la falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con el artículo 84 *ibidem*. En el caso bajo análisis, confrontados los motivos expresados por la Subdirección de Impuestos y rentas del municipio en el Requerimiento Especial y, en la Liquidación de Revisión, no existe la alegada indebida o falsa motivación, pues, como lo sostuvo el Municipio, el hecho siempre se refirió a que se había deducido dos veces el ingreso por diferencia en cambio. Es decir, la controversia se basó en un idéntico fundamento de hecho y de derecho. Encuentra la Sala que, en la contestación al recurso de reconsideración, interpuesto contra la Liquidación Oficial de Revisión 0339 de febrero de 2005, se puede apreciar que se consideraron cada uno de los motivos de inconformidad presentados por la parte demandante y, se sustentaron los motivos por los cuales, la administración Municipal consideró que se había deducido dos veces el valor objeto de discusión, se aprecia que se hizo énfasis en lo conceptuado por el contribuyente, en cuanto que es un error inocuo, porque se hacen las deducciones en los ítems que no afectaron la declaración, según el actor, cuando sí había diferencia en la liquidación porque cambia las bases de la cual se derivaron las demás actuaciones y operaciones aritméticas.

b) No es posible tratar al mismo tiempo en la declaración de industria y comercio como ingreso fuera del municipio y como deducción la diferencia en cambio

Tesis: Como la actora no aporta prueba alguna que demuestre que no se descontó dos veces el mismo valor, y, el certificado de revisor fiscal es improcedente porque los registros contables pertinentes los desvirtuó la Administración en la verificación directa, la Sala considera que el guarismo modificado se ajusta a la legalidad. Se puede observar que el valor de \$12.794.649.109 fue incluido primero, en la depuración inicial que realizó la firma en mención para determinar los ingresos brutos que llevó en el renglón 14 de la declaración privada del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable 2001 y, luego, en el renglón 17 otras deducciones como actividades no sujetas incluyendo nuevamente la diferencia en cambio por valor de \$12.794.649.109,75, cuando lo correcto era deducir este valor por una sola vez.

[Sentencia de 8 de octubre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2006-02042-01 \(17145\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

3. LOS CONCEJOS MUNICIPALES NO PUEDEN DELEGAR EN EL ALCALDE LA FIJACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA DE LOS IMPUESTOS

Situación fáctica: Se demandó la nulidad del Acuerdo 043 de septiembre 10 de 2003 expedido por el Concejo Municipal de Acacías (Meta) y el Decreto 017 de febrero 12 de 2003 que se refieren al impuesto de alumbrado público. Se argumenta que los actos acusados transgreden las normas constitucionales que otorgan la competencia de imponer contribuciones de forma exclusiva e indelegable a los concejos municipales y no a las alcaldías por lo que fueron expedidos en forma irregular y por autoridad incompetente.

Tesis: De conformidad con el artículo 338 de la Carta, el poder de imposición le corresponde a los órganos colegiados en garantía del principio de que no hay impuesto sin representación, y que involucra la atribución que tienen dichos órganos para fijar los elementos del tributo. En ese orden de ideas, no es posible que las corporaciones públicas en los distintos niveles, trátase del Congreso de la República, las asambleas departamentales o los concejos municipales (al Presidente, gobernadores y alcaldes), deleguen la facultad que la Constitución les otorgó para decretar tributos. En el presente caso, el Concejo de Acacías facultó por el término de seis meses al Alcalde para que “*modifique la tarifa del impuesto de alumbrado público municipal*”, advirtiendo que para el sector residencial y comercial, así como para el rural, no habría ninguna variación. De acuerdo con lo expuesto, no era procedente que el concejo delegara potestades impositivas al ejecutivo, lo cual hace evidente la ilegalidad del Acuerdo acusado, por vulnerar el principio de que no hay impuesto sin representación reconocido en el artículo 338 de la Constitución. El inciso segundo del

artículo 338 de la Constitución admite que las autoridades administrativas fijen la tarifa de las tasas y contribuciones, la misma norma prescribe que los acuerdos deben establecer el sistema y el método para definir los costos de los servicios prestados, en el caso de las tasas y la participación de los beneficios proporcionados, para las contribuciones. En el presente caso esta excepción no aplica pues, como señaló la Sala recientemente, el de alumbrado público es un impuesto. Cabe anotar que el Acuerdo tampoco señaló la manera en que el Alcalde establecería la tarifa. Por lo anterior, debe declararse la nulidad del Acuerdo 043 de 2002, expedido por el Concejo Municipal de Acacias. Así mismo, se declarará la nulidad del Decreto 017 de febrero 12 de 2003, expedido por el Alcalde de Acacias, porque allí establecieron varios de los elementos del tributo, como los sujetos, base gravable y tarifas, sin tener potestades para ello, toda vez que el artículo 338 de la Constitución, únicamente autoriza a los concejos -dentro del ámbito municipal o distrital- para establecer impuestos.

[Sentencia de 26 de octubre de 2009. Exp. 50001-23-31-000-2005-20281-01 \(17123\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

4. a) LOS PAGOS POR SERVICIOS MÉDICOS Y MEDICAMENTOS A FAVOR DE LOS TRABAJADORES SE CONSIDERAN PRESTACIONES SOCIALES QUE NO REQUIEREN EL PAGO DE APORTES PARAFISCALES PARA SU DEDUCIBILIDAD EN RENTA

Situación fáctica: La DIAN mediante liquidación oficial de revisión modificó la declaración de renta por el año gravable 2000 disminuyendo de esa forma el saldo a favor que había sido determinado por la contribuyente y ordenando el reintegro del mayor saldo a favor devuelto más los intereses moratorios incrementados en un 50%, actos liquidatorios que fueron confirmados al decidirse los respectivos recursos de reconsideración.

