



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 7
• Sección Primera	8 - 11
• Sección Segunda	11 - 18
• Sección Tercera	18 - 30
• Sección Cuarta	30 - 38
• Sección Quinta	39 - 42
• Sala de Consulta	42 - 42
• Noticias Destacadas	43

Noticias destacadas

EN CALI SE LLEVÓ A CABO EL V ENCUENTRO DE DERECHO PÚBLICO

EDITORIAL

Con la asistencia masiva de la comunidad jurídica en general, el pasado 13 de marzo se llevó a cabo en Cali el V Encuentro de Derecho Público, cuyo objetivo principal fue actualizar y dar a conocer las nuevas disposiciones del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La calidez y hospitalidad de los vallecaucanos hicieron posible el éxito de esta jornada, que contó con la participación del Presidente del Consejo de Estado, Gustavo Gómez Aranguren; el Vicepresidente, William Zambrano Cetina; y el Expresidente de la Corporación, Mauricio Fajardo Gómez.

Los Consejeros de Estado, junto a otros importantes conferencistas, trataron importantes temas como el plan de descongestión, el régimen de transición, vigencias y derogatorias, medidas cautelares, etapas procesales, extensión de la jurisprudencia, el procedimiento administrativo electrónico y oficinas sin papel.

Este evento resultó de gran relevancia, teniendo en cuenta que se acerca el momento en el que el Nuevo Código entrará en vigencia y es muy importante que toda la comunidad conozca su contenido y su alcance.

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

SALA PLENA

1. El Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos de elección y confirmación de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como Fiscal General de la Nación, proferidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia los días 1º y 14 de diciembre de 2010. Importancia Jurídica.

Síntesis del caso: El 6 de julio de 2009, el Presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia una terna de candidatos para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación, integrada por los doctores Juan Ángel Palacio Hincapié, Virginia Uribe y Camilo Ospina Bernal;

atendiendo la solicitud que elevó el Presidente del alto Tribunal, motivada en que el 31 de julio de ese año, el doctor Mario Iguarán Arana culminaba su periodo Constitucional. Comoquiera que, quienes integraban la terna, renunciaron en distintas fechas, el primer mandatario procedió a integrar una nueva, esta vez conformada por los doctores: Margarita Leonor Cabello Blanco, Jorge Aníbal Gómez y Marco Antonio Velilla. La Corte Suprema de Justicia procedió a votar por los ternados. Sin embargo, y tras varias votaciones, ninguno de ellos obtuvo el número necesario de votos para ser electo. Por lo anterior, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, pronunciarse sobre la posibilidad de que el Presidente de la República integrara una nueva terna para la elección del Fiscal General de la Nación. Dicha Sala conceptuó que resultaba viable que el primer mandatario nacional integrara un nuevo grupo de candidatos. En ese orden, el 5 de noviembre de 2010 se oficializó ante el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, la terna conformada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Previa convocatoria, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia procedió a votar para elegir al nuevo Fiscal General de la Nación. La sesión comenzó el 23 de noviembre de 2010 y se extendió hasta el 2 de diciembre siguiente, día en el que, con 14 votos de los 18 Magistrados que en ese momento integraban la Corporación, resultó electa la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos. La designación fue confirmada el 14 de diciembre de la misma anualidad.

a. El derecho al debido proceso. Aplicación y garantía por parte del Juez

Extracto: “La garantía del derecho al debido proceso constituye un pilar esencial de la función jurisdiccional, en virtud del cual, en todo caso, se limita al Juez en la asunción de una amplia potestad a la hora de fallar, pues de por medio se encuentra el interés de quien se viera perjudicado en las resultas del proceso, que puede exigir la interpretación irrestricta de las formas que pudieron no cumplirse a cabalidad dentro del trámite. Así, entonces, de una adecuada ponderación de los principios en juego, es dable sostener que el Juez no es un autómatas del derecho, que por tanto, debe superar aquellos formalismos con el objeto de arribar a una decisión de fondo que resuelva la situación puesta a su consideración. Así las cosas, debe tener en cuenta los intereses de las partes o aquellos que se encuentren en conflicto.”

b. No se presentó el trámite de la reforma al reglamento de la Corte Suprema, la Corporación adoptó la decisión de interpretar el artículo 5° ibídem, en el sentido de que, “por esa sola vez”, las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Sala Plena de la Corporación se calcularía con la totalidad de Magistrados efectivamente posesionados para ese momento

Extracto: “De conformidad con lo establecido en el numeral 6° del artículo 235 de la Constitución Política, es facultad de la H. Corte Suprema de Justicia darse su propio Reglamento; disposición reiterada en el numeral 4° del artículo 17 de la Ley 270 de 1996. En ejercicio de esa facultad, la Sala Plena de la Corporación expidió el Acuerdo N° 006 del 12 de diciembre de 2002 mediante el cual “recodifica el Reglamento general de la Corporación” (...) En concordancia con los artículos 15 y 17 de la Ley 270 de 1996 se infiere claramente que: (i) la H. Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 Magistrados, (ii) el quórum para deliberar está compuesto por la mayoría de sus miembros; (iii) el quórum decisorio para la elección, entre otros, del Fiscal General de la Nación es de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes; y, (iv) que la Corte podía válidamente modificar su Reglamento, facultad derivada de la atribución constitucional de “darse su propio Reglamento”, pero con sujeción a una regla de mayoría calificada similar a la requerida para la elección del Fiscal General de la Nación (inferencia tomada concretamente del artículo 5° del Acuerdo N° 006 del 12 de diciembre de 2002) y de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento. De la lectura armónica de las disposiciones en cita, con los artículos 234 de la Constitución Política y 15 de la Ley 270 de 1996, se concluye que cuando la norma se refiere a “integrantes” se incluyen los 23 Magistrados que componen la Corporación. Y de ello no hay duda si se tiene en cuenta el alcance que a la misma le venía dando la Corte Suprema de Justicia. (...) Al interior de la Corte Suprema de Justicia existía certeza sobre las consecuencias de la disminución del quórum decisorio, razón por la

cual, para obviar tal circunstancia, se propuso la “reforma al Reglamento”. En efecto, en sesión de 23 de septiembre de 2010, el Presidente (E) de la Corporación hizo un llamado invitando a efectuar un esfuerzo adicional para llevar a cabo la designación, “(...) pues en pocos días 3 magistrados cumplirían su periodo constitucional”. Por tal motivo, en algunas sesiones, para superar dicha situación, se habló de la posibilidad de reformar el Reglamento (...) el trámite de reforma del Reglamento, formalmente, no se presentó, sino que la Corte Suprema de Justicia adoptó, en sesión del 1° de diciembre de 2010, la decisión de “interpretar” el artículo 5° de su Reglamento en el sentido de que, “por esa sola vez”, las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Sala Plena de la Corporación se calculara con la totalidad de Magistrados efectivamente posesionados para ese momento. Expresamente el Presidente (E) de la Comisión Accidental manifestó: “ (...) una alternativa para superar la dificultad era adoptar por única vez, el criterio de que las dos terceras partes de los votos (mayoría exigida por el Reglamento), se calculara no sobre los 23 Magistrados que deben integrar la Corte Suprema de Justicia, sino sobre los 18 que actualmente la componen. (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto). La anterior proposición fue puesta a consideración de la Sala Plena, la cual, luego de varias intervenciones de sus miembros, la acogió con 13 votos a favor y 5 en contra.

c. La interpretación del Reglamento que hizo la Corte Suprema de Justicia desconoció la jerarquía normativa

Extracto: “El Reglamento de la H. Corte Suprema de Justicia, en su artículo 5°, establece una regla de mayoría para la elección del Fiscal General de la Nación (dos terceras partes) con referencia al concepto de “integrantes”. El concepto de “integrante” deriva del artículo 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando dispone que la Alta Corporación está integrada por 23 Magistrados. De considerarse, entonces, que cuando el Reglamento alude al concepto de “integrante” debe tenerse en cuenta que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia lo ha ligado al número de 23. En consecuencia, no podría permitirse que, a título de interpretación, que se modifique dicho elemento. En el presente asunto, si se revisa la decisión que sobre la “interpretación” de su Reglamento adoptó la Corporación, en sesión del 1° de diciembre de 2010, ésta recayó sobre el concepto “integrante”, porque decidió calcular las dos terceras (2/3) partes sobre 18 y no sobre 23 Magistrados, desconociendo así la jerarquía normativa.

d. La Corte Suprema de Justicia, al interpretar su reglamento, vulneró los derechos de igualdad y debido proceso y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

Extracto: “Encuentra la Sala que en el presente asunto la decisión de “interpretar” el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de considerar que la mayoría calificada requerida para elegir al Fiscal General de la Nación debía considerarse sobre un número de 18 Magistrados, vulneró los principios de la confianza legítima y de seguridad jurídica, así como los derechos a la igualdad y al debido proceso en la medida en que: (i) De conformidad con la regla de mayoría que venía aplicando la H. Corte Suprema de Justicia a las elecciones de las autoridades a que se refiere el artículo 5° del Acuerdo No. 006 de 2002, los votos requeridos para considerar satisfactoria una elección eran 16, esto es las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Corporación. Este criterio, en efecto, fue el que reguló el proceso electoral que se inició cuando el anterior Presidente de la República presentó el 7 de julio de 2009 la primera terna de candidatos al cargo de Fiscal General de la Nación. Por lo anterior, dada la actuación reiterada de dicha Corporación en este aspecto y en desarrollo del principio de confianza legítima, era de esperarse por todos y cada uno de los candidatos que participaron en el proceso en estudio, desde un punto de vista interno, que quien resultara electo obtuviera dicho apoyo a su candidatura (16 votos). (...) (ii) A su turno, la conservación de una regla de procedimiento -si dicha imputación desea hacérsele a la mayoría requerida para resultar una persona electa- tiene una clara incidencia en la garantía del derecho al debido proceso, en virtud del cual toda actuación sea administrativa o judicial debe someterse en su integridad a unas pautas previamente establecidas. En este sentido, so pena de sorprender a los participantes dentro del proceso electoral que culminó con la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos,

era preciso que las condiciones de elección que se impusieron desde el inicio del trámite permitieran la culminación del mismo. (iii) Desde este punto de vista, la aplicación sostenida de dicho marco normativo durante la elección permitía, a su turno, la protección del derecho a la igualdad de quienes en ella intervinieron, principio - derecho que por dos claras razones resultó vulnerado en el presente asunto: (...) La modificación del alcance de la mayoría requerida para la elección del Fiscal General de la Nación, cambiando su propio precedente, tuvo una incidencia directa en la seguridad jurídica que no era admisible en el estado en el que se encontraba el proceso de elección. es loable que quien aplica las normas jurídicas lo haga con pleno reconocimiento del ámbito social en el cual su decisión tendrá incidencia, pues no puede esperarse que el legislador o la autoridad competente para la expedición intervenga ante cada cambio social. Sin embargo dicho ejercicio interpretativo debe efectuarse atendiendo a las normas positivas y a su jerarquía y no a situaciones coyunturales, como las que llevaron en este caso a que la H. Corte Suprema de Justicia “interpretara” su Reglamento. Tan evidente es que dicha consideración de excepcionalidad fue lo que motivó la “interpretación” de la Corte Suprema de Justicia a su Reglamento -sin desconocerse que lo efectuó con el objeto de conseguir un fin constitucionalmente válido como lo era la elección del Fiscal General de la Nación- que estimó que la aludida interpretación la haría por “una sola vez”, lo cual revela que en una situación similar no aplicaría regla idéntica, con lo que genera, nuevamente, inseguridad en el ordenamiento jurídico.”

e. El acto de elección de la Fiscal General de la Nación no era susceptible de saneamiento, en razón a que fue expedido infringiendo la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia; igualmente, dicha Corporación no manifestó, en ningún momento, su voluntad de subsanar esa irregularidad, requisitos necesarios para la procedencia del fenómeno de la convalidación

Extracto: “Ha de advertirse que en el presente asunto, contrario a lo sostenido por la parte demandada, no puede considerarse que como la confirmación de la elección se aprobó con 16 votos ello convalidó el acto de designación (...) la convalidación ha sido definida en los diccionarios jurídicos como “hacer válido lo que no era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que solo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea saneable.”. (...) para que pueda hablarse de la ocurrencia del fenómeno de la convalidación se requiere el cumplimiento de dos requisitos: (i) que se trate de un vicio saneable, y (ii) que sea manifiesta la voluntad de la administración de sanear el yerro cometido en el acto que se pretende convalidar. (...) en el presente asunto el vicio que se evidencia no es susceptible de saneamiento en la medida en que el acto de elección infringió la norma en que debía fundarse, o, más concretamente, desconoció lo que en relación con el concepto de integrante de la Corporación se encontraba regulado en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en su propio Reglamento. mediante el acto de elección se designa a la persona que de la terna, por decisión de la mayoría legal y reglamentaria, ocupará el cargo de Fiscal General de la Nación; y, el acto de confirmación tiene por objeto la verificación de los requisitos y calidades constitucionales y legales de quien resultó elegido con el objeto de alcanzar su posesión, tal como lo establece el artículo 133 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que a la letra en su inciso 3º dispone: (...) en el presente asunto no se evidencia una voluntad de la Corte Suprema de Justicia de subsanar irregularidad alguna pues, según el acta de confirmación visible a folios 31 y 32 del expediente, nunca hubo una manifestación de subsanar vicios. Se reitera, con éste acto solo se verificó el cumplimiento de unos requisitos y calidades del que fue elegido para que pudiera posesionarse en el cargo y, en consecuencia tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia el acto de elección y confirmación lo que configura es un acto complejo

[Sentencia de 6 de marzo de 2012. Exp. 11001-03-28-000-2011-00003-00. MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción pública de nulidad electoral](#)

* Con salvamento de voto de los doctores Gerardo Arenas Monsalve; Hugo F. Bastidas Bárcenas; Stella Conto Díaz del Castillo; Ruth Stella Correa Palacio; Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; Danilo Rojas Betancourth; Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Alberto Yepes Barreiro; Carlos Alberto Zambrano Barrera y con aclaración de voto de los doctores: Hernán Andrade Rincón; Susana Buitrago Valencia; Mauricio Fajardo Gómez; Enrique Gil Botero; William Giraldo Giraldo; Mauricio Torres Cuervo

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. En aplicación del precedente establecido en la sentencia C-644 de 2011, no es posible disponer la anulación de contratos estatales y actos administrativos al resolver una acción popular.

Al decidir la acción de tutela interpuesta contra el Tribunal Administrativo de Magdalena que al resolver una acción popular declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 001 de 2003 y del Otrosí No 3, celebrado entre las partes contratantes, para la protección del derecho al debido proceso, la Sala determinó que la doctrina constitucional, en lo que se refiere a las sentencias de exequibilidad o inexecuibilidad, ha señalado que la cosa juzgada se extiende también al argumento que sirve de sustento indubitable al fallo que se pronuncia. Por lo anterior, como quiera que al momento de ser proferida la decisión materia de acción de tutela (2 de noviembre de 2011) ya había sido emitida la sentencia C-644 de de 2011, y atendiendo al carácter vinculante de la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad, concluyó la Sala que el Tribunal Administrativo del Magdalena estaba obligado a acogerse a la determinación de la Corte que impide que mediante acción popular se dejen sin efectos contratos estatales, y en consecuencia, dado el exhaustivo análisis que efectuó en esa sede, debió acompañar la orden a otro tipo de medidas cautelares que protegieran los derechos colectivos que encontró infringidos, bien confirmando lo dicho por el juez de instancia o diseñando sus propias medidas, pero, se repite, sin entrar a fulminar el contrato estatal, pues de otra manera desconocería el procedimiento diseñado desde antaño por la ley para el efecto y, de contera, el término improrrogable para demandar los contratos estatales. En atención a lo expuesto, estima la Sala que el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional originada en juicios de control de constitucionalidad constituye una vía de hecho que hace procedente el amparo constitucional de la acción de tutela, pues sus efectos son erga omnes y obligan a todos los jueces sin distinción, de otra manera, se desconoce el derecho fundamental al debido proceso en su modalidad del acatamiento a las sentencias de control de constitucionalidad, y en amparo de los derechos fundamentales vulnerados, deja sin efectos la decisión del Tribunal Administrativo del Magdalena .

[Sentencia de 29 de marzo de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2012-00058-00 \(AC\) MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

2. No se configura el hecho superado y subsiste la violación cuando frente al derecho de petición, de manera extemporánea y en el curso de la acción se responde declarando la falta de competencia.

Al resolver la impugnación presentada contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta, que declaró la existencia de un hecho superado, la Sala consideró que existe una vulneración del derecho de petición, por cuanto para el momento de interposición de la presente acción de tutela, a pesar de haber transcurrido el término legal para responder la solicitud efectuada por el actor, la entidad no la había resuelto, pues fue sólo hasta la interposición de la misma que el

Ministerio de Transporte dio contestación que además no fue una respuesta concreta ni de fondo. Tampoco consta en el expediente que la entidad haya enviado la petición al funcionario competente para dar respuesta oportuna, con lo cual no dio cumplimiento a lo señalado en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, pues en el escrito obrante a folio 29, la entidad demandada se limitó a mencionar que no era la competente para suministrar la información solicitada, de lo cual se concluye que existió una clara vulneración al derecho fundamental invocado por parte del Ministerio de Transporte - Subdirección de Transporte. En las anteriores condiciones y en virtud de que continúa la vulneración del derecho de petición del actor, dado que la entidad ante la que formuló la solicitud no la respondió completamente ni la remitió al competente, la Sala revocó la sentencia impugnada y en su lugar, se ordenó al Ministerio de Transporte - Subdirección de Tránsito dé a la petición el trámite previsto en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo.

[Sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 50001-23-31-000-2011-00636-01\(AC\) MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

3. Procede tutela contra aplicabilidad de acto administrativo de carácter general que resulta inconstitucional, por regular una materia que tiene reserva legal.

El accionante pretende que a través de la acción de tutela se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso al ejercicio de funciones públicas y a la igualdad, los cuales estima vulnerados por el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia - Instituto de Desarrollo Humano Capacidades y Diversidades, en tanto se le aplicó la inhabilidad contenida en el artículo 18 del Decreto 2463 de 2001, que lo deja sin posibilidad de participar en la Convocatoria del Concurso Público de Selección de Elegibles para integrar las Juntas Nacionales de Calificación de Invalidez y Regionales de Calificación de Invalidez del país, por haber sido miembro principal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda en dos períodos continuos. Al resolver la impugnación contra la decisión de primera instancia, la Sala precisa que la posibilidad de que la tutela proceda contra el acto administrativo general, como es una parte del artículo 18 del Decreto 2463 de 2001, puede ir sustentado también en el artículo 123 Constitucional, y teniendo en cuenta esto, advierte que es notoria la contradicción de la disposición en mención con la Constitución y la Ley, dado que no puede el Gobierno Nacional mediante su potestad reglamentaria entrar a regular una materia que esté sujeta a reserva legal, así, considerando la que el artículo 18 del Decreto 2463 de 2001 es parcialmente inconstitucional y que la inhabilidad allí consagrada viola los derechos fundamentales tanto al actor como a todos los aspirantes que se encuentren en la misma situación, pues estas inhabilidades deben establecerse por la Ley, concede el amparo solicitado, y debido a la reiterada violación de derechos fundamentales, precisó la Sala que se hace necesario extender el efecto de esta providencia a todos los aspirantes de la Convocatoria para realizar el Concurso Público de Selección de elegibles para integrar las Juntas Nacionales de Calificación de Invalidez y Regionales de Calificación de Invalidez del país, que hayan sido rechazados por la misma causal de inhabilidad aun cuando no hayan presentado una acción de tutela.

[Sentencia de 2 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2011-00336-01\(AC\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. La acción de cumplimiento no es el mecanismo para obtener el otorgamiento de una tarifa diferencial en la Estación de Peaje los Cerritos II, porque no hay norma que establezca de manera clara, concreta y precisa esta obligación a favor de la accionante.

Al decidir la impugnación presentada contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, la Sala determinó que esta acción pública procede siempre que la disposición cuyo

cumplimiento se requiere contenga un mandato claro, expreso y exigible, y en el presente evento, la resolución No. 0991 de 26 de noviembre de 2001, que establece una tarifa especial y diferencial en la Estación de Recaudo de Peaje Cerritos II, no contiene tal obligación a favor de la accionante.

[Sentencia del 9 de febrero de 2012, Exp. 66001-23-31-000-2011-00286-01\(ACU\), MP\(E\). SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

HABEAS CORPUS

1. El juez de hábeas corpus carece de competencia para pronunciarse sobre si procede o no el cambio en la modalidad de detención de preventiva por domiciliaria

Al decidir la impugnación presentada contra la decisión que negó la acción de hábeas corpus incoada por la supuesta prolongación ilegal de la privación de libertad del procesado, dado que tiene 65 años de edad y no se ha sustituido la detención preventiva por la detención domiciliaria, el Consejero decidió confirmar esta decisión por cuanto si bien la solicitud de hábeas corpus del accionante se fundamenta en la supuesta prolongación ilícita de la libertad, lo cierto es que del estudio de las circunstancias que se alegan, se tiene que esta acción se dirige a demostrar que el señor GONZÁLEZ ROMERO está incurso dentro de una de las causales que hacen procedente la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria, lo cual no constituye una prolongación ilícita de la libertad porque a pesar de que la autoridad competente determine que hay lugar a realizar la sustitución solicitada, no se le estaría otorgando la libertad al señor GONZÁLEZ ROMERO, simplemente se estarían cambiando las condiciones de la detención. Además, señala la providencia, lo pretendido por el solicitante es un aspecto netamente procesal que debe ser resuelto por la autoridad competente dentro del proceso penal, toda vez que no se está solicitando la libertad sino la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención en el lugar de residencia del imputado o acusado, y el juez de hábeas corpus no es competente para pronunciarse respecto a si es procedente o no el cambio en la modalidad de la detención solicitada por el actor, excusado en la presunta prolongación ilícita de la libertad.

[Providencia del 29 de febrero de 2012, Exp. 08001-23-31-000-2012-00375-01\(HC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

2. El Juez que decide la acción de Habeas Corpus no sustituye al juez penal competente para resolver las solicitudes de libertad

Al decidir la acción interpuesta por la procesada, quien aduce que lleva más de 210 días luego de culminada la audiencia pública sin que se dicte sentencia, la Sala indicó que la privación de la libertad que afecta a la solicitante tiene fundamento en una medida preventiva adoptada dentro del proceso penal y, dadas las condiciones complejas del proceso que adelanta un Juez penal del Circuito Especializado no se advierte que exista una prolongación ilícita de la privación de la libertad. Igualmente precisa que la petición de libertad por vencimiento de términos debe presentarse ante el juez que lleva la causa penal, funcionario judicial que debe examinar y decidir ese tipo de solicitudes. Por otra parte, reitera la Sala que este instrumento no puede utilizarse para suplir los trámites propios del proceso penal, pues no es de carácter residual, supletorio, alternativo o sustituto, así que, las cuestiones adicionales mencionadas por la impugnante deben ser debatidas ante el juez natural.

[Providencia del 2 de marzo de 2012, Exp. 25000-23-27-000-2012-00155-01\(HC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Sanción al Instituto Pedagógico Nacional

La Universidad Pedagógica Nacional, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda para obtener la nulidad de la Resolución No. 1337 del 23 de abril de 2002 expedida por la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por la cual se sancionó al Instituto Pedagógico Nacional, con amonestación pública.

a) El Instituto Pedagógico Nacional es una unidad académica administrativa y especial de la Universidad Pedagógica Nacional que no goza de personería ni de autonomía propia

Extracto: El Instituto Pedagógico Nacional es una unidad académica administrativa y especial de la Universidad Pedagógica Nacional, hace parte de su estructura interna, en los términos del artículo 1° del Acuerdo 076 de 1994, aprobado por el Decreto 2902 de 1994. Ello implica que el Instituto sobre el cual recayó la investigación y sanción administrativa impuesta por la Secretaría de Educación, es una dependencia más de la mencionada Universidad que no goza de personería ni de autonomía propia. No obstante, la Universidad Pedagógica Nacional, por medio del Instituto Pedagógico Nacional, presta el servicio de educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, lo que la hace sujeta a la ley general de educación o 115 de 1994 y a sus decretos reglamentarios en lo que respecta a ese servicio educativo. Se advierte que la Universidad al prestar el servicio de educación señalado, en cabeza de aquel, debe cumplir las normas vigentes aplicables al servicio de educación formal preescolar, básica y media, sin perjuicio de que también se rija por las normas relativas a las universidades, como la ley 30 de 1992, en virtud de que la institución es de naturaleza universitaria y presta también servicios de educación superior.

b) La Secretaría de Educación del Distrito Capital es la competente para investigar y sancionar al Instituto Pedagógico Nacional no obstante ser una dependencia de la Universidad Pedagógica Nacional, en razón a que presta servicios de educación formal y se encuentra ubicado en el Distrito Capital de Bogotá

Extracto: La ley 115 de 1994 en su artículo 151 y el Decreto 907 de 1996, por el cual se reglamenta el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia del servicio público educativo y se dictan otras disposiciones, artículo 6°, inciso 2°, designa en los departamentos y los distritos, a los gobernadores o alcaldes, para que directamente o a través de las secretarías de educación, ejerzan las funciones de inspección, vigilancia y control, por lo que no cabe duda que en el caso bajo estudio, la competencia para llevar a cabo la investigación y sancionar al instituto educativo, recaía en la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá. Ello, se recalca, en atención a que la Universidad, a través del Instituto Pedagógico Nacional, presta servicios de educación formal y se encuentra ubicado en el Distrito Capital de Bogotá.

c) La Universidad Pedagógica Nacional tiene el deber de constituir un consejo directivo en el Instituto Pedagógico Nacional y de observar las normas sobre fijación de costos educativos / Legalidad de la sanción de amonestación pública

Extracto: La Universidad Pedagógica Nacional debió constituir, en el Instituto Pedagógico Nacional, un Consejo Directivo, según establecen los artículos 142 y siguientes de la Ley 115 de 1994. Asimismo, la Institución se encontraba en la obligación de dar aplicación a las normas existentes sobre la fijación de costos educativos, debiendo dar aviso a la Secretaría de Educación con anterioridad a su vigencia, según dispone el Decreto 135 de 1996, en su artículo 12. Es de reiterar, entonces, que la Universidad desatendió la normativa aplicable, al no crear el señalado Consejo

Directivo para los asuntos concernientes a los servicios educativos prestados a través del Instituto Pedagógico Nacional, y por ende, al no informar a la Secretaría de Educación los asuntos relativos a dichos costos

[Sentencia del 9 de febrero de 2012. Exp. 25000-23-24-000-2002-01042-01, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. No había caducado la facultad de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuando se impuso sanción a TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., porque el acto sancionatorio fue expedido y notificado dentro del término de tres años previsto en el artículo 38 del C.C.A.

TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de los cuales se le impuso sanción de multa por \$564'400.000.00, porque *“abusó de su posición de dominio”* desbordando el marco jurídico establecido en el numeral 6° del artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

Extracto: La sanción se considera oportunamente impuesta si dentro del término de tres años que establece el artículo 38 del C.C.A., se ejerce esta potestad, es decir, se expide el acto que concluye con la actuación administrativa, en este caso, el sancionatorio contenido en la Resolución núm. 3263 de 23 de julio de 2003 y su correspondiente notificación, la que se realizó por edicto desfijado el día 29 de agosto de 2003. En otras palabras, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron entre el 1° de junio de 1999 al 31 de agosto de 2000, según la Resolución núm. 003263 de 23 de julio de 2003, se establece que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no vulneró el artículo 38 del C.C.A. Así las cosas, se tiene que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impuso la sanción dentro del término que establece la norma antes referenciada, ya que, se reitera, la actuación administrativa concluye con la expedición del acto administrativo sancionatorio y su correspondiente notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, las fechas de los recursos administrativos interpuestos ni la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como equivocadamente lo hizo el Tribunal al concluir que: *“para la fecha en que se expidió y notificó el último de los actos administrativos en la vía gubernativa, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ya no tenía competencia para imponer sanción a TERMOTASAJERO”*.

b) El término de cinco meses previsto en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, para que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa no tiene un alcance preclusivo, es solo indicativo. El término de caducidad es el previsto en el artículo 38 del C.C.A.

Extracto: La accionante señala que las investigaciones adelantadas por la Superintendencia cuentan con un ordenamiento especial imperativo sobre los términos preclusivos para adelantar una investigación, como es el artículo 111 de la Ley 142 de 1994. Si bien es cierto que esta disposición prevé un término de 5 meses para que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa, no lo es menos que ella no tiene el alcance de caducidad que reclama la actora, como tampoco el carácter preclusivo, de tal modo que solo cabe tener dicho término como indicativo, que a lo sumo puede traer implicaciones disciplinarias por su incumplimiento, mas no la consecuencia de la pérdida de competencia temporal, pues así lo había consagrado la norma expresamente. Siendo ello así, el término de caducidad que se ha de aplicar por no existir norma especial en la Ley 142 de 1994, es el artículo 38 del C.C.A.

[Sentencia del 23 de febrero de 2012. Exp. 25000-23-24-000-2004-00344-01, MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. Se niega la solicitud de otorgamiento de la patente de invención consistente en *“Composiciones masticables que refrescan el aliento, que comprenden mentol y carboxamida de*

P-Mentano N-Sustituido, porque no reúne el requisito de altura inventiva necesaria para que merezca ser patentada por derivar de manera evidente del estado de la técnica

WARNER LAMBER COMPANY, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 39006 de 29 de noviembre de 2002 y 06475 de 7 de marzo de 2003, mediante las cuales se denegó la patente de invención titulada “COMPOSICIONES MASTICABLES QUE REFRESCAN EL ALIENTO, QUE COMPRENDEN MENTOL Y CARBOXAMIDA DE P-MENTANO N-SUSTITUIDO”. A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio expedir el certificado de patente correspondiente y su publicación en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

Extracto: La Sala encuentra que le asiste razón a la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto la creación que la actora pretende patentar no reviste de novedad ni de nivel inventivo que se requiere para que se le conceda el privilegio que solicita, pues, atendiendo el nivel de la técnica reflejado en las anterioridades, se evidencia que la composición de la presente solicitud ya estaba establecida, por lo que suministran la información suficiente para que una persona versada en la materia, le resulte obvia y derive de la técnica, la composición y el proceso de elaboración de la misma. En efecto, el estado de la técnica muestra que además de las características básicas, puestas de presente en el acto acusado, la cantidad y la mezcla de los componentes de la invención contenida en la solicitud, no producen un efecto mejor o distinto al de las anterioridades, por lo cual, en palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, puede ser nueva pero no reúne el requisito de altura inventiva necesaria para que merezca ser patentada por derivar de manera evidente del estado de la técnica.

[Sentencia del 23 de febrero de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2003-00354-01, MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. Se declara la nulidad de los Acuerdos 55 de 2001, 31 de 2004 y 74 de 2006, por los cuales el Concejo Municipal de Pereira estableció una sobretasa del deporte y la recreación del 2% que se cobra a los contratistas.

El fundamento para adoptar tal decisión radicó en que el Concejo Municipal desconoció el principio de legalidad tributaria al establecer un tributo sin que existiera norma superior que fijara los respectivos parámetros del gravamen, configurándose, de esa manera, falta de competencia derivada para desarrollarlo.

Lo anterior, puesto que del artículo 75 de la Ley 181 de 1995, que sirvió de fundamento al Concejo para establecer la sobretasa del deporte, no se infiere la creación de un tributo en cabeza de los usuarios, ni parámetros a partir de los cuales el ente territorial pueda establecerlo en su jurisdicción.

[Sentencia del 9 de febrero de 2012. Exp. 66001-23-31-000-2007-00112-00, MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad](#)

5. Aprobada conciliación judicial celebrada entre el IDU y el Ministerio de Defensa sobre el monto indemnizatorio de la expropiación de una franja de terreno del Cantón Norte para la ampliación vial de la Carrera 11 entre calles 100 y 106 de la ciudad de Bogotá, al determinarse que se causó un agravio injustificado.

Extracto: Concurren las causales contempladas en los numerales 1º y 3º del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, habida cuenta de que el precio indemnizatorio que se sustentó en el avalúo practicado en el año 2004, no comprendió una indemnización integral, de donde surge de manifiesto que los actos administrativos demandados, expedidos por el IDU -objeto de la demanda, violan el artículo 58 de la Constitución Política y causan un agravio injustificado al Ministerio de

Defensa Nacional, en razón a que la indemnización expropiatoria inicial no es justa ni integral, pues, resultaron insuficientes en la valoración del perjuicio ocasionado con la expropiación y no respondieron al monto real de la indemnización que debió reconocer la entidad pública demandada. Nótese, igualmente, que asistió razón a la parte actora al poner de presente que el bien objeto de expropiación no es un bien de uso público, sino un bien fiscal, de propiedad de la persona de derecho público y no ser de uso general para los habitantes, siendo por ello, parte del dominio privado del Estado. Quiere significar lo anterior que cuando se habla de bienes fiscales cabe predicar que su naturaleza y tratamiento jurídico, coincide con aquel que se aplica respecto de bienes privados. En tal virtud, procede la expropiación por motivos de utilidad pública, en los términos del artículo 58 constitucional y del artículo 63 de la Ley 388 de 1997, más aún si se tiene en cuenta que se trata de una franja de terreno requerida “*para la ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial*” y de claro beneficio colectivo para los habitantes de la ciudad de Bogotá. Sumado a lo anterior se resalta que, una vez efectuadas las obras descritas en el literal b.3 del acuerdo, se mitigan los riesgos asociados a la defensa y seguridad puestos de presente por el Ministerio de Defensa Nacional en su libelo de demanda y que, con ocasión del acuerdo y de las obras y compensaciones complementarias, resultarían plenamente controlados.

[Providencia del 16 de febrero de 2012. Exp. 25000-23-24-000-2004-00790-01 / 25000-23-24-000-2006-00143-01 \(acumulados\), MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se confirma la decisión del a quo, que declaro la nulidad del Acuerdo No. 002 de enero 27 de 1966, del Acuerdo No. 002 de 28 de enero de 1966, del Acuerdo 060 de 13 de marzo de 1970, del Acuerdo No. 028 de 30 de octubre de 1978, del Acuerdo No. 053 de 30 de junio de 1992, mediante los cuales se aprobó una subvención con destino al Fondo de Ahorro y Vivienda de la Universidad Industrial de Santander y se hizo extensiva ésta a los trabajadores que fueran pensionados, al considerar que al ser la subvención una prestación social el Consejo Directivo de la Universidad no tenía competencia para fijar el régimen prestacional de sus empleados.

