



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 6
• Sección Primera	6 - 10
• Sección Segunda	10 - 16
• Sección Tercera	17 - 37
• Sección Cuarta	37 - 47
• Sección Quinta	47 - 51
• Sala de Consulta	52 - 52
• Noticias Destacadas	53

## Noticias destacadas

### SE DIO INICIO AL PLAN DE FORMACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO

## EDITORIAL

Es importante resaltar que en días pasados Jueces, Magistrados, Fiscales, Empleados de la Rama Judicial, Congresistas, Académicos, Estudiantes y Usuarios se dieron cita en la Plaza de Bolívar con el fin de rechazar el Proyecto de Reforma a la Justicia.

Esta protesta se dio en un contexto en el que el Proyecto está a punto de entrar a su séptimo debate, lo cual resulta muy preocupante, pues con dicha Reforma no se soluciona la congestión judicial, que es el verdadero problema de la Rama; además, atenta contra el diseño y la estructura de nuestra Constitución Política, el acceso a la justicia del ciudadano, el equilibrio de poderes entre las ramas del poder público, la independencia y autonomía del Poder Judicial.

Este fue un acto significativo en Pro de la democracia y el estado social de derecho, en donde muy respetuosamente se le solicitó al Congreso el archivo del Proyecto de Reforma, pues las consecuencias que ésta traerá a la sociedad en general serán muy graves en caso de que el texto sea aprobado.

**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 es competente en única instancia, para decidir sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra la Dirección de Titulación y Fiscalización Minera del Departamento de Antioquia, quien actuó con delegación de funciones mineras otorgadas por el Ministerio de Minas, en un asunto de competencia de la Nación

**Síntesis del caso:** Al señor Reinaldo Fortunato Pérez Fernández se le otorgó una licencia especial de explotación de pequeña minería sobre una cantera ubicada en el municipio de Entrerriós -Antioquia.

Dicha licencia fue cancelada por la Directora de Titulación y Fiscalización Minera del Departamento de Antioquia mediante los actos administrativos hoy demandados, entidad que también rechazó otra solicitud de licencia presentada por el demandante, decisión asumida mediante actos cuya nulidad igualmente se demanda. El Juzgado Octavo (8°) Administrativo del Circuito de Medellín, despacho al que correspondió el conocimiento de la demanda presentada y que adelantó el trámite del proceso hasta antes del fallo de primera instancia, ordenó la remisión del expediente a la Sección Tercera del Consejo de Estado, por considerar que le correspondía a ésta Corporación la competencia para conocer del caso, en única instancia. Se resuelve en este punto sobre la competencia de esta Corporación frente a la demanda presentada.

**a. La naturaleza jurídica de la delegación de funciones, conforme a su regulación normativa en la Constitución Política y la ley**

**Extracto:** “en relación con la función administrativa, en el artículo 209 de la Carta estableció que la misma habrá de desarrollarse mediante la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones. Esta última, como figura jurídica por medio de la cual el Estado emprende la acción administrativa enderezada a alcanzar sus cometidos valiéndose de la cesión, previa autorización legal para efectuarla, de ciertas funciones que corresponden a una determinada autoridad pública a otra que las ejerce en nombre de aquella, cuestión que vino a ser objeto de regulación en el artículo 211 Constitucional (...) El desarrollo legal de estas normas superiores sobre delegación de funciones se encuentra fundamentalmente en los artículos 9° a 11 de la Ley 489 de 1998”

**b. La delegación de funciones mineras de competencia de la autoridad nacional a las entidades territoriales**

**Extracto:** “El Decreto 2119 de 1992, (Título II) vigente para la época de expedición de los actos acusados, señala las funciones generales que compete ejercer al Ministerio de Minas y Energía, y las que en particular le corresponden respecto del subsector “*Minería*”, como autoridad minera nacional. Por su parte, el inciso tercero del artículo 8° del Decreto 2119 de 1992 dispuso que “*salvo las funciones de regulación y planeación, el Ministro de Minas y Energía también podrá delegar las funciones que le son propias, de conformidad con la constitución Nacional y la Ley, en sus entidades descentralizadas, en las entidades territoriales y, en general, en cualquier otra autoridad, cuando para su adecuado desempeño se requiera de los recursos físicos y humanos de tales entidades o autoridades.*” En cuanto concierne al caso en estudio, importa señalar que el Ministerio de Minas y Energía es la autoridad minera nacional, conforme lo preceptúa el artículo 317 de la Ley 685 de 2001 (...) Por su parte, los artículos 319 y 320 y 323 y 324 de la Ley 685 del 2001 regulan la delegación de funciones de la autoridad minera nacional a una entidad territorial”

**c. Los artículos 295 del Código de Minas y 128 numeral 6° del CCA y la determinación de la competencia por razón de la titularidad de la función delegada por la autoridad minera nacional a la entidad territorial. Competencia del Consejo de Estado en única instancia**

**Extracto:** “El numeral 6° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo dispone: “ART. 128.- Modificado. Decr. 597 de 1988, art. 2°. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 36. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: [...] 6. De los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada, con excepción de las controversias contractuales, de reparación directa y las de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre impuestos mineros, contribuciones y regalías, que seguirán las reglas generales.” En términos coincidentes, el artículo 295 de la Ley 685 de 2001 dispone que el Consejo de Estado conoce de las acciones referentes a controversias sobre temas mineros, cuando en ellas sea parte la Nación o una entidad del orden nacional, siempre que se trate de causas diferentes a las que se suscitan en los contratos de concesión minera las cuales son competencia de los tribunales administrativos en primera instancia (...) A juicio de la Sala el numeral 6° del artículo 128 del CCA no fue derogado por

el Código de Minas. Antes bien, existe armonía entre esta disposición y la contenida en el artículo 295 de la Ley 685 de 2001, bajo cuya vigencia se expidieron los actos acusados. Los artículos 295 del Código de Minas y el numeral 6° del artículo 128 del CCA, deben interpretarse armónicamente con las disposiciones constitucionales y legales que regulan el instituto jurídico de la delegación de funciones. Desde esta perspectiva, se concluye que compete al Consejo de Estado en forma exclusiva y en única instancia, conocer de la demanda de la referencia, por tratarse de un asunto en materia minera de competencia de la Nación -Ministerio de Minas y Energía, no obstante la delegación que para su ejercicio éste confirió mediante Resolución 3-1903 de 1992 (30 de septiembre) al Departamento de Antioquia, habida cuenta de que esta figura no acarrea una mutación en la titularidad de la función delegada.”

**d. El delegante mantiene la titularidad de la competencia delegada, pues el delegatario actúa como si lo estuviera haciendo el delegante**

**Extracto:** “No de otra forma se explicaría que contra las decisiones que aquél adopta en ejercicio de las atribuciones delegadas, procedan los mismos recursos que sería viable ejercer en contra de los actos administrativos proferidos por éste y que la regulación normativa de la delegación de funciones aplicable al caso presente en forma expresa disponga que los actos que ejecute la Gobernación de Antioquia, Secretaría de Minas y Energía en ejercicio de las funciones que por la Resolución 3-1903 de 1992 (30 de septiembre), se le delegaron se considerarán de carácter nacional para todos los efectos legales.”

[Auto de 27 de marzo de 2012. Exp. 11001-03-26-000-2010-00029-00\(IJ\). MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

\* Con salvamento de voto de los doctores Stella Conto Díaz del Castillo, Ruth Stella Correa Palacio, Danilo Rojas Betancourth, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Alberto Yepes Barreiro y Carlos Alberto Zambrano Barrera

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

**1. La CNSC al no validar la experiencia laboral del accionante dentro del concurso público por un aspecto meramente formal, amenaza los derechos al debido proceso e igualdad del accionante.**

El actor solicita la protección de sus derechos fundamentales que considera vulnerados por la decisión proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil de no tener como válida, aduciendo falta de claridad, la certificación de experiencia laboral aportada por él dentro de la Convocatoria 001 de 2005 para el empleo N° 43941, esto es, Profesional Universitario Código 219, Grado 06 del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, que estaba ocupando en provisionalidad. Al revocar la decisión del a quo que negaba el amparo, la Sala indicó que sin necesidad de una compleja labor interpretativa, se podía determinar que la certificación expedida por la citada institución, da fe de que el actor ejerce en la actualidad el mismo empleo para el que fue nombrado el 9 de septiembre de 2002, esto es, Profesional Universitario en la Coordinación Administración de Bienes y Servicios de la entidad, por lo que al reprocharse que la misma adolecía de falta de claridad en la descripción de las funciones asignadas a fin de acreditar experiencia relacionada, se incurrió en un exceso de formalismo que le impidió al actor continuar en el concurso de méritos. Precisa que al analizar la referida certificación laboral, la comisión debió advertir que el demandante ha ocupado en provisionalidad el cargo al que está aspirando, y por ende, que ese hecho acredita que tiene la

experiencia requerida para desempeñar el mismo, aunque la mencionada certificación no haya expresado con claridad las funciones desempeñadas. Por lo anterior, en criterio de la Sala la decisión de la CNSC de no validar la experiencia laboral del accionante dentro del concurso público por un aspecto meramente formal que desconoce la situación particular del demandante, amenaza los derechos al debido proceso e igualdad de éste, toda vez que lo pone en una situación de desventaja injustificada frente a los demás aspirantes al cargo por el cual concursó.

**[Sentencia de 15 de marzo de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2011-01917-01\(AC\). MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)**

**2. No es posible declarar la nulidad de contratos estatales vía acción popular.**

La parte actora estima vulnerados sus derechos fundamentales a partir de la sentencia de segunda instancia emitida el 2 de noviembre de 2011, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el trámite de acción popular, mediante la cual, entre otras circunstancias, se declaró la nulidad absoluta del contrato de Concesión No. 001 de 2003, celebrado entre la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta “SIETT Santa Marta”, y el Instituto Distrital de Tránsito y Transportes de Santa Marta (INDISTRAN) hoy en estado de liquidación. Al determinar la procedencia de la acción de tutela contra la referida sentencia, la Sala resaltó que a pesar de la dicotomía jurisprudencial en torno al asunto de la anulación de contratos estatales vía de acción popular, lo cierto es 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 de la corte Constitucional, cuya inobservancia se aduce, y por tanto, el Tribunal Administrativo del Magdalena estaba obligado a acogerse a esta determinación de la Corte que impide que mediante acción popular se dejen sin efectos contratos estatales, y en consecuencia debió acompasar 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 suscrito hace más de diez años, pues de otra manera desconocería no sólo el procedimiento diseñado desde antaño por la ley para el efecto, y de contera, el término improrrogable para demandar los contratos estatales. Y concluye 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.

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

**3. Se configura un defecto procedimental cuando no se aplica el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y se omite adoptar medidas de restablecimiento desconociendo la naturaleza misma de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

Por considerar vulnerados los derecho de acceso a la administración de justicia y debido proceso, la accionante solicitó dejar sin efectos el fallo dictado por el Tribunal Administrativo del Cauca el 29 de marzo de 2011, el cual al resolver la impugnación presentada por el demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, confirmó la decisión de declarar la nulidad del acto demandado mediante el cual se negaba el ascenso en el Escalafón Nacional Docente pero revocó las medidas de restablecimiento del derecho adoptadas por el a quo. Al conceder el amparo solicitado, la Sala indicó que si bien la accionante no cuestionó la decisión del juez administrativo de primera instancia de negar valor probatorio a ciertos documentos y esta ausencia de pruebas llevó al Tribunal a concluir que era imposible ordenar restablecimiento alguno a pesar de haber declarado la nulidad del acto demandado, en la decisión judicial cuestionada el tribunal no analizó otras posibilidades [como si lo efectuó el Juzgado de primera instancia] con el objeto de atender no solo a la finalidad de la acción sino de alcanzar en grado máximo la materialización del derecho al acceso a la administración de justicia, superando los formalismos de cara, se reitera, a la satisfacción de un interés particular que

fue llevado a la jurisdicción a través del mecanismo legal diseñado para el efecto. Esta situación, indica la Sala, evidencia que en el presente caso el Tribunal no efectuó análisis alguno en relación con la posibilidad de restablecimiento ordenada por el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán, haciendo prevalecer una situación formal [la presunta inexistencia de material idóneo para ordenar el ascenso al grado 12 del Escalafón Nacional Docente] en perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia de la señora Mary Esther Molano Sotelo y en contravía de la finalidad misma de la acción, pues no se argumentó suficientemente la imposibilidad de ordenar el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

**[Sentencia del 23 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2011-01420-00\(AC\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)**

**4. Es improcedente la acción de tutela interpuesta por servidor del DAS, porque el accionante cuenta con mecanismos ordinarios para cuestionar los actos administrativos que lo incorporan a la planta de la fiscalía y no se demostró el perjuicio irremediable aducido.**

El accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales porque en virtud del Decreto 4057 de 2011 “*Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones*” fue trasladado a la Fiscalía General de la Nación, y por ello perderá su derecho a pensionarse bajo el régimen de transición especial establecido en el artículo 4° del Decreto 1835 de 1994, además, por su estatus de prepensionado estima que tiene derecho a formar parte de la planta del DAS. La Sala, luego de precisar que la acción de tutela y el fallo del a quo se refieren a actos administrativos de carácter general y particular, los cuales son excepcionalmente cuestionables por vía de tutela cuando existe un perjuicio irremediable, indicó que según el tutelante puede presentarse un perjuicio irremediable consistente en perder la condición de prepensionado por el hecho de ser incorporado en la Fiscalía General de la Nación, sin embargo, no demostró, ni se encuentra acreditado que la supresión del DAS y de su cargo, para luego ser incorporado en otro de igual categoría y bajo las mismas condiciones en la Fiscalía, le signifique un perjuicio irremediable, que haga necesaria la intervención del juez de tutela. La Sala considera que la solicitud de amparo se fundamentó en apreciaciones subjetivas a futuro sobre la vulneración de derechos fundamentales que tampoco acredita, pues la pensión que el tutelante aspira obtener es apenas una expectativa, y porque la misma entidad tutelada procuró su estabilidad laboral en las mismas condiciones al incorporarlo en la Fiscalía General de la Nación, conservado su régimen pensional de alto riesgo y sin solución de continuidad. Por lo anterior, al considerar que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para controvertir la legalidad de los Decretos 4057 y 4070 de 2011, y del oficio No. SEGE.1030896 de la misma anualidad, y no haberse demostrado la existencia de alguna situación constitutiva de perjuicio irremediable, la Sala revocó la decisión del a quo y rechazó de la acción por improcedente.

**[Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 25000-23-24-000-2011-00796-01\(AC\) MP.\(E\): SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)**

**5. Se reitera que existe el deber de prestación de servicios médico asistenciales a ex miembro de la Fuerza Pública que padezca lesiones o enfermedad derivada de la prestación del servicio militar obligatorio, pero no hay fundamento para ordenar pago de auxilio de transporte, estadía y alimentación.**

Al decidir la acción de tutela interpuesta contra la Dirección de Sanidad Militar del ejército Nacional, para la protección del derecho a la salud del accionante, quien prestó servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional, La sala reiteró que, en principio, bajo las reglas del Decreto 1795 de 2000 “por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares”, no es viable que al actor se le presten los servicios médico-asistenciales, pues, no es beneficiario o afiliado obligatorio del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y el Ejército Nacional; sin embargo, dado el material

probatorio obrante dentro del expediente y la Jurisprudencia sobre la materia, es posible aplicar una de las excepciones a esta regla, pues dentro del servicio se le generó una lesión, la cual debe ser tratada. Y en consecuencia, se impone la prestación de los servicios médico-asistenciales frente a los daños que le hubiere generado dicho accidente, hasta que se recupere totalmente de la enfermedad o se establezca de la lesión sufrida. Igualmente precisó que la solicitud de ordenar el pago de auxilio de transporte para el eventual desplazamiento del accionante es improcedente, considerando que, en el evento que existiere por norma legal autorización para esta clase de erogaciones para efectos hospitalarios, en este caso, no sería necesario, ya que la atención médica debe surtirse en la ciudad donde reside el accionante - Cúcuta - Norte de Santander, por lo que resulta inane su traslado a la ciudad de Bogotá, razón por la que no es dable conferirle beneficios que no otorga la Ley.

[Sentencia de 8 de marzo de 2012, Exp. 25000-23-15-000-2012-00144-01 \(AC\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

6. Hay desconocimiento del precedente, cuando no se atiende a los parámetros fijados en el precedente judicial vigente, que para el caso es la sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, según la cual los factores salariales enlistados en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año no son taxativos.

El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al estimar que el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira y el Tribunal Administrativo de Risaralda vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al haber proferido, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por él contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA -, las sentencias por medio de las cuales se denegó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio. Al respecto la sala precisa que tanto el Juzgado como el Tribunal dieron aplicación a un precedente que se inscribió en un contexto de evolución jurisprudencial que fue posteriormente reformado en la Sentencia de unificación a la que se ha hecho referencia; por lo cual, a pesar de su aceptabilidad durante algún tiempo por parte de la Corporación bajo las actuales tendencias jurisprudenciales no podía ser aplicada sin la correspondiente carga argumentativa para separarse de la tesis vigente. Así entonces se evidencia que el criterio jurídico sobre la taxatividad de los factores salariales para la reliquidación de la pensión de jubilación en el cual se basó el juez de conocimiento para resolver el litigio ordinario presentado por el actor ante la Justicia Contencioso Administrativo, difiere de la reciente posición jurídica mayoritaria asumida por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo que indica la violación del derecho fundamental a la igualdad frente a las decisiones judiciales, en especial frente a la aplicación del precedente judicial vertical, en razón a que al accionante le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

[Sentencia del 26 de abril de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2012-00137-00\(AC\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### 1. Marca Divino Niño

La Sociedad Salesiana Inspectoría de Bogotá, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 31683 de 27 de septiembre de 2007, 35447 de 29 de octubre de 2007 y 44018 de 26 de diciembre de 2007, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales



se niega el registro de la marca mixta “DIVINO NIÑO” para distinguir productos comprendidos en la clase 16 de la Clasificación Internacional de Niza.

La Sala negó las pretensiones de nulidad de los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de los cuales no se accedió al registro de la marca DIVINO NIÑO a favor de la sociedad Salesiana Inspectoría de Bogotá. La decisión se fundamentó básicamente en lo siguiente:

- a) El Divino Niño es un artículo sagrado para todos los feligreses católicos y de propiedad de estos, por lo que su denominación y figura son inapropiables por un solo empresario.
- b) No es posible que un solo empresario en el mercado se apropie de la denominación e imagen Divino Niño, pues se estaría generando una posición de ventaja injusta frente a los otros; ello conduciría a un monopolio injustificado y a que no pueda ser utilizada junto a un elemento distintivo por ningún empresario para la promoción de sus productos y servicios.
- c) El registro del signo Divino Niño más figura, solicitado por la sociedad Salesiana Inspectoría de Bogotá, no procede porque no tiene un elemento que lo haga distintivo.
- d) Sería viable el registro de la marca Divino Niño siempre que contenga un elemento adicional que le de fuerza distintiva.
- e) La circunstancia de que la denominación y figura del Divino Niño se haya generalizado, esto es, sea usada comúnmente por el público católico, no es óbice para determinar que el signo más figura Divino Niño sea de uso común para designar productos de la Clase 16 y servicios de la Clase 35.

**Extracto:** Le asiste razón a la Entidad demandada, al concluir que el signo tal como fue solicitado, es irregistrable, pues tanto la denominación como la figura del Divino Niño es inapropiable, por ser un artículo sagrado para todos los católicos del mundo, el cual solo podría registrarse como marca, en la medida que contenga un elemento adicional que le de la fuerza distintiva para que sea viable su registro. Pero tal como está concebido, resulta violatorio del artículo 135 literal b) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Aunado a lo anterior, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio afirma que el signo solicitado “Se trata de una imagen sagrada del catolicismo, a la que muchos devotos hacen sus plegarias, circunstancia que ha generado que su uso como marca se haya generalizado”. Al respecto, no puede predicarse que el signo “DIVINO NIÑO” más figura, sea de uso común para designar los productos de la clase 16 y los servicios de la clase 35 Internacional, pues para que esta norma sea aplicable se requiere de la existencia de una marca registrada cuya denominación y/o figura (según el elemento que predomine), pierda la capacidad distintiva y, por ende, su función individualizadora, a raíz de que si bien en principio no era el nombre original del producto o servicio, en virtud de su uso y del tiempo quede con la designación de dicho producto o servicio que tal signo distinga. En otras palabras, se requiere que en la marca incida el fenómeno de la “vulgarización”, para que provoque en su titular la pérdida de sus derechos, cuestión que en sentir de esta Sala, no se presenta en el sub judice. Otra cosa distinta, es lo que da a entender la Entidad demandada, en cuanto a que el uso de la denominación y figura del DIVINO NIÑO se haya generalizado, que a juicio de la Sala, tal alocución hace referencia a que es usada comúnmente por el público católico, es decir, no puede ser apropiable por un solo empresario, máxime si se tiene en cuenta que en el petitorio de registro se tiene como “destino a devotos del divino niño, a escuelas y colegios y fieles en general”. Por lo tanto, sería irregistrable, ya que no es distintiva, al carecer de un elemento que contenga la fuerza suficiente como tal. Lo anterior, es suficiente para determinar la existencia del riesgo de confusión y, por ende, es indudable que genere a error al consumidor en el momento de seleccionarla, como también riesgo de asociación ya que de acuerdo a como está estructurada, logra confundir al consumidor sobre su origen empresarial, cuando es sabido por toda

la comunidad católica (que constituye mucho más del 80% del país), que tanto la denominación DIVINO NIÑO como su imagen o figura, es propiedad de todos los feligreses.

[Sentencia del 12 de abril de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2008-00191-00, MP. MARCO ANTONIO VELILLA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## 2. Marcas farmacéuticas

Se demanda la resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedió el registro de la marca mixta “ALIVRUB McK”, a favor de la sociedad TECNOQUÍMICAS S.A., para distinguir productos “*farmacéuticos, veterinarios e higiénicos, sustancias dietéticas para uso médico, alimentos; emplastos; material para empastar los dientes y para moldes dentales; desinfectantes; productos para destrucción de animales dañinos; fungicidas, herbicidas*”, comprendidos en la clase 5ª de la Clasificación Internacional de Niza.

La Sala negó la nulidad del acto de registro de la marca ALIVRUB McK por no existir semejanza ni riesgo directo o indirecto de confusión con la marca VICK VAPORUB de propiedad de la sociedad The Procter & Gamble Company.