Tesis: Los pagos que realice el contribuyente a favor de terceros, para la prestación de servicios o adquisición de bienes destinados a sus empleados y la familia de éstos últimos, constituyen pagos indirectos para el trabajador de conformidad con el artículo 5° del Decreto Reglamentario 3750 de 1986. Para el caso, las erogaciones en que incurrió DuPont de Colombia S.A.: por servicios médicos y drogas de sus trabajadores tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, en el entendido que constituyen pagos laborales, pues corresponde a una forma de remunerar a sus empleados a través de pagos indirectos, otorgando unos beneficios por salud que se originan en la relación laboral. Sin embargo, ello no es suficiente para acceder a la deducción, pues de acuerdo con el artículo 108 del Estatuto Tributario, sobre aquellos pagos que constituyen salario debe acreditarse que el contribuyente está a paz y salvo por aportes parafiscales. Las prestaciones sociales son el mecanismo de seguridad social establecido por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador. Actualmente las contingencias laborales están cubiertas por el régimen de seguridad social integral conformado por los sistemas de pensiones, de seguridad social en salud, de riesgos profesionales y de servicios sociales complementarios, de acuerdo con las regulaciones de la Ley 100 de 1993, pero ello no implica que aquellos dineros, servicios u otros beneficios debidos por el empleador en virtud de pactos colectivos, del contrato de trabajo, del reglamento interno de trabajo o de cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador, dejen de considerarse “prestaciones sociales”. De acuerdo con lo anterior, los pagos hechos por la demandante por servicios médicos y drogas para los trabajadores corresponden a **prestaciones sociales**, porque no son retributivos de los servicios prestados, sino que pretenden cubrir, de manera adicional a la cobertura del sistema de seguridad social en salud, las contingencias por salud del trabajador. A pesar de que son pagos laborales de la empresa, no constituyen salario y por tanto no son base de los aportes parafiscales.

b) La provisión para pérdidas, roturas, destrucción u obsolescencia de bienes movibles no es deducible al no estar permitida en la normatividad del impuesto sobre la renta

Tesis: El artículo 64 del Estatuto Tributario permite a los contribuyentes que adopten el sistema de juego de inventarios, la disminución del inventario final por faltantes de mercancía de fácil destrucción o pérdida, “hasta en un cinco por ciento (5%) de la suma del inventario inicial más las compras.” Y, si se demuestra la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pueden aceptarse sumas mayores. Así, lo que la citada disposición autoriza es la disminución del “inventario final”, que es uno de los factores de determinación del costo de los activos movibles, en el sistema de juego de inventarios, y no la deducción por pérdidas en la enajenación de activos movibles, que puedan originarse por la destrucción de las mercancías. Tal disposición está en concordancia con el inciso final del artículo 148 del Estatuto Tributario que de manera expresa prohíbe la deducibilidad de las pérdidas en bienes del activo movable que se han reflejado en el juego de inventarios. En el caso de los contribuyentes que utilizan el sistema de inventarios permanentes, las pérdidas, roturas, destrucción u obsolescencia de bienes del activo movable, deben contabilizarlas creando una provisión que registre la pérdida de valor del inventario, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993. Esta provisión no es deducible de la renta porque para efectos fiscales sólo se permiten las deducciones expresamente permitidas en las normas tributarias y porque así lo dispone el parágrafo del artículo 65 del Estatuto Tributario.

c) Si el libro diario no permite determinar la base gravable del impuesto sobre la renta procede imponer la sanción por libros de contabilidad

Tesis: La Sala recuerda que los comerciantes deben llevar contabilidad regular de sus negocios, para lo cual deberán utilizarse los libros señalados por el legislador. La ley no ha fijado de manera expresa cuáles son los libros obligatorios, sin embargo, de lo previsto en el artículo 125 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993 y en los artículos 49 y siguientes del Código de Comercio, para que la contabilidad sea comprensible, útil y las operaciones sean registradas en estricto orden cronológico, bien sea de manera individual o por resúmenes globales no superiores a un mes, se ha entendido que se requiere la utilización de los llamados libro diario y mayor y balances. En el libro diario se registran todos los movimientos débito y crédito de las cuentas, las operaciones resultantes de los hechos económicos ocurridos en un periodo no superior a un mes. Los asientos que se hacen en este libro se basan en la información contenida en los comprobantes de contabilidad. Si como ocurre en el presente caso, el libro diario no permite verificar los factores necesarios para determinar las bases gravables, porque no se registran los comprobantes de diario identificados, se incurre en la irregularidad sancionable prevista en el literal e) del artículo 654 del Estatuto Tributario. Los libros auxiliares no pueden sustituir en estos fines al libro diario porque, según señala el artículo 126 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993, éstos no se registran y para que los libros comerciales puedan servir de prueba deben haberse registrado previamente a su diligenciamiento ante las autoridades competentes. Los registros auxiliares permiten ampliar la información contenida en los libros obligatorios, pero no reemplazarla.

