



República de Colombia
Consejo de Estado

Publicación Quincenal

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

No 41 - Mayo 8 de 2009
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

Contenido:

EDITORIAL

MAGIS TRADO DE LA SECCIÓN CUARTA.

CON UN BALANCE POSITIVO CULMINÓ EL SEMINARIO DE FUNCIÓN CONSULTIVA Y CALIDAD

DE LA LEGISLACIÓN

Editorial 1

Jurisprudencia del

Consejo de Estado al

Día

• Acciones 1 - 6

Constitucionales

• Sección Primera 6 - 10

• Sección Segunda 10 - 14

• Sección Tercera 14 - 21

• Sección Cuarta 21 - 28

• Sala de Consulta y
28 - 29

Servicio Civil

• Noticias

Destacadas

30

Con profunda satisfacción quiero resaltar la trascendental experiencia obtenida con la realización del Seminario “Función Consultiva y Calidad de la Legislación” llevado a cabo la semana pasada en la Biblioteca Luis Ángel Arango. Allí fue importante contar con la participación de ilustres representantes de países como Francia, España, Chile y Venezuela, quienes nutrieron el escenario nacional con propuestas dirigidas a enriquecer y fortalecer la Función Consultiva de la Corporación.

Además, contamos con la presencia de representantes del poder ejecutivo y legislativo, quienes también, exaltaron la importancia del acceso a la Sala de Consulta y Servicio Civil, dada la formación de quienes la conforman, para la correcta elaboración de las normas y la ejecución de las mismas.

Fue para mí un gran honor instalar y clausurar con éxito el evento, no solo por la calidad de los personajes que intervinieron como conferencistas, sino por la participación masiva y determinante de funcionarios de un sinnúmero de entidades del país y de profesionales independientes e incluso de estudiantes interesados en el tema puesto a consideración.

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:

Noticias destacadas

EL DOCTOR WILLIAM GIRALDO SE POSESIONÓ OFICIALMENTE COMO

1) LAS SENTENCIAS DE LOS PROCESOS DE REPETICIÓN SON APELABLES

EXCEPTO CUANDO EL DEMANDADO ES UN ALTO DIGNATARIO DEL ESTADO

La Sala Plena de lo Contencioso

En criterio de la Sala, la procedencia de la apelación se deriva, de una parte, del hecho de que el artículo 7° de la referida Ley 678 de 2001 no atiende a la cuantía sino al criterio de conexidad, en virtud del cual el juez competente para conocer de tales litigios es el mismo que decidió el ordinario cuyo fallo motivó la acción de repetición y, de otra, que esa norma guarda silencio con relación a las instancias viables en los procesos de repetición que se adelanten contra servidores públicos que no sean altos dignatarios del Estado, para los que expresamente previó una sola instancia, vacío que, a juicio de la Sala Plena, debía suplirse con la regla general del artículo 31 de la Constitución Política, es decir, la doble instancia, independiente de la cuantía del proceso.

Por último, aclaró que, en tratándose de acciones de repetición contra funcionarios y empleados judiciales, las reglas de competencia figuran en la Ley 270 de 1996.

[Sentencia de 21 de abril de 2009. Exp. 250002326000200102061 01 M.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ](#)

*** Aclaraciones de voto: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y María Nohemí Hernández Pinzón**

2. SE NIEGA SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL REPRESENTANTE CIRO ANTONIO RODRÍGUEZ PINZÓN

Aquél fue el sentido de la decisión que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo frente a la demanda que atribuía al mencionado congresista las inhabilidades consagradas en los artículos 183, numeral 1° y 179, numeral 5° de la Constitución Política, porque supuestamente su hermano ejerció autoridad civil en el departamento de Norte de Santander y fue ordenador del gasto, en calidad de subgerente financiero y de mercadeo de IFINORTE, establecimiento público del orden departamental.

Para empezar, la Sala Plena declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado, en razón a una sentencia anterior que lo absolvió del cargo de inhabilidad porque los certificados de disponibilidad presupuestal y registros presupuestales expedidos por su hermano no implicaban el ejercicio de autoridad civil, en la medida en que de tales funciones no se infería competencia de mando o subordinación.

Luego la Sala estudió de fondo el cargo que consideró nuevo, sustentado en que el hermano del demandado era ordenador del gasto y tenía la facultad de expedir órdenes de pago, que despachó desfavorablemente porque de acuerdo con el manual de funciones de IFINORTE la ordenación del gasto la tiene asignada expresamente el gerente y no fue aportado al expediente algún acto de delegación de dicha función en el subgerente financiero y de mercadeo.

Adicionalmente, la Sala consideró que las órdenes de pago suscritas por el hermano del demandado no implicaban la ordenación del gasto, sino que eran documentos que ordenaban el desembolso de recursos en cumplimiento de compromisos previamente adquiridos por la entidad con cargo al presupuesto, a través de los funcionarios competentes para el efecto.

[Sentencia de 21 de abril de 2009. Exp. 11001 03 15 000 2008 00991 00 M.P: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

* Aclaraciones de voto: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Mauricio Fajardo Gómez, María Nohemí Hernández Pinzón, Héctor J. Romero Díaz y Mauricio Torres Cuervo.

3. SE NIEGA SOLICITUD DE PERDIDA DE INVESTIDURA DEL REPRESENTANTE LUIS ALEJANDRO PEREA ALBARRACÍN

En la sentencia que decidió la solicitud de pérdida de investidura del mencionado representante, la Sala inició por declarar infundado el impedimento de los consejeros de la Sección Quinta de esta Corporación, manifestado con fundamento en las causales del numeral 2 del artículo 160 del C.C.A y el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C., pues para la época conocían del proceso electoral promovido contra la elección del mismo congresista. La decisión de este punto estuvo respaldada en la interpretación según la cual el concepto o consejo previo a que se refieren esas disposiciones debió ser emitido en un escenario distinto del propio de la actividad judicial.

A continuación, la sentencia abordó los cargos que respaldaban la demanda, dirigidos a demostrar que el demandado violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en particular por haber incurrido en las situaciones descritas en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución Política, por haber (i) intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, (ii) celebrado contratos con entidades de la misma naturaleza y (iii) sido representante legal de una entidad que administraba recursos parafiscales.

Previo a adentrarse en cada una de las hipótesis planteadas, la Sala recordó que la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades “se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o de quienes aspiran o pretendan acceder a la misma”.

Al respecto, también explicó que “las inhabilidades se erigen en circunstancias personales negativas o situaciones prohibitivas preexistentes o sobrevenidas consagradas en la Constitución Política y la ley para acceder o mantenerse en la función pública, pues bien impiden el ingreso (elegibilidad), ora la continuidad en el cargo o empleo de sujetos que no reúnen las condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, las cuales se encuentran establecidas con el fin de prevenir conductas indebidas que atenten contra la moralidad, transparencia, eficiencia, eficacia, imparcialidad, igualdad, dignidad y probidad en el servicio, y de evitar el aprovechamiento de la función, posición o poder para favorecer intereses propios o de terceros”.

Aclarado lo anterior, con relación al cargo de violación al régimen de inhabilidades por la intervención en la gestión de negocios, la Sala Plena observó, en primer lugar, que la sentencia de 13 de septiembre de 2007, por medio de la cual la Sección Quinta de esta Corporación declaró la nulidad de la elección del representante Perea Albarracín por la misma circunstancia, no constituía cosa juzgada porque el proceso electoral y la pérdida de investidura, si bien pueden coincidir -y en este caso coinciden- en cuanto a los supuestos fácticos y jurídicos que los sustentan, no tienen el mismo objeto, toda vez que,

“en el proceso de nulidad electoral, ha sostenido la Corporación, se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca la desaparición del acto en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la Ley; en tanto que en el proceso de pérdida de investidura se juzga la conducta del Congresista en torno a las causales de inhabilidad establecidas en la Carta Política, para exigir su responsabilidad, esto es, consiste en verificar si se encuentra o no incurso en una de aquellas y, en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su *petitum* y los efectos del pronunciamiento son diferentes”.

Seguidamente, la Sala analizó el fondo del cargo de intervención en la gestión de negocios, partiendo de que la finalidad de esta prohibición es que los candidatos a congresistas no se aprovechen injustificadamente de la ventaja que les otorga su proximidad con el poder y con el tesoro público para influir en forma determinante en la intención del votante.

Añadió que “para que se configure la inhabilidad y prospere la condigna sanción de pérdida de investidura por incurrir el congresista cuando fue candidato en la prohibición de intervención en gestión de negocios ante entidades públicas, prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, debe estar demostrada la conducta o actividad dinámica, positiva, seria, real y concreta, desplegada o promovida ante el órgano o ente oficial con el propósito de obtener determinado provecho, utilidad o interés, en beneficio propio o en el de terceros” y que la gestión sea “potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente”. También aclaró que esta prohibición no se extiende a las labores desarrolladas con posterioridad a la celebración del contrato gestionado, porque el fin de la gestión, que era el contrato, ya se obtuvo.

Con fundamento en tales premisas, la Sala consideró que las comunicaciones aportadas con la demanda para demostrar la gestión de negocios del demandado en la condición de Presidente de la Federación de Ganaderos de Boyacá, FABEGAN, ante el SENA para adelantar un proceso de capacitación y transferencia de tecnología a pequeños y medianos ganaderos, no encuadraban en el supuesto de hecho que configura dicha causal de pérdida de investidura, porque una estaba fechada por fuera del término inhabilitante, es decir, 6 meses antes de la elección, otra no fue suscrita por el demandado y otra demostraba el cumplimiento de una obligación previamente asumida en un convenio que, además, no fue firmado por el demandado.

En lo que atañe al cargo por celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o de terceros, la Sala reiteró que “para la configuración de la inhabilidad por intervención en la celebración de contratos, es necesario demostrar la existencia de un contrato con una entidad pública en cuya celebración el elegido hubiere intervenido o participado activamente en las gestiones tendientes a su celebración, en interés propio o en interés de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores y si lo hizo en forma directa o por interpuesta persona”, supuestos que no encontró demostrados porque el contrato celebrado entre FABEGAN y el municipio de Motavita no fue suscrito por el demandado, sino por quien fungió como vicepresidente de esa Federación. Igualmente, insistió en que esta inhabilidad no abarca los actos de ejecución del contrato suscrito.

Sobre el cargo de representación legal de una entidad que administra recursos parafiscales, la Sala Plena recordó sus requisitos, a saber: “i) la calidad de representante legal de una entidad; ii) la administración de tributos o contribuciones parafiscales por parte de la entidad; y iii) el haber ejercido la representación legal y la administración de esos recursos dentro de los seis meses anteriores a la elección”.