**Extracto:** Respecto al aspecto ortográfico, se aprecian las siguientes observaciones: ALIVRUB McK: es una marca compuesta de dos palabras, la primera contiene siete letras, tres vocales, cuatro consonantes, tres sílabas, y la segunda, tres letras y tres consonantes. VICK VAPORUB: es una marca compuesta de dos palabras, la primera contiene cuatro letras, una vocal, tres consonantes y una sílaba, y la segunda, siete letras, tres vocales, cuatro consonantes y tres sílabas. De lo anterior se observa que varían en el número de letras, así como en las vocales, donde su orden es diferente, no hay coincidencia en las sílabas y solo existe identidad en la partícula “RUB”. En lo atinente a la fonética es preciso indicar que el signo cuestionado “ALIVRUB McK” tiene su acento prosódico en la sílaba “RUB”, mientras que en la marca “VICK VAPORUB”, se presenta en la primera palabra “VICK” y, en la segunda, en la sílaba “RUB”. Los prefijos, raíces y desinencias son diferentes y sólo existe identidad en la partícula RUB. En cuanto al aspecto ideológico o conceptual, cabe precisar que tampoco se encuentran semejanzas, ya que ninguna de las dos marcas tienen significado en nuestra lengua, razón por la cual, puede afirmarse que pertenecen a la clase de signos denominados de “fantasía”. Así las cosas, el resultado del estudio arroja que ambas marcas en sus estructuras ortográfica, fonética y conceptual no generan riesgo de confusión, dadas sus ostensibles diferencias (...). Por lo tanto, se evidencia sin dificultad alguna que la marca “ALIVRUB McK”, para amparar los productos comprendidos en la clase 5ª, no guarda semejanza alguna con la marca de la actora “VICK VAPORUB” que distingue también los productos de la misma clase, en cuanto a su escritura (comparación visual), su fonética y su ideología, a pesar de que la opositora contiene la partícula RUB, que a juicio de la Sala, no es suficiente para determinar que exista riesgo directo o indirecto.

[Sentencia del 23 de febrero de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2006-00085-00, MP. MARCO ANTONIO VELILLA. Acción de nulidad](#)

3. Se declara la nulidad de los Decretos 1504 de 9 de julio de 2002, 1712 de 6 de agosto de 2002, 446 de 27 de febrero de 2003, 2130 de 30 de julio de 2003, 3519 de 5 de diciembre de 2003, 2646 de 20 de agosto de 2004 y 1141 de 14 de abril de 2005, porque al expedirlos el Gobierno Colombiano realizó una restricción al comercio intrasubregional, sin autorización, e incumplió, de manera reiterada, normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, pues no probó la perturbación en la producción nacional.

El ciudadano Carlos Alberto Espíndola Scarpetta, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó los Decretos 1504 de 9 de julio de 2002, 1712 de 6 de agosto de 2002, 446 de 27 de febrero de 2003, 2130 de 30 de julio de 2003, 3519 de 5 de diciembre de 2003, 2646 de 20 de agosto de 2004, y 1141 de 2005, todos expedidos por el Gobierno Colombiano, por



considerar que las medidas de salvaguardia adoptadas en esas normas en forma de gravamen arancelario adicional de 29 puntos porcentuales a las importaciones de aceite de soya y girasol refinado y mezclas de aceites vegetales refinados, clasificadas en las subpartidas arancelarias NANDINA 1507.90.00.90, 1512.19.00.00 y 1517.90.00.00, originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina; lo fueron de manera unilateral y con violación de normas comunitarias andinas.

**Extracto:** Los Decretos cuya declaratoria de nulidad se solicita fueron demandados el 6 de septiembre de 2004 en Acción de Incumplimiento ante el Tribunal Andino de Justicia por el Secretario General de la Comunidad Andina, por lo que la Sala se debe referir a la sentencia que dicho Tribunal profirió, a efectos de resolver la acción impetrada ante esta Jurisdicción. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su sentencia, decidió: “1. Declarar que la República de Colombia ha incurrido en incumplimiento objetivo y continuado de los artículos 77 y 97 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 4° del Tratado de Creación del tribunal, así como de las Resoluciones 671, 724 (confirmada por la 773) de la Secretaría General...”. Del recuento anterior se tiene que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se pronunció sobre todos los Decretos demandados en el presente caso, para expresar que con las medidas correctivas que adoptó el Gobierno de Colombia mediante la expedición de dichos actos realizó una restricción al comercio intrasubregional, sin autorización, por lo que incumplió de manera reiterada normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, pues no probó, como lo exigían las normas comunitarias, la perturbación en la producción nacional. Por lo anterior, teniendo en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia, su fuerza obligatoria y el carácter de cosa juzgada, y que el mismo se encuentra debidamente notificado, los Decretos demandados en este proceso deben ser declarados nulos, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, por cuanto, como atrás se consignó, incurren en violación de las normas del Ordenamiento Jurídico Comunitario referenciados, y si bien pueden estar derogados, no vigentes, suspendidos, o no se están aplicando, esas circunstancias carecen de relevancia, pues tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, ello no constituye motivo legal suficiente para abstenerse de realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta los efectos que dichos actos pudieron haber producido durante su vigencia.

[Sentencia del 12 de abril de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2005-00323-00, MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

**4. La Sala declaró la nulidad del Acuerdo 16 de 1999, porque el Concejo de Montería no podía prorrogar el término inicial otorgado al alcalde en el Acuerdo 004 de 1999, para que ejerciera facultades extraordinarias, pues las facultades pro tempore que los concejos otorgan a los alcaldes solo pueden ser otorgadas por una única vez (Artículo 313 de la Constitución Política)**

El Departamento de Córdoba, en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demandad para obtener la nulidad del Acuerdo No. 16 de 24 de junio de 1999, mediante el cual el Concejo Municipal de Montería modifica el Acuerdo 04 de 1999 y dicta otras disposiciones. Para sustentar su pretensión afirmó que mediante Acuerdo 004 de 12 de febrero de 1999 el Concejo Municipal de Montería facultó al Alcalde Municipal para que dentro de los 90 días siguientes a partir de su vigencia renegociara el servicio de la deuda municipal para obtener condiciones más ventajosas; negociara con los intermediarios financieros intervinientes el crédito externo; celebrara contratos de empréstito en moneda nacional o extranjera, otorgara garantías y suscribiera convenios de desempeño; gestionara ante el Ministerio de Hacienda las autorizaciones de endeudamiento requeridas de acuerdo a la normatividad vigente; y celebrara contratos necesarios para ejecutar el PRET, validados y aprobados por el programa de saneamiento fiscal y fortalecimiento institucional de entidades territoriales (PASFFIET). Afirmó que el acto demandado prorrogó el periodo para el ejercicio de las facultades otorgadas por el Acuerdo 04 de 1999 al ampliarlo a 150 días, a pesar de que ya se habían vencido y por esa razón violó el artículo 119 del C. de P. C.

**Extracto:** La Sala considera que el a quo decidió con fundamento en una interpretación errada del citado contrato, según la cual las facultades pro tempore que los concejos otorgan a los alcaldes puede ser ampliada o prorrogada, desconociendo que las mismas solo pueden ser otorgadas por una única vez. En efecto el artículo 313-3 solo establece tres condicionamientos a dicha facultad: a) Que se otorguen pro tempore, esto es por un tiempo preciso; b) que dichas funciones sean de las que corresponden al Concejo, asunto que no es materia de la acusación, y c) Que sean precisas, esto es, que no haya dudas acerca de su contenido, asunto que tampoco es objeto de cuestionamiento. La primera condición no fue cumplida por el acto acusado pues extiende a 150 días el término inicial de 90 días de duración que el artículo 77 del Acuerdo 004 de febrero 12 de 1999 había otorgado para la realización de las actividades allí previstas y que se cumplió sin que el alcalde las hubiera ejercido. Las facultades extraordinarias de las que revisten los concejos a los alcaldes corresponden a funciones de aquéllos que se pueden trasladar a los alcaldes por un tiempo determinado y por una materia específica; pero vencido dicho término sin haberse cumplido los cometidos para los que fueron concedidas, esas facultades revierten automáticamente al concejo; perdiendo por ende el alcalde competencia sobre dichos asuntos. La facultad de otorgar facultades pro tempore al jefe del ejecutivo está prevista también en el artículo 150-10 en el nivel nacional, aunque referida al Congreso y al Presidente de la República. De manera análoga a las consideraciones expuestas para el nivel nacional, el Constituyente quiso limitar la posibilidad de delegación de funciones propias de los Concejos Municipales de manera indefinida en los alcaldes, para evitar que éstos en su condición de jefes del ejecutivo, pudieran ostentarlas mediante sucesivas prórrogas que desnaturalizarían la distribución de funciones previstas en el ordenamiento jurídico entre dichas corporaciones y los alcaldes. Por esas razones, no podía el Concejo Municipal de Montería desconocer, mediante el acto acusado, el término de 90 días otorgado inicialmente al Alcalde Municipal para ejercer las facultades previstas en el artículo 77 del Acuerdo 04 de 1999.

[Sentencia del 12 de abril de 2012. Exp. 23001-23-31-000-1999-01518-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**1. Se niega la nulidad parcial del artículo 5° del Decreto No. 2400 del 25 de octubre de 2002, expedido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Salud, mediante el cual se modificó el artículo 22 del Decreto 1703 de 2002, al considerar que el acto acusado, no constituye una alteración o modificación al Sistema de Seguridad Social en Salud, ya que lo único que pretendió el Gobierno fue reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación.**

Es pertinente indicar que el derecho a la salud es un derecho social que por conexidad con otros derechos, como a la vida, a la integridad personal y a la dignidad puede contener una connotación de fundamental, la cual se concreta con la atención médica adecuada en las contingencias que en materia de salud puedan presentarse en un paciente. El Estado en uso de su facultades establecidas en los artículos 48, 49 y 365 de la Carta Política, se le permiten diseñar reglas con miras a la organización, dirección, control y vigilancia del Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte, que la reglamentación efectuada por el Gobierno, a través del acto acusado, no constituye una alteración o modificación a dicho sistema, ya que lo único que pretendió fue reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación. En efecto, para la Sala, al revisar la norma acusada, conforme a los argumentos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los periodos mínimos de pago y afiliación al Sistema de Seguridad Social, no se vulnera o excede en el ejercicio de la facultad reglamentaria de la que está investido el Gobierno Nacional, porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse en las diferentes formas en que se presta el servicio de seguridad social; en suma, el Gobierno, con el

fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, conforme a los artículos 48 y 189, numeral 11, de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, podía expedir la norma acusada.

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

[Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Exp. 11001-03-24-000-2009-00354-00\(2069-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad.](#)

2. Se declara la nulidad de la Resolución No. 057 de octubre 11 de 1977, proferida por el presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Amazonas -FER-Comisaría Especial del Amazonas (hoy Departamento del Amazonas), por considerar que el comisario Especial del Amazonas no tenía competencia para crear prestaciones sociales de los servidores públicos a su cargo, y además, que el acto acusado perdió su fuerza ejecutoria por cuanto la vigencia para la cual se expidió ya expiro.

Se concluye que la Resolución acusada fue dictada por el Comisario Especial del Amazonas, en calidad de Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional, sin competencia para el efecto, por cuanto como se vio, dentro de las funciones asignadas a los Fondos Educativos Regionales no se encontraba la del establecimiento del régimen prestacional de los servidores públicos a su cargo, pues por disposición constitucional tanto para la época en que se expidió el acto acusado como ahora en vigencia de la Constitución de 1991, esta se encuentra radicada única y exclusivamente en el Congreso de la República. Ahora bien, examinado el acto acusado, se observa que fue dictado en octubre de 1977 y que en el artículo segundo se dispuso lo siguiente: Recibirán esta bonificación los Profesores durante el período comprendido entre el 1º de Enero hasta el 31 de Diciembre de 1.977 por existir dentro del Presupuesto de la presente vigencia dicho rubro. Lo anterior quiere decir, al tenor del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que el acto acusado perdió su fuerza ejecutoria, por cuanto la vigencia para la que fue expedido ya expiró. Sin embargo, como de conformidad con la misma norma los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos, se impone decretar la nulidad de la Resolución 057 del 11 de octubre de 1997 expedida por la Comisaría Especial del Amazonas, por medio de la cual se se autoriza el pago de bonificaciones para los profesores de ese Departamento.

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

[Sentencia de 12 de abril de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2005-00260-00\(10257-05\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

3. Se declara la nulidad del aparte demandado “salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba” contenida en el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005 expedido por el Gobierno Nacional, por considerar que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida en la ley.

De la simple confrontación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el aparte demandado del Decreto 1227 de 2005, se concluye que el legislador estableció un término perentorio de 6 meses de duración del encargo, no obstante al ser reglamentado se introdujo una excepción que permite prolongar dicho término. El artículo 130 de la Constitución Política dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa. En el mismo sentido la Ley 909 de 2004, agregó que se trata de un órgano establecido con el fin de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público. De acuerdo con lo anterior, se

infiere que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con la duración del encargo de que podían ser objeto los empleados de carrera mientras se surte el proceso de selección, por el contrario, la Ley fue enfática en señalar que tal situación no podía exceder de seis meses sin contemplar condicionamiento de alguna naturaleza. En consecuencia, es clara la contradicción entre la norma reglamentaria y la Ley razón por la cual se declarará la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida.

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

[Sentencia de 12 de abril de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2005-00215-00\(9336-05\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

4. Se revoca el numeral segundo de la sentencia de 25 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto declaró la nulidad de los Acuerdos Nos. 01 y 04 de 30 de enero y 30 de noviembre de 2001, proferidos por la Junta Directiva de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, y del contenido en el literal a) numeral 1° del artículo 5° del Decreto No. 0221 de 30 de noviembre de 2001, suscrito por el Alcalde del Municipio de Bucaramanga, por considerar que el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 no puede constituir en ningún caso el fundamento jurídico normativo para la solicitud de incompetencia para proferir los actos acusados, en tanto que las prohibiciones y presupuestos fácticos en él contenidos sólo son predicables respecto del cónyuge ó compañera permanente y de los parientes del servidor público, pero de ningún modo acarrea una inhabilidad o incompatibilidad alguna, para el Alcalde que funge también como presidente del Consejo Directivo de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.

En síntesis, no cabe la menor duda, que el artículo que reclama el actor como violado, hace mención a un régimen de prohibiciones para los cónyuges, compañeros permanentes y parientes del elegido, mas no, a una disposición normativa que coloca al Alcalde no solamente en un estado de indefensión sino también de incompetencia, por cuanto es él quien fija las políticas de los entes descentralizados, ó para el caso que nos ocupa, de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga. Respecto de dicha incompetencia, resalta la Sala que dentro del proceso de formación y expedición de los actos administrativos reglados, no todos los vicios comportan la anulación del acto definitivo, hay formalidades y procedimientos sustanciales y no sustanciales y sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse como tales, que son *“aquellos cuya omisión implica que la decisión sería diferente de la tomada”*, su incumplimiento acarrea la ilegalidad del acto. Por consiguiente, para esta Sala es claro que el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 no puede constituir en ningún caso el fundamento jurídico normativo para la solicitud de incompetencia para proferir los actos acusados, en tanto que las prohibiciones y presupuestos fácticos en él contenidos sólo son predicables respecto del cónyuge ó compañera permanente y de los parientes del servidor público, pero de ningún modo acarrea una inhabilidad o incompatibilidad alguna, para el Alcalde que funge también como presidente del Consejo Directivo de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.

[Sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 68001-23-31-000-2003-00923-01\(1152-11\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad.](#)

5. Se niega el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por el demandante y en su lugar se ordena el reconocimiento de la pensión de vejez, en consideración:

**a. El tiempo de servicio sólo es admisible de acreditar mediante testimonio en caso de falta absoluta de pruebas preestablecidas y escritas**

La norma transcrita, artículos 7 y 8 de la Ley 50 de 1886, señala claramente que si no se logra la prueba documental directa el interesado debe acudir a documentos que puedan reemplazarlos o hacer creíble su existencia; así, por ejemplo, la existencia de nóminas, desprendibles de pago, documentos que hayan decidido situaciones administrativas, entre otros. En este caso no se aportó prueba escrita alguna de los servicios que, presuntamente, se prestaron en el período mencionado. Como puede verse, en ninguna de las comunicaciones se afirma categóricamente que los archivos de la Intendencia del Meta desaparecieron, simplemente que no hay evidencia de que MOISÉS IVAN GÓMEZ AFANADOR hubiera laborado allí. Dicha afirmación no resulta eficaz para comprobar que los archivos donde debían reposar las pruebas desaparecieron, pues, se repite, los oficios mencionados dan prueba de la inexistencia de pruebas que acrediten la prestación de los servicios del actor en el período señalado, no de los archivos, por el contrario, según el Técnico Administrativo del Centro de Documentación Departamental en dicha dependencia reposan archivos de los años 1951, 1952 y 1953. Por ello no puede decirse que las pruebas no pudieron aportarse por desaparecimiento de los archivos, pero aún en tal evento la ley exige al interesado acudir a otros documentos que puedan reemplazar los perdidos como por ejemplo los desprendibles de pago de salarios, o cualquier otro documento que sirva de indicio para deducir el hecho cuya demostración se pretende. En estas condiciones, considera la Sala que, en este caso, no es admisible la prueba testimonial para probar el tiempo de servicios que el demandante alega haber prestado en la Intendencia del Meta.

**b. El texto de enseñanza para su equivalencia por tiempo de servicio no requiere que su producción sea simultánea con el ejercicio del cargo**

El Tribunal desestimó el tiempo que pretende hacer valer el actor con la publicación de dos textos de su autoría, con el argumento de que fueron producidos y adoptados como textos de enseñanza en centros educativos con posterioridad a la desvinculación del servicio del demandante, razonamiento que no resulta acertado por cuanto la norma que regula tal situación, artículo 13 de la Ley 50 de 1886, no exige que la producción del texto sea simultánea con el ejercicio del cargo público.

**c. No se reconoce la pensión de jubilación por no cumplirse los requisitos de edad, pero se ordena el reconocimiento de la pensión de vejez, sin existir petición en sede administrativa o judicial, en aplicación de los principios de igualdad y de prevalencia de lo sustancial sobre el procedimental**

En el caso concreto, no existe duda alguna de que el demandante no reunió los requisitos para acceder a la pensión plena de jubilación, pues no completó los 20 años de servicio, pero no pueden desconocerse, se repite, los 19 años y 4 meses de labores que desempeñó en distintas entidades oficiales, incluida la Cámara de Representantes, lo que hoy en día le daría vocación a la indemnización sustitutiva. Empero, como el demandante se encontraba en el régimen de transición, deberán aplicarse las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, si entrar a divagar en el tema de empleados nacionales y territoriales, en razón al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta Política y a las orientaciones del Decreto 1919 de 2002. Por ello, aunque la pensión de retiro por vejez no fue solicitada en vía gubernativa ni en sede judicial, resulta forzoso acudir nuevamente a las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 228 de la Carta y proceder a reconocer el derecho pensional del demandante.

**d. Reconocer la pensión de vejez sólo a quienes al momento de cumplir los 65 años se encuentren vinculados al servicio es violatorio del derecho de igualdad, al principio de favorabilidad y de los derechos de las personas de la tercera edad**



Es cierto que para el momento en que el actor hizo la petición no contaba aún con 65 años de edad - sólo tenía 63- y que tampoco se encontraba laboralmente vinculado al momento en que los cumplió - 16 de octubre de 2001- sin embargo, considera la Sala que tal circunstancia no puede ser óbice para reconocer la pensión de vejez, pues las normas que consagran tal derecho y que deben articularse con las normas supralegales que protegen los derechos de las personas de la tercera edad, ordenan aplicar los principios de favorabilidad en materia laboral e irrenunciabilidad de las prestaciones sociales, que tienen fuerza vinculante, y criterios auxiliares como la equidad.

[Sentencia de 1 de marzo de 2012, Exp. 25000-23-25-000-2002-13488-01 \(7318-05\). MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**6. Se decreta la nulidad del acto que decreta la insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción en época preelectoral, por considerar:**

**a. Procede la acumulación de la nulidad del acto de insubsistencia de funcionario y el acto de nombramiento del reemplazo**

Si bien es cierto que el acto administrativo de nombramiento de un empleado, en principio es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia; en el presente caso, la Sala considera que la pretensión de nulidad de la Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, mediante la cual se nombra en propiedad en el cargo de Gerente de zona 3 código 39, grado 06 al señor Luis Fernando Ulloa Vergara, en reemplazo del demandante, resulta procedente, teniendo en cuenta que el actor estima que con dicho acto se ha lesionado su derecho a permanecer en el empleo, toda vez que la persona que lo reemplazó, no garantiza el mejoramiento del servicio, constituyendo tal circunstancia uno de los argumentos para deprecar la nulidad del acto que declaró su insubsistencia. Asimismo, en criterio de la Sala, la acumulación de las pretensiones de nulidad y restablecimiento contra el acto de insubsistencia y el de nombramiento resulta viable en el presente caso, teniendo en cuenta que se dan los requisitos procesales para su procedencia como son: (i) competencia del órgano, (ii) que no se excluyan entre sí porque persiguen la misma consecuencia jurídica y (ii) que se tramiten por el mismo procedimiento

**b. La insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción en época preelectoral vulnera la ley de garantías, y dentro del contexto del caso se acredita la desviación de poder y la falta de proporcionalidad del acto administrativo.**

Para la Sala es claro que los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas como la demandada, están llamados a respetar la prohibición de modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elecciones Presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes y demás comicios electorales, restricción que de no ser acatada, apareja en el actuar administrativo un vicio de nulidad por violación de la ley, al tenor del artículo 84 del C.C.A.. En el presente caso, los actos demandados, Resolución No. 0952 de 9 de diciembre de 2005 y Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, expedidos por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., por medio de los cuales se modificó la nómina de la entidad disponiendo la insubsistencia y el nombramiento de empleados de la empresa, se encuentran afectados de nulidad porque fueron expedidos dentro del periodo preelectoral, esto es, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones del Congreso de la República realizadas el 12 de marzo de 2006. Por lo tanto, encuentra la Sala que en el contexto en el que se dio el retiro del actor, es posible deducir que la intención real del nominador se apartó del buen servicio público porque no obedeció al mejoramiento del servicio, desbordando los límites establecidos por el legislador, de forma concreta, por no cumplir con el principio de proporcionalidad (artículo 36 del Código Contencioso Administrativo).

**c. El restablecimiento por insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción en época preelectoral debe incluir el reintegro al servicio, por cuanto una medida contraria**

constituye una restricción injustificada de los efectos patrimoniales que devienen de la declaratoria de nulidad.