[Sentencia de 26 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-90788-01 \(16761\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

5. EL HUMEDAL DE GUAYMARAL COMO RESERVA AMBIENTAL NATURAL DE INTERÉS PÚBLICO Y PATRIMONIO ECOLÓGICO NO ESTA SOMETIDO A LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales el Instituto de Desarrollo Urbano IDU asignó la contribución de valorización por beneficio general a los predios de influencia del Plan Obras Viales 1993-1995 ubicados en el sector de Guaymaral. Asimismo se demandan los actos mediante los cuales se asignó la contribución de valorización por beneficio local por las obras de la zona del Eje 1 conforme al Acuerdo 25 de 1995, ya que la propietaria considera que tales bienes son de uso público y no privado.

Tesis: Según la jurisprudencia, los bienes de uso público lo son por naturaleza o por destinación jurídica. Y, dada su naturaleza, la ley prevé que son de uso público las aguas que corren por cauces

naturales, salvo cuando la vertiente nace y muere dentro de un mismo bien o heredad (artículos 677 del Código Civil, 80 y 81 del Decreto 2811 de 1974), situación que ocurre, en los términos del artículo 81 del citado Decreto, cuando el agua brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad. En relación con la naturaleza jurídica de los humedales, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional son concordantes en tenerlos como bienes de uso público, dadas sus características y funciones naturales, con excepción de los que nazcan y mueran dentro de una misma heredad o se encuentren en predios de propiedad privada, los cuales se consideran privados, aunque en este caso la función social y ecológica de la propiedad permite a la autoridad competente imponer limitaciones con el fin de conservarlos (artículos 677 del Código Civil y 67 del Decreto 2811 de 1974 - Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente), evento en el cual se trata de humedales por destinación jurídica. El humedal que se encuentra en los lotes de la actora es de uso público por las dos circunstancias mencionadas. En efecto, además de que no nace y muere dentro de los predios de Incauca S.A., sino que está contenido en varias heredades, según se probó en el proceso, el humedal de Guaymaral fue declarado junto con los demás que forman parte de la Sabana de Bogotá, como reserva ambiental natural, de interés público y patrimonio ecológico de la ciudad por el Acuerdo 19 de 1994 del Concejo de Bogotá (art.1), de conformidad con las demarcaciones que establece el Acuerdo 6 de 1990, efectuadas por la entidad competente. En consecuencia, conforme se anunció, se determinará la contribución de valorización que corresponde pagar a la actora, previa anulación de los numerales de los actos acusados que gravaron las áreas identificadas con el uso 6320 suburbano de preservación hidrográfica, por cuanto éstas corresponden a las zonas afectadas por el humedal que están exentas de la contribución por ser de uso público

[Sentencia de 26 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2000-00444-03 \(15266\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

6. a) LOS PAGOS A COMISIONISTAS DEL EXTERIOR SON DEDUCIBLES EN UN 10% SIEMPRE QUE CORRESPONDAN A EXPORTACIÓN DE MANUFACTURAS

Situación fáctica: Se demanda la liquidación de revisión por medio de la cual se limitó las deducciones por pagos a comisionistas del exterior al 5% por no corresponder a la exportación de bienes manufacturados y rechazó algunos pagos de origen salarial respecto a la declaración de renta por el año gravable 1992.

Tesis: El artículo 121 del Estatuto Tributario incorporó el artículo 64 del Decreto 2053 de 1974 que consagraba la deducción en idénticos términos. En cumplimiento a esta disposición, el Ministerio de Hacienda expidió la Resolución 02996 de 1976, cuyo artículo 1 estableció que son deducibles, sin que sea necesaria la retención, los pagos a comisionistas en el exterior por la compra o venta de mercancías, materias primas, u otra clase de bienes, en cuanto no excedan del cinco por ciento (5%) del valor de la operación en el ejercicio impositivo de 1975, o del diez por ciento (10%) si se trata de exportación de manufacturas, siempre y cuando los pagos estén debidamente registrados en la Oficina de cambios. La Sala consideró que la Resolución 02996 de 1976 expedida para señalar el porcentaje de deducción por el año gravable de 1975 debía aplicarse hacia el futuro mientras el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no señalara un nuevo porcentaje para los años siguientes, pues de lo contrario, la norma no tendría aplicación efectiva. Es importante precisar que independientemente del uso o destino que le den los compradores de PVC a ese producto, lo que debió establecer la DIAN fue si para la actora el PVC que exportaba correspondía a un resultado de manufactura o no. Si bien en la resolución de reconsideración, la DIAN parte de la definición de manufactura como una obra fabricada a mano o con ayuda de maquinas, el análisis que efectuó no tendió a establecer si el PVC que exportó la actora era una obra fabricada por ella, sino que la descalificó como tal por el uso o calificación que le dieron sus compradores como materia prima. Mientras que la demandante ha demostrado que el PVC que exportó y sobre el cual pagó las comisiones cuya deducción solicitó, fue producido por ella y por lo tanto es una manufactura. En efecto, el Ministerio de Desarrollo Económico mediante oficio 29225 de 20 de diciembre de 1995

explicó que en la elaboración y producción de cloruro de polivinilo se requiere tanto de la maquinaria como de mano de obra; las resinas y el compuesto de cloruro de polivinilo constituyen bienes manufactureros para el empresario que los procesa y los vende; para el comprador de las resinas y de los compuestos de cloruro de polivinilo, éstos constituyen materia prima manufacturada.

