



## Contenido:

|   |         |
|---|---------|
| Editorial                                   | 1       |
| Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día |         |
| • Acciones Constitucionales                 | 1 - 5   |
| • Sección Primera                           | 5 - 9   |
| • Sección Segunda                           | 9 - 15  |
| • Sección Tercera                           | 15 - 38 |
| • Sección Cuarta                            | 38 - 44 |
| • Sección Quinta                            | 44 - 45 |
| • Sala de Consulta                          | 45 - 47 |
| • Noticias Destacadas                       | 48      |

## Noticias destacadas

**CONSEJO DE ESTADO PARTICIPÓ ACTIVAMENTE EN FORO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO**

## EDITORIAL

Sea esta la ocasión para resaltar la invitación que el Observatorio Nacional Permanente de la Administración de Justicia le realizó al Presidente del Consejo de Estado para explicar, el pasado 10 de mayo, los detalles del Acuerdo sobre el Proyecto de Reforma a la Justicia suscrito con el Gobierno y las controversias que se han generado al respecto.

El evento, que se realizó en la sede de los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, contó con la participación de la Rama Judicial, los medios de comunicación y la ciudadanía en general, quienes pudieron conocer a fondo cuáles son las objeciones y cuestionamientos frente al acuerdo y el proyecto de Reforma a la Justicia.

**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:

### ACCIONES CONSTITUCIONALES

## TUTELAS

1. a) El derecho de petición no se vulnera cuando la administración no está en capacidad de responder con prontitud dadas las características de la petición y la complejidad en la puesta en marcha del aparato administrativo para su resolución.

El señor ANDRÉS FELIPE ARIAS interpuso acción de tutela contra diferentes entidades públicas y privadas, para la protección de su derecho de petición.

Con base en las pruebas recaudadas, la Sala determinó que los derechos de petición presentados ante el Presidente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y el representante legal de Noticias Uno, obtuvieron respuesta, por lo que descartó la procedencia del amparo. Igualmente, estableció la Sala que el accionante presentó 22 solicitudes de información y de documentos ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de aportarlos al proceso penal que se sigue en su contra, de las cuales 9 fueron parcialmente contestadas y, entre éstas, 5 se refieren a documentos que se encuentran en poder del Instituto de Cooperación para la Agricultura - IICA-. Considerando la complejidad de la información requerida en las 9 peticiones, la Sala indicó que el derecho de petición no se vulnera cuando la administración no está en capacidad de responder dadas las características de la petición y la complejidad en la puesta en marcha del aparato administrativo para su resolución. Además, señaló que no se observa actuación dilatoria del ente demandado relacionada con el no querer atender las mismas, pues se encuentra a la espera del envío de documentos por parte del IICA y la recolección de múltiples datos para períodos que van desde el año de 1993 al 2011, circunstancia comunicada en tiempo y en debida forma al actor. Así, la mora en resolver no implica per se la violación de derechos fundamentales, pues lo que el ordenamiento jurídico proscribe son las dilaciones injustificadas, resultando imperioso tener en cuenta los motivos reales del retardo. Y, se puede afirmar que de acuerdo con las fechas de las solicitudes y los diferentes oficios de respuesta, el accionado se encuentra dentro de un plazo razonable para complementarlas, por cuanto está a la espera de la remisión de los documentos por parte del IICA y la consolidación de los demás datos. Circunstancia que fue comunicó en debida forma por la administración, cumpliendo la exigencia que trae el artículo 6 del CCA. Al respecto, resalta la Sala que la razonabilidad debe consultar no sólo la importancia que el asunto pueda tener, sino también los diferentes trámites que debe agotar la Administración para resolver adecuadamente la cuestión planteada.

**b) El portal de noticias KIEN&KE debe suministrar la información que requiere el señor ANDRES FELIPE ARIAS para la protección de su derecho fundamental a la defensa.**

Al examinar la respuesta negativa de la directora del portal de noticias, la Sala indicó que el medio de comunicación sólo tiene la obligación de suministrar la información solicitada cuando el interesado tenga un interés legítimo, o resulte absolutamente necesario para garantizar un derecho fundamental, y en el presente caso, el documento solicitado por el actor ha sido requerido para la protección de su derecho constitucional de defensa con el fin de que el mismo fuera aportado al proceso penal dentro del cual se le imputaron cargos por la presunta comisión de conductas delictivas. Por lo anterior, estimó la Sala, procede la solicitud de amparo, dada la naturaleza de los derechos en juego y como quiera que no se vislumbra del plenario que se encuentren comprometidos derechos de mayor entidad del que se pretende proteger. Por último, en la misma decisión, la Sala estableció la afectación del derecho fundamental de petición por parte de la Fiscalía General de la Nación pues no obra documento que demuestre que la solicitud en relación con la hoja de vida del técnico González fue contestada, y, por parte del Banco de Occidente, por cuanto tampoco obra constancia que demuestre que el banco comunicó al peticionario la decisión de negarle los documentos - al margen de la razón -, por lo que los derechos de éste han sido afectados y procede la tutela solicitada.

**Fallo de 12 de abril de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2012-00107-00 (AC), MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

**2. Se anula el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Álvaro Hernán Velandia Hurtado, porque no se notificó de su admisión al Ministerio de Defensa Nacional, quien tiene interés en el resultado de la acción.**

La Sala decretó de oficio la nulidad de todo lo actuado dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Velandía Hurtado contra la decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado que había negado la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría, con el fin de que se rehaga su trámite, previa notificación de todos los interesados en él. El despacho consideró que la Sala de Conjuces falló la tutela sin haber notificado al Ministerio de Defensa Nacional de la admisión de la acción, con lo cual desconoció el interés que le asiste en los resultados de la actuación y el derecho a participar en el trámite de la misma. De esta forma, se invalidó la decisión de la Sala de Conjuces que había dejado sin efectos la destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación, y que en sus efectos vinculó al Ministerio de la Defensa Nacional, pues anuló la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre del 2009, y en su lugar, dejó en firme el fallo del 23 de mayo del 2002, de la Sección Segunda Subsección "B", que declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó al Ministerio de Defensa Nacional que reintegrara al demandante. Por ello, indica el Despacho, contrario a lo manifestado por los Conjuces de primera instancia, el Ministerio de la Defensa Nacional ha tenido un interés directo sobre las resultas de la acción de tutela, pues desde que se inició el proceso disciplinario contra el señor Velandía Hurtado, hasta la decisión de tutela de primera instancia, el acto proferido por el mencionado Ministerio que ordenó la desvinculación del accionante al Ejército Nacional, ha sido objeto de debate. Indicó la Sala que la nulidad es insubsanable por cuanto a la autoridad con interés legítimo en la presente actuación, se le pretermitió íntegramente la primera instancia, al no haber sido notificada de ninguna de las providencias en ella dictadas, y así, cuando le fue comunicada la sentencia del 1º de marzo del 2011, solicitó de manera explícita la nulidad de toda la actuación procesal, al considerar que con tal proceder, los jueces de instancia le vulneraron sus derechos de defensa y debido proceso.