Respecto a la procedencia del reintegro, el Tribunal consideró que no había lugar al mismo toda vez que la limitación a la facultad discrecional del nominador fue temporal, esto es, hasta el 12 de marzo de 2006, lapso que ya se cumplió, por lo tanto, a partir del 13 de marzo adquirió vigencia la desvinculación del servicio del actor, y en tal sentido no es posible que el actor vuelva físicamente a su cargo, por lo que el restablecimiento se limitó al reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de devengar por el actor hasta el 12 de marzo de 2006. Al respecto, considera la Sala que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que carece de sustento jurídico la declaratoria de nulidad parcial temporal del acto de insubsistencia ordenada en la sentencia impugnada, toda vez que la existencia de vicios de violación de la ley y desviación de poder, en la producción de los actos administrativos demandados, generan la nulidad de los mismos, al tenor del artículo 84 del C.C.A, nulidad que es absoluta y definitiva, mas no temporal, porque no existe en el ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de que tales vicios puedan ser convalidados por el curso del tiempo. y porque no es dable al intérprete suponer que cumplido el término de la restricción legal, debía producirse efectivamente el retiro del actor, ya que su nombramiento no se sujetó a ningún plazo, y además su retiro dependía de la voluntad del nominador sujeta a la ponderación de las circunstancias de oportunidad y conveniencia, decisión que por sus efectos, debía ser escrita, expresa y debidamente comunicada al empleado, al tenor de las reglas que rigen las relaciones laborales en el servicio público (artículo 41 Ley 909 de 2004). Entonces, poner un límite a la permanencia del demandante en el cargo, basado en el hecho de que el nominador estaba facultado para terminar la vinculación laboral del demandante, constituye una restricción injustificada de los efectos patrimoniales que devienen de la declaratoria de nulidad.

[Sentencia de 12 de abril de 2012 Exp. 25000-23-25-000-2006-04197-01\(0461-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**7. Se niega la nulidad del acto de destitución del demandante, atendiendo que:**

**a. La inexistencia de antecedentes disciplinarios no es causal de atenuación de la sanción frente a una falta gravísima, acorde a lo establecido en la Ley 734 de 2002**

El demandante afirma que la sanción de destitución impuesta no fue proporcional a la falta probada porque no se tuvo en cuenta para la atenuación que él aceptó su falencia, no tenía antecedentes disciplinarios en más de 24 años de ejercicio como Notario y que casos similares o peores al suyo han sido sancionados con “benevolencia”. En relación con dicho argumento es del caso advertir que la Ley 734 de 2002, aplicable al caso concreto, no incluye causales de atenuación de la sanción disciplinaria por la comisión de una falta “gravísima”, sólo determina que la misma será sancionada a título de culpa o dolo, con “destitución del cargo”. El hecho de que el disciplinado no hubiere tenido antecedentes disciplinarios anteriores no constituye causal de atenuación o exoneración de la sanción porque la norma que gobierna el caso no lo determina.

**b. El pliego de cargos no se expide fuera de término cuando es reemplazo de otro expedido en término pero que ha sido declarado nulo**

La norma en cita, artículo 145 de la Ley 734 de 2002, es clara al determinar que uno de los efectos de la declaratoria de nulidad es reponer la actuación. En tal sentido, la Sala acudirá al significado del vocablo “reponer” definido por la Real Academia Española de la Lengua de la siguiente manera: “1. Volver a poner, constituir, colocar a alguien o algo en el empleo, lugar o estado que antes tenía. 2. Reemplazar lo que falta o lo que se había sacado de alguna parte.(...) 5. Retrotraer la causa o pleito a un estado determinado.”. Atendiendo la definición anterior puede concluirse que al reemplazar o reponer la actuación administrativa declarada nula el nuevo acto se retrotrae a la fecha en que se expidió el anulado precisamente porque llega a “reemplazarlo”. Todo lo anterior

permite concluir que no existe vencimiento de términos cuando se profiere un acto administrativo para reponer o reemplazar otro expedido oportunamente pero que fue declarado nulo con posterioridad. En el sub lite se encuentra demostrado que el auto de cargos inicial se profirió dentro de los nueve meses siguientes al de apertura de investigación y por tal razón el auto que reemplazo a aquel luego de la declaratoria de nulidad también se entiende proferido dentro del término legal. En tal sentido el cargo no prospera.

[Sentencia de 2 de febrero de 2012, Exp.11001-03-25-000-2009-00111-00\(1568-09\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**8. Se niega nulidad del acto que sancionó disciplinaria con suspensión en el ejercicio del cargo al demandante por evaluación irregular de propuesta del comité en selección de contratista**

El problema central analizado por el Ente investigador, consistió en el hecho de haberse incurrido en una irregular evaluación de las propuestas por parte del Comité Evaluador, en cuanto no se llevaron a cabo las verificaciones por parte de dicho Ente en forma adecuada, como en efecto debió hacerse, dado que se habían puesto en conocimiento serías inconsistencias sobre el particular, especialmente respecto a documentos encaminados a acreditar la experiencia y trabajos relaciones con el objeto a contratar, falencia que conllevó a favorecer a uno de los oferentes como se indicó en el proceso disciplinario. La decisión adoptada por la Procuraduría mediante la Resolución 052 de 7 de octubre de 2005 (acto acusado), se profirió con fundamento en las pruebas legalmente allegadas al expediente administrativo y se basó en la deficiente labor del Comité de Evaluación de las propuestas, para el caso que nos ocupa, toda vez que los oferentes Jorge Delgado Salas y Armando Miranda Vela no tendrían el perfil, ni la experiencia exigida en los términos de referencia. De ahí que, resulta incuestionable en el presente caso, colegir que el análisis de las pruebas efectuado en segunda instancia por la Procuraduría, fue acucioso, integral e imparcial (artículo 129 C.D.U.), basado en el acopio de elementos de juicio que indefectiblemente condujeron a determinar de manera inequívoca la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad de los investigados. En estas condiciones, el actor debe responder disciplinariamente a título de culpa en el presente caso, pues se demostró en el proceso disciplinario que obró con negligencia y descuido, pues no previó los efectos de su proceder irregular, ocasionándole perjuicios económicos al Estado.

[Sentencia de 26 de enero de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2010-00169-01 \(01229-2010\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**9. Se declara nulidad del acto de retiro por supresión del cargo de empleado de carrera administrativa en el Departamento de Boyacá expedido por el Director de Recursos Humanos, pues acorde a los lineamientos legales esta facultad radica en forma exclusiva en el Gobernador**

La disposición en comento, numeral 7 del artículo 305 de la Constitución Política, es un desarrollo de la facultades que la Constitución le otorga al Gobernador, y dentro de las cuales se enlista la de crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. De la misma manera el Código de Régimen Departamental, esto es, el Decreto 1222 de 1986, establece en el artículo 95 como atribuciones de los gobernadores, entre otras, la de: "(...) nombrar y remover los (...) subalternos de la Gobernación". Consecuente con las anteriores descripciones normativas, es claro que la facultad nominadora de la Gobernación está en cabeza única y exclusivamente del Gobernador y como para el caso la voluntad supresora del cargo que el actor desempeñaba fue tomada por una persona ajena que no tiene esta facultad, debe concluirse que la decisión de retirarlo del servicio no fue del Gobernador sino del Director de Talento Humano.

[Sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 15001-23-31-000-2002-01804-01\(0976-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

## SECCIÓN TERCERA

1. El Consejo de Estado denegó las pretensiones de una acción de reparación directa instaurada contra el Hospital Universitario de San José de Popayán, en la cual se alegaba la existencia de daño por la amputación del antebrazo superior derecho a un paciente que padeció cuadro médico de diabetes mellitus, por cuanto el daño sufrido por el actor no es imputable a la entidad demandada

**Síntesis del caso:** El señor Aureliano Urbano Cabrera ingresó al Hospital Universitario de San José de Popayán el 20 de agosto de 1993, siendo diagnosticado con un cuadro médico de diabetes mellitus. En el citado hospital le fueron proveídos los medicamentos para la superación de su condición médica, sin embargo, el paciente presentó resistencia al sistema de líquidos que le fuera suministrado, debiéndose inmovilizar mediante sujeción de las extremidades. Dada la condición de diabetes desarrollada por el señor Urbano Cabrera se generaron estados necróticos alrededor de la sujeción de la extremidad derecha superior, en consecuencia, tras la evaluación médica practicada se requirió la intervención quirúrgica y amputación de la extremidad referida.

### a. Cláusula general de responsabilidad. Falla en el servicio médico. Reiteración jurisprudencial

**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.” (...) en reiterada jurisprudencia se ha sostenido que tratándose de la responsabilidad del Estado por la prestación de servicios de salud, el demandante deberá probar la concurrencia de “tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido (...), 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio”.”

### b. Denegación de las pretensiones de una acción de reparación directa cuando se alega daño por falla en el servicio médico, al no existir relación causal entre el daño alegado y la actividad médica

**Extracto:** “Es preciso tener en cuenta que para la demostración del nexo de causalidad entre el daño y la actividad médica, la Sala ha considerado que “se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso. (...) la Sala considera que, de conformidad con el dictamen pericial realizado el 24 de enero de 2000 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con base en la historia clínica del señor Aureliano Urbano Cabrera, y los testimonios de los médicos Víctor Hugo Vivas Ramos, Luis Eduardo Sarria Ayerbe y Juan Manuel Concha Sandoval, el daño alegado en la demanda no es imputable al Hospital. (...) En efecto, en criterio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (perito forense n.º 1033-0), la atención médica prestada por el Hospital fue acorde con el cuadro médico que presentaba el paciente, de manera que, a su juicio, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica, (...) y (ii) dado que el señor Urbano presentaba alteraciones en su estado de consciencia, era recomendable su inmovilización para garantizar que no se retirara el sistema a través del cual recibía líquidos.(...) De este modo, en criterio de la Sala, demostrado (sic) que el daño alegado en la demanda, consistente en la amputación del antebrazo derecho del señor Aureliano Urbano Cabrera el 29 de agosto de 1993, no es imputable al Hospital demandado, pues no fue consecuencia de la

atadura a la cual fue sometido, sino del complejo cuadro clínico que presentaba en virtud de la diabetes mellitus que padece, la sentencia impugnada habrá de revocarse.”

### C. Dictamen Pericial, testimonios pruebas no controvertidas por la parte actora.

**Extracto:** “A diferencia de lo manifestado por el a quo, la Sala considera que el testimonio de la señora Sonia Alarcón Urbano (...) y la declaración de la demandante Marcionila Urbano Cabrera (...), sobrina y hermana del señor Aureliano, respectivamente, quienes manifestaron el 2 de febrero de 1999 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, que, a su juicio, el Hospital no debió inmovilizar al señor Urbano Cabrera porque la diabetes que éste padece podía ocasionar la formación de trombos en sus brazos, de ninguna manera desvirtúan el dictamen pericial emitido por un técnico en la materia -el cual no fue objetado por las partes-, comoquiera que simplemente se trata de una apreciación emitida por personas no conocedoras de la ciencia médica, sobre lo que debieron hacer los médicos para evitar la amputación. (...) Como ya se indicó, en el expediente obran los testimonios de los médicos Víctor Hugo Vivas Ramos, Luis Eduardo Sarria Ayerbe y Juan Manuel Concha Sandoval - los cuales no fueron tachados-, galenos que también señalaron que la atención médica prestada por el Hospital fue acorde con el cuadro médico que presentaba el paciente.”

[Sentencia de 9 de abril de 2012. Exp. 19001-23-31-000-1995-08002-01\(21510\) MP. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Acción de Reparación Directa](#)

**2. El Consejo de Estado se inhibió para pronunciarse de fondo sobre una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, impetrada contra unos actos de ejecución de conciliación judicial, por ineptitud sustantiva de la demanda, ya que los actos de ejecución no constituyen actos administrativos definitivos**

**Síntesis del caso:** El Fondo Vial Nacional -Instituto Nacional de Vías INVÍAS- y la Sociedad Industrial de Mezclas Asfálticas Ltda., suscribieron el Contrato de Obra No. 175 de 1987. En la ejecución del contrato se suscitó el pago tardío, de cuenta de la parte contratante, de las cuentas de cobro por concepto de obra ejecutada, lo cual motivó que la sociedad contratista demandara ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados. Esta situación se definió mediante acuerdo de conciliación sometido ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual aprobó el acuerdo suscrito, en el que se pactó el pago de intereses corrientes moratorios de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 177 del C.C.A., esto es, los intereses moratorios equivalen al doble del interés bancario corriente según lo dispone el artículo 884 del C. Co. Sin embargo, la entidad al hacer el pago de la conciliación, mediante resolución, pago los intereses ajustándolos al límite de usura permitido legalmente según el artículo 235 del Código Penal y la Circular OJ de 3 de octubre de 1994, proferida por la Superintendencia Bancaria. Ante lo anterior, la entidad contratista demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones que ordenaban el pago, por encontrarse inconforme con la liquidación de los intereses.

#### a. Improcedencia de las acciones contenciosas contra los actos de ejecución

**Extracto.** “Respecto del acto de liquidación de una sentencia o de una conciliación judicial no proceden las acciones contenciosas ante esta Jurisdicción, dado que no se trata de actos administrativos definitivos, o sea, mediante los cuales se finalice una actuación administrativa o se impida su continuación, sino que son meros actos de cumplimiento o ejecución, excepto que en ellos se establezcan puntos nuevos que creen o modifiquen situaciones jurídicas. Dicho de otro modo, “[t]odo acto que se limite a generar el cumplimiento de la sentencia es un acto de ejecución. No obstante, si la administración al proferir el acto de ejecución se aparta del alcance del fallo, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución, pues nace un nuevo acto administrativo, y por lo mismo, controvertible judicialmente”.”



**b. La acción ejecutiva como medio para el cumplimiento de una sentencia judicial o una conciliación judicial. Excepción a la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos de ejecución**

**Extracto:** “Los actos de liquidación no son obstáculo para impetrar la acción ejecutiva con el fin de obtener el recaudo forzado de la obligación al tenor de la sentencia o de la conciliación, las cuales constituyen títulos que prestan mérito ejecutivo, de manera que será en ese proceso en donde se podrán ventilar por los medios de impugnación (recursos) y de defensa (excepciones) aspectos relacionados con la liquidación del crédito de acuerdo con su contenido y lo previsto en la ley. En consecuencia, si el demandante no estuvo de acuerdo con la liquidación realizada por la entidad demandada en los actos cuestionados, debió interponer la acción ejecutiva, con base en el título de recaudo (conciliación judicial), pero no venir en demanda en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los mismos, la cual no resulta idónea para estudiar sus discrepancias e inconformidades respecto de la tasa de los intereses moratorios. (...) Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación el único motivo por el cual podría ser demandado el acto de ejecución que liquida la conciliación, (...) mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consiste en que hubiese desconocido el acuerdo conciliatorio que dio origen al mismo, bien porque le adicionó o eliminó algún aspecto, caso en el cual se podría predicar que se trata de un acto administrativo. (...) En conclusión, es evidente para la Sala que los actos atacados son de ejecución, toda vez que fueron expedidos en cumplimiento del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, de manera que la demanda incurre en ineptitud sustantiva, por cuanto los actos de ejecución no constituyen actos administrativos definitivos y, por lo mismo, no son pasibles de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículos 84 y 85 del C.C.A.).”

**c. Deber de la entidad de devolver la primera copia al interesado insatisfecho con su pago**

**Extracto:** “La primera copia con mérito ejecutivo de la providencia judicial en la que se aprobó la conciliación (...) es claro que las entidades públicas están en la obligación de devolverla al interesado insatisfecho con el pago de una condena o conciliación que lo solicite, previo el desglose correspondiente y con la constancia en el respectivo título del monto o cuantía de lo pagado, de manera que pueda acudir a la vía judicial ejecutiva si lo estima pertinente.”

**d. Los actos de ejecución no dan apertura a la vía jurisdiccional sobre un asunto ya definido**

**Extracto:** “[El] interesado insatisfecho con el pago de una condena o conciliación (...) pueda acudir a la vía judicial ejecutiva si lo estima pertinente. Aún más, esta solución jurisprudencial no ha sido extraña a la doctrina, la cual también ha considerado que el acto de ejecución de las sentencias -predicable también al de la conciliación- no puede dar apertura nuevamente a la vía jurisdiccional sobre un asunto ya definido, sino que debe exigirse el cumplimiento del fallo a través de la acción ejecutiva.”

**d. Reconocimiento de intereses moratorios y limitaciones legales. Reiteración jurisprudencial**

**Extracto:** “Sobre la liquidación de los intereses en aplicación del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y las limitaciones legales a las que están sometidos los intereses moratorios, es pertinente reiterar la siguiente directriz jurisprudencial adoptada en un proceso promovido en un asunto similar: “En el *sub judice* se tiene, que el acto administrativo censurado con la demanda no modificó en nada lo acordado en la diligencia de conciliación, toda vez que, en ella se convino que los intereses moratorios se liquidarán de conformidad con lo preceptuado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, el cual, en parte y en modo alguno autoriza el cobro de intereses moratorios que superen el interés de usura señalado en el artículo 235 del Código Penal; por manera que, la liquidación contenida en la Resolución número 008107 del 19 de diciembre de 1996 expedida por el Director del Instituto Nacional de Vías, simplemente se ajusta a la norma contenida en la

primera de las disposiciones mencionadas, que, como ya lo ha precisado esta Sala: *‘dentro de un sistema jurídico no pueden razonablemente coexistir disposiciones que, como sucede con las tasas de interés, de una parte se consideren, por ser excesivamente onerosas, como constitutivas del delito de usura; y de otra, se acepte como legales o lícitas para efectos diferentes, como serían el doble de los comerciales.’* 3.- *Por tal razón, estima la Sala que cuando los intereses establecidos en el parágrafo (sic) quinto del artículo 177 del c.c.a. (sic), sobrepasen el límite de la usura previsto en el artículo 235 del Código Penal, la suma que arroje la liquidación debe ser reducida a dicho límite. No tendría sentido que lo que es punible en el campo del derecho penal, pudiera aplicarse sin restricciones en el campo civil, comercial o administrativo’.* En tal virtud, dado el carácter de ejecución que comporta el acto cuya nulidad se depreca con la demanda, resulta claro que éste no es pasible de control por vía jurisdiccional, tal como lo determinó el a quo en la providencia recurrida”.”

[Sentencia de 8 de febrero de 2012. Exp. 15001-23-31-000-1997-17648-01\(20689\) MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho](#)

3. El Consejo de Estado condena al Distrito Capital de Bogotá dentro de una Acción de Reparación Directa, en la cual se alegaba la existencia del daño por la expedición de los Decretos 755 y 791 de 1995 y el procedimiento de incautación de material de juegos pirotécnicos y artificiales allí consagrado, regulación expedida por la autoridad distrital sin tener las facultades legales para ordenar esa incautación, en consecuencia se estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por falla en el servicio por el procedimiento de incautación realizado.

**Síntesis del caso:** El señor Jorge Laberto Munevar Caballero tenía como actividad comercial la venta de juegos pirotécnicos y artificiales, que para el momento de los hechos no tenía prohibición legal, sin embargo, el Alcaldde Mayor de Bogotá expidió el Decreto 755 de 28 de noviembre de 1995, en el cual estableció prohibiciones en el ejercicio de esa actividad, señalando igualmente algunas excepciones, esto es, autorizando su venta tan sólo en la temporada decembrina. Luego, la misma autoridad distrital expide el Decreto 791 de 10 de diciembre 1995, que prohibió totalmente su venta. Como consecuencia de lo anterior, el 21 de noviembre de 1996, la Policía Nacional realizó proceso de incautación en la residencia del señor Munevar Caballero, decomisando todas las mercancías de pirotecnia que éste tenía. El 19 de marzo de 1998, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de las citadas normas, al determinar que el Alcalde mayor del Distrito Capital de Bogotá no tenía la competencia legal para ordenar la incautación dispuesta en las normas demandadas. Por lo anterior, el señor Jorge Laberto, mediante apoderado judicial, interpuso acción de reparación directa.

**a. La Acción de Reparación Directa procede, de manera excepcional, contra actos administrativos de carácter general**

**Extracto:** “De conformidad con lo prescrito en el artículo 85 del CCA, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el mecanismo previsto por l ordenamiento jurídico para atacar la legalidad de los actos administrativos que causen daños a las personas, no siendo del caso la ventilación de dichas controversias a partir de la acción de reparación directa. Sin embargo, pese a lo antes dicho, de forma excepcional, en aquellos casos en los cuales se haya declarado la nulidad de un acto administrativo de carácter general, es posible demandar la declaratoria de responsabilidad estatal, mediante acción de reparación directa, siempre y cuando no exista -entre el daño y el acto general- uno de carácter particular que pueda ser objeto de acción en sede judicial, siendo para estos eventos aplicable como título de imputación el de falla en el servicio. Lo anterior adquiere sentido por cuanto, una vez declarada la nulidad del acto administrativo de carácter general, es posible que este cause perjuicios particulares que resultan imposibles de ser atacados por medio del contencioso subjetivo de nulidad en tanto dicho acto ha desaparecido previamente del ordenamiento jurídico.”