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo. Estas pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. En ese orden, y atendiendo los conceptos a los que se ha hecho alusión, para la Sala la cuestionada subvención corresponde a una prestación social, y así se dispone en los Acuerdos en cuestión. Es claro que, con los Acuerdos demandados se reguló la creación de una subvención al Fondo de Ahorro y Vivienda de la UIS, con destino a los servidores públicos de la Universidad, emolumentos que tienen carácter prestacional, pues no tienen la finalidad de remunerar directamente el servicio. Una vez definido como está, que la subvención establecida mediante el Acuerdo No. 002 de enero 27 de 1966, y demás actos demandados, tienen un carácter prestacional. En conclusión la autonomía universitaria no es absoluta, en materia del régimen salarial y prestacional de sus empleados, pues los entes autónomos están sometidos a la normatividad legal y constitucional pertinente. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones de índole legal, y atendiendo el texto contentivo de los actos demandados, se determina la ausencia de competencia de las entidades territoriales para fijar el régimen prestacional, y es claro que los mencionados emolumentos fueron creados como prestación extralegal, por ende se impone confirmar la sentencia apelada que declaró nulos los Acuerdos demandados en acción de simple nulidad.

[Sentencia de 15 de diciembre de 2011, Exp. 68001-23-15-000-2001-02652-02\(1076-11\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. El cubrimiento del pasivo de cesantía de los docentes de las universidades estatales que debe realizar el ente territorial, no exonera del pago del auxilio de cesantía dentro del término establecido en la Ley 244 de 1995 a la Universidad del Magdalena, dada la vinculación laboral del demandante.

Como ya se precisó, el actor solicitó mediante derecho de petición del 22 de septiembre de 2003 a la Universidad del Magdalena, el pago del 9.89% del auxilio de cesantías parciales. Que como respuesta a tal solicitud el Rector de la Universidad del Magdalena profirió el acto demandado del 24 de octubre de 2003, que negó tal reconocimiento con el argumento de que a la fecha el Departamento del Magdalena y/o la Gobernación del Departamento, no ha transferido los recursos correspondientes a la Universidad para el pago del porcentaje del 9.89% en que este Ente territorial debe concurrir al pago de las cesantías de los docentes de la Universidad del Magdalena. Que la situación excepcional para el cubrimiento del pasivo de cesantías de las Universidades Estatales, no las excluye de la obligación de pagar dentro de los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, el auxilio de cesantía. Que de conformidad con el acervo probatorio obrante en el plenario a la fecha de presentación de la demanda aun la parte demandada no ha pagado el porcentaje del 9.89% que le adeuda para completar el 100% del auxilio de cesantía parcial que le fuera reconocido al señor Rodrigo Oñate Villa por haberse acogido al régimen salarial y prestacional del Decreto 1444 de 1992, motivo por el cual esta Corporación declarara la nulidad del acto acusado para en su lugar ordenar a la parte demandada realizar la cancelación del porcentaje que aún se le adeuda al peticionario y que se encuentra insoluto, monto que deberá ser consignado en el fondo respectivo. No obstante, es del caso precisar que como quiera que el empleador del accionante fue la Universidad del Magdalena, es esta la entidad que debe responder por las obligaciones generadas con ocasión de la vinculación laboral. Esto sin perjuicio de que la Universidad repita contra el Departamento por el giro tardío de los dineros a que estaba obligada.

[Sentencia de 21 de octubre de 2011, Exp. 47001-23-31-000-2004-00514-01\(0219-10\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. Para efecto de liquidar la indemnización por supresión del cargo es necesario que los factores salariales que conforman lo percibido por el empleado público, sean pagados como un emolumento salarial devengado mediante un justo título.

Se debe advertir que la norma que sustenta la pretensión de la parte actora, señala que la indemnización se liquidará “con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los siguientes factores:...”; lo anterior indica que no es todo lo percibido, a cualquier título o sin un justo título, pues para ser considerado un emolumento como factor salarial, debe suponerse que fue devengado, mediante un justo título. Así entonces en el caso de la prima técnica que según la norma en comento puede ser incluida en la indemnización por supresión del cargo, podrá ser considerado como factor salarial, claro está, dependiendo de la legalidad del acto administrativo que reconoció el elemento salarial de la prima técnica, es decir, como ya se dijo, mediante un justo título. Si bien no se conoce la fecha del acto administrativo que reconoció la prima técnica, como bien lo anotó el Tribunal, por la suspensión y posterior anulación del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, que establecía la posibilidad de asignar prima técnica a empleados del nivel territorial, sin duda, para el 2002, año en el cual la actora pidió la indemnización, ya había ocurrido el decaimiento de ese acto particular, concretamente por desaparición de los fundamentos de derecho, fenómeno jurídico contemplado en el artículo 66 del C.C.A. Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada, pues la actora no puede exigir que la prima técnica sea incluida como factor para la indemnización por supresión del cargo, debido a que el acto administrativo que concedió tal beneficio, si no perdió fuerza ejecutoria, es contraria a aquella de la cual se deriva su validez.

[Sentencia de 21 de noviembre de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2003-00700-01 \(0101-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. Se confirma la decisión de primera instancia, que declaro la nulidad de la Resolución 0-0955 de 23 de mayo de 2002 proferida por la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se declaro insubsistente al demandante del cargo de Investigador Judicial I, al considerar que se desvirtuó la presunción de legalidad del acto de remoción acusado, por ser expedido configurándose la desviación de poder.

Por mandato legal, en la medida en que una decisión de carácter particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. En el caso en examen, si del ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción prevista en el artículo 251 de la Constitución Política se trataba, el acto acusado debía encontrarse ajustado a la legalidad, lo que significa que debía ser adecuado a los fines de esa norma, es decir, en procura del buen servicio público, y proporcionado a los hechos que le sirven de causa, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia. La prueba documental lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que, FERNANDO SALAZAR NÚÑEZ, garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, pues no sólo atendía sus responsabilidades con rectitud y eficiencia, que son las condiciones esperadas de todo funcionario público, sino que el caudal probatorio pone en evidencia el excelente servicio que prestaba, y que lo hizo merecedor de constantes felicitaciones, distinciones y menciones, las cuales fueron una constante en su desempeño laboral, es decir, se dieron a través de todo el tiempo que prestó sus servicios, incluso hasta días antes de la insubsistencia de su nombramiento, las personas a quienes colaboraba en las investigaciones, se mostraban agradecidas con su gestión. En las anteriores condiciones, en el presente proceso se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto de remoción acusado, pues obran abundantes pruebas que demuestran el excelente servicio público que desempeñaba el actor, y la entidad demandada, no se preocupó por aportar, ni siquiera sugerir una prueba indiciaria, con la cual demostrara en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de insubsistencia del actor. En resumen, se pone de manifiesto que la causa determinante para la expedición del acto acusado, no fueron razones del buen servicio público, sino que obedeció al simple capricho o arbitrariedad del nominador, configurándose la desviación de poder, una de las causales de anulación de los actos administrativos.

[Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2002-10685-01\(0873-09\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. Se declara la nulidad de la Resolución No. 007 de Julio 27 de 2005 proferida por la Procuraduría Provincial de Fusagasuga y de la decisión de 15 de diciembre de 2005 expedida por la Regional de Cundinamarca, por las cuales sancionó al Alcalde del Municipio de Tibacuy con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un (1) mes, al considerar que las normas que establecen las funciones de los Alcaldes no establecen la obligación de presentar el proyecto para la creación de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, puesto que dicha facultad le corresponde al Concejo Municipal.

En consecuencia, es claro y no admite discusión el hecho de que la obligación de crear los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos corresponde al Concejo Municipal, según las mismas normas que sirvieron a la Procuraduría General de la Nación para la imposición de la sanción. Y ni esas normas ni aquellas que señalan las funciones de los alcaldes, establecen la obligación para el alcalde de presentar el proyecto para la creación del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos. Es decir, que el acto acusado se fundamentó en normas que imponen la obligación al Concejo Municipal de crear el fondo, pues no existe una norma específica que en relación con el mismo le imponga la obligación de tener la iniciativa para su creación. Lo anterior, por cuanto de dicha norma se deduce que en la decisión de cuáles proyectos debe presentar el Alcalde, existe un componente subjetivo y

en consecuencia debía establecerse en qué medida la creación de dicho Fondo contribuiría al “desarrollo económico y social” del municipio o era necesario para la “buena marcha de la administración” y si existía la posibilidad a través de las fuentes que componen los recursos de dicho Fondo de obtener recursos para el otorgamiento de los subsidios y obtener así los efectos pretendidos por la norma. En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, por cuanto la norma que sirvió de fundamento para la imposición de la sanción, no contempla en forma expresa la obligación del Alcalde Municipal de presentar el proyecto para la creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

[Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2010-00038-00\(0321-10\), MP. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. Se confirma la decisión del a quo, que declaro la nulidad del Auto N° 00611651-71 del 29 de julio de 2005, proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), mediante el cual se le impuso como sanción destitución e inhabilidad general por el término de 15 años; y de la Resolución 1521 del 10 de agosto de 2005, suscrita por el Director del DAS, por la cual se ejecutó la sanción disciplinaria, al considerar que se vulneró el derecho al debido proceso del actor puesto que no conoció la decisión de reanudación del proceso, ni las fechas y hora en que se llevarían a cabo las audiencias para continuar con la practica de pruebas.

Cabe precisar que, si bien el trámite se surtió mediante el procedimiento verbal; el mismo fue suspendido hasta que se resolvieran tanto el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la decisión que negó pruebas y, el impedimento que manifestó el Director de la entidad accionada. De acuerdo con el material probatorio que se acaba de relacionar, en la audiencia que se llevó a cabo el día 6 de diciembre de 2004, se practicaron unas declaraciones que habían sido previamente decretadas, se reiteró que la diligencia quedaba suspendida hasta tanto no se resolviera el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la decisión que negó algunas pruebas y que “*por ello se comunicará, por el medio más idóneo, al señor RODOLFO ENRIQUE BENÍTEZ sobre la fecha, lugar y hora de la reanudación de la audiencia*”. No obstante, vistos los documentos que obran en el expediente, para la Sala es claro que nunca se le comunicó al demandante sobre la reanudación del proceso disciplinario y, por su parte, la Entidad demandada no demostró que notificó al actor de las fechas y horas en las que continuarían las audiencias. De este modo, es evidente la vulneración del derecho al debido proceso del actor, quien no conoció la decisión de reanudación del proceso ni las fechas y horas en las que se llevarían a cabo las audiencias para continuar con la práctica de pruebas. Lo anterior lo imposibilitó de asistir a las diligencias, de controvertir los elementos de convicción que allí se practicaron, de presentar alegatos y de estar presente en las audiencias que se llevaron a cabo con posterioridad, valga decir, los días 27 y 29 de julio de 2005 (en esta última fecha se dictó el fallo). Así, el señor Benítez Quintana fue privado de ejercer su derecho a la defensa, y de recurrir la decisión mediante la cual fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de 15 años. Es por ello que la Sala comparte el razonamiento del *a-quo* y, en consecuencia, confirmará la decisión de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados cuya presunción de legalidad fue desvirtuada, en la medida en que al demandante se le vulneró el derecho al debido proceso. No puede ser otra la conclusión si, además de lo anterior, se suma que no es claro que el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) haya obrado con la imparcialidad debida, si se tienen en cuenta los antecedentes que dieron origen a la investigación disciplinaria, los cuales están debidamente acreditados dentro del plenario.

[Sentencia de 15 de diciembre de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2005-10798-01\(1375-2009\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

7. Se confirma la sanción impuesta a la Previsora Vida S.A, por cuanto los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales no se pueden destinar para realizar actividades de salud

ocupacional que son de cargo del empleador y por el carácter de dineros públicos con destinación específica

Ahora bien, los recursos del Sistema General de Riesgos Profesionales, no están destinados para suplir o financiar este tipo de actividades orientadas a la Salud Ocupacional, como quiera que tienen carácter de dineros parafiscales o públicos que deben ser invertidos en actividades específicas, por cuanto su mala inversión o utilización por parte de quienes se benefician o administran dichos recursos (empleadores, empleados o trabajadores de ARP) genera violación de la ley. Como se indicó anteriormente, a la luz de los artículos 5° y 10 de la Resolución 001016 de 1989 los exámenes médicos hacen parte del Programa de Salud Ocupacional para empresas y lugares de trabajo, cuya ejecución compete a patronos y empleadores. Por tanto, acertó el Ministerio al sancionar a la actora por haber sustituido a DISTRISALUD y a la AREONÁUTICA CIVIL en sus obligaciones como empleador al asumir la práctica de los exámenes de sus trabajadores y la asignación de los siguientes profesionales especializados en salud ocupacional: un Ingeniero Ambiental o Sanitario, Industrial, una Fisioterapeuta y un Psicólogo. De lo anterior se desprende que para el cumplimiento de las mencionadas actividades, la ARP utilizó, o bien financió, estos servicios con dineros pertenecientes al Sistema General de Riesgos Profesionales, incurriendo de esta manera en la vulneración de disposiciones de orden legal que prohíben destinar los dineros públicos para fines diferentes a los ya establecidos.

[Sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp. 08001-23-31-000-2001-02384-01\(2030-09\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

8. Se declaró la nulidad del acto que revocó el nombramiento del demandante como resultado de la convocatoria docente adelantada en el Municipio de Sabanalarga (Atlántico), frente al cual argumentó la administración la falta de certificado presupuestal al crear 100 plazas docentes, por vulnera el principio de confianza legítima.

El municipio de Sabanalarga revocó los actos generales que crearon y convocaron los cargos docentes antes aludidos. Además revocó, por el acto acusado, el nombramiento de la demandante porque la plaza que estaba ocupando no tenía soporte presupuestal, esto es, porque el alcalde municipal creó irregularmente 100 plazas docentes, sin que existiera o pudiera existir disponibilidad presupuestal y porque comprometió los recursos municipales en más del doble del presupuesto fijado y otorgado para el municipio. No podía el Alcalde del municipio de Sabanalarga, so pretexto de salvaguardar los intereses patrimoniales del municipio, desconocer derechos fundamentales de la actora quien se sometió a la voluntad de la administración para efectos de concursar y superar todas las etapas propias del concurso para ocupar una de las 100 plazas docentes, más aún si dentro del plenario no se encuentra prueba alguna de una actuación de mala fe de la actora frente al concurso al que se sometió. Tal definición sirve, sin lugar a duda, para tutelar la seguridad de las expectativas legítimas y de los derechos aparentes en cuya formación defectuosa ha intervenido la administración, generando para los coasociados la idea equivocada, aunque adquirida de manera honesta, de ser titulares de derechos, debida y regularmente adquiridos conforme a la ley.

[Sentencia de febrero 23 de 2012 , Exp. 08001-23-31-000-2002-00386-01\(4538-05\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

9. Se niega la pensión de jubilación a docente que prestó servicios a establecimientos educativos privados solicitada con fundamento en la ley 50 de 1886, para lo cual se consideró:

a) Entidad encargada de reconocimiento de la pensión de jubilación en caso de empleados y obreros nacionales y en el sector privado

El artículo 18 de la Ley 6 de 1945, previó que el Gobierno Nacional organizaría la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las

prestaciones oficiales consagradas en el artículo 17 ibídem y autorizó al Gobierno para que organizara a la Caja de Previsión lo cual aconteció mediante el Decreto 1660 de 1945. Para el sector privado, la misma Ley 6 de 1945, previó que mientras se organizaba el seguro social obligatorio, correspondía a los patronos asumir la obligación de algunas prestaciones, entre ellas la pensión vitalicia de jubilación. El Seguro Social se creó mediante la Ley 40 de 1946. Esta disposición, señaló el campo de aplicación, esto es para los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo o aprendizaje prestaran sus servicios a un patrono de carácter particular, siempre que no fueran expresamente excluidos por la Ley. Mediante el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, se indicó quiénes estaban sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, entre los cuales, en el literal a) del artículo 1º, enuncia a los trabajadores nacionales o extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo, presten sus servicios a un patrono de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley. En armonía con lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo, dispone que todos los patronos están obligados a pagar las prestaciones establecidas en dicho estatuto, las cuales dejarán de estar a su cargo cuando el riesgo sea asumido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley, y dentro de los reglamentos que dice el mismo Instituto.

b. El reconocimiento de la recompensa o pensión de jubilación acorde con los parámetros de la Ley 50 de 1886, es posible para quienes adquieren el derecho bajo su vigencia.

La demandante prestó sus servicios por más de 20 años al servicio exclusivamente de instituciones de educación de carácter privado; de lo cual dan cuenta las certificaciones ya referidas, en las cuales se corroboran que la docente laboró en el periodo comprendido ente el año 1963 a año 1991; de lo cual se infiere que ya se encontraba vigente el sistema de seguridad social establecido desde la Ley 6 de 1945, y por ende a la actora no le era aplicable el régimen excepcional (régimen que reconoció una recompensa a los docentes vinculados a las entidades privadas con la finalidad de no desampararlos en su vejez) previsto en la Ley 50 de 1886. Estando claro entonces que la pensión reclamada en los términos expuestos por la actora amparada en la Ley 50 de 1886, sólo sería posible si el derecho pensional estuviera adquirido bajo la vigencia de la citada norma fue derogada desde el momento en que se estableció el Sistema de Seguridad Social (Ley 6 de 1945).