[Auto del 27 de marzo de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2010-00076-01 \(AC\), MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ](#)

**3. La potestad para determinar el traslado de los internos se encuentra radicada en el INPEC, el juez de tutela no puede interferir en esa decisión salvo casos realmente excepcionales.**

Al resolver la acción de tutela interpuesta por un interno, recluso en virtud del proceso adelantado por la Fiscalía 29 Delegada para la Justicia y la Paz, para la protección de sus derechos de petición y a la salud, la Sala, frente al primer derecho determinó que si bien hay constancia que el citado despacho judicial dio respuesta a la petición indicando que su condición médica sería tenida en cuenta cuando se decidiera sobre su comparecencia a diligencias judiciales, no hay constancia que dicha respuesta haya sido conocida efectivamente por el interesado, y en tal virtud ordenó su amparo. En relación con el derecho a la salud, luego de determinar que no está demostrado que se encuentre en riesgo de vulneración, precisó que si bien la Fiscal 29 Delegada para la Justicia y la Paz es consciente de la situación del demandante y manifestó que la tendrá en cuenta al momento de programar nuevas audiencias, ello no implica que dicha autoridad no pueda requerir al demandante para que se presente donde lo necesite, pues de ser así, se verían gravemente afectadas sus atribuciones para esclarecer los hechos investigados dentro del proceso de justicia y paz, circunstancia que repercutiría negativamente para facilitar los procesos de reconciliación, la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley, y sobre todo los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Y, agregó, el hecho que el INPEC tenga la facultad discrecional para trasladar al actor a otro centro de reclusión, o que tenga el deber de hacerlo por un requerimiento de alguna autoridad judicial, no quiere decir que dicha autoridad penitenciaria puede pasar por alto que ciertas condiciones climáticas afectan el estado de salud del peticionario, pues de obrar en tal sentido podría incurrir eventualmente en un ejercicio arbitrario reprochable ante el juez de tutela.

[Sentencia del 22 de marzo de 2012, Exp. 54000-23-31-000-2012-00016-01\(AC\) MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**4. En materia pensional, el régimen de transición fijado en el artículo 4° del Decreto 1835 de 1994, es aplicable a los detectives del DAS, conforme a lo establecido en el artículo 2, parágrafo 5, de la Ley 860 de 2003.**

La Sala decidió amparar el derecho a la igualdad del accionante al estimar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto sustancial al dictar sentencia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento interpuesta por señor Hugo Ernesto Ángel Agudelo con el fin de obtener la reliquidación de la pensión conforme al régimen especial previsto para empleos de alto riesgo del DAS. Consideró la Sala que el Tribunal erró al determinar que no le era aplicable al régimen especial contenido en el Decreto 1835 de 1994 para detectives del DAS, pues omitió analizar que la Ley 860 de 2003, consagró en el parágrafo 5° del artículo 2°, un régimen de transición para reconocer la pensión de vejez en las mismas condiciones contenidas en el régimen de transición fijado en el artículo 4° del Decreto 1835 de 1994 a aquellos detectives del DAS que: **1)** se hayan vinculado con anterioridad al 3 de agosto de 1994; y **2)** que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (29 de diciembre de 2003) hubieren cotizado 500 semanas, supliendo así un vacío normativo respecto del régimen pensional especial para empleos de alto riesgo en el DAS. Teniendo en cuenta que el Tribunal incurrió en defecto sustantivo al inaplicar la Ley 860 de 2003, norma vigente para el momento en que el accionante adquirió el estatus pensional, la Sala tuteló el derecho fundamental a la igualdad del accionante y dispuso dejar sin efectos la sentencia del 27 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Hugo Ernesto Ángel Agudelo contra la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E.I.C.E. en liquidación.

**[Sentencia de 20 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2012-00081-00\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)**

**5. Las acciones de tutela instauradas contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, son de conocimiento de los Jueces Administrativos en primera instancia, por tratarse de una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional.**

Al conocer la acción de tutela interpuesta contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en virtud de la impugnación contra el auto de rechazó la demanda, la Sala estableció que procedía declara la nulidad de todo lo actuado, por falta de competencia, de conformidad con las reglas fijadas en el Decreto 1382 de 2000 en la materia. Expresó la Sala que, por ser la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional un establecimiento público, forma parte del nivel descentralizado por servicios del orden nacional, por disposición del artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Comoquiera que el a quo no tenía competencia para conocer del asunto en primera instancia, toda vez que la demandada es de aquellas entidades que pertenecen al sector descentralizado por servicios del orden nacional, se configuró la causal de nulidad procesal insaneable del numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el trámite de la acción tutela por disposición del artículo 4° del Decreto 306 de 1992.

**[Auto de 31 de enero de 2012, Exp. 25000-231-5000-2011-02283-01\(AC\), MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)**

**6. Se ampara el debido proceso por el trámite irregular dado a una solicitud de conciliación prejudicial.**

Al resolver la impugnación formulada contra la decisión de primera instancia que rechazó por improcedente la acción de tutela presentada contra la Procuraduría General de la Nación por la presunta omisión en el trámite de la solicitud de conciliación prejudicial, luego de descartar que se configurara temeridad, la Sala amparó del derecho al debido proceso del accionante al considerar que no hay constancia de que las comunicaciones enviadas por la Procuraduría Judicial mediante correo electrónico a la parte actora relativas a la necesidad de corregir la solicitud, efectivamente

fueron recibidas por ésta, y si en gracia de discusión, se aceptara que los correos electrónicos enviados al apoderado del actor hubieren sido recibidos, lo cierto es que, el auto de 21 de septiembre de 2011, proferido por el Procurador 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, mediante el cual resolvió entender desistida y no presentada la conciliación extrajudicial, ordenó en el numeral tercero: “Notificar personalmente de la presente decisión a la apoderada de la parte convocante.”, y según se observa en el plenario, la mencionada decisión no fue notificada personalmente, únicamente le fue comunicada la decisión vía e-mail, informándole que debía acercarse al Despacho a reclamar la documentación anexa. En esas condiciones, la Entidad realizó una indebida notificación de la decisión que dio por desistida y no presentada la solicitud de conciliación prejudicial, vulnerando el derecho al debido proceso que le asiste al actor, a quien con esta falencia se le coartó la posibilidad de impugnar la decisión, contra la cual procedía el recurso de reposición dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

[Sentencia del 26 de enero de 2012, Exp. 76001-23-31-000-2011-01624-01\(AC\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

## ACCIÓN POPULAR

1. La acción popular es improcedente para obtener la viabilidad del servicio de acueducto y alcantarillado para el desarrollo de un proyecto urbanístico, como quiera que no están en riesgo derechos colectivos, sino derechos particulares de un grupo de personas.

La Corporación de Vivienda El Tejar interpuso acción popular contra Junta Administradora de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado del Corregimiento del Caguán, Huila por negarse a concederle la disponibilidad para el desarrollo urbanístico “Villa Nohora”, que permitiría a las personas afiliadas a la Corporación, acceder a una vivienda. Al resolver la apelación presentada contra la decisión del Tribunal Administrativo del Huila, la Sala determinó que el objetivo de la acción interpuesta es obtener la disponibilidad del servicio público de acueducto, necesaria para proceder a la construcción del Proyecto Villa Nohora, Etapas I y II., y de esta forma, desarrollar el objeto social de la Corporación accionante, por lo cual, no hay duda que lo pretendido por ésta es la satisfacción de un interés particular. En tales circunstancias, precisó la Sala, el objeto del proceso se encuadra dentro de lo que la Jurisprudencia denomina “derechos particulares comunes a un grupo de personas y no derechos colectivos”, razón por la cual, la acción popular resulta improcedente.