**b. La actividad relacionada con la comercialización y uso de artículos de pirotecnia no se encuentran prohibidas en el ordenamiento jurídico colombiano sino sujetas a control. Infracciones a su control generan sanciones de tipo contravencional y no penal**

**Extracto:** “Se tiene que las actividades concernientes a los fuegos artificiales y el uso de artículos pirotécnicos no se encuentran prohibidas en el ordenamiento jurídico sino que se hallan sometidas a unas condiciones de cuidado y control más rigurosas. Sin embargo, el incumplimiento de tales preceptos no constituye delito sino una infracción de tipo contravencional, tal y como lo dispone el Código Distrital de Policía en su artículo 4, al señalar que *“Todo hecho u omisión que viole las disposiciones de este Código, constituye contravención de policía y el responsable será sancionado con medida correctiva, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad o enajenación mental.”*”

**d. Las normas expedidas por la administración distrital no son las causantes del daño.**

**Extracto:** “Al momento de la interposición de la demanda, existía fallo de primera instancia que, en efecto, había declarado la nulidad sobre la totalidad de los decretos a los que atrás se hizo referencia. Sin embargo, también debe anotarse que esa decisión no adquirió firmeza al haber sido apelada ante esta Corporación que revocó parcialmente la decisión adoptada y declaró la nulidad solamente de algunos apartes de las normas atacadas. En ese orden de ideas se hace necesario precisar que el Decreto 755 de 1995, reguló la venta de artículos pirotécnicos y similares restringiéndola únicamente a aquellos sitios que tuvieran permiso expedido por la administración municipal y únicamente para determinadas fechas de la temporada decembrina. (...) La anterior norma fue modificada a escasos días de haber sido expedida, por el Decreto 791 de 1995 que prohibió totalmente la tenencia, comercialización y uso de todo tipo juegos pirotécnicos y similares, estableciendo como sanciones la retención transitoria, el decomiso del producto y el cierre del establecimiento comercial, si fuere del caso (...) Respecto del artículo primero del Decreto en mención, el Consejo de Estado declaró su nulidad al encontrar que excedía el alcance competencial del Alcalde Mayor, toda vez que el marco legal permitía, bajo condiciones rigurosas, la venta y comercialización de juegos pirotécnicos que no tuvieran fósforo blanco, mientras que la normativa distrital extendía la prohibición a todo tipo de juegos artificiales (...) Visto el contenido de las normas que el actor considera como fuentes del daño, considera la Sala que tales preceptos se limitaron a precisar y repetir lo previsto en normas anteriores tales como la Ley 9 de 1979, el Acuerdo Distrital 18 de 1989 -Código Distrital de Policía - y las Resoluciones 19703 de 1988 y 4709 de 1995 del Ministerio de Salud, tal y como pasa a verse. (...) Así las cosas, se observa con claridad que no le asiste razón al actor al considerar que fueron las normas expedidas por la Administración Distrital las causantes del daño expuesto en el libelo, toda vez que el decomiso de juegos pirotécnicos se encontraba establecido como sanción para aquellos expendedores que no cumplieran con el lleno de los requisitos para su comercialización o para quienes incurrieran en alguna de las conductas prohibidas en aquellas preceptivas, razón por la cual, no le asiste razón al demandante al considerar que el Alcalde mayor carecía de competencia para reglamentar la actividad pirotécnica.”

**e. Responsabilidad del Estado por falla en el servicio por violación al domicilio en procedimiento de incautación de material pirotécnico y juegos artificiales**

**Extracto:** “Precisado lo anterior, debe señalarse que los hechos de la demanda en el presente caso se contraen a que el actor fue objeto de una incautación de fuegos artificiales y juegos pirotécnicos que tenía almacenados en su domicilio, actuación que consideró arbitraria toda vez que, por una parte -afirmó-, se basó en decretos expedidos por el Alcalde Mayor sin tener competencia para hacerlo y, de otra, por cuanto el agente de policía encargado de llevar a cabo el procedimiento, no indicó en forma alguna cuáles eran las normas legales en las cuales basaba su incautación. (...) En cuanto a los decretos 755, 791 de 1995 y 120 de 1996, observa la Sala que en parte alguna de ellos se contempla la posibilidad de realizar allanamientos con el fin de incautar el material pirotécnico, todo lo cual lleva a la sala a concluir que ninguna de las normas que reguló lo concerniente al uso,

comercialización y distribución de artefactos pirotécnicos previó la posibilidad de la violación del domicilio para efectos de hacer cumplir los mandatos en ellas previstos, previsión que resultaba armónica con la regulación de la ley penal que, en el artículo 343 del C.P.P vigente en aquella época, reguló lo concerniente al allanamiento para permitir su procedencia únicamente cuando mediara orden de **funcionario judicial**. Así lo reguló: “**ARTICULO 343. Allanamiento, procedencia y requisitos. Cuando hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentre alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario judicial ordenará en providencia motivada, el correspondiente allanamiento y registro. “La providencia a que se refiere el inciso anterior no requiere notificación”.** (...) La protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que tiene su desarrollo en la norma que viene de transcribirse, fue explicada por la Corte Constitucional en sentencia C-024-94 en la que se consideró que el domicilio representa uno de los principales baluartes del Estado de Derecho y, en ese entendido, su limitación únicamente puede obedecer a eventos consagrados expresamente en la Ley. Así lo explicó la Corte: “*La libertad personal y el domicilio así entendido son entonces en gran medida presupuesto de todas las demás libertades y derechos: quien no goza de la libertad personal, por estar detenido o retenido contra la propia voluntad no puede gozar de los otros derechos y libertades. Por eso los requisitos constitucionales para limitar uno u otro derecho son estrictos. Así, de conformidad con el artículo 28 constitucional, son tres los requisitos exigidos a las autoridades para reducir a prisión o arresto a una persona o para registrar su domicilio: a) La existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) El respeto a las formalidades legales; y c) La existencia de un motivo previamente definido en la ley.* (...) Ahora bien, de forma excepcional, la ley consagró casos en los cuales existe la posibilidad de realizar limitaciones a la libertad y al domicilio sin que medie de manera previa la mentada orden judicial, sin embargo dichas circunstancias se limitan únicamente a los casos de flagrancia y se autoriza únicamente a las autoridades que ejerzan funciones de policía. (...) Como puede verse, la norma contemplaba dos requisitos concurrentes para la procedencia de la práctica de un allanamiento sin orden judicial. I) **Que se trate de la comisión de un delito en circunstancia de flagrancia**, y II) **Que debe ser efectuado por autoridades investidas de la calidad de Policía Judicial.** (...) Significa lo anterior que normativamente se encuentran taxativamente establecidas las autoridades que ejercen funciones de policía judicial, las cuales no pueden entenderse asignadas a un organismo en particular, sino a funcionarios expresamente delegados y de las entidades expresamente contempladas en la norma. Descendiendo lo anterior al caso concreto, se tiene que efectivamente los testimonios recaudados dentro del proceso son consistentes en señalar que un número considerable de agentes de policía realizaron un operativo con el fin de incautar el material pirotécnico que el señor MUNEVAR CABALLERO almacenaba en su residencia, tal decomiso es aceptado por los propios policiales quienes certificaron la existencia del operativo aunque en la constancia aportada en su parte final se afirmó que el actor entregó dicho material pirotécnico a la estación de policía. Esta circunstancia que -se repite- se halla debidamente acreditada en el proceso y respecto de la cual ninguna explicación satisfactoria ha sido dada por la demandada, lleva a que la Sala considere que se encuentra acreditada la falla en el servicio alegada en la demanda, pues la conducta del señor MUNEVAR CABALLERO no era constitutiva de delito, sino que se trataba de una mera contravención, visión bajo la cual, no era posible para las autoridades realizar una diligencia de allanamiento como la que en este caso se produjo.”

[Sentencia de 21 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1998-02034-01\(21986\) MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Reparación Directa](#)

4. Se condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en una acción de reparación directa, a pagar los perjuicios materiales causados, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, a una sociedad comercial por el pago que hiciera ésta de los tributos establecidos mediante el Decreto 650 de 1996 expedido por el Presidente de la República, que imponía el pago del impuesto de registro sobre el aumento del capital societario suscrito, toda vez que, la norma

sustento del tributo fue declarada nula por la jurisdicción contenciosa por exceder las potestades reglamentarias

**Síntesis del caso:** El Presidente de la República, el 3 de abril de 1996, mediante Decreto 650 de ese año, reglamentó parcialmente la Ley 223 de 1995, al establecer el impuesto del registro a la inscripción o reforma de las sociedades, así: “ARTICULO 8o. Base gravable en la inscripción de contratos de constitución o reforma de sociedades y otros actos. Para los actos, contratos o negocios jurídicos que se relacionan a continuación, el impuesto de registro se liquidará así: (...) b). En la inscripción del documento sobre aumento del capital suscrito o de aumento de capital social, el impuesto se liquidará sobre el valor del respectivo aumento de capital; (...)”. Con ocasión de la disposición reglamentaria, la Sociedad Makro de Colombia S. A., aumentó su capital, realizando el correspondiente registro ante la Cámara de Comercio, el 16 de septiembre y el 24 de octubre de 1996, en consecuencia, canceló el valor del impuesto con base en la norma antes citada. Posteriormente, para el 21 de septiembre de 1998, el Consejo de Estado declaró la nulidad del aparte “aumento del capital suscrito o de” del literal b) del artículo 8º de ese decreto, por cuanto el ejecutivo excedió las facultades reglamentarias en esta materia. De conformidad con lo anterior, la Sociedad Makro S.A. interpuso acción de reparación directa para solicitar el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados en virtud de la disposición reglamentaria declarada nula.

**a. Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los administrados como consecuencia de la expedición de un acto administrativo general que crea una obligación tributaria y es posteriormente anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**

**Extracto:** “La jurisprudencia de esta Sección ha encontrado fundamento jurídico suficiente en la falla en el servicio en la cual se traduce el ejercicio de la potestad normativa de la cual se hallan investidas las autoridades administrativas, cuando tal facultad se ejerce de forma contraria a la Constitución y/o a la ley, para sostener que resulta procedente reclamar, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, la indemnización de los perjuicios respectivos e, incluso, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos en los cuales esa irregular expedición de normas generales, impersonales y abstractas ocasiona, de forma directa —vale decir, sin que medie el proferimiento de un acto administrativo de alcance individual, en cuyo caso la reparación del daño pendería de la anulación del correspondiente acto de efectos singulares y concretos—, daños antijurídicos a alguna persona, en la anotada dirección, mediante auto calendaro el 15 de mayo de 2003, la Sala precisó: **“Origen del daño aducido por el actor. Algunos actos administrativos, como se dijo, se traducen en un sacrificio en la esfera de actuación personal o en el patrimonio de los particulares. Por lo general, los administrados resultan asumiendo una posición de sacrificio cuando la administración cumple funciones para proveerse de recursos. En efecto, si la administración necesita medios para el cumplimiento de las finalidades que el legislador y el constituyente le han impuesto y tales medios deben provenir de la comunidad, su obtención, supondrá un sacrificio: “sacrificio es realizar una prestación personal obligatoria, soportar una expropiación... y contribuir con las cargas públicas mediante el pago del impuesto”. En esos casos, sin duda, se genera un perjuicio que habrá de considerarse jurídico en tanto el particular está obligado a soportarlo en cumplimiento de sus deberes constitucionales (artículo 95 C.P.) y en obediencia de los mandatos legales o administrativos que los desarrollen en cada evento concreto. (...) Así pues, el actor, obediendo la imposición de un tributo departamental contenido en la Ordenanza 044 de 1998, pagó lo que correspondía mientras tal Ordenanza estuvo vigente, soportando un perjuicio que, durante la vigencia del acto, se reputó jurídico, pero cuya antijuridicidad quedó delatada con la declaración de nulidad de dicha ordenanza en sede judicial, declaración que privó de legitimidad a los efectos ya generados e impidió que produjera otros en la medida en que la expulsó de la vida jurídica. El perjuicio aducido por el actor, tal como se deriva de su planteamiento, se causó con la aplicación de la Ordenanza 044 de 1998, y su antijuridicidad se derivó de su declaración de nulidad proferida por el Consejo de Estado.”**”



b. Procedencia excepcional de la acción de reparación directa frente al daño causado directamente con el acto administrativo general que es declarado nulo

**Extracto:** *“Habiendo decisión judicial sobre la ilegalidad del acto en virtud del cual el actor sufrió - según dice- el detrimento patrimonial que pretende se le repare, en otros términos, habiendo operado la institución de la cosa juzgada respecto de la ilegalidad del acto, él ha dejado de existir como objeto de cualquier acción que pretenda su nulidad, de manera que los daños causados por tal acto, “debidamente acreditados en cuanto a su ocurrencia y cuantía, habilitan al perjudicado para demandarlos por la cuerda propia de la acción de reparación directa”, (...) En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo ilegal cuando tal ilegalidad ha sido declarada judicialmente, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por ello, la demanda no podía ser rechazada”. (...)* La Sala ha precisado que la responsabilidad extracontractual del Estado puede provenir de un acto administrativo que ha sido declarado ilegal, en la medida en que dicha declaratoria reconoce la anomalía administrativa presentada. Procedencia de la acción, que sólo tiene lugar cuando quiera que entre el daño antijurídico causado y el acto administrativo general no media acto administrativo particular que pueda ser atacado en sede jurisdiccional.”

c. Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de nulidad de un aparte del liberal b) del artículo 8° del Decreto Reglamentario 650 de 3 de abril de 1996

**Extracto:** *“Resulta pertinente traer a colación lo sustancial de los fundamentos con base en los cuales la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la nulidad del aparte que a continuación se subraya de la letra b) del artículo 8° del Decreto reglamentario 650 de abril 3 de 1996, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 223 de 1995”, acto administrativo general de cuya eficacia –según lo aducen los accionantes– se derivaron los perjuicios que solicitan les sean indemnizados en el presente proceso; el segmento normativo en cuestión, conviene reiterarlo, establece lo siguiente: “En efecto, se observa que el artículo 226 inciso 1° de la ley 223 de 1995, como ya se precisó, se refiere a los actos que de conformidad con las “disposiciones legales” deban registrarse, y que dichas disposiciones legales contenidas en los artículos 26 y 28-10 del Código de Comercio, establecen que solamente mediante “ley”, (la expedida por el Congreso en desarrollo de lo previsto en el art. 150 de la Carta), es posible ordenar la inscripción en el registro de determinadas personas y actos. Por consiguiente, pretender derivar de un decreto reglamentario, como lo es el 1154 de 1984, el fundamento “legal” del registro como lo pretende la norma acusada, desborda en forma ostensible el marco de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189-11 de la Carta. No sobra hacer notar que el artículo 376 del Código de Comercio, al que hace referencia el decreto reglamentario 1154, en parte alguna de su texto consagra obligación de registrar acto, contrato ni negocio jurídico alguno y por lo mismo no es de aquellos textos legales a los que se refiere el artículo 226 de la ley 223 de 1995 en relación con el hecho generador del impuesto de registro, ni a los contenidos en los artículos 26 y 28-10 del Código de Comercio, así como lo precisó el Ministerio Público (...) Las anteriores razones son suficientes para acceder a las súplicas de la demanda, ante la evidente violación del artículo 226 de la ley 223 de 1995 por parte del acto acusado, que adicionalmente también desconoció el artículo 338 de la Constitución, al pretender establecer un nuevo hecho generador del impuesto de registro mediante un decreto reglamentario expedido por el Gobierno Nacional, sin tener en cuenta que la facultad impositiva reside en el legislador. Además, la exigencia de la consagración legislativa es más comprensible aún si se tiene en cuenta que se está en presencia de un impuesto departamental que obligatoriamente debe derivarse de la ley, en la forma ordenada en el art. 338 de la Constitución”. (...) Los apartes transcritos y destacados del fallo en mención dejan ver a las claras que existía una evidente contradicción entre el precepto reglamentario que consagraba la obligación tributaria de marras y la Constitución Política, junto con la Ley 223 de 1995, circunstancia que hace evidente, por las razones expuestas en el presente pronunciamiento, que en el asunto *sub examine* ocurrió una falla en el servicio consistente en ejercer la potestad reglamentaria, por parte del Gobierno Nacional, en cuanto se ejerció de manera contraria a la Constitución y a la ley. El acto*

administrativo general producto de la referida falla en el servicio, adicionalmente, es la fuente directa —en el sentido de que no mediaron actos administrativos de alcance individual que pudieren haber sido demandados a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho— de los daños cuya reparación reclama la parte actora, por manera que el cauce procesal elegido por la demandante, vale decir, el de la acción de reparación directa, fue el correcto, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sección. En este orden de ideas, probados como se encuentran en el expediente los pagos efectuados por la sociedad demandante —daño—; la expedición del Decreto 650 de 1996 por el Gobierno Nacional —actuación contraria a Derecho desplegada por una autoridad pública— y la declaratoria en firme de nulidad del mismo en el aparte referido —falla en el servicio—, así como el nexo causal entre ésta y el daño en comento, concurren en el *sub lite* los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en el título jurídico de imputación consistente en la falla en el servicio.”

[Sentencia de 23 de febrero de 2012. Exp. 25000-23-26-000-2000-01907-01\(24655\) MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Acción de Reparación Directa](#)

**5. El Consejo de Estado condenó al Ministerio de Defensa - Policía al pago de los daños y perjuicios sufridos por la muerte de un abogado, por faltar a la obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima, con ocasión de la actividad profesional que ejercía**

**Síntesis del caso:** El 16 de junio de 1995, el señor Javier Alberto Barriga Vergel, abogado en ejercicio, cuando se desplazaba camino a su oficina en carro particular fue abordado por dos sujetos que se desplazaban en motocicleta y que le propinaron varios disparos ocasionándole la muerte. Según la investigación penal adelantada, se demostró que el señor Barriga Vergel había enterado a las autoridades de policía sobre amenazas y acciones sospechosas en contra de su seguridad, sin embargo, no recibió esquema de seguridad o protección especial.

**a. El derecho a la seguridad personal de ciertos actores sociales en el marco del conflicto armado interno**

**Extracto:** “Antes de abordar la determinación del daño antijurídico y el juicio de imputación, y teniendo en cuenta las particularidades del asunto, la Sala debe abordar el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, que como los abogados, hacen parte del sistema democrático y pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indiciariamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos. (...) La premisa, en la que se sustenta la Sala, indica que a actores como los abogados, y específicamente aquellos que ejercen la profesión en la defensa técnica u oficiosa de determinados delitos relacionados con el conflicto armado [rebelión, sedición, etc.], les es aplicable el principio democrático de manera que puedan ejercer su profesión libremente, en igualdad de condiciones y en el marco del respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos. (...) La aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida, (...) Teniendo en cuenta el alcance del derecho a la seguridad personal, cuyo sustento se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en lo consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos [Pacto de San José] y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el precedente jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida. (...) En la actualidad, la tutela del derecho a la seguridad personal se encuentra positivado en lo consagrado en los artículos 81 de la ley 418 de 1997, de la ley 548 de 1999 y en la ley 782 de

2002, según las cuales “el Gobierno Nacional - Ministerio del Interior y de Justicia-, pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado interno”. Así mismo, en virtud del decreto 2816 de 2006 se “diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia”, se establece que la “población objeto del programa está constituida por los dirigentes o activistas de grupos políticos, (especialmente de grupos de oposición), de organizaciones sociales, cívicas, comunales, gremiales, sindicales, campesinas, de grupos étnicos, de Derechos Humanos, de población en situación de desplazamiento; miembros de la misión médica; testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de Infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos; periodistas y comunicadores sociales; Alcaldes, Diputados, Concejales, Personeros; funcionarios o ex funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional”.

#### b. Aplicación del Principio *iura Novit Curia*

**Extracto:** “La Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. Así que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.”

#### c. Falla en el servicio de protección y seguridad

**Extracto:** “En una primera etapa, en la sentencia de la Sección Tercera de 17 de febrero de 1983, se plantearon varios fundamentos: i) cabe endilgar la responsabilidad por la abstención o inercia; ii) desde finales de los años treinta [1937] la Corte Suprema de Justicia afirma que cabe establecer la responsabilidad por la inejecución de obligaciones positivas, lo que se concretó en un fallo de 1946 de la misma Corporación hablándose de dos supuestos: por omisión de un acto; o, por falta de intervención o de iniciativa ante deberes jurídicos positivos; iii) pese a lo anterior, se firmó que no hay responsabilidad cuando el funcionario competente necesita requerimiento para actuar. A lo que se agregó que si la ley lo ha reglamentado “resulta ineludible el formal requerimiento; iv) para establecer la falla del servicio es indispensable acreditar que se pidió la protección policiva. Luego, consideró el precedente, el Estado no asume una obligación de resultado, de seguridad. Se insiste, pues, que es imprescindible haber pedido protección ante amenazas fundadas y razonados temores; se demostró que los hechos, el homicidio del magistrado, fue ajeno a la natural aprehensión que debía tener el que temía un peligro inminente. Dentro de este precedente cabe destacar el salvamento presentado por el Consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo, en el que se sostuvo: i) en este tipo de asunto se produce la tensión entre la salvaguardia de la forma sagrada y la premisa “darle a cada cual lo suyo”; ii) la protección que merece todo individuo debe estar cerca; iii) debe estarse presto a actuar ante las primeras señales de perturbación; iv) en circunstancias anormales o excepcionales la autoridad no puede esperar que se cumpla con el requerimiento; v) ante una época de terror y angustia, “cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social”, todo ciudadano puede esperar la solidaridad; vi) la protección debe ser acorde con los riesgos propios de la actividad que cada individuo cumple; vii) frente a un estado de zozobra se extremen los riesgos y debe ampliarse la protección de aquellas personas que dirigen el Estado, y; viii) a la víctima no cabe endilgarle culpa por no haber protegido, o pedir la protección con todas las formalidades. En el segundo precedente, constituido por la sentencia de la Sala Plena de 12 de julio

de 1988 que resolvió el recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 17 de febrero de 1983, se sostuvo: i) el Estado se encontraba en la posibilidad de proteger a la víctima, aunque expresamente no se haya pedido; ii) la autoridad dejó de actuar, al haber permitido que otro destruyera sus bienes, o lo despojara de los mismo; iii) no es necesario averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que el particular tenía; iv) ante un ambiente de zozobra, confusión e inestabilidad las autoridades deben proceder a dar protección, sin que haya lugar a exigir un requerimiento concreto y específico; v) se constató que no se puso medio alguno al servicio de la víctima que enfrentaba una situación especial de riesgo; vi) la protección a la vida honra y bienes no es estática; vii) las autoridades policiales no son simples sujetos pasivos, que demandan la petición de protección del miembro de la comunidad que la necesita; viii) debe observarse el deber positivo de permanente alerta, teniendo en cuenta las circunstancias de cada momento; ix) el Estado debe tomar “la acción cuando la situación azarosa de perturbación lo aconseje respecto de una o de determinadas personas, teniendo en cuenta la influencia que esa circunstancia obre sobre cada una, por la posición que ocupan en la vida social”; x) para el caso, la información de prensa permitió al juez concebir que las autoridades policiales debía volver su atención, cuidado y protección a la víctima; xi) al sobrevenir circunstancias extraordinarias se exige presencia especial de la autoridad; xii) el Estado es responsable “cuando el desorden causado por el daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo”; xiii) la situación de riesgo puede estar determinada por alguna de las circunstancias excepcionales siguientes: posición intuitu personae “teniendo en cuenta sus condiciones personales y sociales”; ejercicio de cargos; antecedentes de persecución o de atentados criminales; tratarse de un medio anómalo; perturbación del orden público en el que la persona se desenvuelve; xxii) ante tales situaciones se afirma como imperativo que la actividad estatal se dirija a prestar una especial protección. (...) Finalmente, la Sub-sección C en la sentencia de 31 de enero de 2011 [Exp.17842], planteó cinco criterios para valorar la falla del servicio con base en la cual cabe endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado: i) que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos había “conocimiento generalizado” de la situación de orden público de una zona, que afectaba a organizaciones y a las personas relacionadas con éstas; ii) que se tenía conocimiento de “circunstancias particulares” respecto de un grupo vulnerable; iii) que existía una situación de “riesgo constante”; iv) que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía, y; vi) que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño.”