b) Los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre pagos no salariales no hacen parte de la base para liquidar los aportes parafiscales y las contribuciones a la seguridad social pero si deducibles en el impuesto de renta

Tesis: Conforme al artículo 108 del Estatuto Tributario los salarios son deducibles siempre que se acredite el pago de los aportes parafiscales; es decir, se requiere que el contribuyente haya pagado los aportes al subsidio familiar, SENA, ISS y al I.C.B.F., como requisito ineludible para su deducibilidad, para lo cual el contribuyente deberá estar a paz y salvo por tales conceptos del respectivo año gravable. El artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, en lo pertinente dispone que tampoco (constituyen salario) las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones de servicios o de navidad. A su vez el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 señala que por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al SENA, ICBF, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993. Con fundamento en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, la Sala ha precisado que los acuerdos entre empleados y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes parafiscales. En consecuencia, de acuerdo con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo subrogados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, respectivamente, en concordancia con el 17 de la Ley 344 de 1996, los pagos que se hagan por mera liberalidad o por convención y sobre los cuales se haya acordado su carácter no salarial, no constituyen base para calcular los aportes parafiscales y para la procedencia de su deducción no es necesario acreditar el pago de tales aportes. Por esta razón el rechazo de la deducción por pagos laborales efectuados por la actora por bonificaciones extras y por auxilios educativos no tiene sustento jurídico.

[Sentencia de 26 de octubre de 2009. Exp. 13001-23-31-000-1996-10588-01 \(16643\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

7. a) CONTRA LA LIQUIDACIÓN QUE DETERMINA OFICIALMENTE LOS BONOS DE SOLIDARIDAD PROCEDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y NO EL DE RECONSIDERACIÓN

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la administración modificó la liquidación privada del impuesto de renta por el año gravable 1999 al no demostrarse los costos, deducciones, devoluciones, rebajas y descuentos en ventas por garantías de garantías, de manera que cambió el saldo a favor liquidado por la contribuyente por un valor a pagar.

Tesis: Aunque la Ley 487 de 1998 establece facultades de investigación, determinación, discusión y cobro previstas en el Estatuto Tributario contra quienes no realicen la citada inversión, lo hagan de manera extemporánea, o la realicen por una suma menor a la que corresponda, tales facultades se contraen únicamente a la determinación del monto de la base de liquidación y a cuantificar el valor total de la inversión, es decir, que ello no implica la revisión de los factores que hacen parte de declaración de renta de los obligados a invertir en bonos de solidaridad, máxime cuando la base

para su determinación únicamente se realiza con fundamento en el patrimonio líquido del contribuyente sin observar cualquier otro dato consignado o liquidado en la declaración privada, como sí ocurre con la liquidación oficial de revisión establecida en el artículo 702 E.T., que le permite a la Administración verificar de fondo todos los valores consignados en el denuncia rentístico. De otra parte, la naturaleza del acto y el procedimiento para la determinación de la inversión en mención, difiere sustancialmente de la liquidación oficial de revisión prevista en el artículo 702 E.T., pues mientras la primera, se realiza a través de una Resolución contra la cual procede el recurso de reposición, la liquidación oficial de revisión sólo puede ser proferida una vez ha sido enviado al contribuyente el requerimiento especial y contra ella se puede interponer el recurso de reconsideración previsto en el artículo 720 íb.

b) La provisión para pasivos estimados no es deducible hasta tanto no sea contabilizada como costo o gasto real

De acuerdo con el Plan Único de Cuentas para comerciantes (PUC), los entes económicos pueden realizar una estimación de sus costos y gastos, porque existe la posibilidad de que se hagan efectivos o reales posteriormente en un valor o monto que se calcula por aproximación. Lo anterior permite señalar que existen costos o gastos reales y estimados. Ahora bien, la estimación de tales costos y gastos se hace reconociendo en el respectivo ejercicio contable, una provisión en los pasivos, concretamente en la cuenta 2605, la cual, una vez se hace efectivo o *real* el costo o gasto, debe reclasificarse en la cuenta del pasivo en la que se refleje la obligación como tal y ajustarse por defecto la respectiva provisión al valor exacto de la erogación. No obstante, la Sala debe precisar, que contrario a lo estimado por el Tribunal y por la parte demandada, tal estimación de costos o gastos tiene reconocimiento contable pero no fiscal, por cuanto de conformidad con los artículos 59 y 105 E.T., la causación del costo o deducción, para los obligados a llevar contabilidad como ocurre en el *sub lite*, se presenta sólo cuando nace la obligación. Entonces, para la fecha en que se *estima* el costo o gasto y se hace la provisión, todavía no ha surgido la obligación y, por tanto, no puede ser reconocida para efectos tributarios, de acuerdo con las normas antes citadas, sino hasta el momento en que sea contabilizado como un costo o gasto real. Es por lo anterior, que la actora no podía haber solicitado la deducción en el año gravable 1998.

[Sentencia de 26 de octubre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2003-01071-01 \(16736\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

8. LA EXPORTACIÓN DE BIENES A NO RESIDENTES ES UNA OPERACIÓN DE CAMBIO QUE DEBE SER CANALIZADA A TRAVÉS DEL MERCADO CAMBIARIO SO PENA DE IMPONERSE SANCIÓN CAMBIARIA

Situación fáctica: Se demanda el acto mediante el cual la DIAN impuso sanción por infracción al régimen cambiario respecto a la exportación de bienes a una sociedad no residente en el país cuyos pagos no fueron canalizados a través del mercado cambiario sino a través de cuentas corrientes que no se abrieron conforme a la normatividad cambiaria.