[Sentencia de 9 de febrero de 2010, 15001-23-31-000-2005-00118-02\(1426-10\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

10. La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se aplica a quienes no cumplan el mínimo de semanas exigidas antes o después de la vigencia del sistema de seguridad social integral en aplicación del principio de favorabilidad

En el presente caso se encuentra acreditado que la demandante le solicitó a Cajanal el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 18 de julio de 2005 declarando, a través de apoderado, “que se haya en imposibilidad de continuar cotizando para el seguro de invalidez, vejez y muerte”. Para la fecha en que declaró la imposibilidad de seguir cotizando contaba con 71 años de edad y acreditaba aportes para pensión por más de 10 años laborados en entidades públicas como el Departamento de Santander, el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, donde cotizó a Cajanal hasta el 14 de noviembre de 1990, fecha de su retiro del servicio. A pesar de lo anterior, Cajanal le negó el reconocimiento a la indemnización aduciendo que los aportes fueron realizados con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones desconociendo el principio de favorabilidad de la ley y la protección especial de que gozan las personas de la tercera edad de que tratan los artículos 46 y 53 de la Constitución Política. La indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumpla la edad para obtener la pensión de vejez pero no cumple el mínimo de semanas exigidas antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. En este orden de ideas, en aplicación del principio de favorabilidad a situaciones causadas antes de la Ley 100 de 1993, se ordenará el reconocimiento

de la indemnización sustitutiva causada el 18 de julio de 2005, fecha en que la actora optó por manifestar la imposibilidad de seguir cotizando y por tanto la Entidad demandada debió proceder a liquidarla teniendo en cuenta los aportes realizados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en la forma como lo dispone el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

[Sentencia de 11 de septiembre de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2008-00058-01\(1373-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

11. Se niega incremento pensional solicitado con fundamento en la Ley 445 de 1998 por empleado del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad del orden nacional cuyo presupuesto hace parte del presupuesto general de la Nación, por cuanto, dicho incremento sólo es aplicable a las entidades del orden nacional con recursos del orden nacional y en el orden territorial en la proporción en que se financie con recursos del presupuesto nacional

El reajuste pensional dispuesto en la Ley 445 de 1998 sólo es aplicable a las pensiones reconocidas por una entidad del sector público del orden Nacional financiadas con recursos del presupuesto nacional y en tal sentido, la Corte Constitucional, al declarar exequible la norma en cita, determinó que también debe aplicarse “a las pensiones que hayan sido reconocidas por entidades del orden territorial, en el caso de acumulación de tiempos de servicios en el sector oficial, a prorrata de la cuota parte que le corresponde a la Nación.”. Teniendo en cuenta lo anterior, debe entenderse que las pensiones reconocidas por entidades territoriales o por entidades de otro orden, pueden ser reajustadas en la proporción que sea financiada con recursos del presupuesto nacional en forma total o parcial, cuando hay acumulación de tiempos. A través de la Ley 21 de 1988, se adoptó el programa de recuperación del servicio público de transporte ferroviario nacional que implicó la reorganización institucional, administrativa, financiera y de explotación de dicho servicio. Dicha ley autorizó a la Nación para asumir la deuda de la Empresa Ferrocarriles Nacionales incluyendo la carga prestacional. Atendiendo la anterior normativa, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1591 de 1989 por medio del cual creó el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. En relación con el tema la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 23 de mayo de 2000, concluyó que las pensiones que el Fondo de Ferrocarriles Nacionales asumió no son susceptibles del reajuste pensional dispuesto en la Ley 445 de 1998 porque “el presupuesto de dicho fondo no hace parte del presupuesto nacional” los recursos de “los establecimientos públicos, hacen parte del presupuesto general de la Nación pero no del presupuesto nacional”. Lo anterior permite concluir que al ser el Fondo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no es posible acceder a la aplicación del reajuste pensional establecido en la Ley 445 de 1998 porque su presupuestos pertenecen al General de la Nación, conforme a lo dicho en el artículo 3° del Decreto 111 de 1996.

[Sentencia de 15 de septiembre de 2011, Exp. 25000-23-25000-2007-01334-01\(1555-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

12. El derecho a la sustitución pensional suspendido a la viuda por contraer nuevas nupcias en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se debe restablecer a partir de la notificación de la sentencia de inexecutable, en el caso en estudio, del artículo 180 del decreto 89 de 1984.

La declaratoria de inexecutable de las normas que consagraban la pérdida del derecho por contraer nuevas nupcias, se ha sustentado en el desconocimiento del derecho a la igualdad en cuanto comporta un trato diferencial para los destinatarios de los regímenes pensionales, sin una razón válida y contrariando el ordenamiento constitucional, invadiendo la órbita del ejercicio legítimo de la libertad personal, desconociendo que los beneficiarios de la pensión tienen el mismo derecho a gozar de la mesada sin que para ello existan limitantes o circunstancias de su fuero interno y

personal, que lo puedan impedir. Atendiendo a lo hasta aquí expuesto, es constitucionalmente viable que quienes tuvieren suspendido el pago de su mesada pensional sustituida por fallecimiento de su cónyuge, por el hecho de contraer nuevas nupcias, pueden solicitar el restablecimiento del pago de su derecho pensional dada la declaratoria de inexecutable de la norma que consagraba la condición resolutoria y que para este evento está constituida por el artículo 180 del Decreto 89 de 1984. Esta declaratoria de inexecutable la dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C - 464 de 2004 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y frente a sus efectos se dispuso, al igual que las restantes sentencias de constitucionalidad que estudiaron las normas que en materia pensional ordinaria y en los regímenes especiales consagraban la condición resolutoria del derecho pensional, que el derecho se restablece a partir de la notificación de la respectiva providencia.

[Sentencia de 6 de octubre de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2006-08147-01\(2184-08\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se declaró administrativamente responsable al Hospital de la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., por la tardía remisión al Hospital General de Medellín de un paciente que presentaba herida abdominal ocasionada por bala perdida, la entidad médica con su omisión impidió que se suministrara el adecuado e idóneo tratamiento que se requería, lo que produjo el deceso por sepsis generalizada. Se reitera la jurisprudencia -acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*

Síntesis del caso: El 3 de septiembre de 1992, mientras se encontraba en el parque principal del municipio de Yalí, una bala perdida lesionó en el abdomen al señor Alfonso González Medina, circunstancia por la que fue conducido al Hospital la Misericordia de esa localidad, allí fue valorado por el médico de turno, quien le hizo una curación y lo envió a su casa sin haberle practicado ningún tipo de examen diagnóstico. A los tres días el paciente acudió a la referida institución hospitalaria ya que se sentía en mal estado de salud; de nuevo, se dispuso el regreso a su casa por parte del médico tratante. Con el paso de los días, y ante otra asistencia al hospital mencionado, el galeno advirtió la gravedad del estado del señor González Medina y decidió remitirlo al Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutiérrez. El 11 de septiembre de 1992, el señor Alfonso González Medina ingresó al Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutiérrez, donde le diagnosticaron herida por arma de fuego penetrante en el abdomen, y se evidenció -clínicamente - el orificio de entrada y salida en el hipocondrio derecho de cinco días de evolución; al intervenirlos quirúrgicamente se encontraron dos heridas del colon descendente, lo que produjo su deceso diez días después de la primera operación.

a. No se presentó una pérdida de oportunidad para el paciente, sino una falla del servicio integral que afectó -por completo- la prestación del servicio médico asistencial

Extracto: “en el caso concreto se configuró una falla del servicio médico - asistencial, que hace imputable el daño antijurídico en cabeza de la entidad demandada, ya que, de haberse tratado al paciente de forma oportuna, era altamente probable que el resultado final hubiera sido disímil. En consecuencia, el daño no es imputable a un error en el acto médico (diagnóstico o tratamiento), sino a la indebida prestación del servicio de salud, ya que de haberse brindado de manera eficiente se hubiera evitado el resultado lesivo. (...) el daño es imputable en su totalidad al Hospital la Misericordia porque con su omisión impidió que se suministrara el adecuado e idóneo tratamiento requerido por el paciente. Por lo tanto, si bien en términos causales la muerte la produjo la sepsis generalizada, lo cierto es que en el plano de la imputación el daño es única y exclusivamente

atribuible a la institución médica mencionada, toda vez que con su omisión impidió que el lesionado fuera atendido de forma oportuna lo que desencadenó su muerte. En este punto la Sala reitera, una vez más, la insuficiencia del dogma causal en la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el mal llamado nexo causal o principio de causalidad es irrelevante para determinar a quién es atribuible un resultado lesivo. En efecto, la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas -al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas- tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública. Según los anteriores planteamientos, la falta de remisión oportuna del paciente González Medina, configuró una falla del servicio, motivo por el cual habrá lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la demandada en la muerte de aquél.”

b. Para la liquidación del daño moral se aplicó el *arbitrio juris*, su existencia y validez normativa encuentran fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. La forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir -vía compensación- el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad

Extracto: “la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones: Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. (...) la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. (...) es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral (...) la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad (...) El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley”

c. Improcedencia de la aplicación del principio de proporcionalidad para tasar los perjuicios morales.

Extracto: “el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (...) la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad. (...) el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes. (...) el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Y ello no es correcto, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

[Sentencia de marzo 14 de 2012. Exp.: 05001-23-25-000-1994-02074-01\(21859\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. Acción de reparación directa](#)

* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

2. Se declaró administrativa y civilmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales causados al demandante, con ocasión de la inmovilización, desvalorización y daños causados a dos vehículos automotores de su propiedad, durante la época en que estuvieron bajo custodia de la entidad demandada

Síntesis del caso: El Tribunal Administrativo de la Guajira profirió condena contra la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados al señor Mario Rafael Pinedo Rueda, dentro de la acción de reparación directa que éste promoviera contra la demandada por la inmovilización de dos vehículos automotores de su propiedad por cuenta del ente investigativo, y de los daños sufridos por éstos bajo su custodia dentro del proceso investigativo. La sentencia del a quo fue impugnada por el actor y el agente del Ministerio Público. Respecto del actor se declaró desierto el recurso por falta de sustentación y se accedió al recurso interpuesto por el Ministerio Público disponiendo su remisión al superior para su conocimiento.

a. El Consejo de Estado se abstuvo de estudiar el recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público por cuanto éste carece de interés jurídico por comprometer el principio de igualdad procesal

Extracto: “la labor de intervención del Ministerio Público en calidad de sujeto procesal no puede comprometer el principio de igualdad que gobierna todo proceso declarativo y, por lo tanto, no

resulta posible, en modo alguno, que esa agencia sustituya o reemplace a cualquiera de las partes - demandante o demandada- de la controversia. Entonces, no cuenta con interés jurídico para apelar el Ministerio Público en aquellos eventos en los cuales con la impugnación se sustituye o podría sustituirse la labor que es propia de cualquiera de los extremos de la litis. (...) De otra parte, se tiene que en materia judicial y por expresa precisión constitucional (artículo 277 C.P.), al Procurador General de la Nación le es dado, por sí mismo o por intermedio de sus delegados, intervenir en los procesos, pero únicamente cuando sea necesario en defensa i) del orden jurídico, ii) del patrimonio público o iii) de los derechos y garantías fundamentales (numeral 7 artículo 277 C.P.).”

b. Improcedencia del grado jurisdiccional de consulta, previsto en el artículo 184 del C.C.A., por falta del requisito de cuantía, en sentencias que imponen condena a una entidad pública y no fueron apeladas

Extracto: “estima la Sala necesario precisar que en el presente asunto no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta previsto en el artículo 184 del C.C.A., según el cual las sentencias que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública deberán consultarse para ante el superior **cuando no fueren apeladas**, pero siempre que el proceso tenga vocación de doble instancia en razón de su cuantía y en cuanto **la condena impuesta a la entidad pública demandada fuere superior al monto equivalente a 300 salarios mínimos mensuales legales** o que la sentencia que no fuere apelada hubiere sido proferida en contra de quienes hubieren estado representados por curador *ad litem*.”

[Sentencia de febrero 23 de 2012. Exp. 44001-23-31-000-1999-00853-01 \(22726\) MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Acción de Reparación Directa](#)

3. Se declaró administrativamente responsable al Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, por los perjuicios materiales ocasionados a los bienes de un ciudadano como consecuencia de la construcción de un carreteable en el Municipio de Chaparral, con fundamento en los principios de planeación y de previsibilidad aplicables a la contratación estatal

Síntesis del caso: El señor Domingo Barragán Urueña instauró acción de reparación directa contra el extinto Fondo Nacional de Caminos Vecinales, por los perjuicios materiales ocasionados al actor en su calidad de poseedor de los bienes de la finca Buenavista en el Municipio de Chaparral (Tolima), como consecuencia de la construcción del carreteable veredal El Bosque - El Moral de ese municipio.

a. Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de planeación

Extracto: “el principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad. (...) Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los

recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.”

b. El principio de la previsibilidad

Extracto: “en el derecho colombiano, el principio se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Y artículo 1616, que admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes. Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con las Leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001 artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales son retomados en los documentos CONPES Nos 3107 y 3133 de 2001, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero que en líneas generales, constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional. Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuirlas a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina. (...) Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto. Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.”

c. Omisión en observar deberes normativos

Extracto: “la demandada omitió el deber de observar las obligaciones que le imponía la Resolución 0142 de 1996 proferida por ella misma, al tiempo que vulneró los principios de planeación y previsibilidad contractual, en especial aquella en la se demandaba a la entidad territorial a que “...Cuando se trate de proyectos de construcción o mejoramiento de caminos, deberá solicitar a las autoridades de control de los recursos naturales renovables, el estudio previo de impacto ambiental o certificado en el que conste que el área favorecida con la obra no lo requiere (...) PARAGRAFO. - La

ENTIDAD TERRITORIAL deberá aportar los anteriores documentos dentro de los treinta (30) días siguientes al perfeccionamiento del convenio” pues a pesar de no haber sido aportado el referido documento por el Municipio de Chaparral - Tolima procedió a iniciar y llevar casi hasta su culminación la obra pública denominada Carretera Veredal de El Bosque - El Moral. (...) La omisión y vulneración a los principios antes señalados, tanto del Municipio, como del Fondo, se encuentra plenamente acreditados mediante la Resolución No. 337 de marzo 19 de 1999, proferida por CORTOLIMA por la cual se ordenó “la suspensión inmediata de las actividades iniciadas en el Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima para la construcción del carretable que comunica las Veredas (sic) de El Bosque y El Moral”, en atención a que “...es un proyecto que no cuenta con Licencia Ambiental, puesto que ésta aún se encuentra en trámite ante la Subdirección de Gestión Ambiental, sin que hasta ahora se encuentre siquiera dentro del trámite de evaluación del documento para la aprobación de la viabilidad ambiental. Por otra parte es importante hacer énfasis en que la obra ha afectado varias fuentes hídricas como son las quebradas El Líbano, El Espejo y otros drenajes y que de continuarse las obras se afectarán otras más, como La Cresta, El Gallo y otros drenajes y que además se han afectado propiedades privadas, y su continuación afectará otras más.” La mencionada Resolución, sustentada a partir del informe de la visita realizada el día 23 de febrero de 1999 al proyecto carretable El Bosque - El Moral, municipio de Chaparral, por funcionarios de la Corporación Autónoma Regional del Tolima - CORTOLIMA, en la que se estableció que “Los impactos ocasionados por la apertura de esta vía, son especialmente los siguientes: 1) la afectación a las quebradas El Líbano, El Espejo y otros drenajes naturales que cruza la vía, debido a la mala disposición del material de corte que desciende desde la vía hasta el lecho de los cuerpos de agua en mención. 2) La afectación de la vivienda de la finca La Buenavista, de propiedad del señor Domingo Barragán, la cual fue semidestruida por el desprendimiento de un talud originado por la apertura de la vía, fue evacuada por parte de sus ocupantes. 3) La afectación a cultivos de café, caña, pasto de corte, entre otros, debido a la desestabilización del suelo en los cortes realizados (desprendimiento de taludes y banca de la vía). 4) No existen sitios técnicamente manejados (botaderos) para la disposición final del material sobrante. 5) Sedimentación de la quebrada Grande, debido al arrestre(sic) de material sobrante por los cuerpos de agua afluentes de ésta.”

[Sentencia de febrero 1o de 2012. Exp. 73001-23-31-000-1999-00539-01 \(22464\) MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa](#)

4. Se decretó la perención de un proceso de reparación directa por cuanto se configuraron los supuestos legales consignados en el artículo 148 del C.C.A.

Síntesis del caso: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la perención del proceso de reparación del proceso de reparación directa instaurada por la señora Martha Cecilia Londoño Media y Otros contra la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación por fundamento en que transcurrieron más de 6 meses sin que la parte demandante consignara la suma correspondiente a los gastos del proceso y notificaciones.