#### d. Prueba indiciaria

**Extracto:** “Con base en lo anterior, cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar que se verifican las situaciones de riesgo en las que se encontraba el abogado Barriga Vergel y la omisión en el deber de proteger la seguridad personal del mismo, bien sea por la afirmación de la posición de garante institucional, o bien porque se creó una situación de riesgo objetiva por las actuaciones propias del Estado.”

#### e. Criterios para establecer la falla en el servicio de protección y seguridad a partir de la prueba indiciaria

**Extracto:** “Para el examen, la Sala de Sub-sección en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de amenazas a la seguridad personal del abogado Javier Alberto Barriga Vergel: 1) La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). 2) Antecedentes de persecución o de atentados criminales. 3) Las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el abogado Javier Alberto Barriga Vergel. 4) La circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte violenta del abogado Javier Alberto Barriga Vergel y de las investigaciones adelantadas por el mismo.”

#### f. Falla en el servicio de protección de abogado que ejercía la defensa de presos políticos

**Extracto:** “De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) que uno de los teléfonos que tenía registrado el abogado Barriga Vergel fue interceptado por Resolución de un Fiscal Regional Delegado, al presumirse que el abogado sostenía diálogos relacionados con actividades subversivas de miembros de las FARC. Después de la interceptación se arrojó como resultado que se trataba de una oficina de abogados en la que no se sostenían o realizaban tratos ilícitos, por lo que se procedió en julio de 1994 a desinterceptar (sic) la línea telefónica; ii) de acuerdo con las anotaciones de la inteligencia militar, se señaló que el abogado Javier Alberto Barriga Vergel era miembro de la red de apoyo de un grupo armado insurgente [ELN], y que gestionó la defensa de algunos miembros de dicho grupo capturados en febrero de 1991 en Saravena (Arauca); iii) se certificó que el abogado Barriga Vergel actuó en procesos por delitos como homicidio y rebelión; iv) el mencionado abogado no registraba antecedentes penales, judiciales, ni de policía; v) según lo manifestado por el Vice-Fiscal General, de la época, las organizaciones no gubernamentales plantearon que las presuntas informaciones de las actividades delictivas de ciertas organizaciones del crimen debían ponerse en conocimiento de las autoridades competentes; vi) el Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander informó que en los archivos de la institución no se encontraba radicada ninguna solicitud expresa de protección especial para el abogado Javier Alberto Barriga Vergel; vii) se allegó un “panfleto” presuntamente elaborado por una organización al margen de la ley denominada “COLSINGUE”, en la que se vertió amenaza genérica contra los abogados que defendían los intereses de los grupos armados insurgentes, lo que fue ratificado en la denuncia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas, Seccional Norte de Santander y, en la comunicación que la Asociación Nacional de Abogados Litigantes, Seccional Cúcuta [de 2 de septiembre de 1994], dirigida a la Comisión Andina de Juristas en la que se indicó que el 31 de agosto de 1994 se hizo público que el grupo al margen de la ley COLSINGUE amenazó a todo abogado, a partir del 1 de septiembre de 1994, dedicado a la defensa de casos de rebelión, extorsión, chantaje, narcotráfico o delitos contra la seguridad política del Estado. Se dijo, por la mencionada Asociación que el documento del denominado grupo “COLSINGUE” hizo circular reposaba en manos del Procurador Delegado para los Derechos Humanos; viii) el 16 de junio de 1995, aproximadamente a las 8:30 de la mañana, el abogado Javier Alberto Barriga Vergel fue objeto de un atentado, frente al edificio del Seguro Social, por dos sujetos que se movilizaban en motocicleta. En ese momento se encontraba acompañado por Luz Stella Robles Cermeño, quien resultó herida. En el momento del atentado, dos agentes de la SIJIN que se encontraban por la zona intentaron responder y perseguir a los presuntos autores del homicidio; ix) la Corporación Colectivo de Abogados cursó derecho de petición a la Presidencia de la República con ocasión del homicidio del abogado Javier Alberto Barriga Vergel; x) la Procuraduría General de la Nación, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, el 29 de junio de 1995 ordenó abrir una investigación preliminar para determinar si en el homicidio del abogado Barriga Vergel hubo participación de servidores del Estado; xi) la investigación por el homicidio del abogado Barriga Vergel se inició de oficio con el acta de levantamiento por la Fiscalía Tercera de la Unidad de Reacción Inmediata. Se practicaron diversas diligencias y pruebas. Dentro de la información allegada se dijo que el presunto autor del homicidio era un ex - oficial de apellido Vargas que estuvo preso en la cárcel modelo de Cúcuta. Con el acervo probatorio del que tiene constancia la Sala se tuvo como presunto sindicado del crimen al ex - Teniente Carlos Antonio Vargas Aldana. Con relación a dicha investigación, la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia solicitó, el 30 de junio de 1995, información acerca de las investigaciones que se adelantaron por el homicidio del abogado Barriga Vergel; xii) el Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en providencia del 5 de diciembre de 1995, sostuvo que el atentado contra el abogado Barriga Vergel radicaba en las actividades que desarrollaba como apoderado de personas privadas de la libertad por delitos políticos. Así mismo, que no fue el primer caso, ya que compañeros del mencionado abogado señalaron que hubo otros casos de miembros de su organización política amenazados y que sufrieron atentados. Se destacó la circunstancia de que numerosos abogados litigantes fueron objeto de amenazas, lo que creó un clima de zozobra. A lo anterior, el Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, por comunicación de 27 de febrero de 1996, agregó que el homicidio del abogado Barriga Vergel se cometió como una serie más de los



delitos destinados a coartar la libertad de opinión política, y por su ejercicio de defensa de presos políticos.”

**g. El hecho del tercero no es eximente plena de responsabilidad cuando se afirma la posición de garante institucional**

**Extracto:** “Cabe señalar que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, frente al cual era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva o única, y determinante, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el abogado Barriga Vergel y, el deber positivo de protección de la seguridad personal de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la existencia de una obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía.”

[Sentencia de 18 de enero de 2012. Exp. 54001-23-31-000-1997-02780-01\(19959\). MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa](#)

\* Con aclaración de voto de los doctores Enrique Gil Botero y Olga Mérida Valle de De la Hoz

\* **Nota de Relatoría:** Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expedientes Nos. 13232 y 15646.

\* **Aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero**

**a. La falla del servicio como título jurídico de imputación y el principio de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales**

**Extracto:** “Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones: **2.1. Título jurídico de imputación del daño.** (...) la Sala evidencia la construcción de una línea de jurisprudencia a partir de la cual, la falla del servicio se erigiría como el único título de imputación, en aras de evitar que la institución de la responsabilidad se convierta en una “herramienta de aseguramiento universal”. (...) Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado. (...) En efecto, los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública -a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad- sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal. De allí que, las afirmaciones que se realizan en el fallo desconocen un principio que se trasunta de las construcciones teóricas que se han desarrollado por esta Corporación desde 1947, según el cual, se itera, el Estado puede desencadenar daños antijurídicos con su comportamiento lícito y legítimo, bien porque introduce un riesgo a la sociedad que concreta un daño o porque con su comportamiento adecuado y legal rompe de manera grave el principio de igualdad frente a las cargas públicas. En ese orden de ideas, no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención

a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario. En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas. (...) **Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral.** (...) es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia. (...) En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646. (...) En esa perspectiva, la única 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, razón por la cual 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. Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, pues al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad. Ahora bien, por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, toda vez que si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir -a diferencia de lo sostenido por el proyecto-un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.”

**\* Aclaración de voto de la doctora Olga Mélida Valle de De la Hoz**

**a. Falta de prueba suficiente que acredite la falla en el servicio. La actividad de los abogados defensores de miembros de la subversión o defensores de los derechos humanos y a las personas relacionadas con éstas, por sí sola no conllevaba una protección especial**

**Extracto:** “La Sentencia de segunda instancia revoca la sentencia y accede a las pretensiones de la demanda, por considerar que durante el periodo que comprende el presente proceso, los defensores de derechos humanos como era el caso del abogado Barriga Vergel, quien en su ejercicio profesional se dedicaba a actuar en causas o procesos por rebelión de múltiples personas, alguna de las cuales estaban sindicados de pertenecer a grupos guerrilleros, estaba en una situación de riesgo constante, pues fueron víctimas de amenazas e intimidaciones contra su vida e integridad física debido a la actividad que desarrollaba, y que en este caso se evidencia la falla del servicio por omisión en la protección de una persona, para el caso concreto del abogado Javier Alberto Barriga Vergel. En nuestro criterio en el presente caso no hay prueba suficiente en el expediente que demuestre la falla del servicio del Estado en la protección del doctor Barriga Vergel. Es evidente que el daño antijurídico para ser imputable a la entidad demandada Nación -Policía Nacional, debe estar debidamente probado y no se le puede achacar esa responsabilidad al Estado so pretexto que como el abogado manejaba o defendía personas vinculadas a la subversión ello ameritaba una protección especial por parte del Estado, pues es evidente que el ejercicio profesional conlleva unos riesgos, más cuando para la época de los hechos era de público conocimiento la grave situación de orden público en el País., que afectaba directamente a toda la comunidad, sin distinción de clases y profesiones. El hecho de que el abogado defendiera a miembros de la Subversión, no son demostrativos de que la vida del señor Barriga Vergel, estuviese peligrando, menos aún (sic) cuando este no había solicitado protección a las autoridades, en este caso a la Policía Nacional y esta se

hubiese rehusado a brindársela; pero de allí a entender que como la situación de orden público en la región era un hecho notorio que afectaba directamente a los abogados defensores de miembros de la subversión o defensores de los derechos humanos y a las personas relacionadas con éstas, esa circunstancia por sí sola no conllevaba una protección especial al doctor Barriga Vergel por parte de la Policía Nacional”.

**6. El Consejo de Estado declaró administrativa y patrimonialmente responsable al municipio de Cali - Instituto de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - INVICALI -, con ocasión de las lesiones causadas a un trabajador quien sufrió una electrocución cuando se encontraba realizando actividades propias de su cargo como cadenero. Se ordenó la indemnización de perjuicios morales y materiales y por daño a la salud**

**Síntesis del caso:** Siendo las 11:00 a.m. del 4 de mayo de 1994, Carlos Arturo Vargas Oviedo se encontraba realizando actividades propias de su cargo como cadenero del INVICALI y, en el momento en que se disponía a medir una línea de alta tensión, “hizo masa con una caña menuda provocando el impacto causante del accidente”, lo que le ocasionó una incapacidad laboral permanente parcial del 6%.

**a. Acción de reparación directa. Casos en los que procede por una lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad**

**Extracto:** “La Sala ha precisado que la acción de reparación directa no es el medio procesal adecuado para solicitar la indemnización de los daños surgidos por causa o con ocasión de la relación laboral, “toda vez que los denominados accidentes de trabajo o enfermedades profesionales no corresponden al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado sino de una obligación determinada por la existencia previa de una relación laboral entre la entidad pública respectiva y el funcionario afectado, que se rige por disposiciones especiales” No obstante, también ha señalado que esa acción es procedente cuando “se trata de la indemnización de perjuicios causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad (...) la Sala ha reiterado su competencia en consideración a que “la responsabilidad que se demanda está referida únicamente a los perjuicios sufridos directamente por los parientes del trabajador, como terceros ajenos a la relación laboral, cuya reparación, como se ha visto, puede exigirse ante esta Jurisdicción porque su fuente es extracontractual, porque la entidad cuya responsabilidad se pretende es de carácter estatal y porque la indemnización que se reclama no corresponde a las prestaciones derivadas del vínculo laboral” (...) La acción de reparación directa resulta procedente no sólo cuando es ejercitada por terceros ajenos a la relación laboral como arriba se señaló, sino también cuando el daño se imputa con fundamento en la ocurrencia de “hechos que exceden los riesgos propios de la actividad” en cuyo caso puede demandar, ante esta jurisdicción, incluso el trabajador. Así, entonces, el sujeto vinculado laboralmente al Estado está facultado para demandar la indemnización de perjuicios, a través de la acción a que se refiere el artículo 86 del C.C.A., siempre que su solicitud se sustente en hechos que excedan los riesgos propios de su actividad”

**b. La entidad demandada incurrió en una falla del servicio por omisión en la provisión de dotación y herramientas especiales e idóneas de protección para la realización de una actividad riesgosa**

**Extracto:** “Para la Sala es claro, partir de los hechos que motivaron el presente asunto, que el Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali incurrió en negligencia y falta de cuidado, toda vez que confió en poder realizar una tarea riesgosa sin consecuencia alguna y asumió tal responsabilidad, de manera que no procuró la suspensión del servicio de electricidad en el lugar donde Carlos Arturo Vargas sufrió el accidente, hecho que, sin lugar a dudas, permite evidenciar la materialización del riesgo en la causación del daño antijurídico que, en efecto, la parte demandante no estaba en el deber de soportar. Se tiene entonces que, en el caso concreto, se configuró la falla

del servicio por parte del INVICALI, toda vez que no aprovisionó a Carlos Arturo Vargas Oviedo de la dotación y herramientas especiales de protección idóneas para la realización de la actividad riesgosa a él impuesta, y tampoco adoptó las medidas necesarias para disminuir, en la medida de lo posible, las probabilidades del acaecimiento de un suceso lamentable como el sometido a estudio, como era, por ejemplo, solicitar - se insiste - la suspensión temporal del servicio de energía. Ahora bien, es preciso señalar que no le asiste razón al a quo en cuanto aseguró que el trabajador asumió los riesgos propios de su oficio, como persona encargada del manejo y mantenimiento de las redes eléctricas, pues es claro que, de acuerdo con las funciones asignadas a Vargas Oviedo como cadenero de INVICALI, no tenía el deber de manipular y hacer mantenimiento a los sistemas de transmisión de energía eléctrica, máxime cuando a partir de la naturaleza y atribuciones de la entidad demandada, tampoco es posible determinar que este trabajo sea inherente a ella. En suma, es claro que a la víctima se le sometió a un riesgo ajeno a los propios de su labor y, por lo tanto, habrá lugar a revocar la sentencia recurrida y a declarar la responsabilidad del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali, por las lesiones padecidas por el señor Carlos Arturo Vargas Oviedo, en hechos del 4 de mayo de 1994.”

[Sentencia de abril 11 de 2012. Exp. 76001-23-25-000-1996-02120-01\(20756\) MP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Acción de Reparación Directa](#)

**7. Se declaró que la Industria Licorera del Huila incumplió el contrato suscrito el 28 de febrero de 1991 con el señor Luis Felipe Conde y la señora Blanca Inés Bernal Quintero, propietarios del establecimiento de comercio “Almacén y Taller Cheviauto”, cuyo objeto era la instalación y montaje de un sistema de transportadores para el manejo de cajas y envases en la licorera. El Consejo de Estado revocó el numeral tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver al llamado en garantía, al no comprobarse que actuó con culpa grave o dolo**

**Síntesis del caso:** La Industria Licorera del Huila celebró con los demandantes un contrato de compraventa con instalación de unas bandas transportadoras, pero se abstuvo de ejecutarlo por considerar que estaba viciado de nulidad, al carecer el gerente que lo suscribió, de autorización de la junta directiva. El Tribunal declaró el incumplimiento del contrato, condenó a la entidad demandada a indemnizar los perjuicios y al llamado en garantía a reembolsarle a ésta el 50% de dicha condena. No obstante, al resolver el recurso de apelación interpuesto por este último, se concluyó que no existe prueba en el plenario en relación con el dolo o la culpa grave que permita proferir una condena en su contra.

**a. La legitimación para formular el llamamiento en garantía se encuentra en cabeza de la entidad estatal pero, por regulación normativa y jurisprudencial, el Ministerio Público también se encuentra legitimado**

**Extracto:** “Si bien es cierto la entidad estatal es quien en principio está legitimada para formular el llamamiento en garantía, por ser la acreedora legal o contractual de la obligación del llamado a responder, en caso de recaer una condena sobre ella, el Ministerio Público también lo está. El artículo 35 de la Ley 446 de 1998 -que modificó el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo-, establece las atribuciones del Ministerio Público en los procesos adelantados en la jurisdicción contencioso administrativa y entre las mismas, le otorga expresamente la de solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública (numeral 1º), por lo cual no cabe duda alguna de la facultad que en este sentido ostenta dicha parte procesal. Sin embargo, para la época en que se formuló el llamamiento en garantía en el presente proceso por parte del procurador judicial, junio de 1993, la anterior norma no existía y el artículo original del C.C.A era de otro tenor y no contemplaba en forma expresa dicha facultad en cabeza del Ministerio Público. A pesar de esta circunstancia, la jurisprudencia de la Sala consideró que, en virtud de las funciones atribuidas por la

Constitución y la ley a esta entidad, como parte dentro de los procesos judiciales, le correspondía, cuando lo considera procedente, formular tales llamamientos”

**b. No se probó que la conducta del llamado en garantía hubiera sido dolosa o gravemente culposa y que tal conducta hubiera sido la causa de una disminución patrimonial de la entidad demandada**

**Extracto:** “La Sala considera, contrario a lo afirmado por el *a-quo*, que no obran en el plenario medios de prueba que permitan afirmar que Luis Felipe Conde Lasso obró con dolo o culpa grave. (...) no encuentra la Sala cuál fue la actuación negligente e imprudente en la que pudo haber incurrido el llamado en garantía en el presente proceso, o cuáles las normas legales que de manera abierta desconoció y vulneró, teniendo en cuenta que para la adquisición del bien objeto del contrato celebrado, ya se habían adelantado por la entidad dos procesos licitatorios que hubo que declarar desiertos y que esta circunstancia permitía proceder a la contratación directa, según el régimen de contratación aplicable en este caso, hecho que fue conocido y decidido por la junta directiva, autoridad que fue quien decidió, finalmente, no dar cumplimiento ni ejecución al contrato suscrito con los demandantes.”

[Sentencia de marzo 29 de 2012. Exp. 41001-23-31-000-1992-07003-01\(20460\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Acción contractual](#)

**8. El Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 1 del Decreto 330 de febrero 5 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional - Presidencia de la República - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía y Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se modifica el Decreto 2883 de 2001 y se dictan otras disposiciones”**

**Síntesis del caso:** La ciudadana Bertha Isabel Suárez Giraldo presentó demanda y solicitud de suspensión provisional contra el artículo 1 del Decreto 330 de febrero 5 de 2009 que reglamentó la Ley 773 de 2002, como fundamento de sus pretensiones estimó que la norma demandada trasgrede los artículos 2 y 3 de la ley norma que reglamenta, por cuanto, tales normas disponen que el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación deberá hacer entrega de la totalidad de los activos destinados a la explotación de las minas de Manaure a la Sociedad de Economía Mixta denominada SAMA LTDA. Sostiene que la norma demandada dispone que los activos le serán entregados y transferidos a una Sociedad Fiduciaria, con lo cual se viola doblemente la ley, por un lado, porque la entrega no se realizará a SAMA LTDA., sino a una entidad Fiduciaria y por otro lado, porque una vez realizada la transferencia fiduciaria, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación no podrá cumplir con la obligación prevista en los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002 con relación a la entrega de los aportes.

**a. La excepción de ineptitud sustancial de la demanda propuesta por las entidades demandadas deviene improcedente**

**Extracto:** “Observa la Sala que en el acápite de “Fundamentos de Derecho” de la demanda, se indica que el decreto demandado viola los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, colmándose así el primer requisito-, como también se dice que el decreto demandado dice reglamentar la ley 773, pero en realidad la extralimita en los artículos el 2 y 3, al disponer que los activos le serán entregados y transferidos a una Sociedad Fiduciaria, violando con ello doblemente la ley, pues de un lado, la entrega no se realizará a SAMA LTDA, sino a una entidad Fiduciaria y de otro, porque una vez realizada la transferencia fiduciaria, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación no podrá cumplir con la obligación prevista en los artículos 2 y 3 de la ley 773 del 2002, con relación a la entrega de los bienes, -cumpliendo con el segundo requisito normativo-, de tal suerte que, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, planteada por el extremo demandado, no está



llamada a prosperar, asistiéndole razón al Ministerio Público, por lo que se estudiará de fondo el asunto..”

**b. El artículo 1 del Decreto 330 del 5 de febrero de 2009 vulnera los artículos 2 y 3 de la Ley 773 de 2002**

**Extracto:** “la norma enjuiciada, vulnera flagrantemente el artículo tanto el artículo 2 como el 3 y aún el 1 de la ley 773 de 2002, cuando impone al IFI, el deber de contratar con una sociedad fiduciaria un encargo fiduciario a más tardar el 31 de marzo de 2009, con el fin de que a través de ese encargo fiduciario, se sustituya íntegramente al Instituto de Fomento Industrial, IFI en liquidación, en la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure, de conformidad con la ley 773 de 2002, y las estipulaciones contractuales que se hayan convenido para el efecto, especialmente, las contenidas en la Escritura Pública número 135 del 20 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribia, Guajira, en razón a que por ministerio de la ley, la Sociedad SAMA Ltda, es la CONCESIONARIA de la producción de las sales producidas por las salinas de Manaure, y por tanto tiene la obligación legal de entregarle a dicha Sociedad, la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada las actividades de administración, exploración, explotación y comercialización de las sales producidas en las Salinas de Manaure, dentro del término señalado en los referidos artículos. Luego, el fundamento de la condición suspensiva contenida en el artículo 55 de la escritura pública 135 de 20 de diciembre de 2004, deviene inaplicable por contrariar manifiestamente los artículos 1, 2 y 3, de la ley 773 de 2002, en atención a que los derechos conferidos por dicha ley a la Sociedad SAMA LTDA, no tiene limitación, restricción o condicionamiento alguno, ni como concesionaria, ni como propietaria de la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada de las Salinas de Manaure, y por ello, la obligación que se impone al IFI, de contratar con una Sociedad Fiduciaria que la sustituya para seguir en la actividad del contrato de administración delegada, permite seguir incumplimiento el imperativo legal contenido en los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, en cuanto el IFI, a nombre de la Nación tiene la obligación de entregar de un lado la totalidad de los activos relacionados a la Sociedad SAMA LTDA, y de otro, los activos vinculados a la prestación de los servicios públicos a las administraciones municipales encargadas de su prestación, en los términos de los aludidos artículos. Mantener la legalidad de la norma enjuiciada, impediría cumplir con los compromisos del acuerdo de 1991, en claro menoscabo de los derechos constitucionales fundamentales allí reconocidos y protegidos o amparados por la Corte Constitucional no solo en sentencia de tutela, sino también de constitucionalidad, que produce efectos erga omnes y por tanto de obligatorio cumplimiento por todos, en especial por el Estado Colombiano. En suma, se declarará la nulidad del artículo 1° del decreto 330 de febrero 5 de 2009.”