Dentro del estudio del cargo, definió los recursos parafiscales como “un gravamen especial, diferente de los impuestos y tasas, que se imponen por la ley a cierto grupo económico o social, pueden ser administrados por entidades públicas o privadas, tienen carácter obligatorio y afectan sólo a ese grupo determinado de personas con intereses comunes, cuyas necesidades se satisfacen con el mismo

recaudo, además no hacen parte del presupuesto nacional y están afectos a una destinación concreta y específica”.

Trasladados esos supuestos al caso concreto, la Sala encontró que FABEGAN no administraba recursos parafiscales, como lo aseguraba el demandante con relación a la cuota de fomento lechero y ganadero, porque tales recursos, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 89 de 1993, eran administrados por la Federación de Ganaderos de Colombia, FEDEGAN y, además, porque el contrato aportado al expediente por el actor celebrado entre FEDEGAN y FABEGAN no tenía por objeto la administración de recursos de la referida naturaleza.

Sentencia de 21 de abril de 2009. Exp. 11001 03 15 000 2008 00991 00 M.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO

- * Salvamentos de voto: Gerardo Arenas Monsalve, Susana Buitrago Valencia, Mauricio Fajardo Gómez, Enrique Gil Botero, María Nohemí Hernández Pinzón, Filemón Jiménez Ochoa y Luis Rafael Vergara Quintero.
- * Aclaraciones de voto: Martha Sofía Sanz Tobón y Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) La tutela procede como medio para exigir el cumplimiento de una sentencia judicial, cuando la entidad se encuentra en ley 550

En el presente caso los demandantes consideran que el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneraron sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con el incumplimiento de la sentencia del 17 de septiembre de 2007, por medio de la cual el Juez Primero Administrativo de dicha ciudad ordenó al ente territorial reintegrarlos a los cargos que desempeñaban antes de su desvinculación y pagarles todos los emolumentos dejados de percibir hasta cuando se efectúe el reintegro. Es decir, que pretenden por medio de la acción de tutela que se de cumplimiento al citado fallo. Teniendo en cuenta la situación fáctica descrita, para la Sala es claro que en el caso bajo estudio no se presenta ninguna de las causales de improcedencia mencionadas, en especial la relativa a la existencia de otro medio de defensa aducida por el Tribunal en su sentencia de primera instancia. Lo anterior por cuanto, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, no hay lugar a adelantar procesos ejecutivos contra una entidad sometida al régimen de reestructuración (en este caso, el Distrito de Santa Marta). Tal situación descarta de plano para los demandantes la posibilidad de acudir al proceso ejecutivo como medio de defensa judicial alternativo para que les sean protegidos sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados con el incumplimiento de la sentencia del 17 de septiembre de 2007 que ordenó su reintegro laboral y el pago de los emolumentos correspondientes.

b) Acogerse a ley de reestructuración de entidades territoriales, no es excusa válida para negarse a cumplir una orden judicial de reintegro

La entidad territorial demandada no puede desconocer el derecho laboral cierto e indiscutible de los demandantes, derivado de la obligación de reintegro ordenada por una sentencia judicial ejecutoriada, que declaró la nulidad de los actos administrativos que fueron la base para el despido y que, de no haberse expedido, no habrían generado la violación del derecho constitucional al trabajo. En el presente asunto, el hecho de que el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta se

haya acogido a la Ley de reestructuración de las entidades territoriales, no es excusa válida para negarse a cumplir la orden judicial de reintegrar a los demandantes porque, precisamente, los actos administrativos de despido proferidos por el alcalde distrital fueron declarados nulos por la sentencia judicial ejecutoriada que se aduce incumplida. Además, no pueden menoscabarse los derechos laborales ciertos e indiscutibles pretextando un proceso de reestructuración, habida cuenta que durante el mismo se debe garantizar la estabilidad de los trabajadores.

c) No es posible ordenar el pago de sumas de dinero mediante la acción de tutela, salvo si hay la vulneración del mínimo vital

El amparo no abarcará el pago de los emolumentos ordenados en la sentencia del 17 de septiembre de 2007 proferida por el Juzgado Administrativo de Santa Marta, sino sólo la orden de reintegro, en atención a que no es posible ordenar el pago de sumas de dinero mediante la acción de tutela, salvo la vulneración del mínimo vital que, en este caso, resulta amparado con la devolución a los demandantes a sus fuentes de ingresos. Para la ejecución de la totalidad de la sentencia incumplida, la parte actora deberá esperar el momento en que sea posible ejercer la acción ejecutiva correspondiente, esto es, luego de finalizado el proceso de reestructuración correspondiente o, en todo caso, sujetará dicho cumplimiento a lo establecido en el acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado entre el precitado ente territorial y sus acreedores.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 47001-23-31-000-2008-00190-01\(AC\). M.P.: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

Acción de Grupo

1. VINCULACIÓN AL GRUPO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA, NO ES DE CONOCIMIENTO DEL JUEZ

En desarrollo de la Ley 472 de 1998, el trámite de la acción de grupo que se extiende hasta la sentencia definitiva que resuelva la controversia sometida al conocimiento del juez, obedece al ejercicio de la función judicial propiamente dicha; mientras que el procedimiento adelantado con posterioridad a la ejecutoria del fallo corresponde a una actuación esencialmente administrativa y es la que se surte ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, pues a dicha entidad le compete administrar los recursos producto de la condena impuesta a la entidad demandada, y decidir sobre las peticiones de las personas que alegan la condición de beneficiarios de la sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 71 y 65 de la misma ley. Esta última disposición señaló que las solicitudes presentadas con posterioridad a la sentencia se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización, previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que el solicitante forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

En el caso en particular, la Sala al resolver de manera definitiva la acción de grupo, ordenó que el monto de la condena sería entregado al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia y que sería administrada por el Defensor del Pueblo, en los términos señalados en la parte motiva de la decisión. Adicionalmente, en casos como el presente, donde no concurrieron todas las personas afectadas con la actuación de la administración, el literal b) numeral 3º del artículo 65 fue mucho más explícito, en el entendido de que le corresponderá al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, a través de la administración ejercida por el Defensor del Pueblo pagar las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el Juez en la sentencia, tal y como lo enseña la norma. En suma, la competencia para la distribución de los recursos provenientes de la condena impuesta a la entidad demanda, y el trámite referido a la verificación y reconocimiento de distintos beneficiarios a los reconocidos en la sentencia que desató la acción de grupo, no es competencia del juez constitucional, sino que la competencia fue asignada por el legislador a la administración, primero,

porque dicha actuación no es de carácter judicial y segundo, porque la competencia del Fondo para la Defensa de los Derechos se limita al cumplimiento de la sentencia, en los términos fijados por el juzgador, quien en últimas deberá someterse a los lineamiento fijados en la providencia respectiva.

[Auto de 26 de marzo de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2001-01531-02 \(AG\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. VIOLACIÓN GRAVE DE LOS ESTATUTOS DEL MOVIMIENTO UNIÓN CRISTIANA POR CONVOCATORIA DEL FISCAL A ASAMBLEA NACIONAL EXTRAORDINARIA

Observa la Sala que le asiste razón al Consejo Nacional Electoral, pero que además se quedó cortó en la irregularidad de la asamblea extraordinaria en comento, toda vez que según las disposiciones estatutarias, el Fiscal no tiene facultad para hacer convocatoria de asamblea extraordinaria. Según el artículo 16, sólo la Dirección Nacional puede hacerla, en los siguientes eventos: *i) por su iniciativa propia o, ii) a solicitud de la mitad mas uno de los miembros de la Asamblea, o de la quinta parte de los miembros activos del Movimiento, o iii) por solicitud del Fiscal Nacional o de la Comisión de Control Ético*; de modo que tratándose de asamblea extraordinaria, el Fiscal a lo sumo puede solicitarle su convocatoria a la Dirección Nacional. La que sí puede convocar el Fiscal, es la Asamblea Ordinaria, pero bajo la condición de que no la convoque oportunamente la Dirección Nacional, oportunidad que se ha de establecer en los términos señalados en el artículo 15 de los estatutos, y en este caso se tiene que ni la asamblea convocada por el fiscal era ordinaria, ni está acreditado que la Dirección Nacional no hubiera hecho la convocatoria a la asamblea ordinaria oportunamente; por el contrario, si se atiende la copia de la convocatoria que hizo el Presidente Nacional, se puede inferir que sí se hizo oportunamente por la Dirección Nacional. En esas circunstancias, es claro que la asamblea extraordinaria en la que se configuró la Dirección Nacional cuya inscripción el actor solicitó al Consejo Nacional Electoral, realmente se hizo con violación grave de los estatutos, luego el acto acusado no incurre en falsa motivación, ni en la violación de las normas superiores que se invocan como violadas, puesto que tal sindicación es infundada al no darse en la realidad las razones en que la sustenta el actor.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 11001 0324 000 2004 00031 01. M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES DE PERSONERO ES UNA PROHIBICIÓN PARA EL CONCEJAL PERO NO UNA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Se tiene que el régimen que el actor predica como violado es el del personero municipal, señalado principalmente en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en cuanto se refiere al literal f) de ese artículo, esto es, que no podrá ser elegido personero quien *“f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad Segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;”*. Como lo anota el Ministerio Público, las inhabilidades de otros funcionarios en lo que concierne a la intervención de los concejales, no son inhabilidades para éstos sino prohibiciones, es decir, una obligación de no hacer o de no realizar determinados actos o actividades en ejercicio de su cargo, situación evidentemente distinta a las inhabilidades. La consecuencia de desconocer el régimen de inhabilidades de otros funcionarios o cargos en actos oficiales suyos, no puede ser la pérdida de investidura de los concejales, o de los diputados o ediles, según el caso, por no estar tipificada como causal en la normatividad de la pérdida de investidura de esos servidores. Ello no significa que desatender dicho régimen no pueda acarrearles consecuencias, pero ellas, de llegar a darse (en lo disciplinario o en lo penal) no son las de pérdida de la investidura.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 23001 2331 000 2008 00111 01 M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA POR INFRACCIÓN CAMBIARIA