Tesis: En cuanto al pago del precio del contrato, en la cláusula sexta, se pactó que el comprador pagaría al demandante -en calidad de vendedor-, el valor del contrato, a través de un giro directo o, a través de carta de crédito. De esta cláusula se deriva que el vendedor era el beneficiario del pago de la exportación y, por lo tanto, en calidad de exportador, la Empresa de Licores de Cundinamarca asumió la obligación de canalizar las divisas a través del mercado cambiario. Según lo ordenaba el No. 4 del artículo 71 de la Resolución Externa de 1993 cuando un no residente pretendía pagar en moneda legal colombiana exportaciones, era procedente que abriera cuentas corrientes para el efecto, pero siguiendo los requisitos de la citada disposición. Empero, la parte actora recibió el pago en cheques de cuentas corrientes que no se abrieron conforme con esa reglamentación y el solo hecho de que el pago se haya hecho a través de una cuenta corriente abierta en el país no mutó la operación de comercio exterior en una operación de comercio interno, ni se debe entender que se canalizaron las divisas de conformidad con los reglamentos del mercado

cambiario. La Sala considera que como la exportación es una operación de cambio que debe canalizarse a través de los intermediarios cambiarios; con los pagos así recibidos por parte de la demandante, se configuró infracción al régimen cambiario porque ésta no siguió el procedimiento legal vigente en su momento. Conforme lo precisaba la Circular Reglamentaria CDIC-61 de junio 10 de 1997, para la canalización de las divisas, el demandante, en calidad de exportador, debió diligenciar el formulario “Declaración de Cambio” correspondiente, en el momento del reintegro de las divisas, bien sea mediante la venta a los intermediarios del mercado cambiario o mediante la consignación en las cuentas corrientes de compensación, utilizando el respectivo numeral cambiario. Su participación en el negocio la acreditó como exportador porque del contrato 205 de 1997 se derivó que vendió productos con destino a la exportación. La negociación en términos EXW corrobora la calidad de exportadora de la demandante toda vez que este tipo de negociación tiene como fin precisar, entre otras obligaciones, quién asume los costos de la operación de exportación. En consecuencia, fue acertada la decisión del a quo porque concluyó que la operación no tuvo el carácter de operación interna y que el demandante no acreditó que cumplió la obligación de presentar las declaraciones de cambio correspondientes.

[Sentencia de 26 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-00142-01 \(16371\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS](#)

9. a) LOS BIENES DE USO PÚBLICO ESTÁN EXCEPTUADOS DEL PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN POR BENEFICIO LOCAL EN EL DISTRITO CAPITAL

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales el IDU asignó la contribución por beneficio local ordenada por los Acuerdos 25 de 1995 y 8 de 1998 a los predios beneficiados por el conjunto de obras de la ZONA EJE 5, entre ellos el predio de propiedad de la Urbanización Bolivia Oriental así como también a los predios correspondientes a la ronda del río Juan Amarillo al considerar que esos predios son de uso publico desde los planos del proyecto general de la urbanización.

Tesis: El Acuerdo 25 de 1995 autorizó el cobro de Valorización por Beneficio Local para un conjunto de obras viales, dentro de las cuales están incluidas las comprendidas en la Zona Eje 5. Determinó el monto distribuible, la zona de influencia y los factores de beneficio para la distribución de la contribución, a saber: uso o destino económico, estrato o condiciones socioeconómicas, densidad o número de pisos, grado de beneficio o distancia de la obra o conjunto de obras y el área del terreno. Por su parte, el Acuerdo 7 de 1987 expedido por el Concejo de Bogotá, que contiene el Estatuto de Valorización de Bogotá, señala en su artículo 1 que la contribución de valorización es un gravamen real sobre las propiedades inmuebles, sujeto a registro destinado a la construcción de una obra, plan o conjunto de obras de interés público que se impone a los propietarios o poseedores de aquellos bienes inmuebles que se beneficien con la ejecución de las obras. Y en el artículo 50 expresamente exceptuó de la contribución de valorización, entre otros predios, a los bienes de uso público que se definen en el artículo 674 del Código Civil. En efecto, como lo ha precisado la Sala, por su naturaleza, este tributo depende del grado de beneficio que recibe el bien respecto de las obras de interés público que se ejecuten, de manera que a falta o ausencia de beneficio no habría lugar al cobro de la valorización, no obstante hacer parte de la zona de influencia fijada en el respectivo acto.

b) Las rondas hidráulicas y demás zonas destinadas al uso publico se entienden como tales con el solo señalamiento en el plano de proyecto general que haga el urbanizador y no se requiere que la propiedad haya sido cedida al distrito