La perención de la acción de reparación directa por inactividad de la parte demandante

Extracto: “La perención es un instituto de naturaleza procesal que sanciona la actitud omisiva, desinteresada y pasiva de la parte actora, cuando, teniendo que cumplir ciertas cargas procesales indispensables para el desarrollo del proceso, se abstiene de ejecutarlas. Así las cosas, se concreta en una forma anormal de terminación del proceso, ante la falta de impulso, vigilancia y supervisión del demandante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo. Para que opere esta figura jurídica, deben presentarse unos requisitos concurrentes, los cuales han sido señalados por esta Corporación, de la siguiente manera: “1) *Que el expediente permanezca en secretaría, durante la primera o única instancia, por un término mínimo de seis meses, contados desde la notificación del último auto, o desde el día de la práctica de la última diligencia, o desde la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, según su*

caso; II) Que la causa de la paralización del proceso debe obedecer a la falta de impulso a cargo del actor, siempre y cuando éste no sea o la Nación o una entidad territorial o descentralizada por servicios; III) Que la inacción no tenga su causa en la suspensión legal del proceso; y IV) Que no se trate de un proceso de simple nulidad.” En relación con el alcance de la perención, esta Corporación ha sostenido: “Por el carácter de esta figura procesal, su alcance se encuentra restringido y delimitado a aquellos eventos de inactividad de la parte actora para los cuales la ley tenga prevista dicha consecuencia jurídica. Por lo tanto, en estricto sentido, la perención sólo procede en aquellos eventos en los cuales el impulso del proceso corresponda, única y exclusivamente, a la parte demandante”.

[Auto de enero 27 de 2012. Exp. 25000-23-26-000-2009-00561-01 \(39003\) MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Reparación Directa](#)

5. Se declaró patrimonial y solidariamente responsables a Empocaldas S.A.E.S.P. y al municipio de Manzanares (Caldas) por la muerte de un ciudadano en accidente de tránsito, ocasionada por el incumplimiento de las disposiciones de señalización de obras en la vía consagradas en el Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras

Síntesis del caso: El 12 de septiembre de 1998, el señor Nelson Giraldo Valencia murió como consecuencia del accidente de tránsito que éste sufriera cuando se desplazaba en una moto por la carrera 4ª con calle 1ª en el municipio de Manzanares (Caldas), perdiendo la estabilidad de la moto por la presencia de perforaciones en la vía, por la realización de obras adelantadas por la empresa Empocaldas S.A.E.S.P. y el municipio de Manzanares.

a. Daño antijurídico por actividad de conducción de vehículo automotor

Extracto: “de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Al respecto, esta Corporación ha precisado que, aunque el ordenamiento jurídico no prevé una definición de daño antijurídico, éste hace referencia a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho. Ahora bien, la jurisprudencia ha afirmado respecto de la conducción de vehículos automotores, que los daños causados con ocasión de dicha actividad generan responsabilidad, cuando se comprueba el daño, la violación de las normas cuyo acatamiento hubiera evitado la producción del hecho dañoso y el nexo de causalidad entre la actuación u omisión de la administración y los perjuicios ocasionados.”

b. Deber de utilización de los dispositivos de señalización de obras en calles y carreteras dispuestas en la normatividad vigente

Extracto: “encuentra la Sala que, en efecto, la señalización colocada por Empocaldas S.A. E.S.P. (“una sola vía”) en el lugar de los hechos era insuficiente para evitar la realización del daño, pues, dada la magnitud de la obra y la estrechez de la vía, lo procedente era cerrar la calle para el tránsito vehicular hasta la culminación de los trabajos, actuación que tuvo lugar solo después de que falleció el señor Nelson Giraldo Valencia. En este sentido, la Sala estima que al tenor de lo dispuesto en el Código de Tránsito vigente para la época en que ocurrieron los hechos (Decreto 1344 de 1970), de ninguna manera las guadas y los palos colocados por Empocaldas S.A. E.S.P. pueden ser considerados señales de tránsito de tipo preventivo. (...) en relación con lo dispuesto en el Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, adoptado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte mediante Resolución 5246 del 2 de julio de 1985, en sentencia del 20 de septiembre de 2007 (expediente 15740, C.P. Ruth Stella Correa Palacio), la Sala sostuvo respecto de las señales de tránsito preventivas: “Las señales preventivas tienen por objeto advertir sobre la existencia de calles y carreteras en construcción, lugares de alto riesgo de accidente o vías sometidas a proceso de conservación, para prevenir del peligro tanto a usuarios como a personas

que trabajan en la vía. Así, conforme al artículo 2º de la resolución 8408 de 1985, seis es el número mínimo de señales de aproximación a obstáculos y/o peligros en la vía. Éstas deben ser colocadas en un orden preestablecido, que de todas maneras puede modificarse de acuerdo con la clase de obstáculos o el peligro que se presente”.

c. La actuación de la víctima como concausa de la producción del daño antijurídico genera disminución en la condena respecto a la entidad declarada patrimonialmente responsable

Extracto: “dado el nivel de etanol en sangre que presentaba el señor Giraldo Valencia al momento de su deceso, la Sala concluye que: (i) la víctima infringió el Código Nacional de Tránsito vigente para la época en que ocurrieron los hechos (Decreto 1344 de 1970), principalmente el artículo 181 (...) (ii) no previó los efectos peligrosos de conducir bajo el influjo del alcohol, sobre una vía húmeda y al parecer con exceso de velocidad, habiendo podido preverlos, o confió imprudentemente en poder evitarlos, lo que resulta a todas luces contrario al deber objetivo de cuidado y al comportamiento que exige la convivencia social; y (iii) si bien la conducción de un automotor es, de por sí, una actividad riesgosa, el actuar imprudente, negligente y temerario del señor Giraldo Valencia incrementó de manera reprochable dicho riesgo, al punto que puso en peligro la vida del pasajero que lo acompañaba en la motocicleta, el menor Yeison Arley Castro Arcila, y de los demás usuarios de la vía.(...) En estas circunstancias, la Sala considera que la condena que se impondrá a las entidades demandadas deberá reducirse en un porcentaje del 30%, en virtud de la participación de la víctima en la producción del daño.”

[Sentencia de enero 30 de 2012. Exp. 17001-23-31-000-1999-00092-01 \(22748\) MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de Reparación Directa](#)

6. El Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta de las cláusulas décima sexta -modificación, interpretación y terminación unilaterales- y décima octava - caducidad administrativa- del Contrato GDVA 027 de agosto 29 de 1995, suscrito entre la Sociedad Telecosta Express Ltda., y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom, por cuanto se configuró la nulidad por objeto ilícito de éstas, al incluirse en un contrato sometido al derecho privado disposiciones exorbitantes no autorizadas por la Constitución o la Ley

Síntesis del caso: La Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, declaró oficiosamente probada la excepción de falta de jurisdicción de la acción de controversia contractual instaurada por la Sociedad Telecosta Express Ltda., por intermedio de apoderado, contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom, por incumplimiento de la demandada en el pago de los porcentajes de recaudación acordados según contrato suscrito entre las partes.

a. La Jurisdicción Administrativa conoce de la actividad contractual de todas las entidades públicas, se sometan o no al estatuto de contratación estatal

Extracto: “siguiendo el criterio sentado por la Sala, se impone concluir que el numeral 5º del artículo 132 y el numeral 5º del artículo 134 B fueron derogados por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. En adelante la jurisdicción administrativa conoce de todos los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos de carácter estatal, tengan ellos o no vinculación directa con el servicio, en tanto esta exigencia desapareció del ordenamiento jurídico al adoptarse, como en efecto se adoptó, un criterio orgánico en el que resulta irrelevante la finalidad del contrato, en tanto esta responde al criterio material o funcional que se quiso justamente superar. En otros términos, el marco legal descrito asigna a la jurisdicción en lo contencioso administrativo conocer de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin que ahora se atienda a que su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, pero siempre y cuando el prestador sea una entidad estatal. (...) como recientemente lo señaló la Sala, el juez del contrato es esta jurisdicción, (...) Por manera que la jurisdicción administrativa conoce de la

actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable. Así aunque el contrato celebrado no se rige por la Ley 80 de 1993, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan de ellos y cualquier duda al respecto quedó dispada con la expedición de la Ley 1107 que, como se indicó, adoptó un criterio orgánico, con lo que el legislador aclaró que asuntos como el que se debate es del conocimiento de esta jurisdicción.”

b. Declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de cláusulas excepcionales, por objeto ilícito, en contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios cuando no hay autorización del ente regulador

Extracto: “la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994. (...) Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado **se rigen por el principio de legalidad**, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 121 y 122 superiores). Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la situación descrita acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de **nulidad absoluta por objeto ilícito** (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito.”

[Sentencia de noviembre 15 de 2011. Exp. 20001-23-31-000-1999-00764-01 \(21178\) MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Acción de Controversias Contractuales](#)

7. Se denegaron las pretensiones de la parte demandante por cuanto no se encuentra acreditada la falla del servicio con ocasión de la demolición de un muro que amenazaba ruina

Síntesis del caso: La Alcaldía del Municipio de Villavicencio expidió el Decreto 080 del 19 de mayo de 1995 mediante el cual ordenó la demolición de un muro, que presentaba riesgo para la comunidad del sector, el cual se encontraba ubicado en un predio de propiedad de la Sociedad Hexágonos del Llano.

Necesidad de acreditar la falla del servicio de la administración al decretar la demolición de muros que amenazan ruina o presentan riesgo para la comunidad

Extracto: “encuentra la Sala acreditado que, como consecuencia del volcamiento de un muro de contención ubicado en el margen derecho del “Caño Maizaro” -lugar donde se asentaba el “Barrio Subnormal Venecia” y que ocasionó la pérdida de vidas humanas-, la Alcaldía Mayor del Municipio de Villavicencio profirió el Decreto 080 de 19 de mayo de 1995, mediante el cual ordenó la evacuación del (sic) los asentamientos humanos ubicados en la zona y la demolición de toda edificación que amenazara con ruina o que, por su estado de deterioro, representara peligro o riesgo para los habitantes del sector. Por lo anterior, se procedió, por conducto de la Secretaría de Planeación Municipal, a la demolición del muro construido por la Sociedad Hexágonos del Llano en un predio de su propiedad, el cual se encontraba ubicado en las inmediaciones del “Caño Maizaro”, “Urbanización el Buque”. Para la Sala, lo anterior no estructura la falla del servicio que la parte actora endilga al

ente público demandado, por cuanto, los elementos de convicción obrantes en el proceso, permiten concluir, sin dudas, que el muro de propiedad de la Sociedad Hexágonos del Llano sí presentaba fallas estructurales que lo hacían objeto de las medidas de prevención adoptadas por el Municipio de Villavicencio, mediante el Decreto 080 de 1995. (...) para tomar la decisión de demoler el muro de propiedad de la demandante, la Administración contó con un informe técnico idóneo, en el cual se advirtió sobre la inestabilidad del mismo a causa de las fallas técnicas advertidas en su estructura, que sí imponían su derribamiento, dado que en tales condiciones representaba peligro para los moradores del sector. (...) la Sala encuentra que el daño antijurídico alegado en la demanda no puede ser imputado a la entidad pública demandada, en la medida que no se encuentra acreditada la falla del servicio alegada en la demanda, razón por la que se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

[Sentencia de febrero 8 de 2012. Exp. 50001-23-31-000-1997-06172-01\(22140\) MP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Acción de Reparación Directa](#)

8. Se declaró administrativa responsable al Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales - IDEAM, por la muerte de una ciudadana ocurrida en un accidente de tránsito, cuando se movilizaba en un vehículo de propiedad de la entidad demandada, el automotor era conducido por un menor de edad

Síntesis del caso: El 25 de mayo de 1996, la señora Bertha Acosta de Mayorga perdió la vida a consecuencia de un accidente, ocurrido cuando se transportaba en una camioneta pick up, marca Toyota, de placas OAG 513, de propiedad del IDEAM en el trayecto de la vereda Pascote al Alto de la Cuajada, en el municipio de Gutiérrez (Cundinamarca), la cual era conducida por su sobrino quien se ofreció a llevarla, mientras cumplía con la labor de transportar a unos funcionarios del IDEAM. Al momento de los hechos el conductor era menor de edad pues tenía 16 años.

a. Se acreditó el daño antijurídico sufrido por los demandantes, configurándose la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo el régimen de falla del servicio

Extracto: “Siendo el daño el primer elemento a establecer en un proceso de responsabilidad, debe precisarse que en el sub-judice, el mismo se concreta en la muerte de la señora Bertha Acosta, lo cual se acreditó con el Registro Civil de Defunción, el acta de levantamiento del cadáver y el protocolo de Necropsia, relacionados en el acápite de las pruebas. (...) Establecida la existencia del daño, corresponde efectuar el análisis pertinente, a fin de determinar si el mismo puede ser imputado a la parte demandada. En varias oportunidades esta Corporación ha afirmado que la conducción de vehículos automotores comporta para quien la ejerce una actividad peligrosa que origina un riesgo de naturaleza anormal, de modo que la imputación en estos casos suele ser de naturaleza objetiva, pero en algunas ocasiones, cuando de las pruebas se infiera que se incurrió en una falla del servicio, se puede favorecer la responsabilidad subjetiva, por estar presentes los elementos que comprometen la responsabilidad de la Administración a título de falla probada del servicio. En el presente caso, el análisis debe hacerse bajo el régimen de responsabilidad subjetiva por falla del servicio, pues, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, es evidente que el accidente automovilístico fue el resultado de un desperfecto mecánico en el sistema de dirección del vehículo, a lo cual debe sumarse el hecho de que el conductor era menor de edad y no tenía licencia de conducción, hechos estos que comprometen la responsabilidad de la entidad.”

b. Responsabilidad extracontractual del estado por el hecho del contratista. Reiteración jurisprudencial, la guarda del vehículo oficial que causó el accidente estaba en cabeza del estado

Extracto: “El conductor del vehículo no era funcionario de la entidad demandada, pero en anteriores oportunidades la Sala ha reiterado que es posible imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, de manera que aunque el señor Pedro Nel Acosta no estuviera unido

a la entidad a través de un vínculo legal o reglamentario, no puede considerarse un tercero en esta relación, dado que al tratarse de un vehículo oficial al servicio de la entidad demandada, su guarda se encontraba en cabeza de ella y, por consiguiente, el contratista que conducía quedó igualmente integrado a la actividad pública desarrollada, concluyéndose entonces que la causal de exclusión propuesta por la parte demanda no está llamada a prosperar y que por el contrario, procede la atribución de responsabilidad patrimonial al ente demandado por el daño causado a los demandantes, a causa de la negligencia del mencionado conductor en permitir el acceso de la víctima al vehículo oficial.”

c. No se encontró probada la concurrencia de culpa de la víctima en la causación del daño.

Extracto: “Para que se acepte la concurrencia de la culpa de la víctima, es necesario que su participación tenga implicación en la producción del daño o contribuya de alguna manera a su producción; tal como se afirmó en el fallo impugnado, en tratándose de transporte benévolo de pasajeros en vehículos oficiales esta Corporación ha considerado que quien se transporta a título gratuito en un vehículo sin intervenir en su conducción no ejerce la actividad y por ello en relación con la protección que demanda frente al riesgo derivado de la actividad peligrosa está en la misma condición que los peatones (...). En el caso concreto si bien puede presumirse que la víctima conocía la edad de su sobrino, ello no es extensible al hecho de no tener licencia de conducción, porque tal como se verificó con la normativa citada, la edad requerida para la expedición de la mencionada licencia para esta categoría de vehículos era precisamente la que tenía Pedro Nel Acosta, de modo que al estar en disposición de acceder a ella, no es posible concluir automáticamente que como sabía que era menor de edad, luego entonces conocía que no tenía licencia de conducción y por ello al aceptar subirse al vehículo actuó imprudentemente. A juicio de la Sala no están presentes los elementos que permitan afirmar que hubo una concausa y por ello la decisión habrá de revocarse en ese punto para conceder entonces la indemnización plena, equivalente a 100 SMMLV para cada uno, al cónyuge, y los hijos y la madre.”