[Sentencia de abril 25 de 2012. Exp.11001-03-26-000-2009-00038-00\(36664\). MP. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Acción de nulidad](#)

**9. El Consejo de Estado declaró patrimonial y solidariamente responsable a los Hospitales San Pedro de Sabanalarga (Antioquia), San Lorenzo de Liborina (Antioquia) y San Juan de Dios de Santa Fe (Antioquia), por la muerte de una madre gestante después de dar a luz; se establecieron varios indicios de falla del servicio y las entidades demandadas no los desvirtuaron**

**Síntesis del caso:** La señora Piedad Emilse Moreno Zapata, se encontraba embarazada, sus cuidados prenatales se realizaron en el Hospital San Lorenzo de Liborina, el que transcurrió sin ningún contratiempo. El 23 de julio de 1991, el médico tratante le ordenó una ecografía al considerar la posibilidad de un embarazo gemelar y con el fin de saber el sexo de los mismos, sin embargo, la señora Piedad Emilse no se la practicó por carecer de los recursos económicos y adicionalmente porque no se le advirtió su necesidad o urgencia. El 9 de agosto de 1991 a las 11:30 p.m., la gestante acudió al Hospital San Pedro de Sabanalarga, por sentirse con dolores y encontrarse en trabajo de parto, al día siguiente a la 1:00 a.m. presentó dilatación de 8 a 9 cm y altura uterina de 39 cmts. por lo que se le remitió con impresión diagnóstica de embarazo de 40 semanas, desproporción céfalo

pélvica y anillo de retracción de *bandl*, lo que ameritaba una conducta urgente como la cesárea, de allí que debía ser atendida en un nivel que contara no sólo con el equipo sino con el personal médico y paramédico necesario, y pese a ello la remisión sólo se hizo ocho horas después y a un hospital del mismo nivel, como lo es el Hospital San Lorenzo de Liborina. En ese centro hospitalario, por la complejidad del parto y por sospechar de embarazo gemelar, decidieron remitirla al Hospital Regional de Santa Fe de Antioquia, al que se correspondía atender los casos de mayor complejidad en un nivel local, pero tampoco era el indicado pues no contaba con médico obstetra, sino general. La paciente llegó a ese centro hospitalario a las 11:30 a.m. con dilatación 10; a las 12:15 nació el bebé, pero posteriormente se presenta una hemorragia que no pudieron detener, como consecuencia de la cual fallece a las 4 p.m. cuando era trasladada a un hospital de tercer nivel en la ciudad de Medellín

**a. La falta de legitimación en la causa por pasiva puede ser declarada en la sentencia definitiva, así no haya sido alegada por las partes. Artículo 164 del Código Contencioso Administrativo**

**Extracto:** “la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico - procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. En efecto, revisada la demanda y en especial los hechos de la misma, en los que se indica la participación de la parte demandada en la concreción de los daños, se advierte que el Departamento de Antioquia no prestó, ni directa o indirectamente, algún servicio a la señora Piedad Emilse Moreno Zapara, quien fue atendida, en los Hospitales de San Pedro en Sabanalarga, San Lorenzo en Liborina y San Juan de Dios en Santa Fé, entes que gozan de personería jurídica. Así mismo, no se indicó en la demanda la relación o el nexo entre el Departamento de Antioquia y los demás demandados, del cual se pueda derivar la responsabilidad del ente territorial, allí tan solo se le incluyó como demandado, pero no se explicó de qué manera se vislumbra su responsabilidad. En conclusión, se observa que el Departamento de Antioquia, de un lado no participó en los hechos que conllevaron al daño reclamado; y del otro, no se estableció algún nexo en virtud del cual deba responder por las actuaciones de las demás entidades demandadas, motivo por el que se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva.”

**b. Acreditación y configuración del daño antijurídico**

**Extracto:** “se encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, toda vez que está demostrada la muerte de la señora Piedad Emilse Moreno Zapata, de conformidad con el registro civil de defunción (fl. 57 cdn. No. 1), y en su condición de madre, hija y hermana, respecto de aquellos, lo cual constituye por sí mismo, un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, y estos perjuicios ostentan la naturaleza de ciertos, actuales y determinados, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar la existencia del daño antijurídico”

**c. Imputación del daño antijurídico. Los casos de responsabilidad médica - obstétrica no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, pero debe admitirse un indicio grave de falla del servicio, si el embarazo transcurrió en términos de normalidad y el daño se produjo por la atención médica suministrada a la paciente**

**Extracto:** “en asuntos médicos de esta naturaleza -y eventualmente en otros-, la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad. Por consiguiente, a la parte actora - en estos supuestos-, le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede

ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.(...) en el *sub lite* existen varios indicios de la falla del servicio toda vez que, en primer lugar, el embarazo transcurrió en forma normal y sólo al momento del parto y con posterioridad al nacimiento del bebé, se presentó la complicación que trajo como resultado la muerte de la paciente, a ello se le debe agregar aspectos tales como: i) la impresión diagnóstica de anillo de *bandl* y la deformidad cefalopélvica no fue descartada; ii) lo anterior era indicativo de que el procedimiento adecuado era la cesárea; iii) no se remitió a la paciente a un hospital dotado del equipo humano especializado en el tema; iv) las remisiones efectuadas fueron tardías, máxime cuando no se encuentra acreditada la supuesta recuperación de la paciente después del parto; v) el tratamiento aplicado cuando se presentó la hemorragia no fue el indicado, ya que el mioma sangrante fue una más de las impresiones diagnósticas que no se comprobó, pero nunca se determinó el origen de la hemorragia, ni se emplearon los medios adecuados para detenerla, como la embolización de las arterias hipogástricas, ligadura de las mismas, o la histerectomía; vi) no se determinó la verdadera causa de la muerte de la señora Piedad Emilse Moreno Zapata. Establecidos así los diversos indicios de falla del servicio que comprometieron la vida de la señora Piedad Emilse, se tiene que las entidades demandadas no los desvirtuaron, por lo que el daño antijurídico les es imputable”

[Sentencia de marzo 14 de 2012. Exp.: 05001-23-25-000-1993-01041-01\(21962\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. Acción de reparación directa](#)

\* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

\* Aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**a. Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a las competencias y capacidad de la Secretaría Seccional de Salud del Departamento de Antioquia**

**Extracto:** “Desde la perspectiva del caso concreto, y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en el año 1991, la Sala debía haber estudiado la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaria Seccional de Salud del Departamento de Antioquia desde la argumentación insuficiente que no se participó en los hechos, o en la falta de nexo con las actuaciones que le son asignadas, sino que cabía examinar lo contenido en los decretos 3224 de 1963 y en el decreto 1499 de 1966. En especial la última norma, aplicable para la época de los hechos, determinaba que el servicio de salud pública estaría a cargo del Ministerio de Salud Pública y de los “Servicios Seccionales de Salud” (artículos 2 y 4), funcionando éstas últimas como una “dependencia técnica del Ministerio de Salud Pública” (artículo 6). Con base en lo anterior, cabía examinar si podía afirmarse que pudiendo estar legitimada en la causa por hecho la Secretaría Seccional de Salud, no así materialmente por no entenderse que la prestación directa del servicio de salud estaba en cabeza de dicha entidad.”

**b. El fundamento de la imputación no está en la falla derivada del diagnóstico de la intervención (quirúrgica-pos quirúrgica)**

**Extracto:** “el juicio de imputación de la falla en el servicio médico no radicaba en el diagnóstico, sino en el momento de la intervención, ya que es diferente el argumento según el cual existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente, lo cual se hubiera establecido con el empleo de diferentes medidas (diagnósticas, terapéuticas, quirúrgicas), y no una sola. El daño a “establecer debe partir del análisis del acto médico como actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (preventiva) el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post-quirúrgica y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)”. A lo anterior, cabe agregar que cuando se trata de embarazo normal y el daño se causa durante el parto o momento del alumbramiento “la responsabilidad tiende a ser objetiva, al

surgir una obligación de resultado, teniendo en cuenta que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología”. Luego, era “indispensable demostrar la práctica o no de los exámenes para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (v.g., monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre pese a que se presentó en el servicio de la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, y teniendo en cuenta que su estado de salud ameritaba la atención de urgencia, no se produjo de manera oportuna”. Y como no se prestó oportunamente, la entidad demandada, en mi criterio, “incurrió en una falla en la prestación del servicio derivada de la no oportuna prestación del servicio gineco-obstétrico, debido a que si bien todo el proceso gestacional fue considerado normal o con bajo riesgo”, y que el “tratamiento suministrado o proporcionado pudo haber sido adecuado”, no fue el oportuno teniendo en cuenta la complicación hemorrágica que sobrevino.

## SECCIÓN CUARTA

### **1. El servicio de practicaje está excluido del impuesto sobre las ventas por prestarse con motivo de la movilización de la carga**

Se decide sobre la legalidad de los actos administrativos demandados, para lo cual, se debe determinar si el servicio de practicaje se encuentra excluido del IVA.

**Extracto:** El practicaje constituye un servicio directamente relacionado con la actividad portuaria, que es prestado por un operador portuario debidamente inscrito y registrado ante la Superintendencia General de Puertos. Debido a la importancia del practicaje, por medio de la Ley 658 de 2001, el legislador reguló la actividad marítima y fluvial de practicaje en aguas marítimas y fluviales de jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional, e incluyó una serie de definiciones técnicas que deben tenerse en cuenta al momento de aplicarla. Que el asesoramiento del piloto práctico en la realización de las maniobras de practicaje, tiene como finalidad garantizar y preservar la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las embarcaciones, de su carga y de las instalaciones portuarias, así como la protección del medio marino. Contrario a lo afirmado por la DIAN, el servicio de practicaje, consistente en el asesoramiento del Capitán del buque para entrar y salir de puerto en condiciones de seguridad, el cual, además de ser obligatorio en Colombia, resulta necesario para que la mercancía transportada en forma marítima salga del puerto a su lugar de destino o viceversa. Finalmente, y teniendo en cuenta que los servicios portuarios están concebidos para facilitar las operaciones de cargue y descargue de las naves y el intercambio de mercancías movilizadas por los diferentes medios de transporte, se concluye que el servicio de practicaje, para efectos del impuesto sobre las ventas, se considera como un servicio prestado en puerto con motivo de la movilización de la carga y, por lo tanto, goza de la exclusión del IVA prevista en el numeral 2 del artículo 476 del Estatuto Tributario.

[Sentencia de 27 de octubre de 2011. Exp. 11001-03-27-000-2009-00049-00 \(18042\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

### **2. Es al contribuyente al que le corresponde probar que sobre los ingresos percibidos por ventas en otros municipios ya pagó el gravamen por la actividad industrial por concepto de impuesto de industria y comercio**

Se decide sobre la procedencia de la Liquidación de Revisión por la cual el municipio de Santiago de Cali incrementó la base gravable del ICA declarado por el año gravable 2001, con el consecuente aumento del impuesto e imposición de sanción por inexactitud, y de la Resolución que decidió para confirmar el recurso de reconsideración contra la misma.

**Extracto:** En lo que hace al aspecto probatorio, ordena la jurisprudencia citada que “*ya no es admisible la prueba de la comercialización de la producción en municipios diferentes, sino que es a estos a los que se les debe probar que los bienes o productos vendidos en sus territorios, son fabricados o manufacturados por el vendedor y sobre los mismos se ha pagado el gravamen sobre la actividad industrial*”. Luego, no es cierto como lo afirma la entidad municipal, que el artículo 77 de la ley 49 de 1990 excluya “*la posibilidad de imponer gravamen por la actividad comercial*”, toda vez que la empresa reconoce, declara y paga el ICA en el municipio donde posee su planta fabril y solo excepcionalmente en otros municipios, cuando en ellos perciba ingresos que efectivamente provengan de su “*actividad comercial*” en dicho territorio, esto es, los obtenidos por la venta de artículos no fabricados por la sociedad y no incluidos en la declaración del municipio donde opera la planta fabril. A ese respecto, la administración municipal aduce que la razón para modificar la declaración presentada por FRIESLAND COLOMBIA fue la falta de pruebas “*ya que es al industrial a quien corresponde probar que sobre dichos ingresos se ha pagado el gravamen por la actividad industrial*”.

[Sentencia del 27 de octubre de 2011. Exp. 760001-23-31-000-2005-03995-01\(18220\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

### **3. El auxilio de transporte (viáticos) pagado a trabajadores independientes no son deducibles del impuesto sobre la renta porque no existe relación laboral**

Se estudia la legalidad de los actos que determinaron el impuesto sobre la renta. En concreto se examina si era procedente la adición de ingresos; el rechazo de deducciones y, la imposición de la sanción por libros de contabilidad.

**Extracto:** Explica la demandante que los pagos fueron realizados a personas no vinculadas laboralmente a la empresa y que no figuraban en la nómina de sus empleados; por lo tanto, considera la Sala que si los viáticos se predicen frente a relaciones laborales y de acuerdo con la explicación de la actora, tales personas no tienen ese vínculo de subordinación y dependencia con ella, los pagos hechos como viáticos, no son deducibles. Cuando se trata de la prestación de servicios independientes en los que no existe relación laboral, el contratista recibe como contraprestación una remuneración que bien puede corresponder al concepto de honorarios, comisiones o servicios, dependiendo de la naturaleza y calificación del servicio prestado y si requiere desplazarse a diversos lugares, estos gastos de transporte corren por su cuenta y no pueden calificarse como viáticos, los que, como se vio, aluden a una relación laboral. En ese contexto, el pago no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, causalidad, necesidad y proporcionalidad, por cuanto, no beneficia la actividad productora de renta de Sitempora S.A. Para la Sala, los listados de comprobantes de egreso visibles a folios 1919 a 1920 del Tomo VI, demuestran que las personas allí, relacionadas no tienen vínculo laboral con Sitempora, para que los pagos cuestionados puedan considerarse viáticos.

[Sentencia de 12 de marzo de 2012. Exp. 63001-23-31-000-2004-00908-01\(18172\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

### **4. a) La Asamblea departamental de Amazonas no tenía competencia para gravar con estampilla los actos, contratos u operaciones de los municipios de Leticia y Puerto Nariño, porque tal competencia, es privativa de los concejos de dichos municipios**

Se estudia la nulidad parcial del artículo 2° de la Ordenanza 24 de 30 de junio de 1994 modificada por el artículo 1° de la Ordenanza 018 de 14 de octubre de 2004, expedidas por la Asamblea Departamental del Amazonas. El tema objeto de análisis es si con la expedición de los actos acusados se menoscabó la autonomía de los entes territoriales y si hubo exceso en el ejercicio de la potestad impositiva.



**Extracto:** Lo dispuesto por la norma acusada se ajusta al segundo presupuesto antes enunciado, es decir, el Congreso expidió la Ley 48 de 1986 modificada por la Ley 687 de 2001, que en su artículo 1° autoriza a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales para emitir la estampilla “*como recurso para contribuir a la dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los centros de bienestar del anciano y centros de vida para la tercera edad en cada una de sus respectivas jurisdicciones*”. El valor anual de la emisión era del 5% del presupuesto anual de los departamentos, municipios y distritos según sus necesidades. Dichas entidades fueron habilitadas por el legislador en el artículo 3° ídem, para señalar “*el empleo, tarifa discriminatoria, y demás asuntos inherentes al uso de la estampilla (...) en todas las operaciones que se realicen en sus entidades territoriales.*” Se concluye que con base en la autonomía de los entes territoriales, y de la forma como las Leyes 48 de 1986 y 687 de 2001 diseñaron la estampilla, la Asamblea Departamental del Amazonas no podía gravar actos, contratos u operaciones realizadas en los municipios de Leticia y Puerto Nariño, porque tal competencia, es privativa de los concejos de dichos municipios, quienes tienen la libertad de adoptar la estampilla y fijar su regulación conforme a la ley de creación. Igual raciocinio se aplica respecto de las entidades descentralizadas del “orden municipal del departamento”, las cuales no pueden ser gravadas con la estampilla, pues el sujeto activo del tributo no es el departamento sino el municipio, quien, a través del concejo municipal decide si impone la estampilla, por lo cual, en este aspecto, se deberá confirmar el fallo apelado.

**b) La estampilla tiene un ámbito de aplicación en la que debe intervenir las autoridades del departamento**

Para la Sala, la estampilla autorizada por la ley, ha de tener un ámbito espacial para su aplicación y desarrollo en la respectiva entidad territorial. Sin embargo, la expresión “*que se realicen en sus entidades territoriales*”, no puede tener el alcance que supone la parte demandada, por cuanto, sin la intervención de las autoridades del departamento se terminaría gravando cualquier tipo de acto, contrato u operación. Confirma lo expuesto, los debates realizados en el Congreso de la República previos a la aprobación de la Ley 687 de 2001, en el sentido de que la estampilla recae sobre documentos de tipo contractual en los que interviene el Departamento o el Municipio, sin que sea válido gravar con la estampilla los contratos en los que no participa uno de estos entes territoriales. De lo expuesto, para que se configure el hecho generador de la estampilla, se requiere que el acto, contrato u operación se realice en el territorio del departamento, y que cuente con la intervención de esta autoridad, no solo como sujeto activo de la relación tributaria, sino como un interviniente real en la operación que se grava con la estampilla.

[Sentencia del 12 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2009-00085-01\(18744\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)

**5. La no presencia de todos los funcionarios delegados en la inspección tributaria no es motivo para darla por no practicada**

Se analiza si se violaron los artículos 705, 706, 714 y 779 del Estatuto Tributario. Concretamente se establecerá i) Si la inspección tributaria practicada en el proceso de determinación se realizó conforme con los requisitos del artículo 779 del E.T.; ii) Si con la práctica de la inspección tributaria se suspendió el término para notificar el requerimiento especial, en los términos del artículo 706 E.T.; iii) Si el requerimiento especial se notificó dentro del término señalado en el artículo 705 E.T. y, iv) Si la declaración privada del impuesto por el año gravable 2001, presentada por la demandante, adquirió firmeza en los términos del artículo 714 E.T.

**Extracto:** Como se dijo anteriormente, el hecho de que la inspección tributaria no haya sido realizada por los tres funcionarios que fueron comisionados para el efecto, no resulta suficiente para considerar que no se tenga por no practicada. Esto, porque de la lectura del artículo 779 E.T. no se desprende tal interpretación, ya que en todos los casos en que se lleve a cabo una “Inspección Tributaria”, deberá dejarse constancia de la misma en un “acta”, que deberá ser suscrita por los

funcionarios que realizaron las actividades necesarias para su fin y no por la totalidad de los que fueron comisionados para el efecto. Finalmente, la Sala considera que el acta que se levantó de la inspección tributaria reunió los requisitos del artículo 779 E.T., pues contiene: los hechos, las pruebas, el fundamento en que se sustenta y la fecha y la firma de quienes adelantaron la inspección.

[Sentencia del 12 de marzo de 2012. Exp. 08001-23-31-000-2006-01952-01\(17734\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**6. a) El beneficio de auditoría opera ipso iure, previa verificación de las condiciones exigidas en el artículo 689-1 del Estatuto Tributario, precisando que de manera alguna puede interpretarse como opción de escogencia para los declarantes pues ello implicaría convertir en facultativo un término de naturaleza legal**

La discusión gira en torno a la procedencia de las modificaciones oficiales ordenadas, considerando la validez del valor tomado para recalcular la renta presuntiva, en cuanto la renta declarada se basó en el patrimonio líquido que reportó la segunda declaración de corrección del impuesto sobre la renta del año gravable 2002. En los términos del recurso de apelación, corresponde establecer si dicha declaración de corrección gozaba de validez y eficacia para que sus rubros pudieran incidir en la declaración del siguiente año gravable, considerando que aquélla - la de corrección - se radicó el 26 de agosto del 2004, es decir, luego de vencer el término establecido en el artículo 689-1 del E. T. vigente para la época en que se presentó la declaración corregida

**Extracto:** El beneficio, entonces, constituye una prerrogativa de carácter legal que reduce el término general de firmeza de las declaraciones privadas, por razones de política fiscal, bajo las precisas condiciones previstas en la norma que lo crea. No se trata pues de un derecho personalísimo renunciable por parte de los declarantes de renta, sino de una norma procesal de orden público y carácter obligatorio, que además de circunscribir el poder fiscalizador del Estado con el establecimiento de un plazo para ejercerlo, tiene claros efectos sustantivos y definatorios sobre la situación fiscal de los contribuyentes, dado que hace inmodificables sus declaraciones privadas por el vencimiento de dicho plazo, cuando quiera que dentro del mismo no se haya instado su corrección a través de emplazamientos concretos. Desde esa perspectiva, asiente la Sala en que el beneficio de auditoría opera ipso iure, previa verificación de las condiciones exigidas por el referido artículo 689-1, precisando que de manera alguna puede interpretarse como opción de escogencia para los declarantes, pues ello implicaría convertir en facultativo un término de naturaleza legal, cual es el de la firmeza anticipada con la que se expresa el beneficio. Menos aún podría atribuirse a la norma en comento el alcance renunciable que invoca el demandante con fundamento en el artículo 15 del C. C., dado que éste opera en un contexto diferente al de las disposiciones fiscales, pues la posibilidad que allí se prevé es respecto de derechos particulares, disponibles por su titular, siempre que sólo miren a su interés individual y que la renuncia no esté prohibida. Sin duda alguna, la naturaleza y el objeto regulado por la disposición contenida en el artículo 689-1 del E. T. hacen que éste se excluya del supuesto de hecho de la norma civil. Tal disposición (el referido artículo 689-1) no tiene efecto distinto al de posibilitar la aplicación del término de firmeza que con carácter especial dispuso el artículo 147 del E. T. para las declaraciones de renta y sus correcciones en las que se determinen o compensen pérdidas fiscales, a saber: 5 años contados a partir de la fecha de presentación de aquéllas. De esta manera, la fiscalización que autoriza el artículo 689-1 respecto de las pérdidas fiscales, puede conducir a que éstas desaparezcan, aumentando el impuesto debido y evitando la afectación de rentas de años posteriores por vía de compensación.