Tesis: Conforme al artículo 139 del acuerdo 6 de 1990, no pueden tenerse en cuenta para gravar las rondas hidráulicas como parte del predio, dadas sus especiales características en cuanto contemplan áreas inundables para el paso de las crecientes no ordinarias y las necesarias para la rectificación, amortiguación, protección y equilibrio ecológico y son de uso público. En virtud del

artículo 141 ibídem, corresponde a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá hacer el acotamiento y demarcar en el terreno, todas las rondas de los ríos, embalses, lagunas, quebradas y canales dentro del territorio del Distrito Especial de Bogotá y en especial las cuencas de Torca, Conejera, Salitre, Jaboque, Fucha, Tunjuelo, Tintal y Soacha, velará por su preservación y solicitará a las autoridades la protección que las leyes le otorgan a los bienes de uso público. Este Acuerdo es claro en disponer en su artículo 71 que hay zonas de uso público por destinación que de ellas hagan propietarios o urbanizadores, así: “Para todos los fines legales, en terrenos sin urbanizar en relación con los cuales se tramiten o se hayan obtenido licencias de urbanización, las áreas o zonas de terreno destinadas al uso público estarán siempre afectas a ese fin específico, con el solo señalamiento que se haga de ellas en el plano de proyecto general, aún cuando permanezcan dentro del dominio privado y sólo podrán ser reubicadas y redistribuidas con las consiguientes desafectaciones al uso público que ello conlleva, antes de su entrega real y material al Distrito Especial de Bogotá y mediante la modificación o sustitución del proyecto general, si a ello hubiere lugar. De acuerdo con lo anterior, a nivel distrital no sólo son de uso público los bienes que han sido afectados para tal fin por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital mediante el procedimiento previsto en el artículo 109 y siguientes del Acuerdo 6 de 1990 y por medio de la Resolución que imponga la afectación señalada en el artículo 116 ibídem; pues, existen otras zonas de uso público que en los procesos urbanísticos y de legalización de barrios o de asentamientos, son demarcadas para tales fines, no sólo para protección forestal o hidráulica, sino para destinación de vías, zonas verdes, etc. En virtud de las normas citadas, tampoco es requisito indispensable para considerar una zona de uso público por destinación del urbanizador, que la misma haya sido entregada o cedida al Distrito, pues, desde su destinación o demarcación en los planos del proyecto general adquieren tal reconocimiento y sólo se pueden desafectar antes de su entrega material y real al Distrito y mediante una modificación al proyecto general que también contemple la nueva distribución de las áreas de uso público, siempre que el nuevo planteamiento urbanístico se ciña a las normas vigentes en el momento de su presentación.

[Sentencia de 29 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2002-00125-01 \(16732\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

10. PROCEDE EL REINTEGRO DE SALDOS A FAVOR CUANDO EL ACTO LIQUIDATORIO ES CONFIRMADO MEDIANTE SENTENCIA

Situación fáctica: Se demandan los actos oficiales mediante los cuales la administración tributaria impuso sanción por devolución improcedente respecto al saldo a favor liquidado en la declaración de renta por el año gravable 1997.

Tesis: La sanción por inexactitud y la de improcedencia de las devoluciones tiene un objeto y una finalidad diferente, la primera se impone porque en las declaraciones tributarias se han omitido ingresos, impuestos, bienes, o se han incluido costos gastos, beneficios tributarios y en general datos falsos equivocados o incompletos de los cuales se derive un menor impuesto o un mayor saldo a favor para el declarante; y la segunda se produce cuando la Administración tributaria mediante liquidación oficial modifica o rechaza un saldo a favor que ha sido previamente devuelto o compensado y tiene como fundamento fáctico el hecho de haber utilizado un dinero que no le pertenecía. De lo expuesto, se concluye que la actora debe: 1.- Reintegrar la suma de \$311.503.000, que corresponde a la diferencia entre el saldo a favor determinado mediante la Liquidación de Revisión No. 9000009, del 20 de marzo de 2001, y la resolución No. 624-900.008, del 17 de abril de 2002, y confirmado por esta jurisdicción a través de la sentencia del 9 de noviembre de 2006. 2.- Los intereses moratorios calculados sobre esta suma, y 3.- El aumento de los mismos en un 50%. Se advierte que descontar de la liquidación de intereses moratorios, el valor correspondiente a la sanción por inexactitud que le fue impuesta en el acto que le determinó el saldo a favor, como lo pretende la sociedad actora, es incorrecto, pues la norma es clara en establecer que los intereses moratorios se deben liquidar sobre el suma a reintegrar, y no hace distinción alguna.

[Sentencia de 6 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-02067-01 \(16706\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO.](#)

SECCIÓN QUINTA

1) SE ANULA UN ACTO DE ELECCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, VOLMAR PÉREZ ORTIZ

La Sección Quinta anuló el acto administrativo contenido en el acta No. 129 de 19 de agosto de 2008, por medio del cual la Cámara de Representantes eligió a Volmar Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo 2008-2012, porque el Presidente de la República no incluyó el nombre de por lo menos una mujer en la terna de candidatos, como lo exige el artículo 6° de la Ley 581 de 2000.