[Sentencia de marzo 14 de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1997-03611-01\(22298\). MP. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Acción de reparación directa](#)

* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

9. El Consejo de Estado denegó el recurso de anulación presentado por Inversiones Zapata Lotero y Cía S.A., en contra del laudo arbitral de 10 de septiembre de 2010, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas en relación con el incumplimiento de algunas obligaciones a cargo de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia-Corantioquia, en virtud de los contratos 1750 del 1 de septiembre de 1999 y 1956 del 19 de noviembre de 1999, celebrados entre las partes

Síntesis del caso: Corantioquia fue condenada por un Tribunal de Arbitramento, a través de laudo proferido el 22 de noviembre de 2005, a pagar a favor de Inversiones Zapata Lotero y Cia. S.A., la suma de \$204 241 080, correspondientes a la indemnización por los perjuicios derivados del incendio de 158 hectáreas de bosque en la finca San Gabriel de su propiedad. Con posterioridad, el 6 de agosto de 2006 tuvo lugar un nuevo incendio en el mismo predio que dio lugar a que se presentara otra demanda arbitral para obtener la indemnización por la pérdida respectiva, la cual fue despachada favorablemente a la demandante mediante el laudo del 10 de septiembre de 2010. El laudo declaró la responsabilidad contractual de la entidad por no haber cumplido las obligaciones relativas a la vigilancia del bosque, contraídas por medio de los contratos n.º 1750 del 1 de septiembre de 1999 y n.º 1956 del 19 de noviembre de 1999, incumplimiento que facilitó el incendio. No obstante que el laudo condenó al pago de una indemnización por valor de \$85 912 423, la sociedad convocante interpuso el recurso de anulación que se resuelve a través de esta sentencia, con fundamento en que la liquidación de los perjuicios contenida en el laudo no se sujetó a las pretensiones correspondientes incorporadas en la demanda.

a. La causal invocada por el recurrente en primer lugar, no prosperó dado que la condena proferida sí constituía un punto sujeto a la decisión de los árbitros sobre el cual debía recaer el laudo

Extracto: “en relación con el primer cargo -el laudo recayó sobre puntos no sometidos a la decisión de los árbitros-, que el análisis y utilización de métodos, conceptos y valores diferentes a los incorporados en las pretensiones de la demanda para la indemnización de los perjuicios, y la correspondiente expedición de una condena pecuniaria dentro del laudo arbitral con base en aquellos, no implica necesariamente que el laudo haya recaído sobre puntos no sujetos al arbitramento, en tanto que una vez establecida la responsabilidad contractual de la entidad convocada, los árbitros con los elementos de juicio a su alcance procedieron a hacer la liquidación que en derecho competía. Sería antijurídico, y por lo demás absurdo, que en el presente caso, luego de haberse determinado la responsabilidad contractual de la entidad convocada, el Tribunal de arbitramento no hubiera proferido la condena pecuniaria correspondiente por el temor de hallarse incurso en la causal de nulidad del laudo que aquí se analiza, esto es, por estar decidiendo respecto de un asunto no sometido al arbitramento. Si no se condenó a la entidad con base en las pretensiones indemnizatorias del demandante, ello obedeció a que de acuerdo con el juicio de los árbitros no había pruebas para hacerlo. (...) debe tenerse en cuenta que dentro de las pretensiones de la demanda, la sociedad que ahora recurre el laudo pidió que se condenara a la entidad convocada a pagar a su favor *“a título de indemnización las siguientes sumas de dinero [utilidades por la madera cosechada al final del turno \$754.904.273,90, utilidades por entresacas \$148.404.123, utilidades por venta de servicios ambientales \$46.470.106] o las que resulten probadas dentro del proceso”* (se subraya). Es decir, desde el libelo introductorio -como ocurre en cualquier otro proceso judicial- el demandante, a sabiendas de que los valores con los que aspiraba a ser indemnizado, podrían no ser acogidos, dejó abierta la posibilidad de que se fijara la indemnización de conformidad con el criterio de los árbitros, sobre la base de las pruebas valoradas; de manera que no resulta coherente que ahora el recurrente alegue que la cifra liquidada por los árbitros da lugar a que se anule el laudo por no acoger las cifras que él pidió, cuando lo único que hace el laudo es satisfacer su pretensión indemnizatoria de que se condenara por las sumas de dinero que resultaren *“probadas dentro del proceso”*.”

b. El segundo cargo del recurrente, no prosperó en razón a que el laudo arbitral sí decidió sobre las pretensiones indemnizatorias formuladas por el demandante, en tanto que fueron objeto de análisis y de decisión, tal y como se concluye de una interpretación sistemática y coherente del laudo

Extracto: “El segundo cargo del recurrente consiste en que dentro de la parte resolutive del laudo nada se dice sobre las pretensiones indemnizatorias incorporadas en la demanda -párrafo 2.1-, lo que de acuerdo con el recurso tipifica la causal de anulación referida a *“No haberse (sic) decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*. 14.1 En efecto, la Sala aprecia que dentro de la parte resolutive no hay una referencia literal a las pretensiones indemnizatorias impetradas -el valor de las utilidades por la venta de madera al final del turno, el valor de las entresacas y la venta de los servicios ambientales o ecológicos-. No obstante, la circunstancia comprobada de que los árbitros en la parte resolutoria no se refirieran textualmente a las pretensiones aludidas, no significa que el laudo se hubiera abstenido de resolver clara y expresamente sobre ellas, ni mucho menos que la causal de anulación de laudo arbitral comprendida en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 deba prosperar. (...) no se puede considerar que cuando se suplica una suma a título de indemnización en una demanda, solo se resuelve el punto en tanto se acoge o se desestima literalmente esa suma en la parte resolutive, puesto que se incurriría en una aproximación sacramental y completamente equivocada del proceso judicial. (...) No es posible, como equivocadamente pretende el recurrente, aislar la parte resolutive de la considerativa de una decisión judicial. Si bien es cierto que no se dispuso literal ni textualmente dentro de la parte resolutive sobre las pretensiones indemnizatorias de la sociedad convocante, la Sala concluye que

tales pretensiones fueron denegadas clara y expresamente con base en tres elementos principales: (i) la argumentación del laudo en la parte considerativa, (ii) la ausencia de una condena sobre los conceptos deprecados y (iii) la presencia de una condena patrimonial diferente.”

[Sentencia de febrero 15 de 2012. Exp. 11001-0326-000-2010-00086-00 \(40124\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Recurso de anulación laudo arbitral](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) la base de la renta presuntiva es el patrimonio líquido poseído por la absorbente en el año inmediatamente anterior al de la fusión

Se estudia la legalidad de los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de la sociedad del año gravable 2001. Concretamente, se analiza si procedía la modificación de la renta presuntiva declarada por la sociedad; el rechazo de las deducciones por destrucción de inventarios, por pagos laborales y por afiliaciones y suscripción y, si era procedente la sanción por inexactitud.

Extracto: El artículo 188 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los hechos, establecía que para efectos del impuesto sobre la renta se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al seis por ciento (6%) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior. Este porcentaje se redujo al tres por ciento (3%) del patrimonio líquido por la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 1111 de 2006, aplicable a partir del año gravable 2007. Esta ficción legal parte de suponer que todo patrimonio genera utilidades para el contribuyente que lo posee y se ha estimado en un porcentaje (hoy 3%), previa la depuración de algunos conceptos enlistados en el artículo 189 del Estatuto Tributario. Es una presunción de derecho que no admite prueba en contrario y se trata de una forma de depuración de la renta para los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios. De acuerdo con lo anterior, aplicando al caso de la fusión la determinación de la renta presuntiva, se tiene que se presume que la renta líquida de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente no es inferior al 6% (hoy 3%) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior. Y este patrimonio líquido incluye, por efecto de la fusión, el patrimonio de la sociedad absorbida. En efecto, la ficción legal que encierra la renta presuntiva, como forma de depurar la renta de un contribuyente, debe abarcar todos los hechos económicos que comprende el impuesto en un determinado año gravable, y en el caso de la fusión de sociedades deben tenerse en cuenta los hechos económicos de todas y cada una de las sociedades que se fusionaron. Por eso, la parte actora incluyó para la depuración ordinaria de la renta, factores de la sociedad absorbida.

b) Tratándose de pagos no constitutivos de salario, para efectos de la deducción por salarios, no procede exigirse como prueba el paz y salvo de aportes parafiscales

La Sala advierte que la DIAN, en la liquidación de revisión, si bien partió de lo dispuesto en el artículo 108 del Estatuto Tributario, sobre la prueba del pago de los aportes parafiscales, aceptó, con base en la doctrina de esta Corporación y según las normas laborales, que los acuerdos entre empleados y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes parafiscales (artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo subrogados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, respectivamente, en concordancia con el 17 de la Ley 344 de 1996). Sin embargo negó la deducción por falta de prueba de estos acuerdos. De acuerdo con lo anterior, el argumento expuesto por la UAE DIAN en el recurso de apelación desconoce, no sólo el fallo del Tribunal, sino que la litis planteada a partir de los actos demandados, era sobre la falta de prueba de los convenios entre la actora y sus trabajadores de aquellos pagos que no constituían salario y no sobre que todo pago laboral, para ser deducible, tenía que estar soportado con el paz y salvo del pago de los aportes parafiscales.

[Sentencia de 26 de enero de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2005-00313-01 \(17151\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

* Con salvamento de voto de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

2. a) La unificación del régimen procedimental en materia tributaria a nivel nacional no excluye la normativa expedida por la autoridad local para regular los tributos municipales

Se estudia la legalidad del emplazamiento por no declarar el impuesto de industria y comercio del 2006, y el acto que resolvió el recurso de reconsideración.

Extracto: En caso de oposición o contradicción entre normas procedimentales fijadas por las autoridades locales y las dispuestas por el legislador, prevalecen éstas últimas, por lo que instó a los órganos competentes de las entidades territoriales a “ajustar y modificar su normatividad para hacerla concordante con la señalada por la ley”. De lo anterior se colige que, la intención del legislador de unificar el régimen procedimental en materia tributaria a nivel nacional, no excluye la normativa expedida por la autoridad local para regular los tributos municipales. Sin embargo, para que se cumpla la finalidad del legislador, para efecto de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro, las autoridades territoriales deben adoptar el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional, a tales aspectos, relacionados con los impuestos administrados en cada jurisdicción. En consecuencia, expedida la Ley 383/97, surgió el deber de adoptar, en cada municipio, distrito o departamento, el procedimiento previsto en el Estatuto Tributario Nacional; sin embargo, como lo anotó la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 66 ib., dicha normativa no excluye las reglamentaciones expedidas por las autoridades locales.

b) El principio de la doble instancia se predica de las actuaciones judiciales no de las administrativas

Según se indicó en la providencia transcrita, el principio de la doble instancia se predica de las actuaciones judiciales, no de las de carácter administrativo, por lo que frente a los actos demandados el hecho de que el mismo funcionario que impuso la sanción haya decidido el recurso gubernativo, no es motivo para declarar la nulidad de la actuación. De otra parte, como lo precisó la Sala en dicha providencia, la competencia para decidir el recurso gubernativo no se determina por un orden jerárquico, sino que debe tenerse en cuenta la estructura propia de la Administración que emita el acto correspondiente. En este entendido, de los fragmentos del Decreto 143 de 2002, a que se hizo referencia, se establece que el municipio no cuenta con la estructura orgánica que permita que los recursos sean decididos por funcionarios distintos, como ocurre a nivel nacional, por lo que asignó la competencia al JEFE DE LA UNIDAD DE RENTAS, situación que no riñe con lo dispuesto en el artículo 720 E.T., pues el mismo prevé que en los casos en que “*el acto haya sido proferido por el administrador de impuestos o sus delegados, el recurso de reconsideración deberá interponerse ante el mismo funcionario*”.

[Sentencia del 13 de octubre de 2011. Exp. 17001-23-31-000-2009-00035-01 \(18280\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

* Con aclaración de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

3. En materia de impuestos no es viable que por acuerdos de voluntad se configuren obligaciones solidarias o subsidiarias

Se estudia si la demandada violó el debido proceso al no expedir las copias del expediente, solicitadas por el contribuyente antes del vencimiento del término para responder el requerimiento especial, de oficio estudiara los hechos constitutivos de excepción conforme al artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, y en caso de no prosperar alguno de ellos analizarán los demás argumentos de censura no estudiados en la primera instancia por haber prosperado la violación al debido proceso, ello con el fin de salvaguardar el acceso material a la administración de justicia y el debido proceso.

Extracto: Se estudia si los contratos de prestación de servicios profesionales fueron suscritos por dos profesionales del derecho con cada uno de los 12 extrabajadores, de manera que fueron dos los abogados que realizaron la actividad contratada y que percibieron los honorarios, por tanto, ha debido vincularse en vía gubernativa al otro profesional quien se convierte en deudor solidario, con lo cual, se configuró un litisconsorcio necesario según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y ante dicha omisión procede la causal de nulidad del numeral 9º artículo 140 del mismo ordenamiento. No es cierto que la tarifa de honorarios pactada fuera del 30% del valor de la indemnización laboral reconocida. Para la Sala, pretender derivar la existencia de una solidaridad entre la parte demandante y la abogada con quien conjuntamente suscribió los contratos de prestación de servicios, por cuanto esta profesional tenía derecho al pago de honorarios, y en consecuencia contra ella debió iniciar la DIAN la respectiva investigación y disminuir el monto de los ingresos adicionados, no es un argumento de recibo, porque independientemente que se haya suscrito dicho contrato, se recuerda que el artículo 553 del Estatuto Tributario prescribe, que *“los convenios particulares sobre impuestos no son oponibles al fisco”*, de manera que no es viable que por acuerdos de voluntad se configuren obligaciones solidarias o subsidiarias, las cuales en materia de impuestos tienen origen legal como disponen los artículos 793 y siguientes del mismo ordenamiento. Así mismo, una vez revisadas dichas normas, se aprecia que no contemplan el supuesto de hecho aducido por la parte demandante como de solidaridad o subsidiariedad de manera que ninguna vinculación podía exigirse a la Administración en el proceso de determinación del tributo. Igualmente, de admitirse un hipotético evento de solidaridad, se recuerda *“que a partir de la expedición de la Ley 6 de 1992, el documento por medio del cual se vincula a los deudores solidarios al proceso de cobro coactivo es el mandamiento de pago expedido a su nombre y debidamente notificado, sin que se requiera para esto acto administrativo adicional anterior ni posterior y en ningún caso se hará mediante el título ejecutivo que es el documento preexistente a la iniciación del citado proceso y que da origen al mismo,”* lo que confirma la improcedencia de la vinculación pedida por la parte demandante. Adicionalmente, establece el artículo 792 del Estatuto Tributario, que son sujeto pasivos, *“los contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación tributaria sustancial.”* En el caso del impuesto de renta, el hecho generador es la consecución de un ingreso o mejor la obtención de todos los ingresos que contribuyen a elevar el poder adquisitivo del contribuyente, que en el caso de la parte demandante se entiende realizado según el artículo 27 del Estatuto Tributario, cuando *“se reciben efectivamente en dinero o especie, en forma que equivalga legalmente a un pago,”* situación acreditada al tomar el valor de los dineros girados al contribuyente por concepto de indemnizaciones laborales y costas procesales, luego consignados en su cuenta y restarles las sumas pagadas mediante cheque a sus clientes con las modificaciones que la Administración reconoció en vía gubernativa a favor del contribuyente, lo que arrojó el valor de los ingresos constitutivos de renta por conceptos de honorarios, situación que debe analizarse respecto del contribuyente que obtiene ingresos, con lo cual, se reitera que no estaba obligada la Administración a vincular en el procedimiento de determinación a un tercero que tiene una responsabilidad fiscal separada e independiente. Ahora bien, si la parte demandante buscaba demostrar que no todos los ingresos adicionados debían serlo porque una parte correspondía a un tercero, debió acreditar efectivamente el pago realizado a este mediante la expedición de factura o documento equivalente como ordena el artículo 615 del Estatuto Tributario, de manera que ante la falta de dicho documento se desconoció el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual, la parte demandante no logró demostrar que el 50% de los honorarios eran del otro profesional

[Sentencia de 26 de enero de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2009-00066-01\(18426\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. a) Si la administración no toma la iniciativa de declarar el silencio administrativo le asiste el derecho al interesado de solicitarlo, de tal manera que, la decisión que niegue ese derecho es la que se puede controvertir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

La Sala resolverá si se violaron, por falta de aplicación, los artículos 732 del E.T. y 473 del Acuerdo 027 del 9 de diciembre de 2004 del municipio de Tauramena y, concretamente, si el municipio resolvió el recurso de reconsideración dentro de la oportunidad legal.

Extracto: El Tribunal accede a la pretensión formulada por la parte actora y declara que operó el silencio administrativo positivo. Según el artículo 475 del Acuerdo 027 del 09 de diciembre de 2004, por medio del cual se adoptó el estatuto de rentas, procedimiento y el régimen sancionatorio tributario del Municipio de Tauramena, el silencio administrativo positivo opera a favor del contribuyente cuando transcurrido un año, los recursos de reconsideración y reposición no han sido resueltos. El reconocimiento del silencio administrativo positivo, está condicionado a que la administración no resuelva el recurso dentro del año siguiente a su interposición, de tal forma que una vez ocurrido el presupuesto legal, y por mérito de la ley, el recurso se entiende fallado a favor del contribuyente, circunstancia que además debe ser reconocida, bien se oficiosamente por la administración o a petición de parte. Por lo anterior, y de conformidad con doctrina judicial de esta Sala, es del caso precisar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para promover la declaratoria del silencio administrativo positivo, por lo que la sentencia apelada, que declaró el silencio administrativo, debe ser modificada.

[Sentencia del 19 de enero de 2012. Exp. 85001-23-31-000-2007-00120-01\(17578\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. Los actos que conceden o declaran incumplida una facilidad de pago son actos administrativos pasibles de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Se decide si se ajustan a derecho la Resolución No. 007 del 2 de mayo de 2002, mediante la cual se dejó sin vigencia la facilidad de pago concedida a la parte actora y la Resolución No. 900003 del 23 de julio de 2002, que resolvió el recurso de reposición.