[Sentencia del 16 de marzo de 2012, Exp. 41001-23-31-000-2010-00537-01\(AP\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### 1. INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN -INRAVISIÓN-

El ciudadano Jaime Niño Diez, en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demanda en contra de los artículos 4º, 21, 23 y 41 del Decreto No. 3550 de 2004, por el cual el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y, en especial, de las previstas en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto-Ley 254 de 2000 “suprime el Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISIÓN, y se ordena su disolución y liquidación”.

a) La Comisión Nacional de Televisión no tiene la obligación de asumir el pasivo pensional de los trabajadores de INRAVISIÓN, por ello se declaró la nulidad de la expresión la Comisión Nacional de Televisión CNTV contenida en los artículos 21 y 23 del Decreto 3550 de 2004, “Por el cual se

***suprime el Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISIÓN, y se ordena su disolución y liquidación”***

**Extracto:** La entidad a liquidarse, en ese caso INRAVISION, deberá cubrir los pasivos laborales y pensionales inicialmente con sus bienes y en caso de que éstos no resulten suficientes para cubrirlos, deberán ser asumidos en este caso específico por la Nación. Una interpretación diferente en el sentido de que deben ser cubiertos por la CNTV no tiene asidero jurídico, máxime cuando esta entidad también ha sido liquidada y no podría responder por el pasivo laboral de INRAVISION, que no puede quedar expósito en desconocimiento de los derechos de sus trabajadores. En conclusión, las normas demandadas que le asignaron a la CNTV la obligación de asumir el pago de las obligaciones pensionales de los trabajadores de INRAVISIÓN, carecen de fundamento legal y por ello habrán de ser anuladas.

**b) La atribución del Presidente de la República para suprimir entidades u organismos administrativos nacionales debe armonizarse con la competencia del Congreso prevista en el artículo 150-7 de la Constitución**

**Extracto:** Si bien el artículo 150-7 constitucional atribuye al Legislador una competencia plena para establecer la estructura de la administración nacional mediante la creación, supresión, fusión y escisión de entidades administrativas del orden nacional, a iniciativa del Gobierno; el Presidente de la República puede suprimirlas o fusionarlas con fundamento en el numeral 15 del artículo 189 ibídem; y también modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales por virtud del numeral 16 del mismo artículo. En estos dos últimos casos, el Gobierno ostenta una competencia sujeta a los condicionamientos que, para tales efectos, fije el Congreso. Ahora bien: La Ley conforme a la cual el Gobierno Nacional podía ejercer la competencia constitucional referida es la Ley 489 de 1998.

**c) El Presidente de la República estaba facultado por los artículos 189-15 de la Constitución y 52 de la Ley 489 de 1998, para decidir la supresión, disolución y liquidación del Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISIÓN**

**Extracto:** El decreto demandado decidió la supresión de INRAVISIÓN con fundamento en los numerales 3 y 4 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 que facultan al Presidente de la República para suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de las entidades u organismos del orden nacional cuando las evaluaciones de la gestión administrativa aconsejen la supresión o la transferencia de funciones a otra entidad, o cuando la conveniencia de esa decisión se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los órganos de control. Como consta en las consideraciones del decreto cuestionado, en los estudios sobre reestructuración de las empresas industriales y comerciales del Estado del sector de televisión en Colombia y el documento CONPES número 3314 de octubre 25 de 2004 se recomendó la supresión de INRAVISIÓN y el traslado de sus funciones a una nueva entidad, teniendo en cuenta su crítica situación (ver folios 19 a 59). Dicha supresión también se apoyó en el documento de política pública de la Contraloría Delegada para la Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, identificado con los números 85113-01 de fecha febrero 16 de 2004, que señala que INRAVISIÓN era financieramente inviable. Ninguna de las consideraciones anteriores fue cuestionada por parte del actor, razón por la cual en este proceso se asume su legalidad y veracidad. Luego, con fundamento en ellas el Gobierno podía decidir la supresión, disolución y liquidación de INRAVISIÓN. Conviene reiterar que, en razón al régimen de empresa industrial y comercial del Estado aplicable a INRAVISIÓN, el Presidente de la República estaba facultado para suprimirlo conforme al artículo 189-15 superior.

**[Sentencia del 16 de marzo de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2004-00411-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad.](#)**

2. Se debe presentar ante la autoridad aduanera la correspondiente declaración (formulario 534 Declaración de ingreso - salida de títulos representativos de dinero por usuarios diferentes a viajeros) cuando se pretenda sacar del país un título representativo de divisas por monto superior a diez mil dólares

La sociedad GENSOL DE COLOMBIA S.A., antes CUMMINS de COLOMBIA S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda para obtener la nulidad de las resoluciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, mediante las cuales le fue impuesta sanción de multa en cuantía de \$135´125.910.00, por la supuesta violación del régimen de cambios internacionales, específicamente por la salida del país de título representativo de divisas (cheque) por valor de US\$200.000, sin declararlos

**Extracto:** La norma que aplicó la entidad demandada, como lo expresa en los actos acusados, fue el artículo 82 de la Resolución Externa 08 de 5 de mayo de 2000, modificada por la Resolución Externa 01 de 2003, artículo 9°, y por el Artículo 2° de la Resolución Externa 6 de 2004. La normativa claramente determina la existencia de una obligación por parte de la actora, quien para sacar del país título representativo de divisas, es decir, el cheque incautado, debió presentar la declaración aduanera, la que además se debe presentar en el formulario que ésta indique, que para los efectos era el número 534, lo que no ocurrió en este caso, como lo reconoce ella misma al considerar que no tenía dicha obligación. Contrario a lo afirmado por la actora, en el sentido de que se trataba de una operación de importación exenta de la obligación de presentar la información aduanera, el artículo 82, parágrafo 1° de la Resolución Externa núm. 8 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, no contempla ninguna excepción a la obligación que tienen todas las personas que saquen títulos representativos de divisas o de moneda legal colombiana, por un monto superior a US\$10.000 o su equivalente en otras monedas, de informarlo a la autoridad aduanera, en el formulario que ésta indique, por lo que la conducta de la actora fue irregular, toda vez que no presentó ni mucho menos utilizó el formulario a través del cual le comunicaba a la DIAN, el hecho de la salida del cheque núm. 5371 del Bank of América

[Sentencia del 22 de marzo de 2012. Exp. 08001-23-31-000-2007-00400-01, MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

### 3. MARCAS FARMACÉUTICAS

Se demandan las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedieron el registro de la marca ERASSIN (nominativa), a favor de la sociedad LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA S.A. - LABINCO S.A., para distinguir productos comprendidos en la Clase 5ª de la Clasificación Internacional de Niza.

La Sala declaró la nulidad del acto de registro de la marca ERASSIN (nominativa) a favor de la sociedad LABORATORIO INTERNACIONAL DE COLOMBIA S.A. - LABINCO S.A., por existir similitud y, por tanto, riesgo de confusión y asociación con las marcas EROXIM y EROS INN de propiedad de LABORATORIO FRANCO COLOMBIANO S.A. - LAFRANCOL S.A.

**Extracto:** Sí existen similitudes entre las marcas ERASSIN y EROXIM y entre la primera y la marca EROS INN, y que las mismas ciertamente resultan suficientes y significativas para generar un riesgo de confusión en el público consumidor. En efecto, el resultado del examen realizado es que las marcas enfrentadas, como conjunto de letras, generan una impresión de semejanza en su escritura y en su fonética que puede crear confusión en los consumidores de los productos en mención, emergiendo por lo tanto, sin dificultad alguna, que la marca solicitada no ofrece la distintividad necesaria frente a las otras para coexistir en el mercado de manera pacífica. A lo anterior se suma el hecho de que las mencionadas marcas corresponden a productos farmacéuticos que forman parte de la misma Clase 5ª de la Clasificación Internacional de Niza y, por otra parte, que en el proceso de comercialización de tales productos se utiliza el mismo canal de distribución (farmacias y

droguerías), todo lo cual contribuye a incrementar los riesgos de confundibilidad, directa o indirecta, y/o de asociación, puesto que el consumidor podrá creer equivocadamente que al adquirir un producto que está comprando otro, o que los dos productos tienen un origen empresarial común, o si diferencia esto último, podrá creer que entre los productores existe alguna relación o vinculación económica. En ese orden, dado el rigor con que se debe abordar el examen de marcas farmacéuticas, según lo tiene señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a la luz de la cual se ha de tener en cuenta el criterio del consumidor medio, a fin de evitar que los consumidores incurran en confusión entre diferentes productos, por la similitud existente entre las marcas que los designan, ya que de generarse error, éste podría tener consecuencias graves en la salud de las personas, para la Sala, el riesgo de confusión que se aprecia entre las marcas enfrentadas hace irregistrable la marca ERASSIN para productos de la Clase 5ª.