Con el fin de determinar si tuvo ocurrencia la prescripción de la acción sancionatoria por infracción cambiaria según las condiciones previstas en el artículo 4° del Decreto 1092 de 1996, por el cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Se observa que el aludido artículo 4° establece dos términos de prescripción, uno inicial de 3 años que se interrumpe con la notificación del pliego de cargos, y otro subsidiario de un año, que empieza a correr a partir del vencimiento del término para responder al pliego de cargos y se interrumpe con la notificación de la resolución sancionatoria. Así las cosas, el artículo 4° se debe entender en su tenor literal y por ende lo que se ha de tener en cuenta son las fechas en que ocurrieron los hechos o cesó la conducta sancionable y la fecha en que se haya surtido efectivamente la notificación del pliego de cargos o de la resolución que ponga fin a la respectiva actuación administrativa, según el caso. Resulta válida la forma como la DIAN hace el cómputo de los 3 años que tenía para formular cargos a la actora por el incumplimiento de la obligación cambiaria relativa a las seis operaciones en comento, es decir, habiéndose vencido el término para informar esas operaciones el 23 de marzo de 1997, el incumplimiento se da como ocurrido el día siguiente, 24 de marzo de 1997, luego los 3 años corrieron desde este último día hasta el 24 de marzo de 2000, y según se dice en autos, y no ha sido desvirtuado por la actora, la notificación del pliego de cargos, en que se incluyeron las referidas 6 operaciones, se surtió ese mismo día, 24 de marzo de 2000, por lo tanto dentro del término de prescripción, luego el cargo resulta infundado.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 25000 2324 000 2002 00421 01. M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

4. COMPETENCIA PARA LIQUIDAR EL DEPARTAMENTO DE SERVICIO MÉDICO Y ODONTOLÓGICO COMO ENTIDAD ADAPTADA. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD

Si bien es cierto que la dependencia a la luz de la ley 100 de 1993 y del decreto 1890 de 1995 se podía suprimir por no cumplir los requisitos para continuar funcionando, el competente para suprimir el Departamento Médico y Odontológico creado por Acuerdo del municipio era el Concejo Municipal de Medellín y la obligación de la Alcaldía era darle cumplimiento a esta decisión con la facultad de suprimir o fusionar los empleos que considerara necesarios. Si bien es cierto que las normas citadas son imperativas al señalar que una vez que las dependencias adaptadas dejen de cumplir con los requisitos para continuar prestando los servicios se deben liquidar y que se hicieron los estudios que llevaron a la conclusión de que el Departamento Médico y Odontológico no tenía viabilidad jurídica ni financiera, también lo es que el alcalde debió presentar los estudios realizados y sus observaciones al concejo municipal para que fuera ésta quien la suprimiera o le concediera facultades extraordinarias para hacerlo y después sí proceder a su liquidación y demás asuntos de orden laboral que corresponden al alcalde como ya se dijo. Si bien es cierto que los efectos de la nulidad del acto demandado son extincivos, la dependencia liquidada en virtud del decreto del alcalde municipal no puede revivirse, porque lo cierto es que la Ley 100 de 1993 dispuso, como ya se vio, que las entidades o dependencias adaptadas que no cumplieran con los requisitos para seguir funcionando debían obligatoriamente liquidarse, como ocurrió en el presente caso. Lo que podría hacer el alcalde para subsanar la irregularidad presentada, es solicitar al concejo municipal de Medellín que expida el acuerdo que ordene la liquidación del citado Departamento Médico y Odontológico.

Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 050012331000 1999 02746 01. M.P.: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN**5. a) PERMISO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE**

El transporte es un servicio público que está bajo la regulación del Estado, quien ejerce el control y la vigilancia necesaria para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Es deber del Estado evitar que se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios. El numeral 7 del artículo 3° de la ley 105 de 1993 dispone que la prestación del servicio público de transporte estará sometida al otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores por parte del Ministerio de Transporte. Por su parte, la Ley 336 de 1996 en su artículo 19, prevé que el permiso para la prestación del servicio público de transporte se otorgará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada sobre creación de nuevas empresas, según lo determine la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Así mismo, en su artículo 21 consagra que la prestación del servicio público de transporte en los distintos niveles y modalidades podrá convenirse mediante la celebración de contratos de concesión adjudicados en Licitación Pública, cumpliendo para ello los procedimientos y las condiciones señaladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Quien cumpla con las exigencias que al respecto se establezcan, tendrá derecho al contrato de concesión u operación, o al permiso. Quedan incluidos en esta previsión los servicios de transportes especiales.

b) NATURALEZA DEL PERMISO DE OPERACIÓN. DEBIDO PROCESO EN LA REVOCACIÓN

La naturaleza jurídica de los permisos o contratos de concesión esta enmarcada dentro de la revocabilidad de dichos actos, por cuanto, está de por medio la prestación del servicio público de transporte. En consecuencia, cuando la actividad llevada a cabo por el particular involucra intereses que superan a los suyos y comprometen derechos de la colectividad en los que media un interés público, es deber de la Administración no solo velar por su cumplimiento eficiente, so pena de revocar el permiso de operación, sino también reacondicionarlo o adecuarlo, en forma razonada y justa, a las circunstancias sobrevinientes a su expedición, y que hubieran sido determinantes para concederlo de haber existido en su oportunidad. Con esto no se pretende desconocer el derecho que la Administración otorga al particular para operar un servicio público. Sin embargo, como ha quedado explicado, dado que se trata de una actividad en la que resulta comprometido el interés general, el derecho otorgado es precario y temporal y, por tanto, puede resultar afectado en cuanto a su ejecución, o bien por determinaciones de la Administración dirigidas a la optimización del servicio, o bien por normas posteriores de carácter legal o reglamentario, también dictadas por motivos de utilidad pública o de interés general. En conclusión, el permiso para prestar el servicio público de transporte es, en esencia, revocable, lo que permite inferir que no genera derechos adquiridos, por lo que desde esta misma perspectiva tampoco los generarían las autorizaciones otorgadas en virtud de los convenios. Sin embargo, resalta la Sala que a pesar de ser revocable, cuando se pretende su revocación, al revestir esta decisión el carácter de sanción, es necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, que se respete el debido proceso. En desarrollo de dicho precepto el artículo 50 de la Ley 336 de 1996 establece una serie de elementos mínimos para que se garantice el debido proceso, cuando se estima que se está en presencia de una de las conductas tipificadas como sancionables.

c) VIGENCIA DEL PERMISO TRANSITORIO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE

La Ley 336 de 1996 en su artículo 20, permite, en aras de garantizar la continua prestación del servicio público, que se expidan permisos especiales y transitorios para superar precisas situaciones de alteración del servicio público ocasionadas por una empresa de transporte en cualquiera de sus modos, que afecten la prestación del servicio, o para satisfacer el surgimiento de ocasionales demandas de transporte. Superadas las situaciones mencionadas, los permisos transitorios cesarán en su vigencia y la prestación del servicio quedará sujeta a las condiciones normalmente establecidas o autorizadas,

esto es, el agotamiento del concurso o licitación pública. Respecto al abandono de rutas, como conducta sancionable, dispuso que era posible cuando aquello aconteciera, asignarle la ruta a otra empresa sin mediar licitación, en aras de garantizar el servicio público de transporte, siempre que sea de **manera transitoria**, mientras se surte el trámite respectivo del concurso o licitación pública, en igual sentido, el Decreto Reglamentario 171 de 2001, en su artículo 44 dispone que cuando se abandonen las rutas asignadas, deberá revocarse el permiso, para iniciar posteriormente la apertura de la licitación pública correspondiente. Las leyes 105 y 336 claramente disponen que es necesario en todo momento para que puedan asignarse las rutas una licitación o concurso, salvo cuando existe abandono de ellas. La adjudicación de una ruta puede ser revocada por el abandono de la misma y por el interés de garantizar el cumplimiento de los fines estatales, entre ellos, la continua prestación del servicio público de transporte, pero previa observancia de las formalidades creadas en la misma Ley y asignada de manera temporal, por medio de los permisos transitorios, como lo permite el artículo 20 de la Ley 336 de 1996, en tanto se surte el trámite de concurso o licitación pública. Según el inciso segundo de esta norma, una vez superadas las situaciones mencionadas, los permisos transitorios cesarán en su vigencia y la prestación del servicio quedará sujeta a las condiciones normalmente establecidas o autorizadas, según el caso. La Sala considera que cuando la ruta ha sido abandonada puede generar un traumatismo en la prestación del servicio público de transporte, razón por la cual es posible aplicar el artículo 20 de la Ley 336 de 1996.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 11001-03-24-000-2003-00132-01. M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

6. NO HAY RIESGO DE CONFUSIÓN ENTRE LAS MARCAS TRILEPTAL Y TRIPLETA

La Sala con fundamento en la interpretación rendida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, valorará a través de una visión de conjunto, esto es, sin fraccionar los elementos que la integran, la similitud marcaria y el grado de confusión que puedan generar las marcas en conflicto, empleando para ello las reglas sobre la similitud ortográfica, fonética e ideológica de las mismas. Ahora bien, en cuanto al aspecto conceptual, tal como ya se explicó, la marca denominativa “TRILEPTAL”, es de aquellas denominadas de *fantasía*, ya que su composición gramatical no tiene significado alguno en nuestra lengua, mientras que la marca denominativa “TRIPLETA”, es de aquellas llamadas *arbitrarias*, por ser parte de nuestro idioma. Por lo tanto, se evidencia sin dificultad alguna que la marca “TRIPLETA”, para amparar los productos comprendidos en la clase 5ª, no guarda una estrecha semejanza con la marca registrada “TRILEPTAL”, tanto en el aspecto gráfico, que incide en la comparación visual, como en el fonético y conceptual, para distinguir productos de la misma clase, ya que las semejanzas que ofrecen no son suficientes para determinar que exista riesgo de confusión que conduzca a error al consumidor en el momento de seleccionarlas o en la adquisición de los productos que ellas distinguen, ni genera riesgo de asociación que confunda al consumidor en el origen empresarial de las mismas.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp.: 11001-03-24-000-2005-00051-01. M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. a) EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SE DESVIRTÚA CUANDO SE DEMUESTRA LA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA, LO QUE DA LUGAR AL RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO REALIDAD Y AL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES, PERO SIN QUE IMPLIQUE EL RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO DEL CONTRATISTA

El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado. A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “estabilidad en el empleo”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato

realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

b) PARA TENER LA CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO ES NECESARIO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS Y PRESUPUESTOS DE LEY / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - UNA VEZ DESVIRTUADO PROCEDE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. LÍMITES

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión. El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

c) INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD DEBE SER INTEGRAL, POR LO CUAL DEBE COMPRENDER EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES ORDINARIAS Y ADEMÁS DE LAS PRESTACIONES SOCIALES COMPARTIDAS Y PRESTACIONES CON FIN SOCIAL: CAJA DE COMPENSACIÓN Y SUBSIDIO FAMILIAR / LAS VACACIONES NO TIENEN LA CALIDAD DE PRESTACIONES SOCIALES / CLASIFICACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones. La controversia gira en torno a las razones que expone la Jurisprudencia actual para acceder a una condena parcial en el sentido de ordenar el pago de prestaciones “ordinarias”, olvidándose de la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. La Sala prohíja en esta oportunidad la tesis allí expuesta (salvamento de voto de la sentencia IJ 0039 del 18 de noviembre de 2003), porque si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al *sub-lite*, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar. Sobre el tema de las prestaciones sociales, han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

d) CRITERIOS DE LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES PARA EFECTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.). Por tanto, la reparación del daño en el *sub-lite* no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993). En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico. La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento.