Al respecto, explica el fallo:

“El citado artículo 6° de la Ley 581 de 2000 supone como regla general que en la postulación de nombres para la designación en cargos que deban proveerse por el sistema de ternas se incluya por lo menos el nombre de una mujer, pero en aquellos casos en que para la conformación de la terna concurren distintas personas o entidades, dicha regla halla una excepción en cuanto la obligación no es inexorable. Debe destacarse que el condicionamiento del artículo 6° de la Ley 581 de 2000 se fundó en el hecho de que en ciertos casos el cumplimiento de la participación femenina era incompatible con la forma como debía establecerse la respectiva terna, pues resulta razonable aceptar que cuando no existe destinatario único del deber de integrar las ternas en las cuales se incluyera por lo menos el nombre de una mujer, esta obligación legal no se puede imponer al arbitrio a uno de los que concurren en su formulación, porque tal imposición excedería la exigencia legal. (...) Para la Sala resulta claro que a partir de la expedición de la Ley 581 de 2000, que como se dijo desarrolló el contenido normativo de la parte final del artículo 40 de la Carta, así como el del artículo 43 ibídem y, por lo mismo, debe interpretarse de forma armónica con los citados dispositivos constitucionales, los nombramientos o elecciones que deban adelantarse por los sistemas de ternas o de listas en los diferentes empleos de las entidades que hacen parte de las tres ramas del Poder Público y de los órganos autónomos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 113 deben considerar, en el primer evento, por lo menos el nombre de una mujer y, en el segundo, tantos nombres de mujeres como de hombres, salvo que por la forma como se halla previsto que se integre la terna o la lista, tal obligación resulte de imposible cumplimiento, como lo precisó la H. Corte Constitucional cuando moduló el contenido del citado artículo 6° de la Ley 581 de 2000. (...) En tal virtud, al momento de ejercer la competencia deferida por el artículo 281 de la Constitución Política, el Presidente de la República debió considerar el contenido normativo de los artículos 13, 40 in fine, y 43 superiores, así como el de los artículos 1°, 2° y 6° de la Ley 581 de 2000 por lo que su omisión determinó que el acto a través del cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Vólmar Antonio Pérez Ortiz como Defensor del Pueblo 2008 - 2012 adoleciera del vicio denominado “violación de las normas en que debía fundarse”. Esta circunstancia determina su anulación pues si bien el defecto que se revela se halla contenido en el acto preparatorio a través del cual el Presidente de la República elaboró la terna para efectos de la elección, sabido es que entre los actos preparatorios y los definitivos existe la misma relación que hay entre las partes y el todo, de suerte que los vicios de los primeros afectan el segundo y permiten su anulación.”

[Sentencia de 22 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2008-00026-00 ACUMULADOS. M.P. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA](#)

*Aclaración de voto: María Nohemí Hernández Pinzón

2) SE DECLARA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL EN PROCESO CONTRA ELECCIÓN DEL ALCALDE DE VALLEDUPAR POR EXISTIR FALLO ANULATORIO ANTERIOR

Al decidir en apelación el proceso promovido por William Walter Núñez contra el acto de elección de Rubén Alfredo Carvajal como alcalde de Valledupar para el período 2008-2011, la Sección Quinta declaró de oficio la excepción de cosa juzgada material, al advertir que en sentencia anterior de 11 de junio de 2009, proferida dentro del proceso No. 2007-00225-02, había confirmado la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar que anuló ese mismo acto administrativo.

El sustento de la decisión es el siguiente:

La cosa juzgada o "res judicata" se ha asimilado al principio del "non bis in idem" y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

En esencia son dos los elementos que configuran la cosa juzgada, el elemento formal que imposibilita volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma *causa petendi* e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico. El elemento material que alude a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

De conformidad con el artículo 175 del C.C.A. la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión. Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes* (para todo el mundo y sin importar la *causa petendi* o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado.

Para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material y, por consiguiente, no puede existir un nuevo pronunciamiento en relación con el acto de elección del señor Rubén Alfredo Carvajal Riveira como alcalde del municipio de Valledupar para el período 2008-2011. Dentro de este contexto, no podía el a quo nuevamente declarar la nulidad del acto acusado, debió inhibirse de pronunciarse sobre las pretensiones formuladas en el proceso 2007-00231, pues sobre el tema objeto de estudio ya existía un pronunciamiento que había hecho tránsito a cosa juzgada material. A juicio de esta Sala, la decisión contenida en la sentencia del 11 de junio de 2009 es de imposible desconocimiento y de obligatoria observancia, en cuanto que confirmó la declaratoria de nulidad de la elección del señor Rubén Alfredo Carvajal como alcalde municipal de Valledupar.

[Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Exp. 20001-23-31-000-2007-00231-03. M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS MAGISTRADOS DE LAS ALTAS CORTES: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En concepto emitido en 2005 y conocido recientemente por levantamiento de su reserva de conformidad con el artículo 110 del C.C.A., la Sala de Consulta y Servicio Civil, integrada por conjueces, respondió las preguntas formuladas por el Ministro de la Protección Social con relación al régimen pensional aplicable en transición a los magistrados de las Altas Cortes. La Sala argumentó lo siguiente sobre el tema:

a) Elementos del régimen de transición del sistema general de pensiones

“El régimen de transición, como protección legal de una expectativa legítima en el momento de cambio de legislación, tiene los siguientes elementos: a) La edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 años para los hombres, hasta el año 2014. b) i) La edad, ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y iii) el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, los trabajadores públicos o privados, que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 años o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos se regirán por esta ley. c) El ingreso base de liquidación para las personas mencionadas en el literal anterior, cuando les faltaren menos de 10 años, será el promedio del devengado en tiempo que les hiciere falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado. El inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 señala el ingreso base para liquidar la pensión éste debe armonizarse con lo preceptuado en el inciso anterior, de tal forma que, en caso de duda, se aplique la situación más favorable al trabajador. d) Este régimen de transición no será aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad. e) Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media, con excepción de quienes hubieron cotizado 15 o más años al momento de entrar en vigencia el sistema.”

b) Análisis de la aplicación del régimen de transición del régimen pensional a los magistrados de las Altas Cortes