Extracto: La Sala considera que es un acto administrativo el que declara el incumplimiento de las facilidades o acuerdos de pago, porque es un acto que modifica la situación jurídica que se había creado a favor del contribuyente al concederle la facilidad. Por tanto, ese acto es pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el artículo 814 del E. T. faculta a la Administración para que otorgue a los deudores de impuestos, intereses y sanciones, facilidades para su cumplimiento, a condición de que constituyan garantías que respalden las obligaciones insolutas. Por supuesto, cuando esas facilidades se incumplen, el artículo 814-3 del mismo estatuto faculta a la autoridad que concedió la facilidad para que deje sin efecto el plazo concedido y, por tanto, ordene hacer efectiva la garantía otorgada por el deudor. Ahora bien, por el hecho de que el acuerdo de pago pueda suscribirse en cualquier etapa del procedimiento administrativo de cobro coactivo, de conformidad con el artículo 841 del E.T. no es dable inferir que tanto el acto que concede la facilidad como el que la quita son actos administrativos propios del proceso de cobro coactivo, pues siguen siendo actos administrativos autónomos que, a lo sumo, inciden en dicho proceso, en cuanto permiten suspenderlo o reanudarlo, según sea el caso. En consecuencia, fue desacertada la conclusión a la que llegó el a quo.

b) Las garantías otorgadas por los contribuyentes para acceder a las facilidades de pago funcionan como respaldo de las obligaciones tributarias pero no constituyen el pago mismo

La Sala precisa que las garantías otorgadas por los contribuyentes para acceder a las facilidades de pago funcionan como respaldo de las obligaciones tributarias pero no constituyen el pago mismo y, por eso, no es dable afirmar que por el hecho de haber otorgado una garantía suficiente debe entenderse

pagada la deuda. Si así fuera, no sería necesaria la facilidad de pago. Bastaría que la autoridad tributaria recibiera en dación en pago los bienes ofrecidos para dar por cumplida la obligación. La parte actora desconoce que la norma que consagraba la facultad de la administración tributaria para recibir los bienes en dación de pago fue derogada por la Ley 633 de 2000.

[Sentencia del 9 de febrero de 2012. Exp. 13001-23-31-000-2002-01578-01\(17721\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. a) La factura con el lleno de los requisitos es un medio probatorio de los costos y deducciones pero no implica su reconocimiento per se

Se resuelve si las pruebas aportadas por la actora respaldan las deducciones que desconoció la DIAN en los actos demandados,. Por igual, si se cumplen los requisitos del artículo 107 E.T. para reconocer tales deducciones. Si las retenciones en la fuente desconocidas por la DIAN pueden demostrarse con las pruebas aportadas por la demandante. Si hay lugar a mantener la sanción por no enviar información.

Extracto: La Corte Constitucional declaró exequible la norma en el entendido de que la factura es un mecanismo de control de la evasión tributaria y una prueba idónea, para demostrar la existencia de los costos y gastos. Por lo tanto, para la Corte, la factura se exige para que la DIAN compruebe, por una parte, la veracidad de las transacciones económicas y, por otra, que esas transacciones se hayan realizado con el cumplimiento de las formalidades legales. La Corte también consideró que cuando el artículo 771-2 E.T. exige la presentación de la factura, esa medida podría implicar una restricción a la libertad probatoria. Que, sin embargo, esa restricción podría estar justificada constitucionalmente porque sirve como medio para verificar la veracidad y la realidad de las transacciones económicas de los contribuyentes. De la sentencia citada, sin embargo, no se infiere que la Corte haya dicho que la autoridad tributaria y el juez, según el caso, debían valorar la factura por el sistema de la tarifa legal probatoria. Y lo anterior es así, puesto que, aunque se presente una factura con el lleno de los requisitos legales, ese documento, *per se*, no otorga el derecho a la deducción o al reconocimiento del impuesto descontable. De manera que cuando el contribuyente aporta la factura con el lleno de los requisitos legales, esa factura, como documento probatorio, no supedita a la administración tributaria o al juez a reconocer el costo, gasto o deducción. Por el contrario, esa prueba le permite a la autoridad tributaria, o al juez, comprobar la veracidad de los hechos contenidos en la factura, tales como la existencia del proveedor y, por ende, la existencia de la transacción económica incorporada en el título y, para el efecto, hay absoluta libertad probatoria. Lo que realmente establece el artículo 771-2 es que la factura, como documento, es un medio de prueba para la procedencia de los costos y deducciones. En consecuencia, es un documento *ad probationem* que se exige por ley como prueba necesaria, puesto que las facturas que cumplen los requisitos previstos en los artículos 617 y 618 E.T. son pruebas que, por ley, deben cumplir ciertas formalidades. Cumplidas tales formalidades, las facturas son prueba de la cuantía que los contribuyentes declaran en el denuncia tributario como costos y deducciones.

b) Ante la no presentación del contrato de asesoría, las facturas sirven como prueba de la incidencia en la actividad productora de renta

Ese tipo de asesoría, sin duda, está relacionada con el objeto social de la entidad demandante. Aunque, se repite, el contrato no era la única prueba para demostrar la deducción reclamada, lo cierto es que corrobora la incidencia positiva en la actividad productora de renta. Para la Sala, no incide en la aceptación de la deducción el hecho de que el contrato de asesoría no se hubiera aportado cuando lo pidió la DIAN, pues lo cierto es que si bien eso debe examinarse, en principio, como un indicio en contra del contribuyente, lo cierto es que ese indicio no se opone a que el contribuyente acredite después los costos y deducciones que pretende hacer valer, en los términos del artículo 781 E.T.. Ante la carencia de la prueba, es razonable que el artículo 781 citado disponga que cuando el contribuyente allegue posteriormente esa prueba y la alegue "*a su favor*", deba

valorarse, pero sin olvidar que existe un indicio en contra. En estricto sentido, la norma no restringe que la prueba se presente con posterioridad. Tan es así que la norma permite que el contribuyente pueda acreditar “*plenamente*” los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos.

c) La factura sustituye el certificado de retención en la fuente cuando el obligado no lo expide, siempre y cuando en ésta se identifique el año gravable y el lugar donde se consigna la retención; el monto total y el concepto del pago, y el valor y concepto de la retención practicada

Las personas sometidas a retención en la fuente podrán sustituir el certificado de retención por el original o copia o fotocopia de la factura o documento equivalente, en los casos que el obligado no lo hubiera expedido, pero siempre que cumplan con los requisitos de esa misma norma. Es decir, la factura o documento equivalente sustituye al certificado de retención siempre que cumpla tanto los requisitos de los artículos 617 y 618 como los del 381 E.T. Es necesario, entonces, que en la factura o documento equivalente aparezca identificado el año gravable y el lugar donde se consigna la retención; el monto total y el concepto del pago, y el valor y concepto de la retención practicada. Todo eso para que exista certeza de que la retención se practicó en debida forma y para que pueda aceptarse como descuento del impuesto de renta. La factura o documento equivalente sustituye el certificado de retención únicamente cuando se cumplen los requisitos de los artículos 617, 618 y 381. No basta que se cumplan las exigencias propias de las facturas, pues es necesario que se identifique el año gravable y el lugar donde se consigna la retención; el monto total y el concepto del pago, y el valor y concepto de la retención practicada. En el caso particular, si bien las facturas aportadas cumplen con los requisitos de los artículos 617 y 618 E.T., lo cierto es que no cumplen con los del artículo 381 y, por tanto, no pueden sustituir el certificado de retención que debieron expedir los agentes retenedores.

d) Cualquier solicitud de información no es un requerimiento de información por tanto no hay lugar a imponer la sanción por no enviar información

La DIAN pretendió que el oficio sin fecha ni número que se encuentra en el folio 86 del cuaderno de antecedentes se asimilara a un requerimiento ordinario de información. Sobre el particular, baste decir que esa simple manifestación de requerir información para que el contribuyente aporte “*copia de las facturas o documentos soportes que certifiquen las retenciones en la fuente efectuadas*” no es un requerimiento porque ni siquiera se otorgó plazo y, además, inexplicablemente, aparece una constancia de que se entregó el 24 de marzo de 2004 a “*LABORATORIOS DEXTER S.A.*”, pero no a la sociedad actora. En todo caso, de aceptarse que es un requerimiento formal de información, es cierto, como lo alegó la actora, que, de conformidad con el artículo 261 de la Ley 223 de 1995, el término mínimo que tienen los contribuyentes para atender los requerimientos de información que formula la administración tributaria es de 15 días. Por tanto, en el requerimiento especial la DIAN no podía incluir la sanción por no enviar información porque no se había cumplido el término mínimo para aportarla. En efecto, el oficio mencionado se recibió el 24 de marzo de 2004 y el 30 de marzo del mismo año ya se formulaba requerimiento especial en el que se proponía la sanción por no enviar información.

[Sentencia del 29 de enero de 2012. Exp. 76001-23-31-000-2006-01968-01\(17318\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

7. a) Una irregularidad en la notificación por enviarla a una dirección errada no exonera al contribuyente de cumplir con el deber legal de enviar información a la Administración

Se establece la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la DIAN determinó el impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2000 y aplicó sanción por no informar

Extracto: Considera la Sala que si bien existió una irregularidad en la notificación del oficio de fecha 4 de julio de 2002, mediante el cual se autorizaba el plazo adicional solicitado por la contribuyente, para dar respuesta a la solicitud de información de fecha 12 de junio de 2002, pues éste no se notificó a la dirección informada por Delta Gres ya que se envió a la ciudad de Manizales - Caldas y no al municipio de Supía - Caldas, circunstancia que no es suficiente para exonerar de la obligación de informar a la demandante. En efecto, la norma citada hace referencia a los deberes dirigidos a particulares, contribuyentes o no, sujetos al control de la DIAN, que deben suministrar información de los hechos económicos que pueden afectar el ámbito tributario. Es decir, la obligación de los contribuyentes de atender los requerimientos de información o pruebas que haga la Administración Tributaria, cuando se requiera para verificar su situación fiscal o la de terceros. Resalta la Sala que la obligación tributaria sustancial tiene por objeto obtener el pago del impuesto, pero para que el Estado establezca si se ha cumplido con esta obligación, la Ley determina otros deberes a cargo de los contribuyentes o no contribuyentes, los cuales son complementarios a la obligación tributaria sustancial. De acuerdo con lo anterior, los deberes complementarios son puntualmente obligaciones de hacer o no hacer, que facultan al Estado a verificar el correcto cumplimiento del pago del tributo.

b) Los ajustes por inflación antes de ser eliminados por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006, no solo se le aplican a los activos no monetarios, sino también a los pasivos no monetarios

Extracto: Los ajustes integrales por inflación se utilizaban, antes de ser eliminados por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006, para determinar el valor de los activos, pasivos, patrimonio, los resultados y las cuentas de orden de las personas o entidades sometidas al sistema; en materia impositiva se empleaban para establecer el valor fiscal de los activos y pasivos, el patrimonio líquido, la renta gravable o la pérdida fiscal y el impuesto de renta y complementarios. Para efectos contables y fiscales están obligados a aplicar el sistema de ajustes integrales por inflación todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad. Bajo el sistema de ajustes integrales por inflación, son objeto de los mismos no sólo los activos no monetarios sino los pasivos no monetarios y el patrimonio líquido, como lo señalan los artículos transcritos. Como obra en el asunto de autos, la autoridad tributaria planteó el ajuste de los activos no monetarios aplicando el PAAG anual determinado en el artículo 338 del Estatuto Tributario, lo que determinó un mayor ingreso por inflación por valor de \$ 10'251.000, pero no hizo lo propio en relación con los pasivos no monetarios y el patrimonio líquido. Por el contrario, en el acta de la inspección contable, la Administración afirma que no alcanzó a cerrar el trabajo de revisión y verificación contable para el propósito de la determinación de los ajustes por inflación. Siendo esto así, observa la Sala que la entidad demandada incumplió lo dispuesto por el artículo 350 del Estatuto Tributario, que ordena fijar la utilidad o pérdida por exposición a la inflación mediante el registro de las partidas crédito de la cuenta de corrección monetaria (ajuste sobre los activos no monetarios), menos los registros débito de la misma cuenta (ajuste de los pasivos no monetarios y el patrimonio líquido), y por consiguiente, no fijó de acuerdo con la ley ni estableció prueba legal en relación con dicho concepto. En ese orden, la Sala no comparte la adición de ingresos por valor de \$10.251.000 por aplicación de ajustes integrales por inflación, por cuanto le asiste razón a la demandante, cuando en la respuesta a la ampliación al requerimiento especial advierte que los ajustes no solo se le aplican a los activos no monetarios, sino también a los pasivos no monetarios, entre ellos el patrimonio; lo que significa que si la Administración Tributaria modifica el monto de los ingresos por efectos de la aplicación de los ajustes, también debe modificar el monto de los egresos, por aplicación del porcentaje a los pasivos no monetarios.

[Sentencia del 16 de diciembre de 2011. Exp. 17001-23-31-000-2005-02434-01 \(18055\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

8. a) No se vulnera el derecho de defensa del contribuyente cuando la Administración se equivoca en el término para contestar el requerimiento especial y éste lo hace en tiempo

Se estudia la legalidad de los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de la actora del año gravable 2001

Extracto: para la Sala los tres meses para responder el requerimiento especial según el artículo 707 del Estatuto Tributario, no iniciaron el día siguiente al de la notificación, porque no es un plazo fijado en días. El artículo 707 del Estatuto Tributario expresamente dispone que el término inicia el día de la notificación del acto. Observa la Sala que si bien la DIAN señaló que el contribuyente tenía plazo para contestar el requerimiento especial hasta el 2 de octubre de 2004, cuando el plazo vencía el 4 de octubre del mismo año, tal error no vulneró el derecho de defensa que le asiste al demandante, toda vez que presentó oportunamente la respuesta al requerimiento especial y, adicionalmente, el día 2 de octubre de 2004 correspondió a un día no hábil (sábado), razón por la cual, conforme al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, se trasladó el término al primer día hábil siguiente.

b) El Estatuto Tributario no consagra la obligatoriedad de notificar el auto de inspección tributaria al representante legal de las sociedades

El Estatuto Tributario no consagra la obligatoriedad de notificar el auto de inspección tributaria al representante legal de las sociedades, el artículo 779 ib expresamente señala que la inspección tributaria se decretará mediante auto que se notificará por correo o personalmente, sin hacer distinción al respecto, lo anterior en concordancia con el artículo 565 ib.

c) No procede el reconocimiento de la deducción por salarios cuando se prueba de forma parcial los requisitos del artículo 108 del Estatuto Tributario

El artículo 108 del Estatuto Tributario dispone que los salarios son deducibles siempre que se acredite el pago de los aportes parafiscales; es decir, se requiere que el contribuyente haya pagado los aportes al subsidio familiar, SENA, ISS y al I.C.B.F. como requisito ineludible para su deducibilidad. Para ese efecto, el contribuyente debe estar a paz y salvo por tales conceptos en el respectivo año gravable. Adicionalmente los empleadores deberán demostrar que están a paz y salvo en relación con el pago de los aportes obligatorios previstos en la Ley 100 de 1993. La Sala ha precisado que el paz y salvo por aportes parafiscales es requisito sine qua non de la deducción por salarios, precepto que responde a fines de política pública fiscal, obligación que está contenida expresamente en el artículo 108 del Estatuto Tributario. Observa la Sala que a pesar de que la Administración requirió al contribuyente en repetidas ocasiones (requerimiento ordinario, inspección tributaria, requerimiento especial) para que allegara los correspondientes paz y salvos, la actora se limitó a alegar la procedencia parcial de la deducción sin subsanar las inconsistencias advertidas por la Administración. Acorde con lo señalado por el a quo y lo expresado por esta Corporación, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 108 del Estatuto Tributario debe ser total, en consecuencia, no se puede pretender el cumplimiento parcial de los presupuestos legalmente establecidos, para acceder al beneficio fiscal reclamado.

[Sentencia de 28 de julio de 2011 Exp. 66001-23-31-000-2006-00553 02 \(16981\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

9. En el procedimiento para el reconocimiento del derecho al certificado de reembolso tributario CERT, las pruebas que se practiquen y decreten se regirán por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo

Se establece si había lugar a la expedición y reconocimiento de los CERTs, por las exportaciones realizadas por la sociedad demandante

Extracto: De conformidad con el artículo 30 de la Resolución 1092 de 1997, por la cual se determina el procedimiento para el reconocimiento del derecho al certificado de reembolso tributario CERT, durante

la actuación administrativa, las pruebas que se practiquen y decreten se registrarán por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, en los procesos de reconocimiento de CERT es posible trasladar pruebas para verificar los hechos en que se fundamentan las solicitudes de reconocimiento, tal como sucedió en el *sub lite* en que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, como entidad competente, solicitó a la DIAN y al Tribunal Administrativo del Atlántico copia auténtica de las actuaciones adoptadas en los procesos adelantados a la sociedad Confecciones Tío Ltda. y una vez valoradas las pruebas verificó los aspectos relacionados con las exportaciones que dieron origen a la solicitud de reconocimiento de CERT. Los actos fueron expedidos con base en pruebas trasladadas de actuaciones adelantadas por otras entidades, en el caso la DIAN, lo que significa que podían servir de fundamento para expedir los actos administrativos demandados. La demandante no demostró la legalidad y efectividad de las exportaciones que dieron lugar a la solicitud de reconocimiento de los CERTs; por el contrario, las pruebas recaudadas por el Ministerio desvirtúan la legalidad y la realidad de las operaciones de comercio exterior durante el año 1991; las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, son simples afirmaciones sin sustento legal.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2011 Exp. 25000-23-27-000-2004-01748-01 \(17008\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

10. No es renta exenta las pensiones provenientes de planes de retiro, toda vez que éstas no se reconocen en los términos de la Ley 100 de 1993

La controversia se centra en determinar si procede la exención de retención en la fuente en relación con las pensiones voluntarias anticipadas otorgadas por el Banco de la República a personas que no cumplían con los requisitos establecidos para el efecto en la Ley 100 de 1993, y si procede la sanción por inexactitud impuesta.