e) EL TERMINO DE LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD DEBE CONTARSE A PARTIR DE LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA DEL DERECHO

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican: De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41) En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato. Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

[Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. No 73001-23-31-000-2000-03449-01 \(3047-2005\). M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ.](#)

2. a) RETIRO ABSOLUTO DEL SERVICIO DEL PERSONAL EJECUTIVO POR VOLUNTAD DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL REQUIERE EL CONCEPTO PREVIO DEL COMITÉ DE EVALUACIÓN DE OFICIALES SUPERIORES

Del artículo 55 del decreto 132 de 1995 se puede inferir que la Dirección General de la Policía Nacional está facultada para ejercer la función discrecional de retirar en forma absoluta al personal del Nivel Ejecutivo al servicio de esta institución previo concepto del Comité Evaluador de Oficiales Superiores

b) CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO ABSOLUTO DEL SERVICIO EN LA POLICÍA NACIONAL

La facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.

c) LA EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO NO OTORGA FUERO DE ESTABILIDAD AL SERVIDOR PÚBLICO

La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, menos en relación los servidores de la Policía Nacional que, por la naturaleza de las funciones a ellos conferidas, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.

d) SE DECLARA NULIDAD DEL ACTO DE RETIRO ABSOLUTO DEL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL POR PROBARSE LA DESVIACIÓN DE PODER - POR EVITAR LA VIOLACIÓN DE NORMA DE TRÁNSITO POR CONYUGUE DE CORONEL

Quien alega la causal de desviación de poder está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa. Con respecto al cargo de desviación de poder obran en el proceso las siguientes pruebas: Informe de 6 de marzo de 1999 suscrito por el demandante, dirigido al Capitán José Milton Chávez, Comandante Área Uno de la Estación Metropolitana de Tránsito de Bogotá, en el que relata los hechos ocurridos el 5 de marzo de 1999, que involucran a la esposa del Coronel .Oficio No. 0323 de 26 de abril de 2007, expedido por el Jefe Grupo de Transporte, Area Logística, Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional, en respuesta al oficio enviado por la Secretaría de esta Sección el 27 de marzo de 2007, en el que consta que el vehículo de placas BIB 382 para el 5 de marzo de 1999 estaba a cargo del Agente Parra Cely Cesar Julio. Para corroborar lo dicho anexó copia del acta de entrega del vehículo al agente mencionado. El Jefe de Area de Movilidad, Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional mediante oficio de 31 de marzo de 2008, envió copia del inventario general de vehículos en el que consta la asignación del vehículo Nissan rojo de placas BIB-382 al Coronel en septiembre de 1998 y su entrega a la misma Oficina el 13 de diciembre de 1999 Del material probatorio reseñado se puede concluir la relación de causalidad entre los hechos ocurridos el 5 de marzo de 1999 y la decisión de retiro expedida el 19 de marzo de 1999, recomendada por el Comité de Evaluación de Oficiales Superiores el 8 del mismo mes y año, es decir, tres días después de la “amenaza” recibida, lo que evidencia la concomitancia de los hechos. Los cargos que ostentaban los coroneles, Comandante de

la Policía Metropolitana de Medellín, que usaba el vehículo descrito por el demandante, y Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional, para la época de los hechos, evidencian la jerarquía que tenían y las facultades que ostentaban como directivos de la institución policial.

[Sentencia del 12 de febrero de 2009, Exp. No 25000-23-25-000-1999-05379-01 \(3009-2004\). M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ.](#)

SECCIÓN TERCERA

* Se aclara que las providencias proferidas dentro de los procesos identificados con los números 110010326000200900009 00 (36.312) y 110010326000200900024 00 (36.476) publicadas en el Boletín 40 del Consejo de Estado, son autos mediante los cuales la Corporación resolvió la solicitud de suspensión provisional de algunos artículos del Decreto 2474 de 2008.

1. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LUCRO CESANTE POR INCAPACIDAD FÍSICA

Observa la Sala, luego de la actualización, que el salario devengado por el lesionado es superior al salario mínimo legal mensual actual (\$496.900.). Por tal razón, se tomará el primero de ellos como base para el cálculo. De otro lado, el salario referido será incrementado en un 25%, correspondiente al valor de prestaciones sociales; así mismo, por tratarse de un evento en el que se solicita la reparación de daños correspondientes a incapacidad física, no habrá que descontar valor o porcentaje alguno, para efectos de establecer el monto base de liquidación. En consecuencia, el salario total que será empleado para establecer el lucro cesante del señor Villamizar, corresponde a \$776.307,00. No obstante lo anterior, se determinará el valor que corresponde al 8,85% de la mencionada suma, puesto que ese porcentaje equivale al grado de invalidez con que quedó afectado el demandante principal, por lo tanto, el lucro cesante consolidado y futuro será establecido con un ingreso base de liquidación que corresponde a la suma de: \$68.703,00.

[Sentencia del 26 de febrero de 2009, Exp. 68001-23-15-000-1996-02381-01\(16727\). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

2. FALLA DEL SERVICIO POR ENFRENTAMIENTO ARMADO DESIGUAL

El primero de los elementos estructurales de la responsabilidad, el hecho imputable a la administración, se encuentra probado con los documentos debidamente aportados al proceso en los que se observa claramente que el Ejército Nacional envió a sus hombres a cumplir con una labor de vigilancia bajo una situación que, desde el punto de vista táctico, logístico y de la estructura donde se refugiaban los militares, resultaba inapropiada y deficiente para cumplir con la actividad encomendada, pues incluso, las misiones militares que en su mayoría revisten peligrosidad por su naturaleza, requirieron la adopción de ciertas medidas de seguridad que no fueron acatadas debidamente para procurar la preservación de la integridad de los miembros de institución demandada, máxime si se trata de personal de carrera al que se le encomiendan labores en las que se puede ver comprometida con mayor facilidad la integridad personal y la vida, como sucedió. Para la Sala, aún cuando se cuestiona la forma en que fue diseñada la base destinada por ECOPETROL para que los militares que prestaban vigilancia se alojaran, resulta mucho más cuestionable y determinante el control mismo que el Ejército Nacional debe ejercer sobre los lugares y las condiciones en las que se encuentran sus hombres cumpliendo las tareas asignadas, especialmente las de combate, el envío de los hombres a cumplir una misión en un lugar donde, como lo afirma la Inspección General del Ejército Nacional, apenas “se protegían del agua y del sol” los expuso de forma clara e irresponsable en un sector donde la acción armada de la Guerrilla era un hecho

conocido y podía esperarse en cualquier momento, a ello se suman las condiciones de aptitud profesional para afrontar situaciones de hostigamiento, pues como bien se puede concluir de la lectura de en el informe aludido, los hombres no se encontraban debidamente entrenados para asumir la misión, según la valoración realizada por la misma Inspección General de la Institución, ni siquiera conocían el uso de las armas complementarias con las que se les dotaba, ello equivale a no tener dotación, enviarlos en esas condiciones a cumplir con el servicio de seguridad resulta inexorablemente mortal ante un enfrentamiento armado desigual, en el que seguramente quien presenta múltiples deficiencias del orden que se han señalado compromete de forma casi absoluta la integridad personal y la vida misma.

[Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. No 52001-23-31-000-1996-07818-01\(16586\). M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

3. a) TERMINAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO COMO DEBER LEGAL Y COMO POTESTAD EXCEPCIONAL

El inciso segundo de la norma legal (artículo 45 de la Ley 80 de 1993) consagra el deber legal para el representante legal de la entidad contratante, de dar por terminado el contrato de manera unilateral y proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguna de las precisas causales de nulidad absoluta del contrato que prevé la ley como determinantes de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, esto es cuando los contratos se celebraron con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o cuando se han declarado nulos los actos que sirvieron de fundamento para su celebración. La terminación unilateral prevista por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, no constituye una prerrogativa excepcional de las entidades estatales en desarrollo de la actividad contractual, que implique ubicarla o analizarla en el mismo plano que las facultades establecidas por los artículos 14 a 19 *ibídem*, pues a pesar de que en ambos eventos se trata de potestades cuyo titular es, por regla general, el Estado, -entendida la potestad como el medio jurídico que habilita a su titular para imponer sobre otras personas determinados comportamientos o influirles, condicionando su actividad dentro del marco de las competencias atribuidas-, la terminación unilateral de que trata el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 constituye un deber legal a cargo de las Entidades Estatales que a la postre se traduce en la obligación de proceder en tal sentido, cuando quiera que se presente el hecho o supuesto de la norma, mientras que la terminación unilateral prevista por los artículos 14 y 17 de la misma normatividad, implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que, por ende, conlleva al análisis del evento específico y, según la situación, podrá determinar la viabilidad de continuar con la ejecución del contrato o definitivamente disponer la terminación del mismo por las razones sobrevinientes establecidas por la normatividad. Obsérvese que la connotación de una y otra terminación unilateral, es completamente distinta y, por ende, el tratamiento en uno y otro evento es también diferente. La primera precisión que podría realizarse a este respecto es que si la obligación establecida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 se equiparara a la facultad de terminación unilateral consagrada por el artículo 14 *ibídem*, la entidad estatal estaría supeditada al pacto contractual que en tal sentido acordaran las partes en los contratos donde la inclusión de las mismas resulta facultativa y, así mismo, se encontraría en la imposibilidad de ejecutar el mandato en aquellos contratos en los cuales estuviera expresamente prohibido introducir cláusulas excepcionales. Por consiguiente, la norma imperativa contenida en el inciso segundo del artículo 45 del Estatuto Contractual es una potestad - que no una cláusula- la cual deberá ejercer la entidad contratante en relación con los distintos tipos de contrato estatal, por ende, el problema se contrae al análisis de los eventos que se subsumen en la facultad, los efectos de la terminación y el procedimiento para adoptar la decisión. Al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad absoluta, puesto que la ley no le da tales

prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato.