[Sentencia del 23 de febrero de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2006-00201-00, MP. MARCO ANTONIO VELILLA \(E\). Acción de nulidad](#)

**4. La Sala decretó la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, por los cuales se canceló parcialmente por no uso el registro de la marca nominativa “COLOMBINA IMPERIAL”, de la sociedad COLOMBINA S.A., para distinguir productos comprendidos en la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza.**

Con este pronunciamiento la Sala modificó la posición que había adoptado en la sentencia del 12 de marzo de 2009 (Radicado 2003-00325), en pro de defender el status de las marcas notorias en Colombia. La decisión se fundamentó, en resumen, en los siguientes aspectos:

- a) La marca “COLOMBINA IMPERIAL” de la sociedad COLOMBINA S.A., contiene la expresión “COLOMBINA”, también de su titularidad, registrada como marca para distinguir todos los productos de la clase 30 Internacional y reconocida como marca notoriamente conocida
- b) El vocablo “COLOMBINA”, es el que le da la aptitud distintiva y diferenciadora a la marca “COLOMBINA IMPERIAL”, precisamente por su grado de notoriedad frente al público consumidor, convirtiéndose el término “IMPERIAL” en algo adicional a dicha marca notoria
- c) El consumidor medio de los productos de la clase 30 Internacional, inmediatamente va a relacionar el signo “COLOMBINA IMPERIAL” con la marca notoria “COLOMBINA”, y a su vez va a pensar, que su titular COLOMBINA S.A., sacó una nueva marca al mercado de alimentos derivada de la notoriamente conocida, para distinguir los mismos productos
- d) La marca notoriamente conocida se encuentra revestida de una protección especial, respecto a las marcas comunes

**Extracto:** De acuerdo con los presupuestos jurídicos antes referidos, los cuales a juicio de la Sala son lo suficientemente claros e instructivos, deberá modificarse el criterio adoptado en la sentencia de 12 de marzo de 2009, en pro de defender el status de las marcas notorias en Colombia. Y así se considere que tal marca no haya sido usada para el café o sus derivados, como lo anota el Tribunal de Justicia Andino, es necesario proteger a este tipo de marcas, ya que no sólo es deber resguardar el esfuerzo de su titular, sino salvaguardar al público consumidor, quien relacionará de inmediato la marca con el tradicional y conocido fabricante. Además, proceder a su cancelación por no uso, generaría admitir el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, por parte de un tercero, para promocionar sus productos. En este orden de ideas, los actos acusados expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio no se ajustan a la legalidad requerida en la normativa Andina, respecto a la cual se reitera, debe analizarse teniendo en cuenta coetáneamente las disposiciones que regulan la cancelación por no uso y las que rigen para las marcas notoriamente conocidas.

[Sentencia del 12 de abril de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2003-00322-01, MP. MARCO ANTONIO VELILLA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

1. Al no estar probada ninguna circunstancia de modo, tiempo o lugar que demuestre que al formarse una coalición de concejales que voto a favor del nombramiento de la Personera Municipal de Santiago de Cali, y la declaratoria de insubsistencia de la demandante que indique una relación de causalidad, se niega la nulidad del acto de retiro del servicio del cargo de Personera Delegada.

Una vez analizado el contexto de las intervenciones de los tres Concejales, se infiere efectivamente que se formó una coalición de concejales que votó a favor de Nhoralba García Moreno. Asimismo se observa que uno de los Concejales que no hacía parte de la coalición, al expresar su inconformismo pronosticó cambio de personal en la Personería Municipal con la elección de la nueva dignataria para favorecer los intereses de quienes votaban por su elección. La demandante relaciona esta situación dada en el Concejo, con su insubsistencia, pues asegura que ello no contaba con ningún respaldo de los Concejales en coalición, sino con el grupo de MARIA CRISTINA RIVERA, quien había perdido en el debate electoral. En criterio de la Sala, esa relación de causalidad entre las discusiones dadas en el Concejo y la declaración de insubsistencia, no está probada dentro de este proceso, pues no se demuestra ninguna circunstancia de modo, tiempo o lugar que relacione las dos situaciones. Con las pruebas allegadas al plenario, ni siquiera se puede asegurar que la actora contaba con apoyo político diferente al de la coalición que nombró a la Personera, en todo caso, de haberse probado, tampoco puede aceptarse que por el hecho de pertenecer a grupos o movimientos políticos diferentes, la decisión se hay visto influenciada por una u otra posición partidista. Tan solo con el Acta de la sesión ordinaria, en la cual se eligió la personera Municipal, tampoco se puede afirmar, que los cambios de personal en la Personería Municipal, obedecieron a presuntos compromisos pactados entre los Concejales que integraron la coalición y la nueva Personera, pues no se probó ninguna relación entre un nombrado en la Personería con un Concejal, para dar por ciento algún guiño de alguno de los miembros de la Corporación Administrativa Municipal. En estas condiciones, la Sala estima que la afirmación hecha por la demandante en el sentido de que el motivo determinante de su retiro del servicio hubiera estado sustentado en razones políticas no encuentra ningún respaldo probatorio.

[Sentencia de 21 de noviembre de 2011, Exp. 76001-23-31-000-1999-00093-01\(0789-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. Dado que le era exigible al actor en su condición de funcionario público una conducta diversa a la tolerar las actividades ilícitas, se niega la nulidad de los actos administrativos que le impusieron una sanción destitución del cargo que ocupaba como Registrador Municipal del Estado Civil, al no probarse dentro de la actuación disciplinaria el eximente de responsabilidad que alegara, manifestando que fue victima de un secuestro y que posterior a éste debió favorecer a los miembros de las FARC para proteger su vida.

En torno a los anteriores argumentos, resulta válido manifestar en primer lugar que el material probatorio allegado al expediente es amplio en el sentido de contener tanto pruebas trasladadas del proceso penal - declaraciones, informes de funcionarios de la Policía Judicial, inspecciones judiciales - como documentos recaudados en el trámite propio del proceso disciplinario. De igual modo, todos los medios probatorios fueron ordenados a instancias del ente investigador, toda vez que, como quedó expuesto anteriormente, el interesado no ejerció su derecho de defensa en el sentido de solicitar, aportar o controvertir las pruebas obrantes dentro de la actuación surtida en su contra. En este orden de ideas, se observa que le asiste razón a la autoridad disciplinaria en el sentido de no

encontrar probada la existencia de una causal eximente de responsabilidad, pues, en efecto, el acervo probatorio permite concluir que al actor le era exigible otra conducta diversa a la de tolerar y coonestar con actividades ilícitas ejercidas durante un lapso considerable, esto es entre los años 1998 y 2004 aproximadamente. Así, estas situación reiterada en el tiempo, impide afirmar que las irregularidades en que incurrió el demandante estuvieron determinadas por circunstancias extremas que le impidieran obrar en una forma diferente, es decir que la conducta exigible al accionante, en su condición de funcionario público, era la de denunciar los hechos objeto de investigación disciplinaria sin esperar que el tiempo transcurriera, pues ello acarrearía peores consecuencias tanto para él como para el conglomerado social que se veía afectado por la colaboración de éste con grupos ilegales.

[Sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2010-00099-00\(0830-10\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**3. La Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho al debido proceso a la Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital del Municipio de Cumbal (Nariño), al invocar una norma que no le era aplicable como fundamento para investigarla y sancionarla con destitución del cargo.**

Téngase en cuenta que i) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, ii) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicione y iii) que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre si, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria. De este modo, la conducta de la demandante no puede ser sancionada, pues como ya se vio, de la simple lectura de los artículos 1 y 10 del Decreto 128 de 1976, se infiere que esa normatividad no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, y además, no es clara la tipicidad de la conducta en este caso concreto, pues la misma no se ajusta, en todos sus ingredientes, a la previsión normativa que, dada la naturaleza del derecho disciplinario y los principios de legalidad y tipicidad, no admite interpretación analógica. Es importante señalar que aún cuando en este caso concreto la conducta de la demandante no puede considerarse típica en relación con la falta que se le endilgó, consistente en la vulneración del referido artículo 10 [del Decreto 128]; no debe perderse de vista que los funcionarios públicos que trabajan en las Empresas Sociales del Estado están sujetos a un régimen de inhabilidades propio y que debe ser observado y cumplido por éstos. No obstante, como no es objeto de este pronunciamiento determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las E.S.E. y tampoco si la demandante lo desconoció, la Sala se limita a precisar que, en definitiva, la accionante no es destinataria de la disposición que en este caso concreto invocó la Procuraduría para sancionarla [contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976] y por ello, su conducta no puede considerarse típica en relación con esa norma. Cabe indicar además que si bien la entidad demandada en este caso si era la competente para investigar y sancionar a la señora Cisneros Rivera y que el trámite que se adelantó estuvo sujeto a las disposiciones que lo regulan; en el sub-lite la violación al derecho al debido proceso se concretó en el momento en que la Procuraduría General de la Nación invocó una norma que no podía ser aplicable a la demandante, como fundamento para investigarla y, posteriormente sancionarla.

[Sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2009-00103-00\(1455-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. La etapa de indagación preliminar tiene como finalidad verificar si la conducta denunciada existió, si es constitutiva de falta disciplinaria y la identificación del posible autor de ésta, lo anterior de manera provisional, mientras que en la investigación ya hay certeza en la falta y su autor, por lo tanto, se consideró que no se vulneró el derecho al debido proceso al cambiar la calificación de la falta, por existir nuevos elementos de juicio que fueron aportados al proceso con en la etapa probatoria.

El artículo 144 de la Ley 200 de 1995 dispone que cuando de la indagación preliminar, de la queja o del informe y sus anexos el investigador encuentre establecida la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma ordenará investigación disciplinaria y el auto de trámite, debe contener, entre otros requisitos, una breve fundamentación del carácter de la falta disciplinaria. Ordenada la investigación disciplinaria y adelantada, se debe proceder a la evaluación de la investigación, para definir si hay lugar a la formulación de cargos o al archivo definitivo de la investigación. Cabe en consecuencia señalar, que por disposición legal, en el auto de apertura únicamente se hace una breve argumentación del carácter de la falta, de acuerdo con los elementos que hasta ese instante obren en el proceso. Lo contrario equivaldría a un prejuizamiento de la conducta del investigado, por cuanto sin haber recaudado todos los elementos probatorios necesarios, se estaría obligando al investigador a hacer desde ese momento casi que una calificación definitiva de la falta, lo cual no se ajusta a la legalidad. Como se puede observar, la normatividad no prohíbe el que se pueda evaluar en una nueva oportunidad la calificación provisional que se ha realizado en el auto de cargos, siempre y cuando surjan nuevos elementos de juicio, tal y como sucedió en este caso, con las pruebas que se aportaron al proceso (fls 96, 98,115 del C4), pues se repite, el artículo 92, numeral 7º, ordena hacer una determinación provisional que equivale a transitoria, porque se hace mientras culmina la investigación y existen elementos de juicio suficientes para la calificación definitiva.

[Sentencia de 22 de noviembre de 2011, Exp. 63001-23-31-000-2001-00448-02\(1682-08\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. Por no estar probado dentro del proceso el nexo entre la Senadora Dilia Francisca Toro y la Registradora Nacional del Estado Civil, que permitieran demostrar la desviación de poder alegada en la demanda, en el sentido de que por fines políticos se declarado insubsistente al actor, se niega la nulidad del acto administrativo que lo separo del cargo de Registrador Especial de la Registraduría de Cali.

En el presente asunto, como ya se expresó, pretende el actor demostrar con las pruebas que se acaban de reseñar, que la Registradora Nacional del Estado Civil, usó la facultad discrecional con el fin de cumplir compromisos políticos adquiridos con la Senadora Dilian Francisca Toro, para en reemplazo del actor, nombrar a un miembro de su grupo político, sin embargo, las pruebas no logran demostrar ese nexo que podría existir entre la Registradora y la Senadora, además de que no se encuentra tampoco probado que el reemplazo del actor, perteneciera al grupo político de la Dra. Dilian Francisca Toro. Si bien, según las declaraciones rendidas por quienes fueran las secretarías del actor, por el tiempo anterior a su desvinculación, se presentó un empleado de la Senadora con un sobre que contenía unas hojas de vida y que finalmente, según se afirma en las declaraciones iban dirigidas al Delegado Departamental, lo cierto es que analizados los testimonios y las circunstancias que rodearon el retiro del actor, no es posible llegar a la conclusión planteada en la demanda, es decir, que la Registradora Nacional del Estado Civil, se haya comprometido con la Senadora Dilian Francisca Toro a nombrar a un miembro de su grupo político en el cargo del actor, ni tampoco que el Delegado Departamental haya procedido de tal manera por orden de su Jefe inmediata, sobre este particular no existe ninguna prueba en el expediente, además de la declaración según la cual, la Senadora iba diciendo por los pasillos que la Registradora tenía un compromiso político con ella, que por sí sola no es prueba suficiente pues no tiene un conocimiento directo del mencionado “compromiso”.

[Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2003-04487-02\(1302-10\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. Se decreta la nulidad del Decreto 1006 de 1992, expedido por el Gobernador de Boyacá, por medio del cual se faculta a los Directores de algunos Hospitales del Departamento para mantener reconocimientos laborales de contenido económico a sus servidores, acto que consagra la creación de prestaciones sociales a favor de los empleados de dichas instituciones, por cuanto la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es competencia concurrente del legislador y el ejecutivo

En múltiples pronunciamientos esta corporación ha explicado que desde la antigua Constitución de 1886 la competencia para fijar el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos es concurrente entre el legislativo y el ejecutivo, luego resulta desatinado que el Gobernador del Departamento de Boyacá hubiese expedido el Decreto cuestionado facultando a Directores de Hospitales para “mantener” reconocimientos salariales de contenido económico, cuando en realidad son nuevas prestaciones laborales que el legislador no ordenó al momento de reorganizar el sector salud. En ese orden, mal hizo el Gobernador de Boyacá en autorizar a los Directores de Hospitales para que establecieran discrecionalmente beneficios laborales, que aunque encubiertos en un aparente “mantenimiento” de derechos adquiridos, no son más que la creación y/o modificación de factores salariales y prestacionales. Así las cosas, la Sala es categórica al afirmar que el Gobernador del Departamento de Boyacá, cuando autorizó a los Directores de los Hospitales para que reconocieran derechos económicos a los empleados públicos que laboraban en dichas instituciones, los cuales derivaban en su mayoría de una convención colectiva, desconoció competencias que por ley y Constitucionalmente le han sido conferidas a otros órganos del Estado, aunado a que transformó infundadamente la facultad que le confirió la Asamblea Departamental en virtud de la Ordenanza 001 de 1993, que no era otra que la de ejercer funciones relacionadas con el proceso de descentralización del Sector Salud Departamental, la cual es totalmente diferente a la de regular temas prestacionales y salariales de los servidores públicos departamentales.

[Sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 15001-23-31-000-2000-01170-02\(2111-07\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad](#)

7. Se niega la nulidad del acto por el cual se sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas al demandante, por cuanto el debate probatorio surtido en sede administrativa no puede extenderse a la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo por violación al debido proceso o en razón que su apreciación resulte contra evidente.

Esta Sala ha reiterado la inviabilidad de extender a la sede contenciosa administrativa el debate probatorio surtido y agotado ante la autoridad disciplinaria, salvo que en el decreto y práctica de pruebas se hubiese violado el debido proceso, o que la apreciación de la autoridad disciplinaria resulte totalmente contra evidente, lo cual excluye, como ocurre en este caso, las manifestaciones de disenso de la valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias y consignadas en los actos administrativos emanados de ellas. El debate probatorio realizado ante las autoridades disciplinarias fue desarrollado y agotado ante las instancias del Vice Procurador y del Procurador General de la Nación, en primera y segunda instancia respectivamente, frente a lo cual en el sub-lite el actor expone argumentos que se contraponen a los de la valoración probatoria realizada por las autoridades disciplinarias mencionadas, con miras a que éstos prevalezcan para demostrar la inexistencia de las conductas por las que sancionó al demandante, para tal efecto es clara su intención de trasladar a esta jurisdicción tanto el debate como las conclusiones probatorias, cumplidas en sede administrativa disciplinaria, a manera de tercera instancia, sin tomar en cuenta que el objeto de juicio en esta Jurisdicción son los actos administrativos que pusieron fin al proceso disciplinario adelantado contra el actor, cuya validez y legalidad se determina sobre fundamentos jurídicos y fácticos diferentes de los que enmarcaron la acción disciplinaria.

[Sentencia de 26 de enero de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2010-00021-00\(0146-10\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

8. Se ordena la devolución de las mesadas pensionales pagadas por Caja Nacional de Previsión al demandado por encontrarse que con su actuar vulneró el principio de buena fe, al presentar una partida de bautizo adulterada que sirvió de fundamento para el reconocimiento de la pensión de jubilación sin el cumplimiento del requisito de edad, no obstante, atendiendo que es su único sustento y su avanzada edad, 83 años, se ordena su disfrute a partir del cumplimiento de la edad exigida en el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, es decir, a partir del 29 de mayo de 1983.

Estima la Sala que la partida de bautismo que acompañó la solicitud de reconocimiento pensional del demandado indujo a un error a la caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, toda vez que, como quedó visto el acto de reconocimiento pensional asume, de acuerdo a lo consignado en la partida de bautismo, que el señor Carlos Augusto Tietjen González había nacido el 29 de mayo de 1923, por lo que en ese momento contaba con 57 años de edad, lo que como quedó visto no es cierto en tanto su nacimiento se registró el 29 de mayo de 1928. Bajo estos supuestos, para la Sala no hay duda de que en el momento en que al señor Carlos Augusto Tietjen González le fue reconocida la pensión de jubilación, esto es, el 30 de diciembre de 1980, no cumplía con los 55 años de edad exigidos por el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, toda vez que contaba con apenas 52 años de edad. Considera la Sala que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 10449 de 30 de diciembre de 1980 deviene en ilegal toda vez que, tuvo como fundamento un hecho que no fue cierto en este caso la fecha de nacimiento del actor lo que de acuerdo al régimen pensional aplicable para la fecha en que presentó su solicitud, esto es, Decreto 1848 de 1969 no le permitía acreditar lo 55 años de edad exigidos para el reconocimiento prestacional razón por la cual, la Sala en la parte resolutive de esta providencia declarará su nulidad. No obstante lo anterior, resulta evidente que en la actualidad el señor Carlos Augusto Tietjen González cuenta con 83 años de edad, lo que permite inferir que su único medio de sustento es la prestación pensional que viene percibiendo, razón por la cual la Sala, en virtud de la facultad conferida a los jueces de esta jurisdicción, conforme lo establecido en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo dispondrá que la prestación pensional de que debe gozar no es otra que la pensión ordinaria de jubilación prevista en el Decreto 1848 de 1969, a partir del 29 de mayo de 1983, fecha en que cumplió los 55 años de edad, exigidos por el artículo 68 del citado Decreto para su reconocimiento. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que dentro del presente proceso resulta acreditado que el señor Carlos Gustavo Tietjen González actuó en contra del postulado constitucional de la buena fe al solicitar su pensión ordinaria de jubilación con fundamento en la partida de bautismo en la que figura una fecha de nacimiento que no corresponde a la realidad, estima la Sala que el mismo está obligado a restituir en forma indexada las sumas pagadas ilegalmente por concepto de mesadas pensionales desde su reconocimiento hasta la fecha en que efectivamente cumplió los 55 años exigidos por el Decreto 1848 de 1969, esto es, del 16 de enero de 1980 al 29 de mayo de 1983.

[Sentencia de 22 de marzo de 2012, Exp. 13001-23-31-000-1985-06374-01\(0872-11\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

9. No se modifica la naturaleza del cargo, libre nombramiento y remoción, por el hecho que se adelante un proceso de selección público para su designación, atendiendo criterios de mérito, razón por la cual, se negó la nulidad del acto administrativo que nombró como Director de la Seccional de Caldas del Instituto del Seguro Social a una persona que no hacía parte de la terna, por considerar que los participantes no cumplieron con las expectativas exigidas.

Si bien la administración puede proveer empleos de libre nombramiento y remoción mediante procesos de selección por méritos, esta circunstancia no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de citados cargos. Lo anterior porque, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución

Política es el legislador a quien el constituyente le confiere la facultad de establecer taxativamente la naturaleza de los empleos en todos los niveles de la administración con el fin, de establecer regímenes homogéneos de administración de personal, para asegurarle a todos los funcionarios del Estado unas condiciones uniformes en cuanto se refiere al ejercicio de sus derechos y prerrogativas de carácter laboral. No se avalaron dos ternas enviadas al Presidente del ISS, las referidas ternas eran las correspondientes a la Seccionales de Caldas y Cauca, en consideración a que *“los aspirantes no cumplieron con las expectativas de los directivos del Seguro, luego del plan de inducción y talleres realizados por las Vicepresidencias de cada una de las áreas de la entidad”*. Por lo expuesto, es posible afirmar que el proceso de selección por méritos de los cargos de Gerentes Seccionales se respetó y culminó en debida forma, que el proceso del concurso de meritocracia se siguió cumpliendo cada una de las etapas, pero ello no era impedimento para que el Presidente del ISS quien tiene la facultad nominadora de los cargos de Gerentes Seccionales, viera limitada dicha facultad y estuviera obligado a elegir única y exclusivamente a quienes conformaban la terna a él presentada, si ella la integraban personas que no cumplieron con las expectativas de los directivos de la entidad luego de realizado actividades como son los talleres que realizaron cada una de las dependencias del ISS. En este punto es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha dicho, que los actos administrativos (Directivas Presidenciales, Resoluciones, Acuerdos entre otros) no pueden aplicarse si ellos están dirigidos a limitar la facultad de libre remoción de los empleados públicos porque esos actos *“no pueden modificar o suspender la competencia que la ley le ha conferido al nominador para nombrar o remover a sus funcionarios”*. Así las cosas, considera la Sala que el Presidente del ISS, no se extralimitó en sus facultades nominadoras al designar como Gerente del ISS Seccional Caldas, al señor Luis Guillermo Florez Henao, dada la imposibilidad de nombrar a alguno de los integrantes de la terna que no llegaron las expectativas de los directivos del ISS.