**b) La corrección de la declaración inicial amparada con el beneficio de auditoría no se tiene en cuenta cuando se presenta por fuera del término de firmeza de la declaración, sin que la misma se de por no presentada**

Más allá de ello y dadas las circunstancias analizadas en el sub lite, la liquidación oficial de corrección aquí analizada no puede tener suerte distinta a la del proyecto de corrección que avaló,

por encontrar en él su causa y objeto. Dicho de otro modo y bajo la máxima de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si el proyecto mencionado se funda en una declaración ineficaz, cual es la segunda corrección contenida en el formulario 9000001723653 del 26 de agosto del 2004, debido a que ésta se presentó después de haber quedado en firme la declaración de ese año gravable a las voces del artículo 689-1 del E. T., se entiende que tal proyecto perdió su razón de ser y que la misma consecuencia afecta a la decisión oficial por la cual se aceptó, en cuanto, se, insiste, tuvo su génesis en un acto declarativo ineficaz. Esta circunstancia, sin duda alguna, no corresponde a ninguna de las causales previstas en el artículo 580 del E. T. para tener la declaración por no presentada, y respecto de las cuales la jurisprudencia ha descartado los efectos ipso iure, exigiendo la expedición de un acto administrativo que contenga dicha declaración en procura de garantizar el derecho de defensa del declarante, dentro de los dos años siguientes a la presentación de las mismas, so pena de que la Administración pierda la facultad de aforar y sancionar. Entendiendo que en virtud de la facultad de revisión autorizada por el artículo 589 del E. T., la Administración podía entrar a fiscalizar la última corrección a la declaración de renta del 2003, es decir, la contenida en el formulario No. 50010070000245 del 27 de julio del 2005 y dadas las circunstancias constatadas respecto de las declaraciones de corrección del año gravable 2002, la Administración podía determinar la renta presuntiva con base en el patrimonio líquido de la declaración inicial del 2003, por valor de \$32.631.265.000

**[Sentencia del 12 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2007-00139-01 \(17180\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)**

**7. a) Al no haber incluido la Ley 488 de 1998 a los vehículos oficiales como sujetos pasivos del impuesto de vehículos no podía el Departamento de Antioquia hacer extensivo el impuesto a aquellos que no se encuentran expresamente gravados**

Se analiza si a partir de lo dispuesto en los artículos 138 a 145 de la Ley 488 de 1998, el Gobernador de Antioquia podía establecer el plazo para el pago del impuesto de vehículos de propiedad de las entidades oficiales, establecido en el artículo 2° y el parágrafo del Decreto 1074 del 27 de mayo de 1999

**Extracto:** cuando el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, al fijar las tarifas del impuesto sobre vehículos automotores, se refiere a los vehículos particulares es decir, a los destinados “a satisfacer las necesidades privadas de movilización de personas, animales o cosas”, no abarca los vehículos destinados al “servicio de entidades públicas” de donde se deduce que el legislador del año 1998 no fijó la tarifa del impuesto de vehículos para los automotores de servicio oficial, ya que conforme con la definición legal prevista en la norma especial que regula el transporte terrestre, dentro de los vehículos particulares no se incluyen los oficiales. Si hubiese sido voluntad del legislador someter al gravamen a los vehículos oficiales, les hubiera fijado una tarifa en forma expresa en el artículo 145 de la Ley 488 de 1998, situación que no ocurrió como se puede apreciar en los incisos transcritos anteriormente. Entonces, al no haber incluido la Ley 488 de 1998 a los vehículos oficiales como sujetos pasivos del tributo, como se explicó, no podía el Departamento de Antioquia hacer extensivo el impuesto a vehículos que no se encuentran expresamente gravados, pues se reitera, el gravamen está íntegramente regulado por el Legislador por ser impuesto nacional. Es de anotar que la Ordenanza 1E de 1999 que sirve de fundamento al acto demandado adoptó el impuesto de vehículos en idénticos términos a los señalados en la Ley 488 de 1998, por lo tanto, no incluyó como vehículos gravados a los de carácter oficial. La fijación de la tarifa del impuesto sobre vehículos automotores del servicio oficial no aparece en el artículo 145 ni en ningún otro artículo de la Ley 488 de 1998, de manera que no es posible que el Departamento de Antioquia modifique los elementos del tributo de un impuesto respecto del cual sólo tiene a su cargo la administración y recaudo, por ser un impuesto de orden nacional y regulado integralmente por la Ley 488 de 1998.

**b) El impuesto de vehículos es nacional, luego sólo el legislador puede fijar sus elementos, los entes territoriales sólo lo administran y recaudan**

El impuesto de vehículos (i) es del orden nacional, (ii) cuyas rentas fueron cedidas a los municipios, distritos, departamentos y al Distrito Capital y (iii) está integralmente regulado en la Ley 488 de 1998. En esas condiciones, los entes territoriales sólo tienen a su cargo la administración del tributo y son dueños del recaudo, pero el impuesto sigue siendo de carácter nacional. Por lo tanto, al ser el impuesto de orden nacional, el Legislador es el único facultado constitucionalmente para fijar los elementos del impuesto. La fijación de la tarifa del impuesto sobre vehículos automotores del servicio oficial no aparece en el artículo 145 ni en ningún otro artículo de la Ley 488 de 1998, de manera que no es posible que el Departamento de Antioquia modifique los elementos del tributo de un impuesto respecto del cual sólo tiene a su cargo la administración y recaudo, por ser un impuesto de orden nacional y regulado integralmente por la Ley 488 de 1998.

**[Sentencia del 22 de marzo de 2012. Exp. 05001-23-31-0000-1999-03314-01\(18444\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)**

**8. a) Las rentas originadas en Países miembros de la comunidad andina debe tratarse como ingresos no constitutivos de renta no como rentas exentas siempre que haya pérdida líquida**

Se decide si son nulos los actos administrativos mediante los cuales, la Administración Especial de Grandes Contribuyentes de la U.A.E. DIAN le formuló liquidación oficial de revisión por el impuesto de renta del año gravable 2000. Para el efecto, y dado que el recurso de apelación se fundamenta en la falta de motivación del fallo apelado y, por tanto, en la insistencia para que se analicen los cargos de la demanda, a la Sala le correspondería definir si los actos demandados son nulos (i) por falta de aplicación de la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de los artículos 147 y 199 del E.T., y, (ii) por indebida aplicación de los artículos 12, 26 y 178 y 647 del E.T.

**Extracto:** En el caso concreto que ahora se analiza, la parte actora no declaró como ingreso no constitutivo de renta, los ingresos de fuente Venezolana, sino que los declaró como renta exenta. Sin embargo, la demandante llama la atención en el hecho de que si hubiera llevado tales rentas como ingresos no constitutivos de renta, ni siquiera se habría generado el presente conflicto, puesto que, haciendo ese ejercicio, las pérdidas que ahora alega sí se verían reflejadas en el renglón correspondiente. Para demostrar su dicho, hizo el cuadro comparativo que se transcribió en el pie de página 5 del acápite de los antecedentes de la demanda de esta sentencia. En ese cuadro, se reitera, ilustró 3 casos: (i) en la columna del caso 1, el resultado de la depuración de la renta si los ingresos, los costos y los gastos que tengan como fuente un país miembro de la CAN no se tuvieran que incluir en el formulario de la declaración de renta; (ii) en la columna del caso 2, el resultado de la depuración de la renta si las rentas que tengan como fuente un país miembro de la CAN se declararan como si fueran ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, y, (iii) en la columna del caso 3, el resultado de la depuración de la renta conforme lo hizo la parte actora, a su juicio, según la ley, en el año 1999, es decir, tratando como renta exenta las que tienen como fuente un país miembro de la CAN. la parte actora integró las rentas de fuente nacional y las rentas de fuente extranjera, incluidas en éste último ítem, las rentas que obtuvo en Venezuela. Por eso, la operación aritmética le arrojó una pérdida líquida de \$176.777.000. En cambio, en la liquidación de la columna E, si la parte actora hubiera tratado las rentas que obtuvo en Venezuela como ingresos no constitutivos de renta y hubiera restado los costos y deducciones asociados a esa renta, la liquidación le habría arrojado una pérdida líquida de \$1.940.532.000. la Sala le daría la razón a la DIAN en cuanto argumentó que la parte actora pretendió modificar su denuncia privado del año 1999, con el denuncia privado del 2000, porque quiere llevar más pérdidas que las declaradas en el renglón RB (renglón 25 de la Columna D del Gráfico 1) y porque, como se aprecia en ese denuncia, también declaró como rentas exentas (Renglón EC) un total de \$1.763.755.000 (renglón 28 de la columna D) rubro que corresponde a las rentas que obtuvo en Venezuela menos los costos y las deducciones

asociadas a las mismas. Sin embargo, es evidente que así la parte actora haya declarado como rentas exentas un total de \$1.763.755.000, lo cierto es que esas rentas no pudieron restarse a ninguna renta líquida, pues la operación aritmética arrojó una pérdida de \$176.777.000 (renglón 25 de la columna D), pérdida que sumada a las rentas exentas dan un total de \$1.940.532.000. De manera que, queda en evidencia que fue la parte actora la que, aún pretendiendo ejercer el derecho derivado de la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, terminó no ejerciéndolo porque no pudo restar efectivamente, las rentas exentas.

**b) El principio de complemento indispensable puede ser aplicado por los jueces de los países miembros de la comunidad Andina para verificar que la autoridad tributaria aplique las normas tributarias nacionales pero interpretadas en el sentido de que no restrinjan los aspectos esenciales regulados en la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena**

El argumento que propuso la DIAN sobre la distinción conceptual entre la pérdida líquida y la renta exenta a efectos de desconocer la existencia de la primera no es válida para resolver el caso concreto, porque, como la Decisión 40 no reguló los mecanismos para eliminar o disminuir la doble tributación ni la legislación tributaria colombiana tiene previsto cómo se debe diligenciar el formulario de renta en situaciones como la ahora analizada, la DIAN debió considerar una alternativa de solución para que la parte actora pudiera ejercer el derecho a que la renta que obtuvo en Venezuela no quedara gravada en Colombia. Ahora, si bien el objeto de esta litis no es el denuncia de renta del año 1999, sino los actos administrativos mediante los cuales la DIAN formuló la liquidación del impuesto de renta del año 2000, actos que desconocieron la compensación de la pérdida líquida en cuantía de \$1.440.532.000, de los \$1.940.532.000 que se derivan del denuncia del año 1999., para la Sala tales actos administrativos sí son nulos, se reitera, por falsa motivación, pues quedó demostrado que la pérdida fiscal sí existe y que, en realidad, la DIAN omitió tener en cuenta ese hecho que sí está demostrado y que por no haber sido considerado, condujo a la Administración a que adoptara una decisión sustancialmente diferente a la que correspondía. Aunque el principio del complemento indispensable alude a la facultad del legislador, que no de los jueces, para regular en lo no regulado por la norma comunitaria, facultad que debe ejercer el legislador sin menoscabar los principios, directrices o preceptos derivados de la misma, la Sala interpreta que este principio también puede ser aplicado por los jueces de los países miembros pero para verificar que la autoridad tributaria en casos como el ahora analizado aplique las normas tributarias nacionales pero interpretadas en el sentido de que no restrinjan los aspectos esenciales regulados en la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

**c) La renta obtenida por un contribuyente colombiano en un país miembro de la comunidad andina corresponde a una renta no gravable en la República de Colombia**

De acuerdo con la interpretación prejudicial que rindió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina "(...) la renta obtenida por la demandante ACCENTURE LTDA. en la República Bolivariana de Venezuela corresponde a una renta no gravable en la República de Colombia, de conformidad con la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por lo tanto, no se puede considerar como renta especial "no gravada" la renta que un contribuyente de un País Miembro de la Comunidad Andina, obtenga en otros País Miembro de la Comunidad Andina."

**d) Procede la nulidad de los actos por falsa motivación originada en la falta de aplicación o indebida interpretación de la Decisión 40 por parte de la DIAN para evitar la doble tributación**

El argumento que propuso la DIAN sobre la distinción conceptual entre la pérdida líquida y la renta exenta a efectos de desconocer la existencia de la primera no es válida para resolver el caso concreto, porque, como la Decisión 40 no reguló los mecanismos para eliminar o disminuir la doble tributación ni la legislación tributaria colombiana tiene previsto cómo se debe diligenciar el formulario de renta en situaciones como la ahora analizada, la DIAN debió considerar una alternativa de solución para que la parte actora pudiera ejercer el derecho a que la renta que obtuvo en



Venezuela no quedara gravada en Colombia. Ahora, si bien el objeto de esta litis no es el denuncia de renta del año 1999, sino los actos administrativos mediante los cuales la DIAN formuló la liquidación del impuesto de renta del año 2000, actos que desconocieron la compensación de la pérdida líquida en cuantía de \$1.440.532.000, de los \$1.940.532.000 que se derivan del denuncia del año 1999., para la Sala tales actos administrativos sí son nulos, se reitera, por falsa motivación, pues quedó demostrado que la pérdida fiscal sí existe y que, en realidad, la DIAN omitió tener en cuenta ese hecho que sí está demostrado y que por no haber sido considerado, condujo a la Administración a que adoptara una decisión sustancialmente diferente a la que correspondía. Aunque el principio del complemento indispensable alude a la facultad del legislador, que no de los jueces, para regular en lo no regulado por la norma comunitaria, facultad que debe ejercer el legislador sin menoscabar los principios, directrices o preceptos derivados de la misma, la Sala interpreta que este principio también puede ser aplicado por los jueces de los países miembros pero para verificar que la autoridad tributaria en casos como el ahora analizado aplique las normas tributarias nacionales pero interpretadas en el sentido de que no restrinjan los aspectos esenciales regulados en la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Lo discurrido hasta ahora por la Sala en esta sentencia da cuenta de que la DIAN, como autoridad tributaria demandada, en realidad no interpretó de manera errada los artículos que la parte actora acusó como violados pero por falta de aplicación o indebida aplicación. Para la Sala, se reitera, la DIAN omitió tener en cuenta el hecho de la existencia de la pérdida, pero esa omisión también implicó desconocer el derecho que se derivó del Convenio para evitar la doble imposición que adoptó la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena a favor de la parte actora.

[Sentencia de 15 de marzo de 2012 Exp. 25000-23-27-000-2004-92271-02\(16660\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

#### **9. Para el año 2005 la base gravable del impuesto de delimitación urbana era el presupuesto proyectado de la obra**

Se decide si se ajusta a derecho la Resolución No. 11762 DDI 083506, mediante la cual, el Distrito Capital de Bogotá practicó la liquidación oficial de revisión de la declaración del impuesto de delimitación urbana presentada por la parte actora el 27 de febrero de 2004 por la obra ubicada en la Calle 138 No. 56 - 30 de la ciudad de Bogotá D.C. Concretamente, la Sala decidirá sobre *i)* la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 71 y 74 del Decreto 352 de 2002 *ii)* si la base gravable determinada por la Administración para calcular el impuesto de delimitación se ajusta a la normativa aplicable y, *iii)* si era procedente imponer la sanción por inexactitud.

**Extracto:** Esta Sala ha señalado que para el año 2005, periodo en el que se presentaron las declaraciones del impuesto de delimitación urbana sobre las que se practicó la liquidación oficial de revisión controvertida en aquella oportunidad, la normativa vigente antes transcrita permitía que el contribuyente determinara la base gravable del impuesto con base en el presupuesto de obra, resultante de sumar el costo estimado de mano de obra, adquisición de materiales, compra y arrendamiento de equipos y, en general, todos los gastos diferentes a la adquisición de terrenos, financieros, impuestos, derechos por conexión de servicios públicos, administración, utilidad e imprevistos. Resolución No. 574 del 2007, la Secretaría Distrital de Planeación determinó los costos mínimos del metro cuadrado para la declaración y pago del impuesto de delimitación urbana. Que, por consiguiente, antes de esta reglamentación, la base gravable del impuesto de delimitación urbana se podía determinar de acuerdo con el presupuesto de obra estimado, sin que los contribuyentes estuvieran sujetos a observar costos mínimos por metro cuadrado. En consecuencia, la Sala consideró que la cuantificación de la base gravable del impuesto de delimitación urbana estaba determinada por aquellas erogaciones en que incurriera el contribuyente en la realización de la obra. Que, estos costos no corresponden necesariamente con los costos de la obra una vez ejecutada, por cuanto, al momento de solicitar la licencia de construcción, se pueden estimar ciertos valores que en el desarrollo de la obra podrían variar, ya sea para aumentar o disminuir los gastos inicialmente presupuestados. De igual manera, la Sala constata que el Distrito, tanto en el requerimiento especial

como en la liquidación oficial de revisión, determinó la base gravable del impuesto a partir de la relación de gastos en que la parte actora efectivamente incurrió en la ejecución de la obra, según la información por ella misma suministrada al dar respuesta al requerimiento de información. En consecuencia, para la Sala es claro que el Distrito tomó como base gravable del impuesto de delineación urbana el valor del costo de la obra una vez ejecutada, cuando, en su lugar, debió tener en cuenta el presupuesto proyectado de la obra, pues según el criterio de esta Sala, la normativa vigente en el año 2004, no exigía tasar el impuesto de delineación urbana sobre el presupuesto definitivo de la obra ejecutada. En consecuencia, si bien es cierto que existe una diferencia significativa entre el presupuesto proyectado y el presupuesto ejecutado, no existe prueba en el expediente que permita inferir que el presupuesto de la obra proyectada que tuvo en cuenta la parte actora fue subvalorado, como lo insinuó la Administración

[Sentencia de 15 de marzo de 2012 Exp. 25000-23-27-000-2007-00072-01\(17719\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**10. la no mención de las normas en el acuerdo para establecer las tarifas para el cobro de los servicios de tránsito y transporte en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta no anula el acto**

El asunto objeto de estudio versa sobre la legalidad de un acuerdo municipal que establece “los derechos de cobro por los servicios de tránsito y transporte que presta la Alcaldía Distrital de Santa Marta y se dictan otras disposiciones en la materia.”

**Extracto:** la Sala, para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.” En estas condiciones, la falta de citación de una norma no se adecúa a la causal de falsa motivación, sino a la causal de nulidad de expedición irregular de los actos administrativos por insuficiente motivación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, análisis que se realizará a continuación. En este caso, en el acto demandado no se incluyó el artículo 168 de Ley 769 de 2002, que prescribe “los ingresos por concepto de derechos de tránsito solamente podrán cobrarse de acuerdo con las tarifas que fijen los Concejos. Las tarifas estarán basadas en un estudio económico sobre los costos del servicio, con indicadores de eficiencia, eficacia y economía”. A pesar de la importancia de la norma, esta no es un hecho sino un dispositivo normativo que se convierte en un sustento del acto, su omisión no implica la deficiente motivación del acuerdo y mucho menos una falsa motivación, la que en estricto sentido, recae únicamente sobre los hechos. Adicionalmente, el sustento normativo del acuerdo recae en las normas constitucionales y legales vigentes al momento de la expedición del acto y las que el Acuerdo especialmente mencionó, sin que pueda decirse, como lo afirmó la parte demandante, que allí no se incorporó el artículo 168 de la Ley 769 de 2002. Ello porque la expresión “en uso de las facultades constitucionales y legales”, es una invocación o incorporación al acto, de todas las normas vigentes aplicables al momento de expedirse el acuerdo, sobre las cuales recae el juicio de legalidad que se llegare a efectuar y que no se entienden ni derogadas ni desconocidas por el hecho de no mencionarse expresamente, pues como acto administrativo de carácter general es inferior en jerarquía a las fuentes del derecho. Establecido como se tiene que las tarifas fijadas recayeron sobre una tasa, su determinación le correspondía al concejo municipal, según dispone el

artículo 338 constitucional, y la mención al artículo 168 de la Ley 769 de 2002, simplemente es un desarrollo de la norma superior, por lo que la falta de incorporación expresa en el Acuerdo demandado no afecta su legalidad, pues de haberse invocado dicha norma, la regulación contenida en el Acuerdo hubiese sido la misma. En consecuencia se negará el cargo.

**[Sentencia de 15 de marzo de 2012 Expediente: 47001-23-31-000-2010-000-31-01\(18757\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)**

**11. Están gravados los ingresos percibidos por personas naturales extranjeras no residentes que prestan servicios en Colombia en nombre y representación de una empresa extranjera**

Se estudia la nulidad de algunos de los apartes de los Oficios Nos. 006882 del 18 de enero del 2008 y 011214 del 9 de diciembre del mismo año, proferidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en cuanto consideran ingresos de fuente nacional a los que percibe una persona natural extranjera por razón de su relación laboral con una compañía extranjera sin domicilio en Colombia, y que presta sus servicios en el País en virtud del vínculo contractual existente entre su empleadora y una empresa colombiana.

**Extracto:** las rentas laborales señaladas pueden considerarse ingresos de fuente nacional gravables en Colombia, por disposición expresa del numeral 5º del artículo 24 del E. T., en virtud del principio de territorialidad de la fuente e independientemente de la inexistencia de vínculo laboral directo entre la persona natural que presta el servicio y la empresa colombiana. Distinta sería la conclusión si la consulta motivante de los Oficios acusados se refiriera indefectiblemente a la prestación personal de servicios en un país miembro de la comunidad andina, por parte de una persona domiciliada en otro de dichos países y en ejercicio de funciones oficiales debidamente acreditadas, pues en tales supuestos esa renta sólo sería gravable en el país en que se confirieron dichas funciones, por mandato expreso de la norma supranacional contenida en el artículo 13 de la Decisión CAN 584 del 2004, de aplicación preferente respecto de la legislación interna, en virtud de la delegación de competencias que recae en dicho órgano comunitario. No siendo tal el caso puesto a órdenes de la Sala, se negarán las pretensiones de la demanda bajo el entendido de que los actos administrativos demandados atañen al caso de un trabajador domiciliado en un país que no es miembro de la CAN, ni se relacionan unívocamente con el ejercicio de actividades oficiales debidamente acreditadas.