b) ACCIÓN RESOLUTORIA. CONSTITUCIÓN EN MORA Y EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Sucede que el deudor tan solo se encuentra en situación de incumplimiento cuando ha retardado la satisfacción de sus obligaciones, una vez éstas se hayan hecho exigibles, esto es, cuando se encuentra constituido en mora, bien que se trate de una obligación pura y simple o sometida a plazo o condición. En el primer evento la obligación es exigible desde el momento mismo de su nacimiento, en el segundo, una vez vencido el plazo o cumplida la condición. Ocurridos estos eventos sin que el deudor satisfaga la obligación, el acreedor podrá a su arbitrio ejercer la acción para que el deudor acuda al cumplimiento de sus obligaciones o solicitar al juez la resolución del contrato. Resulta pertinente precisar que de conformidad con lo prescrito por el artículo 1608 del C.C., el deudor quedará constituido en mora en los siguientes eventos: en las obligaciones sometidas a plazo cuando llegado éste, no se ha cumplido la obligación o cuando el deudor dejó pasar el tiempo dentro del cual debía cumplir la obligación de dar o hacer, no siendo posible cumplirla dentro de otro término y en los demás casos cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente. También constituye presupuesto para la prosperidad de la acción resolutoria, que el actor esté libre de culpa, esto es, que no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, puesto que de lo contrario, estaría impedido para exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación, toda vez que en virtud del principio según el cual, la mora purga la mora, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, al contratante demandado le asiste el derecho de proponer como medio de defensa la excepción de contrato no cumplido.

c) EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO Y LA RESILIACION

Declarada por el juez, la resolución del contrato por ocurrencia del incumplimiento de uno de los contratantes, el contrato se extingue no solo hacia el futuro, sino con efectos retroactivos, es decir, que las cosas se retrotraen al estado que tenían antes de su nacimiento como si el contrato no hubiere existido jamás, (efectos *ex tunc*) lo cual genera, como sucede con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, el deber de las restituciones mutuas, deber que en algunas situaciones se torna imposible de cumplir por sustracción de materia, como cuando el objeto del contrato es el arrendamiento, evento en el cual no puede devolverse el uso de la cosa arrendada; o en la construcción de una carretera, en que las obras no pueden restituirse al contratista, situaciones en las cuales se extingue la obligación de restitución. En esta clase de contratos en que la resolución del contrato opera sólo para el futuro (efectos *ex nunc*), es decir, que no tiene efectos retroactivos, la figura se denomina resiliación o simplemente terminación.

d) ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, es aplicable a los contratos estatales con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, y podrá hacerse efectiva por vía de la acción de controversias contractuales, toda vez que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la referida acción establece como finalidad de ésta: *i)* la declaratoria de existencia o nulidad del contrato con sus consecuentes declaraciones condenas o restituciones; *ii)* que se ordene su revisión; *iii)* que se declare su incumplimiento; *iv)* que se condene a la indemnización de perjuicios y *v)* que se hagan otras declaraciones y condenas. Quiere, decir, que la declaratoria judicial de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes de la relación negocial, en virtud de la denominada condición resolutoria tácita, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, puede enmarcarse, sin reparo alguno, dentro de esta última finalidad prevista por la ley para el ejercicio de la acción contractual.

e) CONDENA EN ABSTRACTO POR PRIVACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Encuentra la Sala que el valor de la indemnización no ha sido determinado, toda vez que el medio idóneo para hacerlo era a través del dictamen pericial, prueba cuya práctica, fue denegada por el a quo, razón por la cual la Sala acudirá a la indemnización en abstracto y para concretar el valor de los perjuicios se ordenará la elaboración de un experticio que determine de manera precisa y sustentada, el valor de la ganancia que debía reportar el contratista de habersele permitido la ejecución normal de su contrato. El valor histórico de la suma, que por concepto de utilidad sea determinada por el perito, será actualizada desde el 18 de julio de 1996, fecha en que debían ser entregados los bienes y cancelado el valor total de los mismos hasta la fecha del fallo con base en el I.P.C. vigente, certificado por el DANE y devengará intereses legales corrientes del 6%, desde la misma fecha, esto es desde el 18 de julio de 1996, fecha en que debía cancelarse la obligación, hasta la fecha del fallo, valores que corresponden a los beneficios o frutos que produce el dinero.

[Sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp. 85001-23-31-000-0374-01 \(15797\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

4. SALVEDAD EN ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL

La Sala ha sido unánime en afirmar que la liquidación bilateral del contrato traduce en un verdadero negocio jurídico por medio del cual las partes definen las cuentas del contrato y se obligan a lo estipulado en el documento que la contiene. Al efecto cabe tener en cuenta que la liquidación significa *“hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta”* y se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo; es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico. El contrato se puede liquidar en forma bilateral, mediante acuerdo entre las partes; por acto administrativo proferido por la entidad y mediante sentencia judicial o laudo arbitral, cuando alguna de las partes ejerce la acción de controversias contractuales y demanda la liquidación del mismo. Respecto de la liquidación del contrato fuente de las obligaciones por cuyo cumplimiento se demandó, el decreto ley 222 de 1983, prevé que los contratos de suministros y de obras *“deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos”*; que la liquidación determinará *“las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato”* y que si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, *“se tendrá por firme la liquidación presentada por la Empresa, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios de la vía gubernativa”*. Se ha precisado también que resulta contrario a la buena fe y particularmente a la regla de no venir contra sus propios actos, suscribir un acto bilateral en el que se deja constancia de los valores finales del contrato, para después demandar ante el árbitro o juez el reconocimiento de sumas distintas. En el entendido de que liquidación bilateral obliga a quienes la suscriben a respetar su contenido, la jurisprudencia y ahora la ley han señalado la posibilidad de que el sujeto que pretenda un reconocimiento judicial distinto, deje expresa salvedad en el documento que la contiene. La salvedad condiciona entonces, *no el ejercicio de la acción porque no es un supuesto legal para su procedencia, sino la prosperidad de las pretensiones formuladas, siempre que se demuestren los otros supuestos fácticos y jurídicos de la responsabilidad contractual.*

[Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 25000-23-26-000-1992- 08345- 01 \(15.757\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

5. a) EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. ARTÍCULO 414 DEL DEROGADO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La Sala, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, la jurisprudencia se ha desarrollado en cuatro distintas direcciones, como en anteriores oportunidades se ha sido puesto de presente. En una primera etapa la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene toda autoridad judicial de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso y sin que resultare relevante el estudio de la conducta del juez o magistrado a efecto de establecer si la misma estuvo caracterizada por la culpa o el dolo. Bajo este criterio, la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva se tenía como una carga que todas las personas debían soportar. Más adelante, en una segunda dirección, la carga procesal de demostrar el carácter injusto de la detención con el fin de obtener la indemnización de los correspondientes perjuicios -carga consistente en la necesidad de probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad- fue reducida solamente a aquellos casos diferentes de los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, pues en relación con los tres eventos señalados en esa norma se estimó que la ley había calificado de antemano que se estaba en presencia de una detención injusta, lo cual se equiparaba a un tipo de responsabilidad objetiva, en la medida en que no era necesario acreditar la existencia de una falla del servicio. En tercer término, tras reiterar el carácter injusto dado por la ley a aquellos casos enmarcados dentro de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, la Sala añadió la precisión de acuerdo con la cual el fundamento del compromiso para la responsabilidad del Estado en estos tres supuestos no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo, reiterando que ello es así independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto o de la actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa. Finalmente y en un cuarto momento, la Sala amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación dentro del proceso penal respectivo del principio in dubio pro reo, de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales el imputado no llega a ser condenado porque la investigación es dudosa e insuficiente para condenar el imputado, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos -cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de aseguramiento-. Las decisiones que han establecido que el Estado debe responder cuando se configure alguna de las causales del artículo 414 del C. de P. C., sin que sea necesario cuestionar la conducta del funcionario que impuso la respectiva medida de aseguramiento de privación de la libertad, incluso en los casos en que se ha absuelto al detenido por in dubio pro reo - todo bajo un régimen objetivo de responsabilidad- han estado fundamentadas en la primacía del derecho fundamental a la libertad, la cual debe ser garantizada en un Estado Social de Derecho como lo es el Estado Colombiano por virtud de lo dispuesto en la Constitución Política.

b) PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY 270 DE 1996

Para resolver el asunto es necesario remitirse al artículo 68 de la Ley 270 de 1996, según el cual quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la correspondiente reparación de perjuicios. La Sala señaló que una lectura aislada del artículo 68 de la Ley 270, junto con las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar exequible el proyecto de

dicha disposición, podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales sería posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, a aquellos casos en los cuales tenga lugar “una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”, es decir a supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia de las características descritas por la Corte en el apartado que se acaba de reproducir. Sin embargo, tal conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Norma Fundamental que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance. En consecuencia, mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991. Teniendo en cuenta el criterio expuesto, la Sala concluyó, en la precitada sentencia, que para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 ibídem, de acuerdo con el cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”, norma que no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico” en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal - siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública-. No es viable, en consecuencia, considerar que un precepto contenido en una ley estatutaria pudiera restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Constitución. Al remarcarlo así, la propia Corte Constitucional no hace otra cosa que señalar que, más allá de las previsiones contenidas en la comentada Ley 270 de 1996, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, mas no limitados, por una norma infraconstitucional. El anterior aserto encuentra refuerzo adicional en lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual, desarrollando el querer del plurimencionado artículo 90 constitucional, amplía el plexo de hipótesis en las cuales puede declararse la responsabilidad del Estado derivada de la función de Administración de Justicia, al estatuir que “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.

[Sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp. 25000-23-26-000-1998-05851-01\(25508\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ](#)

- Salvamento de voto de la doctora Ruth Stella Correa Palacio

6. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO Para la Sala se encuentra acreditado, sin anfibología alguna, la calidad de antijurídica que reviste la lesión inflingida a los demandantes, en tanto no tenían -ni tienen- el deber jurídico de soportarla. En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/o hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un

conocimiento profesional y técnico brinden soluciones a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud. En esa panorámica, el daño ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar el acaecimiento del mismo.

[Sentencia del 24 de abril de 2008, Exp. 50001-23-31-000-1994-04535-01\(17062\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.](#)

7. INOPONIBILIDAD DE LA CLÁUSULA DE INDEMNIDAD FRENTE A TERCEROS

Aunque esta cláusula comporta la indemnidad o exoneración de responsabilidad de la entidad estatal por los daños que con ocasión de la ejecución del contrato el hospital cause a terceras personas, entiende la Sala que dicho pacto sólo surte efectos entre las partes del convenio y es inoponible a terceros. Es por lo anterior, que no puede trasladarse a la víctima y a los demandantes, en su calidad de terceros, en relación con la declaratoria de responsabilidad extracontractual que deprecian, la carga de una estipulación contractual de la que no hicieron parte, de la que dentro del proceso no obra prueba de su conocimiento y menos de su asentimiento. En consecuencia, se entiende que no sólo el Hospital San Pedro es el llamado a responder por el daño causado a los demandantes, con ocasión del óbito de la señora Meneses Martínez, sino también del Instituto Departamental de Salud de Nariño, quien contrató con el primero la prestación de servicios de salud, pues se entiende que fue éste, a través del un particular, quien prestó los servicios de salud a la víctima. Así las cosas, las entidades demandadas están llamadas a responder de manera solidaria por los perjuicios ocasionados a los demandantes, en tanto el daño cuya reparación se reclama por los demandantes les sea imputable, sin perjuicio de las estipulaciones contractuales pactadas entre las entidades demandadas.

[Sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 52001-23-31-000-1996-08167-01\(16483\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

8. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA CONOCER FALLA DEL SERVICIO MEDICO DEL ISS

Los asuntos atinentes a responsabilidad extracontractual derivada de hechos jurídicos por parte de entidades estatales prestadoras de servicios de salud, no fueron asignados por el artículo 2º de la ley 712 a la jurisdicción ordinaria laboral, en cuanto que esta norma asignó a esta sólo las controversias derivadas de actos jurídicos, y por lo mismo excluyó aquellas derivadas de otras fuentes del daño, como son justamente los hechos, los cuales por lo mismo continuarán siendo de conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. La Sala destaca que la ley 1107 de 2006 en tanto preceptiva procesal es de aplicación general inmediata, conforme lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, según el cual “[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.” En consideración a que la controversia planteada tiene su origen en un hecho de la administración, como que el fundamento de la demanda es la falla del servicio médico asistencial prestado por el Instituto de Seguros Sociales, cuyo conocimiento no fue asignado por la ley 712 a la jurisdicción del trabajo, constituye entonces materia de juzgamiento de la jurisdicción contencioso administrativa y por ello a esta última le corresponde conocer de este asunto. Por lo demás no es necesario verificar si dicha actividad reviste carácter administrativo, por cuanto basta con determinar la naturaleza jurídica de quien realizó la actividad. Como quiera que el Instituto

de los Seguros Sociales es una entidad pública, la competencia le está asignada a esta jurisdicción conforme a la cláusula general de competencias señalada en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 de 2006.

[Sentencia del 26 de marzo de 2007, Exp. 66001-23-31-000-2003-00167-01\(25619\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

SECCIÓN CUARTA

1. EL SERVICIO DE BLINDAJE ESTÁ GRAVADO CON IVA CUANDO SE PRESTA INDEPENDIENTE DEL SERVICIO DE VIGILANCIA

Situación fáctica: La actora demandó la nulidad de los actos mediante los cuales la DIAN determinó oficialmente el Impuesto sobre las ventas del quinto bimestre de 2001.

Tesis: En este caso, el artículo 476 numeral 7, vigente para la época de los hechos, contemplaba como excluido del IVA los servicios de vigilancia aprobados por la Superintendencia de Vigilancia Privada, los cuales deben entenderse en las modalidades que se citaron y si la actividad de blindaje se presta dentro de una de esas modalidades sí correspondería al servicio de vigilancia, pero si se presta de manera independiente no puede considerarse que se trate de un servicio de vigilancia. Ahora bien, el hecho de que el Decreto 2187 de 2001 por medio del cual se reglamenta el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada defina en el artículo 36 como actividad de blindaje en los servicios de vigilancia y seguridad privada, entre otros, la fabricación, producción, ensamblaje o elaboración de equipos, elementos, productos o automotores blindados para la vigilancia y seguridad privada y la Instalación y/o acondicionamiento de elementos, equipos o automotores blindados, no significa que el desarrollo de tales actividades siempre estén excluidas del impuesto sobre las ventas, pues para gozar del beneficio, deben ejecutarse junto con el servicio de vigilancia, ya que si se prestan de manera independiente corresponderán a una actividad de seguridad privada más no de vigilancia. De otra parte, tampoco modifica la conclusión anterior el hecho de que el artículo 37 ibídem defina las empresas blindadoras como sociedades legalmente constituidas cuyo objeto social sea la prestación remunerada de servicios de vigilancia y seguridad privada, a través de la adecuación de los tipos de blindajes señalados en el artículo anterior, pues, tal hecho responde a que el concepto de “vigilancia y seguridad privada” abarca todo tipo de empresa que realiza alguna de las actividades que el Estatuto de vigilancia y seguridad privada describió como tales de manera genérica y no por ello puede considerar que la empresa blindadora, que sólo se dedique al blindaje, preste un servicio de vigilancia.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-91163-01 \(16340\). M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

2. COMO LOS CONSORCIOS NO SON SUJETOS PASIVOS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO, LAS DECLARACIONES QUE ÉSTOS PRESENTEN NO TIENEN EFECTOS JURÍDICOS

Situación Fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la Administración Distrital liquidó el impuesto de industria y comercio por los bimestres 1 a 6 de 2001.

Tesis: La Sala ha reiterado que los consorcios no se pueden confundir con sociedades de hecho, no son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio y no están obligados a declarar, ni a pagar suma alguna por tal concepto. Los sujetos pasivos en consecuencia, son las personas naturales o jurídicas que lo integran. Conforme a lo anterior, no obstante habersele practicado las respectivas retenciones, y así

sus integrantes consideraran que el consorcio obró en calidad de sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio bajo la modalidad de sociedad de hecho, lo cierto es que nunca ha detentado tal calidad y por tanto, no estaba obligado a declarar y a pagar por tal concepto. De conformidad con el artículo 34-1 del Decreto Distrital 807 de 1993, que armoniza el artículo 594-1 del Estatuto Tributario Nacional, las declaraciones presentadas por las personas que no están obligadas a ello, no producen efecto jurídico alguno. En este punto bajo análisis, la Sala comparte las apreciaciones realizadas por la Administración y por el Tribunal, pues al no ser el consorcio, sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio sus declaraciones no deben ser tenidas en cuenta. De acuerdo con todo lo anterior, fue procedente la adición de ingresos de la sociedad demandante con los ingresos que obtuvo dentro del consorcio. Cabe anotar, que el consorcio tiene derecho a que le sea restituido lo que haya declarado y pagado, so pena de que se grave doblemente la misma capacidad contributiva o se produzca un enriquecimiento sin justa causa.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00392-01 \(16782\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

3. LA PÉRDIDA PROVENIENTE DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES O CUOTAS DE INTERÉS SOCIAL ES DEDUCIBLE PARA LOS CONTRIBUYENTES OBLIGADOS A APLICAR AJUSTES POR INFLACIÓN

Situación fáctica: El actor demandó la nulidad del concepto 091761 de 12 de diciembre de 2005 expedido por la DIAN.

Tesis: La Sala concluyó que el artículo 153 de Estatuto Tributario (modificado por el 4 de la Ley 49 de 1990), según el cual, la pérdida proveniente de la enajenación de acciones o cuotas de interés social no es deducible, no rige para los contribuyentes obligados a aplicar los ajustes por inflación, ya que, además es anterior a la entrada en vigencia del sistema de ajustes integrales por inflación y tiene carácter exceptivo frente al tratamiento fiscal que debe darse a la pérdida en la enajenación de acciones, no prevalece ni es oponible al régimen de ajustes por inflación, precisamente por tener éste el carácter de especial, y estar previsto para el mismo concepto el tratamiento que bajo dicho régimen corresponde a las pérdidas originadas al momento de su enajenación. De manera que al reconocimiento como deducción de la pérdida obtenida en la enajenación de acciones, no puede oponerse la prohibición del artículo 153 del Estatuto Tributario que sigue vigente para contribuyentes no sujetos a los ajustes por inflación. Por el contrario, en el Concepto demandado se concluye que el artículo 153 del Estatuto Tributario rige para los contribuyentes obligados a aplicar el sistema integral de ajustes por inflación, porque si bien las pérdidas ocasionales originadas en la enajenación de activos fijos, se deben involucrar dentro de la depuración de la renta ordinaria, existe la prohibición expresa entratándose de las generadas en la enajenación de acciones o cuotas de interés social. Planteadas así las diferentes posiciones y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, la Sala considera que no hay motivo legal ni jurídico para variar el criterio expuesto en la sentencia citada cuyas consideraciones se reiteran, pues el análisis parte del reconocimiento del sistema de ajustes por inflación, que mientras estuvo vigente, reguló de manera especial el impuesto de renta para quienes estaban obligados a llevarlo, mientras que el concepto demandado, no es coherente con esta situación y parte del concepto de las ganancias ocasionales por la utilidad en la enajenación de los activos fijos poseídos dos años o más, cuando precisamente el artículo 352 del Estatuto Tributario, excluye en el régimen de ajustes por inflación el concepto de ganancias ocasionales como impuesto complementario del impuesto de renta, como se explica en la sentencia.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2006-00040-00 \(16152\). Actor: JUAN M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

4. a) PROCEDE LA DEDUCCIÓN DEL IMPUESTO DE RENTA POR PAGOS A TRABAJADORES MEDIANTE FONDO DE EMPLEADOS

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 2002.

Tesis: En lo que hace a la deducción del aporte al Fondo de Empleados realizada por la Clínica para cancelar la medicina prepagada de sus empleados, en cuantía de \$25.000.000, es aceptada por el a quo con fundamento en el artículo 5° del Decreto Reglamentario 3750 de 1986. Como lo ha señalado la Sala frente a situaciones idénticas a la que ahora se analiza “[e]l carácter laboral del gasto, permite igualmente afirmar que existe un nexo causal frente a la actividad productora de renta, puesto que la fuerza laboral constituye, sin duda, un elemento indispensable en la producción de la renta, y por la misma razón, resulta necesario el gasto, para la obtención efectiva del ingreso, en cuanto incide de manera directa en la productividad de la empresa”.

b) LOS VALORES PAGADOS A LA SUPERFINANCIERA SON DEDUCIBLES DEL IMPUESTO DE RENTA POR TENER RELACIÓN DE CAUSALIDAD CON LA ACTIVIDAD PRODUCTORA DE RENTA

Respecto de las erogaciones con destino a la Bolsa de Valores de Colombia y la Superintendencia Nacional de Valores (hoy Superintendencia Financiera), que totalizan \$27.504.200, también son aceptadas como deducibles por la Corporación de primera instancia, ya que al poseer la sociedad acciones en la Bolsa de Valores y obtener utilidades de las mismas, cumple con los requisitos del artículo 107 E.T. para su procedibilidad. Esta Corporación se pronunció en relación con la deducibilidad de la contribución a la Superintendencia de Sociedades (hoy Financiera) en sentencia del 13 de octubre de 2005, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, la cual se reitera, luego los pagos realizados a la Superintendencia de Valores (hoy Financiera) cumplen los presupuestos del artículo 107 E.T. y en igual sentido se puede aplicar lo expuesto en la sentencia a los pagos a la Bolsa de Valores.

c) ES DEDUCIBLE EL IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS AL SER COMPLEMENTARIO DEL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Respecto del rechazo del impuesto de Avisos y Tableros, solicitado como deducción, el aludido gravamen fue creado como autónomo por el literal k) del artículo 1° de la ley 97 de 1913, en 1983 con el artículo 37 de la ley 14 se ordenó su incorporación como “Complementario” al de Industria y Comercio, determinando además como hecho generador del mismo a partir de la fecha de su promulgación, el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicios, o sea el mismo que origina la responsabilidad del ICA. Aclarado lo anterior, y en virtud del principio general de Derecho, según el cual “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, es perentorio concluir que al no poder el impuesto de avisos y tableros subsistir por sí mismo, por exigir para su generación el ejercicio de actividades gravadas con el ICA y además estar supeditada la base para su liquidación a dicho impuesto, dar la interpretación correcta al texto del artículo 115 del Estatuto Tributario - ya transcrito- cuando ordena “Son deducibles en su totalidad los impuestos de Industria y Comercio”, en el entendido que el mismo integra un solo gravamen con su complementario el de avisos y tableros, que en tanto haya sido cancelado dentro de la anualidad fiscal correspondiente, debe ser fiscalmente deducible.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00861-01 \(16595\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

5. LA DIAN NO PUEDE INICIAR PROCESO DE COBRO COACTIVO SOBRE OBLIGACIONES POST-CONCORDATARIAS

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN decidió las excepciones propuestas contra los mandamientos de pago expedidos en su contra.