Extracto: De conformidad con lo anterior, si bien el “retiro anticipado” da la posibilidad al trabajador de obtener una pensión anticipada, su reconocimiento lo consagra directamente la ley sin necesidad de que exista de por medio un plan de retiro anticipado. En consecuencia, al no hacer parte las pensiones obtenidas a través de planes de retiro anticipado del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, son objeto de gravamen tributario, así mismo de las respectivas retenciones en la fuente en los términos legales. En el caso concreto se observa que, según informa la demandante, el Consejo de Administración del Banco de la República mediante Actas Nos. 1400 del 21 de julio de 1993 y 001 del 3 de febrero de 1994 estableció para sus empleados un plan de retiro voluntario, asumiendo los pagos mensuales correspondientes a la pensión de jubilación, de quienes no habían cumplido con los requisitos para acceder a una pensión plena al momento de su retiro. Una vez se cumplían estos requisitos, la entidad de seguridad social asumía los pagos mensuales correspondientes a la pensión de jubilación. Acorde con lo expuesto, tales planes de retiro no hacen parte del Sistema General de Pensiones por cuanto estas pensiones, derivadas de un plan de retiro voluntario, son reconocidas por mera liberalidad del empleador, en el evento de que el trabajador no cumpla con los requisitos legalmente establecidos para acceder a una pensión dentro de los parámetros de la Ley 100 de 1993. Conforme con el párrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario, la exención del numeral 5º del mismo artículo no se aplica a las pensiones provenientes de planes de retiro, toda vez que éstas no se reconocen en los términos de la Ley 100 de 1993

[Sentencia de 16 de diciembre de 2011, Exp. 25000-23-27-000-2008-00079-01\(17455\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN QUINTA

1. No se accede a declarar la nulidad de la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino

En ejercicio de la acción de nulidad electoral varios ciudadanos solicitaron que se declare la nulidad de la Resolución 1509 de 2010 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino par el período 2010-2014.

A juicio de los demandantes, el CNE hizo una interpretación errada del párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política, modificado por el artículo 9° del Acto Legislativo 1 de 2009, de conformidad con el cual, las elecciones deberán repetirse “cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría”

a) Importancia del voto en blanco en el sistema democrático Colombiano

Extracto: “El voto en blanco debe entenderse, en una democracia como la nuestra, como la manifestación expresa que hace el elector de disenso, rechazo o descontento frente a las opciones que le han sido presentadas o lo que éstas pueden representar, vgr. continuismo, corrupción, entre otros. Este voto tiene su fundamento en el derecho que tiene el ciudadano de participar en la contienda electoral y ser parte del sistema democrático, al ejercer su derecho a una oposición activa. En este caso, el ciudadano quiere participar y hacer visible su inconformismo con las diversas propuestas y/o candidatos por no satisfacer sus necesidades sociales, económicas o políticas, máxime cuando esa manifestación tiene en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de hacer que una candidatura no se pueda volver a presentar a las nuevas elecciones que se deben convocar en el caso de las elecciones unipersonales o las listas que no alcancen el umbral, en el evento de las elecciones para corporación pública, hecho que no sucede en otros sistema jurídicos. Es decir, el voto en blanco es una opción que le permite al ciudadano expresar de forma positiva, clara y contundente el desacuerdo con las propuestas en contienda. Este voto faculta al elector participar activamente en una democracia que como la nuestra es plural y representativa, en donde, al igual que el resto de electores, tiene un efecto dinamizador y útil que no puede ser equiparado con la abstención. Es por ello que la Corte Constitucional ha señalado que el reconocimiento del voto en blanco es fundamental en una democracia constitucional porque permite canalizar y sobre todo visibilizar la inconformidad del electorado que no ve cumplidas sus expectativas con ninguna de las propuestas y candidatos en contienda. Hecho que no sucede con la abstención, la cual puede tener diversas lecturas, entre ellas, desde la oposición al sistema hasta la apatía y el desinterés del ciudadano en la conformación de las instituciones y su participación en ellas. En otros términos, abstención y voto en blanco no son equiparables. En el voto en blanco hay una intención clara de participación del ciudadano en busca de un efecto determinado; en nuestro sistema, lograr que unos candidatos queden por fuera de la contienda electoral en una elección que debe repetirse. Sin embargo, no debe perderse de vista que hay eventos en los cuales, constitucionalmente, el voto en blanco no puede ser tenido en cuenta. Es el caso del referendo, pues por el diseño constitucional de la figura - número de votos mínimos en relación con el censo electoral- la oposición del electorado frente a la propuesta de reforma tiene su canal de expresión a través de la abstención y no del voto en blanco, en la medida en que, como voto válido, éste tendría efectos en el número de votos mínimos requeridos para que la propuesta de reforma pueda ser tenida en cuenta. En consecuencia, una forma válida de participación para quienes no estén de acuerdo con la modificación del ordenamiento, es su no participación en el proceso de aprobación e impedir así que se logren los votos mínimos para que la iniciativa pueda proceder. Resulta claro, pues, que en este mecanismo de participación ciudadana no es válida la opción del voto en blanco, comoquiera que lo que con él se pretende es que la ciudadanía manifieste su voluntad de apoyo o rechazo frente a una propuesta de reforma o de derogatoria de una norma vigente, ante lo cual, abrir el espectro de posibilidades a que

se manifieste una opción alternativa que no sea ni de apoyo ni de rechazo, no se compadece con el propósito mismo de una consulta de esa naturaleza. Por el contrario, su contabilización alteraría los resultados, en la medida en que los votos en blanco, como votos válidos que son, permitirían que se cumpliera el primer requisito constitucional para hacer procedente el escrutinio de los votos afirmativos y negativos frente a la reforma propuesta. A partir de lo anterior, esta Sala observa que la relevancia del voto en blanco en el sistema político y electoral colombiano es irrefutable, así como lo es, de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, que el mismo está llamado a producir efectos.”

b) Normas aplicables para la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino.

Extracto: “Es importante para la Sección, hacer un pronunciamiento sobre la afirmación que hizo el apoderado de la Representante al Parlamento Andino, Gloria Inés Flores Schneider, en el sentido según el cual dicha institución no es una corporación pública sino un organismo supranacional de la Comunidad Andina de Naciones, en donde la elección de sus miembros no le es aplicable el artículo 9° del Acto Legislativo N° 1 de 2009, porque dicho organismo se rige por normas propias. El artículo 227 de la Constitución Política determina que la ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano. En ejercicio de esa atribución, el legislador ordinario expidió la Ley 1157 de 2007 “Por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política, con relación a la elección directa de parlamentarios andinos” y señaló en el artículo 1 que los ciudadanos podrán elegir de forma directa y mediante sufragio universal y secreto, cinco (5) representantes al Parlamento Andino. Igualmente, en los artículos 2, 10 y 11 de esa normativa, se estableció que para dichas elecciones regirán las normas del sistema electoral colombiano mientras no se expidan las reglas electorales uniformes que deben expedirse en el marco de la comunidad Andina. Esta aplicación transitoria del procedimiento electoral interno fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-502 de 2007, en donde se afirmó que era válido que el legislador en estas elecciones aplicara las normas electorales internas hasta tanto no se dictasen las reglas electorales uniformes. El anterior recuento, le permite a la Sección concluir que mientras dichas reglas no se dicten, las elecciones de representantes al Parlamento Andino se regirán por la normativa interna, entre ellas, aquella que determina la repetición de la respectiva elección en el evento en que el voto en blanco resulte ser mayoritario frente al total de los votos válidos.”

c) La mayoría que se requiere para la anulación de unas elecciones por el ejercicio del voto en blanco es el total de los votos válidos depositados en los respetivos comicios.

Extracto: “Se trata así, de una mayoría simple que se mide respecto de la totalidad de los votos válidos. No de otra manera puede entenderse la disposición constitucional - artículo 258, parágrafo 1° -, pues de haberse querido consagrar una mayoría relativa del voto en blanco respecto de los candidatos y listas postulantes, el Constituyente derivado expresamente así lo habría dispuesto, como en su momento lo hizo el legislador en el proyecto de ley estatutaria a la que hemos hecho mención y declarado inconstitucional justamente por ser contrario al artículo 258 superior. Algunos podrían alegar que la anterior interpretación resulta formalista y apegada a la literalidad, desconociendo por demás el llamado “efecto útil” de la norma reformada. Para quienes así pudieran razonar, es importante señalar que la redacción de la regla contenida en el artículo 258 de la Constitución es clara y no es posible hacer interpretaciones que ni se deducen de su texto ni son acordes con él. No es lo mismo, ni tiene el mismo efecto señalar que el precepto constitucional ordena que el voto en blanco es mayoría cuando obtenga una votación mayor a la del candidato o lista mayoritaria que afirmar que esa mayoría lo es en relación o frente a la totalidad de los votos válidos emitidos, como expresamente lo exige el precepto reformado. En consecuencia, no se puede hablar de un efecto útil, pues ello implicaría no una interpretación sino una reforma al texto constitucional que, en términos democráticos, es inaceptable, por cuanto el poder de reforma no radica en la jurisdicción.”

d) De la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino para el período 2010 - 2014 realizada el 14 de marzo de 2010

Extracto: “El total de los votos válidos registrados fue de 7.359.009. De dichos votos válidos, los votos por partidos o movimientos políticos alcanzaron la cantidad de 5.827.881, correspondiente al 79.2%, y el voto en blanco, por su parte, consiguió un total de 1.531.128 que corresponde al 20.8% del total de los votos válidos. De lo anterior, se colige que, si bien el porcentaje alcanzado por el voto en blanco es superior al obtenido por cada uno de los partidos, analizados en forma independiente, no es cierto que éste haya alcanzado la mayoría requerida para que la votación deba repetirse, pues, como quedó expuesto, la regla de mayorías exigida por la Constitución Política - artículo 258, parágrafo 1° de la Constitución- para que el voto en blanco pueda tener la posibilidad de anular la elección, debe obtener la mitad más uno del total de votos válidos, en la medida en que el voto en blanco no es un candidato más, es una opción que requiere de una mayoría específica para dejar sin efectos una elección. El voto en blanco no compete con un candidato específico, lo hace contra todos y lo que ellos representan, razón por la que su fuerza se encauza a demostrar el repudio ciudadano contra todos ellos y no frente a uno en forma individual, el que obtuvo la mayoría.”

[Sentencia de 9 de marzo de 2012, Exp. 11001-03-28-000-2010-00029-00 - 2010-00034 MP. ALBERTO YEPES BARREIRO.](#)

2. Se declara la nulidad de la designación del Gobernador del Magdalena.

En ejercicio de la acción de nulidad electoral varios ciudadanos solicitaron que se declare la nulidad del Decreto 4812 de 29 de diciembre de 2010 expedido por el Presidente de la República “por el cual se designa Gobernador en el Departamento de Magdalena”

Refieren que al designar al Gobernador encargado del departamento del Magdalena no se tuvo en cuenta la terna que para los efectos debió presentar el movimiento, grupo o filiación política del mandatario suspendido.

Extracto: “El objeto de estudio de esta censura se concreta en establecer si el acto acusado atendió el procedimiento para proveer el cargo de Gobernador del Magdalena, ante la falta temporal de su titular, ocurrida con ocasión de la suspensión impuesta por la Contraloría General de la República, la Sala deberá establecer si era necesario que en tal designación el Presidente de la República solicitara al partido político que inscribió la candidatura del suspendido gobernador la terna para designar su reemplazo. La Sala precisa que ante esta vacancia temporal el nombramiento que debe producir el Presidente de la República está sujeto al elemento teleológico de la norma, en el entendido que el Constituyente otorgó primacía al principio democrático sobre la medida precautelativa proferida por la Contraloría General de la República, pues para suplir estas vacancias se debe respetar el voto programático, y el Gobernador que se designe debe ser un ciudadano de terna enviada por el partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos que inscribió el gobernador destituido. Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2009 que modificó el artículo 107 Superior se estableció un régimen sancionatorio que exceptúa la aplicación del artículo 303 Superior, cuando los gobernadores “hubieren sido o fueren condenados mediante sentencias ejecutoriadas en Colombia o en el extranjero por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente cometidos por quienes fueron electos para cargos uninominales.” En caso que la anterior hipótesis llegase a suceder, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa circunscripción, y si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo, siendo esta norma la excepción a la regla general contemplada en el artículo 303 Constitucional. Además, se considera necesario diferenciar de un lado, la medida precautelativa de suspensión provisional del Gobernador proferida por la Contraloría General de la República, que es de índole personal contra éste por imputaciones subjetivas y con la finalidad de

facilitar la investigación fiscal, y de otro, el principio democrático de los electores que eligieron un programa de gobierno para su departamento. En consecuencia, la vacante del Gobernador durante la suspensión provisional es un reconocimiento de prevalencia de la democracia representada en cada uno de los electores que decidieron un determinado programa de gobierno. Luego de valorar las situaciones contempladas en el artículo 303 Superior advierte la Sala que la designación del gobernador encargado por falta temporalmente del titular, sólo puede hacerse conforme la orientación que está presente en el ordenamiento constitucional. Por tanto, durante las faltas temporales del Gobernador sucedidas con ocasión de la medida precautelativa de suspensión provisional por parte de la Contraloría General de la República, el Presidente de la República debe designar el funcionario reemplazante respetando el partido, movimiento o grupo político que inscribió al Gobernador elegido. El legislador ha entendido que la designación debe surtirse tomando en cuenta la continuidad del programa de gobierno del Gobernador que dio lugar a la falta temporal.”

[Sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-28-000-2011-00006-00 MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SALA DE CONSULTA

1. Devolución de pagos en exceso o de lo no debido es competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así lo determino la Sala al definir el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Comisión Nacional de Televisión, y la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, con el objeto de determinar cuál es la entidad competente para resolver las solicitudes de devolución de dineros pagados en exceso por concepto de impuesto de timbre elevadas por Colombia Telecomunicaciones S.A., E.S.P, DirecTV Colombia Ltda., Unión Temporal Radio Televisión Interamericana S.A RTI S.A., Programar Televisión S.A., Compañía de Medios de Información Limitada CMI Televisión y Caracol Televisión S.A.

Extracto: “El artículo 850 del Estatuto Tributario, consagra un derecho a favor de los contribuyentes que hubieren hecho pagos tributarios en exceso: el derecho a la devolución de los respectivos dineros. Y es un derecho que implica el ejercicio del derecho constitucional de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, que no se agota en la simple formulación del petitum ni en su consiguiente tramitación, sino que se complementa y perfecciona con el derecho a “obtener pronta resolución”. La misma disposición origina un deber para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN: el deber de devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos en exceso o de lo no debido que hubieren efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, “cualquiera que fuere el concepto del pago”. Es manifiesto, por tanto, que la ley ha asignado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN competencia general para devolver a los contribuyentes los pagos tributarios que hubieren hecho de lo no debido o en exceso, obligación dentro de la cual queda incluida, naturalmente, la devolución por pagos originados en el recaudo del impuesto de timbre.”

[Auto de 21 de Marzo de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00092-00, MP. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA](#)

NOTICIAS DESTACADAS

EN CALI SE LLEVÓ A CABO EL V ENCUENTRO DE DERECHO PÚBLICO

La Fundación Tribuna Jurídica con el objetivo de actualizar y dar a conocer el contenido y las nuevas disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido mediante ley 1437 de 2011, realizó un acto académico en el Hotel Intercontinental de Cali.

Este evento estuvo, dirigido a funcionarios de la administración pública, representantes del sector empresarial, magistrados jueces, fiscales, procuradores, personeros, contralores, asesores, contratistas, académicos, docentes y juristas en general, tuvo lugar el pasado 13 de abril de 2012.

El Encuentro contó con la participación del Presidente del Consejo de Estado, Gustavo Gómez Aranguren; el Vicepresidente de la misma Corporación, William Zambrano Cetina; el doctor Mauricio Fajardo Gómez, ex Presidente del Alto Tribunal; los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, Oscar Valero Nisimlat y Fernando García Muñoz; y el Presidente de Certicámara, Erik Rincón Cárdenas.

Los conferencistas trataron temas trascendentales como el plan de descongestión, el régimen de transición, vigencias y derogatorias, medidas cautelares, etapas procesales, extensión de la jurisprudencia, el procedimiento administrativo electrónico y oficinas sin papel. También se realizó un taller práctico de las audiencias orales.

CONSEJO EDITORIAL

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
Presidente
WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Vicepresidente

Sala de Gobierno

María Elizabeth García González
Presidenta Sección Primera
Gerardo Arenas Monsalve
Presidente Sección Segunda
Stella Conto Díaz Del Castillo
Presidenta Sección Tercera
Hugo Bastidas Bárcenas
Presidente Sección Cuarta
Susana Buitrago Valencia
Presidenta Sección Quinta
Augusto Hernández Becerra
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoria Consejo de Estado

Coordinación General

- **Luz Aída García**
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 **2011**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escríbanos a: boletin@consejodeestado.gov.co