[Sentencia de 9 de febrero de 2012. Exp. 17001-23-31-000-2003-14081-01\(1579-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**10. Se niega el reconocimiento de la nivelación salarial de empleado de la Contraloría Departamental del Cauca con el nivel central, por ser competencia de la Asamblea Departamental el fijar la escala de remuneración para dichos servidores y no del Gobernador del Departamento.**

Las Asambleas Departamentales dentro del sistema de remuneración de los cargos territoriales, gozan por virtud de la preceptiva constitucional, de autonomía para fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales, pero siempre dentro del límite máximo fijado por el Gobierno Nacional y los Gobernadores deben sujetar su actuación a tales parámetros, en el sentido de determinar el sueldo concreto asignado a cada una de ellas. En consonancia con los referidos mandatos constitucionales, la Ley 330 de 1996 que desarrolló el artículo 308 Superior, sobre los gastos de funcionamiento de las Asambleas y de las Contralorías Departamentales, en su artículo 3º, preceptúa de manera expresa, que es atribución de las Asambleas Departamentales, en relación con las respectivas Contralorías, determinar *“... su estructura, planta de personal, funciones por dependencias y escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, a iniciativa de los contralores”*. La Ley entonces, en consonancia con la Carta Magna, de manera concreta determina para la Asamblea la facultad de fijar las escalas de remuneración de su respectiva Contraloría y a iniciativa del Contralor, sin que de ninguna manera autorice al Gobernador su intervención. De las anteriores probanzas la Sala infiere, que efectivamente el demandante prestó sus servicios a la Contraloría Departamental del Cauca y que en virtud de la Ordenanza No. 008 de 10 de abril de 2001, la Asamblea Departamental del Cauca determinó la nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos de dicha Contraloría. Sin más consideraciones y de acuerdo con lo expuesto en precedencia, encuentra la Sala que le asiste razón al *a quo* cuando concluye, que para efecto de realizar la nivelación salarial pretendida por el servidor de la Contraloría Departamental, es incompetente el Gobernador, porque con meridiana claridad se establece que, dentro de la órbita

de sus competencias, no gravita la de fijar las escalas de remuneración de los cargos de la Contraloría Departamental, pues la misma resulta ser del resorte de la Asamblea Departamental, y mucho menos la fijación del régimen prestacional, función que le asiste al Legislador.

[Sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 19001-23-31-000-2004-00909-02\(0349-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

11. Los médicos del servicio social obligatorio tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que los médicos generales, por lo que se ordena el pago al demandante de la diferencia salarial y demás prestaciones sociales.

Del análisis de las anteriores disposiciones, se desprende que la Ley 50 de 1981, adujo en el artículo 8°, que las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los empleados del Servicio Social Obligatorio, serán los propios de la Institución a la que se vinculen; lo mismo hizo el Decreto Reglamentario 2396 de 1981, cuando dijo en el artículo 6°, que estarán sujetos a las disposiciones en materia de personal; así también lo entendió la Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud, que reafirmó que están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las Entidades donde prestan sus servicios. El hecho de que el artículo 1° del Decreto de nombramiento establezca que la asignación mensual era la suma inferior a la que legalmente le corresponde, no es óbice para acceder a las pretensiones de la demanda, pues las normas aplicables establecen los derechos de las personas que desempeñan el servicio social obligatorio. No sería justo ni equitativo con la actora, negarle el pago de las prestaciones sociales y demás beneficios que reciben los médicos nombrados en el mismo nivel y grado, pues así lo contempla el ordenamiento. Conforme al acervo probatorio arrimado al proceso, quedó demostrado que efectivamente existió una violación al ordenamiento jurídico y por tanto es procedente ordenar el reajuste de los salarios y prestaciones percibidos por el actor como Médico de Servicio de Salud Obligatorio, a lo devengado por un Médico General, con lo hizo el A-quo.

[Sentencia de 1° de febrero de 2012, Exp. 13001-23-31-000-2001-01766-01\(1708-11\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

## SECCIÓN TERCERA

1. Se declaró patrimonialmente responsable al municipio de Rionegro (Antioquia) por los perjuicios causados a la parte actora, con ocasión de la prestación del servicio de salud brindado a una paciente en el Hospital Municipal Gilberto Mejía Mejía, donde se le colocó un dispositivo intrauterino DIU que posteriormente se infectó presentado endometriosis complicada con signos de peritonitis, haciendo necesario la práctica de una anexo hysterectomía, lo que produjo perjuicios morales y materiales a ella, su esposo e hijos. Ante la ostensible vulneración del derecho fundamental a la salud se decretaron medidas de justicia restaurativa y se ordenó garantizar la protección a la identidad de los demandantes

**Síntesis del caso:** El 16 de julio de 1993, la señora XX de 25 años de edad dio a luz a su cuarto hijo, el médico y enfermera que atendieron el parto, le sugirieron adoptar medidas de planificación familiar en vista del número de hijos; la gestante bajo la orientación de los profesionales, opta por el método de planificación del dispositivo intrauterino DIU, procedimiento efectuado el 22 de diciembre del corriente año en el Hospital Gilberto Mejía Mejía de Rionegro, y se le asigna una cita de chequeo para el 19 de enero de 1994, con la advertencia que ante cualquier molestia o dolor acudiera inmediatamente a consulta médica. El sábado 8 de enero de 1994, la señora XX presenta un fuerte dolor abdominal, su esposo decide llevarla en busca de asistencia médica a la entidad hospitalaria donde se le había practicado el procedimiento, allí es atendida por el dr. Oscar Javier R. quien realiza un ligero y exiguo examen, ordenando la aplicación de suero y formulándole medicamentos

para el dolor y es enviada a su casa, la paciente insiste en el fuerte dolor que padece y hace referencia a que podría tratarse del dispositivo intrauterino que se le había colocado, el médico le dice que se trata solamente de un malestar y le informa que se con los medicamentos ordenados se va a mejorar y que de no ser así volviera el martes siguiente ya que ni el domingo ni el lunes festivo atenderían consultas; al día siguiente, por no presentar mejoría, la señora XX acude nuevamente al ente hospitalario, donde es atendida por la profesional Diana Zapata, quien la examina y reitera el diagnóstico y tratamiento dado por el médico anterior y considera que el dolor abdominal obedece a una infección intestinal, aduciendo que no es consecuencia del procedimiento de colocación del dispositivo intrauterino. El 10 de enero, en vista de que su salud empeora, se dirige a la clínica particular Somer de Rionegro, donde es examinada por un profesional de la institución, quien le diagnóstica endometriosis complicada con signos de peritonitis, ante lo cual es intervenida quirúrgicamente en el hospital Regional San Juan de Dios de Rionegro donde se le practica una anexohisterectomía consistente en la extracción de todos los órganos que integran el aparato reproductor, al estar comprometidos por la infección. Ante su delicado estado de salud es internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital San Vicente de Paúl de la ciudad de Medellín, donde permanece hospitalizada 17 días e incapacitada durante tres meses.

**a. El incumplimiento a los deberes de conservación y custodia de la historia clínica generan un significativo y flagrante desconocimiento a la ley y a los reglamentos que regulan la materia, lo que se traduce en un indicio de falla en contra de la entidad hospitalaria, sistema de aligeramiento probatorio que ha sido acogido por la Sección Tercera para el campo obstétrico, pero que puede ser extendido a otros escenarios como se ha sostenido de manera reiterada**

**Extracto:** “correspondía a la entidad demandada desvirtuar el indicio de falla -que se convierte en una presunción judicial o de hombre (presumptio hominis)- toda vez que la historia clínica constituye el eje central sobre el cual se estructura no sólo la atención integral médica y hospitalaria, sino que, en el derecho de daños por la actividad sanitaria se erige como el principal instrumento de convicción e ilustración para el juez, circunstancia por la cual su ausencia genera una presunción judicial -estructurada en las reglas de la experiencia, la sana crítica y la evidencia. (...) a la parte actora en estos eventos le corresponde acreditar: i) el daño antijurídico, ii) la imputación fáctica, que puede ser demostrada mediante indicios, la existencia de una probabilidad preponderante en la producción del resultado dañino, o los instrumentos propios de la teoría de la imputación objetiva, y iii) el hecho indicador del indicio de falla, esto es, que la entidad hospitalaria incumplió -reconocido expresamente en el caso concreto por la entidad- el deber de conservación y custodia de la historia clínica. Así las cosas, en el caso concreto la entidad no desvirtuó el indicio de falla por la no aportación completa de la historia clínica de la paciente XX, y de ello se sigue una consecuencia de orden probatorio.”