Tesis: La apertura del trámite liquidatorio, conforme al artículo 151 de la Ley 222 de 1995 implica, entre otros aspectos, la disolución de la persona jurídica y la remisión e incorporación al trámite de la liquidación de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor. Este proceso concursal, al igual que el concordatario es universal y, goza de preferencia, para lo cual se aplican las reglas previstas en el concordato sobre el particular. Estas preferencias consisten en que a partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido, ni proceso de ejecución singular. Los procesos, demandas ejecutivas y los de ejecución coactiva, se tendrán por incorporados al concordato y estarán sujetos a la suerte de aquél. Las obligaciones post-concordatarias, a las que se refiere el artículo 147 de la Ley en mención, como los gastos de administración, los de conservación de bienes del deudor y las demás obligaciones causadas durante el trámite del concordato y la ejecución del acuerdo concordatario y las calificadas como post-concordatarias, serán pagados de preferencia y no estarán sujetos al sistema que en el concordato se establezca para el pago de las demás acreencias, pudiendo los acreedores respectivos acudir a la justicia ordinaria para el cobro de los mismos. Por eso, el artículo 846 del Estatuto Tributario señala que una vez iniciado un proceso concursal, se debe informar a la DIAN para que se haga parte en el proceso y haga valer las deudas fiscales de plazo vencido, y las que surjan hasta el momento de la liquidación o terminación del respectivo proceso. En materia de procesos liquidatorios administrativos, como el de la liquidación forzosa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, la Sala ha señalado la necesidad de que la DIAN se haga parte en esos procesos, para hacer valer las deudas fiscales de la intervenida y no proceder a compensar los saldos a favor consolidados con posterioridad a la apertura de dicho proceso. Así las cosas, en el presente caso la DIAN no podía iniciar el cobro de las obligaciones de la sociedad surgidas durante el trámite del concordato al que había sido admitida, pues, una vez decretada la liquidación obligatoria, debió presentar la deuda para su reconocimiento y cancelación dentro de este proceso.

[Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp. 2500023-27-000-2004-02216-01 \(16119\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

6. SUSPENDIDA LA ESTAMPILLA PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE GAS Y TELEFONÍA FIJA Y MÓVIL EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Situación fáctica: La actora demandó la nulidad de la nulidad de los artículos 2º y 5º de la Ordenanza No. 20 de 2001, proferida por la Asamblea Departamental de Bolívar y 1º, 2º, 4º, 5º, inciso final y parágrafo 2º; 6º y 9º del Decreto 682 de 4 de octubre de 2001, expedido por el Gobernador del referido Departamento.

Tesis: La actora invocó el numeral 5º del artículo 71 del Decreto 1222 de 1986, cuyo texto es el siguiente: "Es prohibido a las asambleas departamentales: (...) 5) Imponer gravámenes sobre los objetos o industrias gravados por la ley". Conforme a la anterior disposición, en el presente caso los actos administrativos demandados, además de imponer la obligatoriedad de la estampilla para los servicios públicos domiciliarios de gas y telefonía fija y móvil, hacen lo mismo y de manera general con las actividades industriales, comerciales y de servicios, las cuales ya se encuentran gravadas con el impuesto de industria y comercio en el Decreto 1333 de 1986, lo cual implica que se está gravando doblemente un mismo hecho económico. Teniendo en cuenta lo expuesto, de la simple comparación de los actos acusados con la norma superior -num. 5º art. 71 Decreto 1222 de 1986 - , se evidencia la infracción y en consecuencia se deben suspender los efectos de los actos acusados respecto del gravamen a las actividades industriales, comerciales y de servicios, y de las definiciones que de éstas trae el Decreto 682 de 2001. En consecuencia se decreta la suspensión provisional de los efectos del aparte "Las actividades comerciales, industriales y de servicios, el 1 por mil del ingreso generado" contenido en el artículo 2º de la Ordenanza 20 de 2001; y los artículos 1º, literal a), 2º y 5º, sin incluir el parágrafo 2º, del Decreto 682 de 2001.

Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp. 13001-23-31-000-2006-00299-01 (17488). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA (E)

7. a) EL CARÁCTER DE ACTIVO FIJO NO LO DETERMINA EL TÉRMINO DE POSESIÓN DEL BIEN SINO SU DESTINACIÓN ESPECÍFICA

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la Administración Distrital le modificó la declaración de industria y comercio, avisos y tableros por los bimestres 1, 2, 3, 4 y 6 de 2002 e impuso sanción por inexactitud.

Tesis: Ha precisado la Sección que la permanencia del activo en el patrimonio de la empresa o su contabilización como activo fijo, son circunstancias que no modifican el carácter de activos movibles, de los bienes que se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, porque el carácter de activo fijo no lo determina el término de posesión del bien dentro del patrimonio, sino su destinación específica. Aún cuando el término de dos años de posesión del activo, sea un elemento que permite en materia de impuesto de renta, tratar el ingreso percibido por la enajenación como renta ordinaria o ganancia ocasional. La parte recurrente ha sostenido a lo largo del debate que los bienes enajenados en el período en cuestión han permanecido por más de 50 años en el patrimonio de la compañía y desde su adquisición fueron tenidos como activos fijos productores de renta, contabilizados de acuerdo con el PUC en la cuenta correspondiente a “Propiedad, Planta y Equipo” y por tanto han sido depreciados y no se incluyeron en inventarios. En efecto, esta Corporación al analizar un caso similar al ahora planteado indicó algunos aspectos probatorios que permiten desvirtuar la naturaleza movable de los bienes enajenados y para ello precisó que al contribuyente le “correspondía demostrar el manejo contable que había efectuado respecto de la destinación de los bienes, y que su enajenación, no correspondió a la actividad económica principal de compraventa, que fueron depreciados y que no se llevaron a inventarios, por haberse adquirido con el único fin de que hicieran parte de los activos fijos de la sociedad”. Así las cosas, se advierte que si bien la venta de los inmuebles hace parte del objeto social de la actora, la enajenación específica cuestionada por la demandada no constituyó una actividad ordinaria de la demandante, pues los bienes hacían parte del activo fijo de la misma y recibieron tal tratamiento en la contabilidad de la empresa como lo demostró la demandante.

b) NO PROCEDE LA ADICIÓN DE INGRESOS EN EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR CONCEPTO DE AJUSTES EN DIFERENCIA EN CAMBIO Y PACTO DE REAJUSTE

Se advierte que el artículo 330 E.T. expresamente excluye la aplicación del sistema de ajustes por inflación en la determinación del impuesto de industria y comercio. Además se observa que el ajuste en diferencia en cambio y el pacto de reajuste están consagrados en el artículo 335 del E.T.N., disposición que se encuentra incluida en el mismo capítulo de los ajustes a los activos en el Estatuto Tributario Nacional, por lo que se puede concluir que el Legislador otorga tanto al ajuste por diferencia en cambio y al pacto de reajuste el tratamiento de ajustes integrales por inflación. Así las cosas la Sala advierte que los ajustes por diferencia en cambio y el pacto de reajuste hacen parte del sistema de ajustes integrales por inflación el cual como lo señala el artículo 330 E.T.N. antes transcrito, no es aplicable al tributo territorial en cuestión y además tal disposición es clara en indicar que las disposiciones previstas en el *título* producen efectos para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes.

Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01033-01 (16584). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

8. a) DEBE APLICARSE LA NORMA SANCIONATORIA VIGENTE AL MOMENTO DE LA OCURRENCIA DEL HECHO SANCIONADO

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el Municipio de Ciénaga (Magdalena) le impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio de 1996 a 2000.

Tesis: Al respecto esta Corporación ha reiterado que las normas sancionatorias son de carácter sustancial y éstas deben ser preexistentes a los hechos sancionables pues de lo contrario se les otorgaría un carácter retroactivo violatorio del derecho de defensa. Con fundamento en lo anterior la Sala en varias oportunidades ha indicado que en materia sancionatoria las normas aplicables son las vigentes al momento en que se incurre en la conducta sancionable, “o de la ocurrencia de los hechos respecto de los cuales se ejerce la facultad sancionatoria, independientemente de que la actuación administrativa de verificación al cumplimiento de las obligaciones fiscales y la expedición de los actos sancionatorios ocurran con posterioridad.

b) LA SANCIÓN POR NO DECLARAR SE GENERA AL DÍA SIGUIENTE DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO PARA PRESENTAR LA LIQUIDACIÓN PRIVADA

Tesis: No puede aceptarse el argumento de la demandada en cuanto a que la sanción impuesta obedeció a la no presentación de las declaraciones del impuesto de industria y comercio dentro del mes siguiente a la notificación de los emplazamientos y por ello la norma vigente para ese momento era el Acuerdo 09 del 2001. Lo anterior porque la sanción por no declarar se genera, como ya se explicó, al día siguiente del vencimiento del plazo máximo para presentar la liquidación privada, pero para su imposición debe agotarse un procedimiento legal, que inicia con el emplazamiento para declarar con el cual se le otorga al contribuyente la oportunidad de presentar la declaración so pena de imponerle la sanción por no declarar. En efecto, la Sala reitera que en el caso de la sanción por no declarar, se presentan dos términos diferentes “uno a cargo del contribuyente para cumplir con su obligación formal, y otro a cargo de la Administración para imponer la sanción respectiva”, para lo cual debe aplicarse la norma vigente en la época en que se configuró el hecho sancionable y no la aplicable para el momento en que la Administración constata la ocurrencia de la infracción.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 47001-23-31-000-2001-01273-01 \(16496\). M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

9. a) LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN CON OCASIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS NO SUBSANA LA OMISIÓN, SÓLO PERMITE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN la sancionó por no enviar información de 1999.