**[Sentencia de 15 de marzo de 2012 Exp. 11001-03-27-000-2009-00044-00\(17942\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)**

**12. El Presidente de la República tenía facultad para establecer que el recurso de reconsideración contra los actos proferidos por las Direcciones Seccionales de Impuestos de Grandes Contribuyentes, de Impuestos de Bogotá y de Aduanas de Bogotá sería resuelto por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos**

Se decide sobre la legalidad del numeral 2.1 del artículo 40 del Decreto 4048 de 2008, por el cual se adoptó la estructura funcional de la DIAN para resolver los recursos de reconsideración interpuestos contra sus actuaciones administrativas

**Extracto:** El artículo 21 del Decreto 4048 de 2008 al establecer las funciones de la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos, entre otras, consagró la de “Resolver los recursos de reconsideración interpuestos contra los actos de determinación de impuestos y que imponen sanciones proferidos por la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes, por la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, cuya cuantía sea igual o superior a setecientos cincuenta (750) UVT, pero inferior a cinco mil (5.000) UVT;” Entonces, el artículo 40 del Decreto 4048 de 2008 al establecer en el numeral 2.1. la competencia funcional para conocer del recurso de reconsideración en cabeza de la Subdirección de Gestión de Recursos

Jurídicos, lo que hace es reiterar una de las funciones que le fue otorgada a dicha dependencia. En este orden de ideas se tiene que dentro de las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 189-16 está la de modificar la estructura de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, facultad que debe ejecutarse con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. En el *sub lite*, con la expedición del numeral 2.1 del artículo 40 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, no se desconocieron las reglas que en materia de competencia estaban previamente definidas en el artículo 44 de la Ley 1111 de 2006, puesto que este precepto estableció que dicha competencia fija de acuerdo con la estructura funcional de la entidad, estructura que, como se señaló, fue modificada con sujeción al artículo 189-16 de la C.P. y a la ley (Ley 489 de 1998, art. 54 y Ley 1111 de 2006 art. 44). En el *sub lite*, con la expedición del numeral 2.1 del artículo 40 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, no se desconocieron las reglas que en materia de competencia estaban previamente definidas en el artículo 44 de la Ley 1111 de 2006, puesto que este precepto estableció que dicha competencia fija de acuerdo con la estructura funcional de la entidad, estructura que, como se señaló, fue modificada con sujeción al artículo 189-16 de la C.P. y a la ley (Ley 489 de 1998, art. 54 y Ley 1111 de 2006 art. 44). En este orden de ideas, es preciso señalar que, cuando el ejecutivo señaló en el numeral 2.1 del Decreto 4048 de 2008 que la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos es la competente para resolver los recursos de reconsideración interpuestos contra los actos proferidos por las Direcciones Seccionales de Impuestos de Grandes Contribuyentes, de Impuestos de Bogotá y de Aduanas de Bogotá, no está irrumpiendo en las funciones legislativas reservadas al Congreso de la República por el artículo 150-2 de la Carta, por cuanto definir la dependencia a la que le corresponde conocer de un recurso como el que acá se trata, no es una materia propia de un código. La norma acusada dejó incólume el recurso de reconsideración como medio de impugnación contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección General de Impuestos Nacionales. Simplemente, atendiendo a la modificación de la estructura de la entidad, lo que implicó cambios en las funciones asignadas a las diferentes dependencias, se reasignó la función en comento.

[Sentencia de 26 de enero de 2012 Exp. 11001-03-27-000-2009-00035-01\(17814\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad](#)

## SECCIÓN QUINTA

**1. Se decreta la nulidad de la Resolución 003 del 13 de enero de 2011 expedida por el Consejo Nacional Electoral.**

En ejercicio de la acción de nulidad electoral varios ciudadanos solicitaron que se declare la nulidad de la Resolución No. 0003 del 13 de enero de 2011 proferida el Consejo Nacional Electoral “Por la cual se fija el valor de las pólizas de seriedad de candidaturas que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales que inscriban candidatos a gobernaciones, asambleas departamentales y alcaldías, concejos municipales y distritales y a juntas administradoras locales, para las elecciones a realizarse en el año 2011”.

Los demandantes consideran que con la expedición del acto acusado se vulneraron los artículos 2º, 4º, 13, 40 de la Constitución Política; 36 del Código Contencioso Administrativo, 6º de la Ley 136 de 1994, así como los principios constitucionales de la confianza legítima, la buena fe y la proporcionalidad, en la medida que el acto demandado incrementó de manera desproporcionada la cuantía de las pólizas de seriedad que se les exige a los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales para inscribir candidatos.

**a) Los derechos políticos son fundamentales pero no absolutos y por ello admiten algunas restricciones.**

**Extracto:** “En el caso en estudio el asunto jurídico por resolver se centra en determinar si el incremento de los valores en el acto acusado de las pólizas de seriedad de candidaturas que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales están o no ajustados a las normas que la parte actora cita como violadas. (...) El Tratadista Karl Loewenstein consideró que la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas “elevó el derecho de participar en el gobierno (artículo 21) a la categoría de derecho fundamental clave y decisivo en un orden social libre.”, señala que el reconocimiento y observancia de las libertades públicas separan la democracia constitucional de la autocracia, hasta el punto de que son las libertades individuales el único criterio seguro e infalible para distinguir los dos sistemas políticos. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 40 de la Constitución prevé los denominados derechos políticos. Los derechos políticos son considerados de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional como fundamentales en nuestra democracia participativa; en tal condición, “poseen un plus”, son de aplicación inmediata (C.P. art 85), se regulan mediante leyes estatutarias (C.P. art 152) y las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso que los afecten, deberán ser sometidas a Referendo (C.P. art 377). Para la Sala no hay duda de que el derecho a ser elegido, a tomar parte en elecciones y a participar en el ejercicio y control del poder político son fundamentales. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha expuesto que la restricción de los derechos fundamentales debe adecuarse a un estricto criterio de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, no se pueden limitar injustificada ni excesivamente. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que es legítima la posibilidad de regular el derecho de postulación a cargos de elección popular, y que ello es así porque tanto el constituyente como el legislador han reconocido la necesidad de racionalizar el ejercicio de los derechos políticos, pues no son absolutos y por ello admiten algunas restricciones; por consiguiente, exigir unos presupuestos mínimos de seriedad en la inscripción de candidatos, contribuye a precaver situaciones caóticas que patrocinen la atomización de intereses sin cohesión o identidad ideológica, lo que desde luego no puede interpretarse como la negación de los derechos. Por lo dicho, deberá precisarse si la Resolución 003 de 2010 limita injustificadamente el ejercicio de los derechos políticos de los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales.”

**b) El incremento de las pólizas de seriedad de candidaturas no contradice el ordenamiento jurídico siempre y cuando sean razonables y proporcionales.**

**Extracto:** “Para analizar la legalidad del acto acusado es necesario determinar si el incremento de los valores de las pólizas de seriedad de las candidaturas, que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales, previstas en la resolución acusada, es una restricción legítima o no a los derechos políticos, fundada en criterios de razonabilidad, adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa. La Resolución 003 de 2010 fue expedida por el Consejo Nacional Electoral con fundamento normativo en los artículos 265 de la Constitución Política, 9º y 39 de la Ley 130 de 1994. El Consejo Nacional Electoral tiene la competencia para fijar la cuantía de las pólizas de seriedad de las candidaturas para los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales sin exceder el equivalente al 1% del fondo que se constituya para financiar a los partidos y movimientos en el año correspondiente. En este punto es de la mayor importancia acudir a los antecedentes de la Ley 130 de 1994, de los cuales la Sala concluye que en la discusión parlamentaria estuvieron presentes las siguientes preocupaciones respecto de los requisitos de seriedad de las candidaturas: i) permitir la expresión de las fuerzas sociales diferentes a los partidos y movimientos políticos en las elecciones, ii) evitar que se dificulte en grado sumo la inscripción de candidatos fuera de los partidos y movimientos políticos y, iii) propender por garantías de seriedad diferenciales según la clase de elección. Para los demandantes, en síntesis, la Resolución 003 de 2011 vulnera los artículos 2º, 4º, 13 y 40 de la Constitución Política; 36 del C.C.A.; 6º de la Ley 136 de 1994; así como los principios de la confianza legítima, buena fe y proporcionalidad porque el acto acusado en lugar de propender por la participación democrática de los grupos significativos de



ciudadanos y los movimientos sociales la impide al elevar exponencial y desproporcionadamente, sin ningún criterio ni motivación, las cuantías de las pólizas de seriedad, produciendo discriminación por su alto costo respecto a los ciudadanos con poca capacidad económica, situación que lógicamente les impide acceder real y efectivamente al ejercicio de sus derechos políticos. La Sala con respaldo en la jurisprudencia constitucional [sentencia C-089 de 1994], aclara que las pólizas de seriedad de las candidaturas presentadas por movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, no obstante a que son una limitación a los derechos fundamentales políticos a ser elegido, a tomar parte en elecciones, y acceder a cargos y funciones públicas, no contradicen el ordenamiento jurídico siempre y cuando sean razonables y proporcionales, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 36 del C.C.A. invocado por los demandantes como vulnerado. Que sea razonable significa que la medida adoptada para garantizar la seriedad de las candidaturas no puede ser arbitraria sino objetivamente justificable. Por consiguiente, debe existir una correspondencia adecuada entre el medio adoptado y la referida finalidad. Que sea proporcional implica que no puede ser excesiva en procura de alcanzar el fin buscado, es decir, que exista una relación justa o mesurada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende. Lo anterior, sin olvidar que para la determinación de restricciones de los derechos políticos “debe situarse siempre en los mínimos históricamente sostenibles en un momento dado.”

**c) El Consejo Nacional Electoral tiene competencia para modificar las cuantías de las pólizas de seriedad si obra con razones justificadas objetivamente.**

Extracto:” Como el Consejo Nacional Electoral no concurrió al proceso, se limitó, en cumplimiento del auto que decretó pruebas, a remitir únicamente copia auténtica del acta 001 correspondiente a la sesión que se realizó entre el 12 y el 13 de enero de 2011. Se advierte, que el acta no dejó constancia del contenido de la “amplia discusión” que antecedió a la decisión de “actuar con mayor rigidez al fijar los valores de las pólizas de seriedad de las candidaturas”, ni de las razones de hecho que permitan concluir que con ocasión de las cuantías de las pólizas fijadas en la Resolución 139 de 2010, que mantenían los valores históricos previstos en los actos administrativos anteriores, se presentara “proliferación de inscripciones de listas y candidatos que las más de las veces carecen de seriedad y de respaldo popular”; es más, ni siquiera existe un listado o un registro de cuántos o cuáles son esas listas o candidatos que “carecen de seriedad y de respaldo popular”, o si este hecho se presenta mayoritariamente en algún tipo de elecciones. Lo anterior permite concluir que la autoridad electoral no motivó su decisión en criterios que se podrían calificar de objetivos para adoptar el incremento del valor de las cuantías de las pólizas, y que se basó en apreciaciones no explicadas ni razonadas. Indistintamente de la naturaleza discrecional o no de la Resolución 003 de 2011, se echa de menos prueba o fundamento de que la expedición del acto demandado haya estado precedida de algún estudio estadístico, matemático o de análisis de resultados electorales que permitiera llegar a las conclusiones esbozadas por la corporación electoral y que finamente aconsejaran el alto incremento de las cuantías de las pólizas de seriedad, así como los ajustes en los ítems poblacionales para alcanzar el fin perseguido de evitar la “proliferación de inscripciones de listas y candidatos que las más de las veces carecen de seriedad y de respaldo popular”. Mientras que en los años 2003 a 2010 no hubo incremento en el valor de las cuantías de las pólizas de seriedad, ni mayor modificación de los ítems referidos al número de habitantes, al examinar la Resolución 003 de 2011 no se encuentra ninguna explicación medianamente sustentada del porqué en este acto se estableció que existe proliferación de inscripciones que carecen de respaldo popular y adolecen de seriedad. Tampoco encuentra la Sala que la medida adoptada en la Resolución 003 de 2011 haya sido razonable, pues no está justificada objetivamente. Es decir, de la motivación del acto ni de sus antecedentes se derivan hechos objetivos que le sirvieran de causa o fundamento. Esta situación vulnera de manera grave los derechos políticos de los movimientos sociales y de los grupos significativos de ciudadanos porque el acto demandado impone unas restricciones de manera súbita sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos, en desmedro de la previsibilidad que se espera de la Administración. Como se ha explicado, la limitación de los derechos fundamentales no es cuestión de poca monta, pues la evaluación y ponderación de las decisiones que los afecten deben estar revestidas de la mayor seriedad, so pena de que puedan resultar

excesivamente restrictivas y arbitrarias. Se concluye entonces, que el incremento de las cuantías de las pólizas de seriedad previsto en la Resolución 003 de 2011 carece de justificación, no existe relación entre la decisión adoptada y el fin perseguido, y en esa medida el acto acusado vulnera los artículos 40 de la Constitución Política y 36 del C.C.A. Es necesario agregar que el acto acusado al incrementar ostensiblemente el valor de la cuantía de las pólizas de seriedad, como quedó demostrado, por fuera de expectativas razonables y fundadas igualmente vulnera el principio de la confianza legítima como bien lo señalan los demandantes. Es evidente que en resoluciones anteriores analizadas, salvo en casos particulares, se mantuvo el monto de las pólizas en salarios mínimos como conducta, lo cual no quiere decir de manera alguna que el Consejo Nacional Electoral carezca de competencia para modificar las cuantías si obra con razones justificadas.”

**Sentencia de 25 de abril de 2012, Exp.: 11001-03-28-000-2011-00043-00 MP. MAURICIO TORRES CUERVO.**

**2. Para que se decrete la suspensión provisional debe ser manifiesta la infracción de las normas invocadas**

El actor en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó la nulidad del numeral segundo de la parte resolutive del Decreto N°. 0680 de 30 de marzo de 2012, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se encargó como Gobernador del Valle del Cauca al doctor Aurelio Irigorri Valencia en reemplazo de Héctor Fabio Useche de la Cruz

**Extracto:** “Se solicitó la suspensión provisional de los efectos del Decreto N°. 0680 de 30 de marzo de 2012, por medio del cual el Gobierno Nacional encargó como Gobernador del departamento del Valle del Cauca al doctor Aurelio Irigorri Valencia para reemplazar al doctor Héctor Fabio Useche de la Cruz quien fue separado de su cargo en razón a la decisión de responsabilidad fiscal del 23 de marzo de 2012 proferida en su contra por la Contraloría General de la República. En la petición se alega: i) que el Gobierno Nacional en el acto demandado reprodujo en lo esencial el contenido que estableció esa misma autoridad en el Decreto 2925 de 5 de agosto de 2010, el cual fue declarado nulo por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia de 23 de febrero de 2012, y además, ii) que el acto acusado - Decreto 0680 de 2012, presenta una manifiesta, ostensible y protuberante violación del inciso 3° del artículo 303 de la Constitución Política en armonía con los artículos 1° y 29 de la Carta. Frente a la transgresión del artículo 158 del C.C.A. sostiene que tanto en el acto acusado como en el citado Decreto 2925 de 2010 se observa que estos actos administrativos tienen por finalidad separar del cargo al Gobernador titular del Valle del Cauca que había sido elegido popularmente. Afirma que habiéndose producido la separación del cargo de Gobernador titular del departamento del Valle del Cauca, doctor Héctor Fabio Useche de la Cruz quien es “miembro” del Movimiento de Inclusión de Oportunidades - MIO, se debió encargar en reemplazo de éste a una persona que pertenezca a ese mismo movimiento político. Pues bien, como la procedencia de esta excepcional medida, según el artículo 152 del C.C.A., está sujeta a la evidencia directa o a través de documentos aducidos con la solicitud de la existencia de una manifiesta infracción de una de las normas jurídicas invocadas en la demanda, observa la Sala que ello no surge en estado “prima facie” por las siguientes razones: En primer lugar, porque la interpretación del actor según la cual se reprodujo el Decreto 2925 de 2010 declarado nulo por esta Sección, no es de recibo pues este Decreto obedeció a la necesidad de suplir el cargo del Gobernador del Valle del Cauca ante la falta absoluta que por destitución decretada por la Procuraduría General de la Nación acaeció en el Gobernador que ejercía sus funciones. En el presente caso es preciso establecer si se ésta ante una falta absoluta del Gobernador del Valle del Cauca doctor Héctor Fabio Useche de la Cruz, o si como lo sostiene el actor, se trata de una falta temporal derivada de la “inhabilidad sobreviniente” como consecuencia de la decisión de responsabilidad fiscal contra el primer mandatario del citado departamento, elegido para el período 2012-2015, nociones éstas que deben ser decididos en la sentencia y no ab initio del proceso donde se examina en detalle cuales son los efectos que produce un acto administrativo de esta naturaleza. En segundo lugar, no se evidencia

oposición a los artículos 1°, 29 y 303 Constitucionales en razón a que en el expediente no obra prueba que acredite que el Gobernador del departamento del Valle del Cuaca doctor Héctor Fabio Useche de la Cruz fue elegido con el aval del Movimiento de Inclusión de Oportunidades - MIO. Entonces, no es predicable que exista “manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas” apreciada directamente ni mediante “documentos públicos aducidos con la solicitud”, en los términos del artículo 152 del C.C.A.”

[Auto de 12 de mayo de 2012, Exp.: 11001-03-28-000-2012-00023-00 MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.](#)

### **3. Procedencia del rechazo de la demanda por ejercer fuera del término de caducidad la acción que no corresponde.**

El actor, interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 24 de febrero de 2012 que rechazó la demanda. En el escrito de apelación fundamentó su desacuerdo en que la demanda interpuesta era en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, y no de la acción electoral, razón por la cual el término de caducidad era de 4 meses y no de 20 días.

**Extracto:**” Corresponde definir a la Sala si le asiste la razón al demandante en su argumento según el cual la interpuesta fue “una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que pretende la nulidad del acta No 06 de enero 10 de 2012, expedida por el Concejo municipal de Chía mediante la cual se llevó a cabo la elección del personero de Chía para el periodo de 1° de marzo de 2012 al último de febrero de 2016. Y a título de restablecimiento del derecho, realizar una nueva convocatoria y demás pretensiones establecidos en el libelo de esta demanda”. O si por el contrario, de las súplicas del escrito presentado y de la naturaleza del acto acusado se sigue, pese a la denominación que haya querido darle el actor, que estamos frente a una verdadera demanda electoral. (...) Una razonable interpretación de la demanda impone concluir que la acción a la que acude el actor no es otra diferente que la de nulidad electoral, porque de su contenido se evidencia que la inspira el propósito de que en forma total se excluya del ordenamiento jurídico el acto de elección del Personero Municipal de Chía, concretamente, por el desconocimiento de: (i) los artículos 29 y 313 constitucionales, (ii) el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, y (iii) los artículos 124, 125, 132, 133, 135, 136, 137 y demás normas concordantes del Acuerdo No. 12 de 2010 del Concejo Municipal de Chía, de forma tal que, la realización de una nueva convocatoria y elección no implica el restablecimiento de un derecho para el demandante sino, simplemente, la consecuencia jurídica natural de la declaratoria de la nulidad que se pretende. Así las cosas, el término de caducidad que resulta aplicable al caso sub examine es el de la acción electoral, esto es, el consagrado en el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., de conformidad con el cual “la acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata. Frente a los actos de confirmación, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento”. En consideración a que la declaración de la elección fue notificada el 11 de enero del año en curso, le asiste la razón al actor cuando concluye que el término para interponer la acción electoral venció el 8 de febrero del presente año, y dado que la demanda fue interpuesta por el actor el 22 de ese mismo mes y año, se tiene que al momento de la presentación de la misma ya se encontraba caducada, razón por la cual se imponía su rechazo.”

[Auto de 12 de mayo de 2012, Exp.: 25000-23-24-000-2012-00242-01 MP. ALBERTO YEPES BARREIRO.](#)

## SALA DE CONSULTA

**1. Cuando la inhabilidad sobreviniente fue originada por una conducta dolosa o culposa, se debe generar el retiro inmediato del servicio, razón por la cual la falta que se produce es absoluta y no temporal.**

Así lo determino la Sala al resolver la consulta que formuló el Ministerio Interior sobre si un fallo de responsabilidad fiscal ocasiona una falta absoluta o temporal, y si la inhabilidad que genera es subsanable o no con el pago.

**Extracto:** “Sobre las inhabilidades sobrevinientes, en materia de cargos de elección popular, la Sección Quinta de esta Corporación ha explicado que son aquellas que surgen con posterioridad a la elección, y por lo tanto no inciden en la declaración de esa elección, aunque sí tienen consecuencias para el ejercicio del cargo, conforme a lo dispuesto en el Código Disciplinario Único. Como consecuencia de las inhabilidades sobrevinientes, el artículo 6 de la ley 190 de 1995 ordena que “Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.” Este artículo ha sido analizado por la Corte Constitucional, y en la sentencia C-038 de 1996 lo declaró exequible bajo el entendido de que si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes se originan en una conducta dolosa o culposa del funcionario, debe producirse el retiro inmediato del servidor, mientras que si no han sido precedidas por dolo o culpa, es razonable que se disponga del término de 3 meses para poner fin a la situación. Para llegar a tal conclusión, la Corte consideró que si se permitiera a quien ha incurrido en dolo o culpa, poner término a la situación que dio origen a la inhabilidad dentro del término de 3 meses, para no ser retirado inmediatamente, “los principios en que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa de posesionarlo”. No sobra recordar que la finalidad de las inhabilidades “no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración.” Lo anterior, lleva a la Sala a concluir que cuando la inhabilidad sobreviniente fue originada por una conducta dolosa o culposa, se debe generar el retiro inmediato, puesto que no es posible poner fin a la situación inhabilitante ya presentada, razón por la cual la falta que se produce es absoluta y no temporal. Ahora bien, el artículo 38, numeral 4 de la ley 734 de 2002 establece que constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, “Haber sido declarado responsable fiscalmente.”, entendiéndose que de acuerdo con la ley 610 de 2000, “la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal”. El parágrafo 1 del mismo artículo 38 contempla la cesación de la inhabilidad por pago o por exclusión del boletín de responsables fiscales por parte de las Contralorías. De acuerdo con lo expuesto, el artículo debe interpretarse en el sentido de que lo que allí se consagra es la posibilidad de que cuando se presente alguno de los eventos descritos, cesa la inhabilidad, sin que se esté hablando de que la misma se subsane, pues la falta ya se cometió y la responsabilidad ya se declaró. Sostener lo contrario sería desconocer la existencia y eficacia del fallo de responsabilidad fiscal. Lo que la norma realmente indica, es que si la Contraloría competente declara haber recibido el pago o si la Contraloría General de la República excluye al responsable del boletín de responsables fiscales, la inhabilidad deja de producir efectos hacia el futuro, y por tanto el sujeto afectado puede aspirar al ejercicio de posteriores actividades referidas al sector público.”

[Concepto de 24 de abril de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2012-00029-00\(2099\) MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Autorizada la publicación con oficio de 25 de abril de 2012.](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

### SE DIO INICIO AL PLAN DE FORMACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO

El pasado lunes 28 de mayo se llevó a cabo en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, la instalación del Plan de Formación para la Implementación de la Ley 1437 de 2011; el evento fue organizado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en coordinación con el Consejo de Estado.

Con este Acto de Instalación, que contó con la presencia del Presidente del Consejo de Estado, doctor Gustavo Gómez Aranguren, se dio inicio al Programa de Formación de funcionarios y empleados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con miras a la implementación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El Programa fue diseñado por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” con el concurso de Magistrados y Jueces que hacen parte del grupo de formadores seleccionados para esta importante tarea de capacitación, cuyo eje fundamental es el fortalecimiento de las competencias en materia de oralidad.

#### 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](http://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 escribanos a: [boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)