“Una parte esencial del régimen de pensiones de los Magistrados de Cortes y Consejos de la Rama Judicial es el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, cuya vigencia es anterior a la del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, consistente en que el reconocimiento de la pensión se hará teniendo en cuenta los factores salariales y cuantías de los Congresistas. Los servidores públicos de la Rama Judicial se incorporaron al sistema de pensiones por el Decreto 691 de 1994, sin perjuicio de lo previsto en el Decreto 104 de 1994 y las normas que los modifiquen o adicionen. Los Magistrados que a 20 de junio de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad podrán pensionarse con edad de 50 años y 20 años de servicios. La cotización para quienes se encuentran en el régimen de transición es 25.5% calculado sobre el ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, en el entendido que el 75% del aporte corresponde al empleador y el 25% restante al servidor. En los casos en que no sea aplicable el régimen de transición deben tenerse en cuenta los porcentajes y topes máximos de cotización y los montos de liquidación de pensión previstos en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994, el monto de la pensión no podrá ser superior a 20 salarios mínimos legales mensuales.”

[Concepto 1639 de 21 de septiembre de 2005. CONJUEZ PONENTE: JUAN MANUEL CHARRY URUENA](#)

2) DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES ENTRE LAS DEFENSORÍAS Y COMISARÍAS DE FAMILIA

El Comisario de Familia de la Comuna 13 del Municipio de Medellín planteó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil el conflicto negativo de competencias suscitado con el Defensor de Familia del

Centro Zonal No. 4 del ICBF, para imponer a los padres de una menor una sanción por incumplimiento de medidas de restablecimiento.

La Sala resolvió que en el caso concreto la competencia era del referido Defensor de Familia, por expresa disposición legal, y advirtió que asuntos procedimentales tan claros no deberían dilatar un trámite donde se encuentran amenazados derechos fundamentales de una menor. Textualmente dijo la Sala:

“Originadas las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos en el contexto de la violencia intrafamiliar, es la Comisaría de Familia la encargada de prevenir, garantizar y restablecer tales derechos adoptando las medidas de restablecimiento. Como se puede verificar en el expediente, tal competencia está adecuadamente asignada al Comisario de Familia de la Comuna Trece del Municipio de Medellín. (...) Ante el incumplimiento de la orden de cesar la violencia intrafamiliar, el código de la Infancia y la Adolescencia dispone que se sancione a los infractores. (...) Así las cosas, la Sala debe definir, con base en los presupuestos fácticos y normativos cuál es la autoridad competente para imponer la sanción ante el incumplimiento de la medida, asunto que aparece claramente determinado en la norma transcrita, donde se señala con precisión que será el Defensor de Familia. Sin embargo, se entrará a analizar el argumento expuesto por el Defensor, en cuanto considera que la sanción también la podría imponer el Comisario de Familia. (...) Ahora bien, el parágrafo 2° del artículo 7° del decreto 4840 de 2007, que determina las competencias entre Comisarios y Defensores de Familia en cuanto a los efectos de la competencia subsidiaria del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, si bien expone que las funciones determinadas para el Comisario de Familia serán las mismas establecidas para el Defensor, lo realiza dentro del contexto de la subsidiariedad, es decir, solo en caso de que no exista la autoridad idónea en esa jurisdicción, cosa que no ocurre en el Municipio de Medellín. Siendo incorrecta la apreciación del señor Defensor de Familia en cuanto al análisis de la competencia para imponer la sanción por el incumplimiento de las medidas adoptadas para el restablecimiento de los derechos de la menor SUSANA FRANCO MEJIA, será éste quien de forma inmediata deberá imponer la sanción como lo exige el artículo 55 de la Ley 1098 de 2006. Por último, se advierte que por ser éste un caso donde se encuentran amenazados derechos fundamentales de una menor, asuntos de carácter procedimental tan claros no deberían dilatar un proceso que requiere de actuaciones inmediatas por parte de las autoridades.”

Nota de Relatoría: También sobre distribución de competencias en procesos de restablecimiento de derechos de menores -pero en el caso de un menor infractor- puede consultarse el auto de 15 de octubre de 2009, radicación No. 11001-03-06-000-2009-00056-00, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

[Auto de 23 de septiembre de 2009. Exp.11001-03-06-000-2009-00050-00. M.P. GUSTAVO APONTE SANTOS](#)

NOTICIAS DESTACADAS

PRIMER MES DEL FALLECIMIENTO DE LA DOCTORA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

El 28 de octubre de 2009 falleció la Honorable Consejera Doctora Martha Sofía Sanz Tobón, magistrada de la Sección Primera del Consejo de Estado.

Dicha pérdida dejó un gran vacío en el corazón de sus compañeros y amigos de la Corporación que le rindieron a la Doctora Martha Sofía un sentido homenaje, entregándoles a sus hijos y familiares un pergamino como reconocimiento su gran labor.

Posteriormente se realizó una misa en la Catedral Primada de Bogotá a la que asistieron magistrados, funcionarios del Consejo de Estado y familiares de la Honorable Consejera.

CONSEJO EDITORIAL

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT
PLANETA**
Presidente

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Maria Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Alfonso Vargas Rincón
Presidente Sección Segunda
Enrique Gil Botero
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Filemón Jiménez Ochoa
Presidente Sección Quinta
William Zambrano Cetina
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- Carolina Leal Galán

Secretaría Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

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