Tesis: el artículo en comentario dispone que la sanción puede reducirse al 10% de su valor, si la omisión que la genera se subsana antes de notificarse el acto sancionatorio, o al 20%, si es subsanada dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación. Para tal efecto, se requiere que el obligado presente un memorial de aceptación de la sanción reducida, en el cual acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma. El hecho de que la demandante hubiera entregado la información con la respuesta al pliego de cargos, y que la Administración pudiera validarla según lo constata el reporte que obra en el cuaderno de antecedentes, no es una forma de subsanar la omisión, porque ello implicaría que desapareciera la extemporaneidad en la entrega de la información; sino que constituye simplemente un mecanismo para atenuar la sanción por la omisión efectivamente ocurrida.

b) LA SOLICITUD DE REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN POR NO INFORMAR DEBE SER EXPRESA

La sanción reducida al 10 o 20%, constituye un derecho del contribuyente sancionado, que otorga expresamente el comentado artículo 651 del Estatuto Tributario, para cuyo ejercicio el obligado debe presentar un memorial de aceptación de la sanción reducida, en el cual acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma. La acción de aceptar supone, en el

contexto de la norma, aprobar o asumir la sanción propuesta en el pliego de cargos o en el acto sancionatorio, según se pretenda la reducción del 10% o del 20%, pues la reducción se aplica sobre las sumas determinadas conforme a los criterios que enuncia el literal a) del mismo artículo 651 (porcentajes límite del 5% o 0,5%, según el caso). No obstante y según se observa en la reseña del material probatorio, dichas manifestaciones de voluntad no son las que aparecen en la respuesta al pliego del pliego de cargos, ni en la petición de 30 de mayo, como tampoco en el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución sanción. Y si bien tales escritos aluden a la reducción del 10% de la sanción, lo hacen presentándola como una alternativa posterior a la modificación de la tarifa del 5% que aplicó el pliego de cargos para liquidar la sanción, lo cual denota una discusión en relación con la sanción misma, en todo opuesta al concepto de aceptación. Ratifica tal cuestionamiento del demandante, la inexistencia de prueba alguna sobre el pago o acuerdo de pago de la sanción reducida.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 17001-23-31-000-2002-01522-01 \(16169\). M.P. Dr. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

10. LA LIQUIDACIÓN DE UNA ENTIDAD FINANCIERA ES UNA CAUSAL DE FUERZA MAYOR PERO NO CONLLEVA LA DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LAS SOCIEDADES INTERVENIDAS

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el Municipio de Ciénaga (Magdalena) le impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio de 1996 a 2000.

Tesis: En materia tributaria las provisiones aceptables son las señaladas en los artículos 112 para pago de futuras pensiones, 145 provisión individual o general de deudas de difícil cobro, y 146 deudas manifiestamente perdidas. Igualmente son deducibles las pérdidas sufridas durante el año o período gravable, concernientes a los bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por una fuerza mayor durante el año o período gravable, según regulación del artículo 148 del Estatuto Tributario. Al respecto, se observa que dentro del objeto de la sociedad no se incluye ser inversionista, razón por la cual no puede aceptarse la deducción de la provisión solicitada. Ahora bien, si se consideraran que son activos productores de renta, para su aceptación es indispensable que la pérdida ocurra por fuerza mayor, y por lo tanto para que el mismo tenga cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus dos elementos esenciales, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. La Sala en sentencia de fecha 27 de mayo de 2004 dijo que para que pueda tenerse a un hecho como caso fortuito o fuerza mayor, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse indefectiblemente por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable ponderar todas las circunstancias que lo rodearon. En efecto, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios con fines de liquidación de una entidad financiera, es un acto de autoridad, ejercido por funcionario público y, configura una causal legal de fuerza mayor, para la entidad financiera, la cual no conlleva la declaratoria de pérdida de las obligaciones a cargo de las sociedades intervenidas.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-01108-01 \(16095\). M.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA REMUNERACIÓN AL TRABAJADOR SECUESTRAO SE MANTIENE HASTA SU LIBERTAD O QUE SE COMPRUEBE SU MUERTE SALVO QUE EL JUEZ QUE CONOCE EL DELITO

DE SECUESTRO EXONERE AL EMPLEADOR POR OTRAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Esa fue la respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil a la consulta que formuló el Ministro de Hacienda y Crédito Público, con relación a los diputados del Valle del Cauca que estuvieron secuestrados. El concepto, cuya reserva se levantó recientemente, inició por relacionar los derechos afectados por el delito del secuestro, a saber: seguridad, dignidad humana y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, intimidación personal y familiar, libre desarrollo de la personalidad, circulación libre o de locomoción y movimiento, paz, trabajo y representación efectiva.

Luego advirtió que el secuestro -calificado de delito atroz y de lesa humanidad- hace imposible el desarrollo del trabajo como actividad humana, lo cual constituye una causa legítima -fuerza mayor- para excusar la prestación personal del servicio comprometida en una relación laboral, bien se trate de trabajadores particulares o de servidores públicos, razón por la cual la ley dispone que la relación no se interrumpe ni se suspende y, en consecuencia, resulta procedente el pago de los emolumentos laborales con el fin de proteger los derechos fundamentales afectados, aplicando el principio de solidaridad, conforme lo ha establecido la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos de esta Sala, que contribuyeron a estructurar el régimen normativo que se analiza a continuación.

Seguidamente, la Sala expuso el marco jurídico de protección laboral a los trabajadores víctimas del secuestro, del que destacó el Decreto 1923 de 1996, reglamentario de la Ley 282 del mismo año, que instituyó el funcionamiento de un seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de esas personas y señaló un límite de 5 años para dicha obligación.

Más adelante analizó la sentencia C-400 de 2003, relacionada con la Ley 589 de 2000, y concluyó que, según esa decisión de la Corte Constitucional, la obligación que tiene el empleador (Estado o particular) de pagar la remuneración a que tienen derecho tanto el trabajador secuestrado como el desaparecido, se extiende hasta tanto se produzca la libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta del secuestrado, correspondiendo a la autoridad judicial autorizar a quien actúe como curador para que continúe percibiendo dicha remuneración, según lo establecen los parágrafos 1o. y 2o. del artículo 10 de la mencionada Ley.

Agregó que, en el caso de presentarse otras causales de extinción de la relación laboral, esto es, el cumplimiento del período constitucional o legal (como era el caso de los diputados de la Asamblea del Valle del Cauca) o el cumplimiento del término en los contratos a término fijo, la autoridad judicial que conoce de los delitos, bien sea secuestro o desaparición forzada, es la competente para que, previo análisis de dichas circunstancias, autorice la viabilidad en la continuación del pago de los respectivos salarios u honorarios.

CONCEPTO 1625 DE 8 DE FEBRERO DE 2005. M.P: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. SOLICITANTE: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. LEVANTADA LA RESERVA MEDIANTE AUTO DE 18 DE MARZO DE 2009

2. NO CONFIGURA INCOMPATIBILIDAD QUE SENADORES PERTENEZCAN A ONG'S. SENADORES PUEDEN SER CANDIDATOS A PRESIDENTE DE LA REPUBLICA SIN INCURRIR EN INHABILIDAD O INCOMPATIBILIDAD

El Ministro del Interior y de Justicia preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil si (i) un senador podía pertenecer a una ONG (en particular la ONG INTER-AMERICAN DIALOGUE) y si (ii) un senador podía válidamente ser candidato a Presidente de la República y hacer campaña con esa investidura, sin incurrir en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades consagradas en el ordenamiento jurídico.

Al primer interrogante la Sala contestó afirmativamente, sustentada en la posición actual de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo frente a la incompatibilidad de los congresistas por desempeño de un empleo o cargo público o privado. Del análisis de la línea jurisprudencial sobre el tema, concluyó que los congresistas pueden, sin incurrir en la incompatibilidad descrita en la causal 1° del artículo 180, tener actividades alternas que impliquen una dignidad pero que no interfieran con las funciones propias del cargo.

En el mismo sentido, anotó que en el estado actual de la jurisprudencia, lo determinante para desvirtuar la causal 1° del artículo 180, es evidenciar que en la actividad que paralelamente desempeñe el Congresista no exista un vínculo laboral que se ejerza, y en consecuencia, no debe haber subordinación o dependencia, ni remuneración, prebenda o beneficio económico. De igual forma que la actividad desplegada no tenga limitación expresa para los congresistas, ni que se vincule al “ejercicio” de una profesión u oficio. En este sentido, se permite en términos generales el desarrollo pleno de los derechos como a todos los asociados, por ejemplo, el derecho a la libre expresión y a la participación política.

Con relación al segundo interrogante, el concepto fue igualmente afirmativo, es decir, la Sala consideró que un Senador de la República puede aspirar a la presidencia de la República estando aún en ejercicio del periodo constitucional y legal de sus funciones y hacer campaña política durante el mismo periodo, teniendo en cuenta que dentro de las inhabilidades para aspirar a Presidente de la República no está incluido el cargo de senador y, además, porque los miembros de corporaciones públicas no figuran entre los servidores públicos que tienen restricciones expresas para participar en política.

La Sala finalizó advirtiendo que, sin perjuicio de lo anterior, los congresistas en ningún caso pueden abandonar o descuidar las obligaciones derivadas del ejercicio del cargo ni violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades ni mucho menos incurrir en alguna de las prácticas indebidas señaladas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de garantías electorales.

CONCEPTO 1949 DE 2 DE ABRIL DE 2009. M.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. SOLICITANTE: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO 12570 DE 27 DE ABRIL DE 2009

NOTICIAS DESTACADAS

EL DOCTOR WILLIAM GIRALDO SE POSESIONÓ

OFICIALMENTE COMO MAGISTRADO DE LA SECCIÓN CUARTA

El lunes 4 de mayo de 2009 se posesionó ante el presidente Álvaro Uribe Vélez, el nuevo magistrado de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Doctor William Giraldo Giraldo.

La ceremonia se realizó en el Salón Gobelinos de la Casa de Nariño.

CON UN BALANCE POSITIVO CULMINÓ EL SEMINARIO DE FUNCIÓN CONSULTIVA Y CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN

El jueves 7 de mayo culminó exitosamente el Seminario “Función Consultiva y Calidad de la Legislación”, organizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con el apoyo del Banco de la República.

Estuvieron presentes importantes personalidades de España, Francia, América Latina y Colombia, quienes compartieron sus experiencias con el público.

CONSEJO EDITORIAL

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

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Maria Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Alfonso Vargas Rincón
Presidente Sección Segunda
Ramiro Saavedra Becerra
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**
Secretaria 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