**b. En el presente caso se configuraron dos fallas del servicio, la primera y ante la renuencia de aportar la historia clínica completa de la paciente, se configuró una falla del servicio probada con fundamento en el indicio de falla y la segunda por la indebida atención en la valoración médica de la paciente**

**Extracto:** “En el caso concreto el título de imputación jurídica que desencadena la responsabilidad del municipio demandado encuentra apoyatura en el “indicio de falla”, al no haberse aportado de manera completa la historia clínica de la paciente XX, aunado al hecho de la acreditación de que los dispositivos intrauterinos incrementan considerablemente el riesgo de que la mujer presente un escenario de enfermedad pélvica infecciosa (EPI), circunstancia por la que su falta de control y seguimiento con fundamento en la historia clínica -la cual no reposa en el proceso- constituye una falla del servicio probada. Es decir, en la atención de la paciente en el hospital Gilberto Mejía se debió advertir la circunstancia que presentaba la paciente, esto es, la instalación reciente de un dispositivo intrauterino de planificación, lo cual hubiera conducido al diagnóstico de una enfermedad pélvica infecciosa; por tal motivo, al no haber constatado esa circunstancia se presentó una falla del servicio médico - hospitalario. En síntesis, en el caso concreto concurrieron dos fallas del servicio: i)

la derivada de la falta de aportación completa de la historia clínica de la paciente, la cual genera un indicio en contra de la entidad demanda, y ii) la indebida atención en la valoración médica, ante la falta de constatación de que a la paciente, de manera reciente, se le había insertado un dispositivo intrauterino “DIU”. De modo que, el municipio demandado sin ambages está compelido a la reparación integral del daño irrogado a la señora XX y sus familiares, ya que en un centro médico vinculado o perteneciente al mismo, se le instaló un dispositivo intrauterino a aquélla y ese objeto alojado en su organismo desarrolló -como era altamente probable- una enfermedad pélvica infecciosa, lo que terminó con la práctica de una anexa histerectomía, esto es, el retiro total o completo del aparato reproductor femenino, es decir, corresponde a una intervención quirúrgica que consiste en extraer el útero o matriz, las trompas de Falopio y los ovarios de la mujer.”

**c. La entidad demandada vulneró los principios constitucionales de dignidad y de libertad de la paciente, dejando de lado el derecho de género predicable a la mujer para elegir libremente el número de hijos que desea tener y el derecho a la maternidad**

**Extracto:** “Se advierte en la apelación una visión que deja de lado los lineamientos modernos del derecho de género, la individualidad de la mujer, su identidad, sus condiciones particulares que lejos de situarla en una posición de desventaja frente a los hombres, debe ser entronizada o al menos estar en nivel de igualdad, son ellas las que, al fin de cuentas, nos dan la vida a todos, tanto a hombres y mujeres. Son ellas quienes con su esfuerzo y dedicación entregan sus hijos e hijas al mundo. Por esto, el daño que se le causa a la mujer cuando se le afecta su aparato reproductivo no se circunscribe al ámbito sexual, sino que comprende un conjunto de esferas que tocan las fibras más profundas de los campos biológico y psicológico de aquélla. En consecuencia, el razonamiento de la impugnación desconoce el contenido y alcance de los principios constitucionales de dignidad humana y de libertad, que se ven afectados con el daño antijurídico que sufrió XX. En efecto, respecto del primero es evidente que la persona se entiende como un fin en sí mismo y no como un medio para los fines de los demás; de otra parte, la autonomía individual y personal, la decisión voluntaria de definir el número de hijos que se desea procrear, la libre determinación que le asiste a la mujer para decidir sobre su vida sexual y reproductiva, constituye un derecho fundamental sobre el cual una intromisión injustificada deviene inconstitucional y, por lo tanto, reprochable. (...) la importancia de la dignidad entendida como aquel imperativo categórico -en términos Kantianos- que determina que cada ser humano -sin importar su sexo, raza, etnia, clase social, capacidad física y/o mental, capacidad económica, etc.- es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar los fines de otros, radica en que la misma constituye el sustrato de todos los derechos humanos, principalmente de los derechos fundamentales y, por ende, de la vida y la libertad garantías éstas sin las cuales la existencia y plenitud de la humanidad se vería amenazada.”

**d. La aplicación del principio de proporcionalidad no constituye una herramienta para la valoración y tasación del perjuicio moral por ser inadecuado, dicha tasación debe hacerse aplicando el arbitrio juris. Reiteración jurisprudencial**

**Extracto:** “La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia -acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera - sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral (...) el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es

inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.”

**e. Ante la grave violación de derechos humanos por parte de la administración y por la afectación significativa de un derecho fundamental, el Juez contencioso administrativo puede apartarse de los principios de congruencia y de la no reformatio in pejus, y le es dado decretar de oficio medidas de justicia restaurativa**

**Extracto:** “Toda vez que [en] el presente asunto se vulneró gravemente un derecho fundamental (salud), es preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del mismo. En efecto, la Sala en ocasiones anteriores ha señalado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de no reformatio in pejus, en dos escenarios: i) la grave violación a derechos humanos por parte del Estado -acción u omisión- o por la actividad de terceros pero imputable al primero y ii) la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional. En la segunda hipótesis la Sección Tercera ha decretado medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado. Ahora bien, esa vulneración puede estar referida al ámbito subjetivo u objetivo de la correspondiente garantía fundamental. (...) cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión subjetiva u objetiva de un derecho fundamental, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. (...) la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales es el único contenido del principio de reparación integral que se encuentra amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado, esto es, la garantía de la congruencia y de la no reformatio in pejus, siempre que, se insiste, se trate de un escenario de grave vulneración a derechos humanos o medie la afectación significativa de un derecho fundamental constitucional. En los demás casos a los dos mencionados, las medidas de justicia restaurativa sólo serán procedentes si están deprecadas expresamente en la demanda”

**f. Protección del derecho a la intimidad. Debido a las medidas de justicia restaurativa, cuyo objetivo es la materialización del principio de reparación integral y la protección al derecho a la salud en sus órbitas subjetiva y objetiva, es posible que, se desencadene una lesión a otro derecho fundamental cuya titularidad ostentan los demandantes, esto es, la intimidad.**

**Extracto:** “en la publicación de la sentencia en el medio masivo de comunicación (garantía de no repetición), en la versión magnética que se suba a la página web de la entidad territorial recurrente y en la Relatoría de esta Corporación, se omitirán los nombres de los demandantes, en aras de no lesionar el derecho a la intimidad de los mismos, ya que en el proceso se ventilaron aspectos que se restringen a la esfera individual de la paciente y su núcleo familiar cercano, aunado a las drásticas consecuencias expuestas por los peritos y las dificultades físicas, psicológicas y sexuales que se derivan para la paciente en este tipo de escenarios. En otros términos, se preservará la identidad de la paciente - demandante, así como la de sus familiares, ya que si bien, por cuenta del principio de reparación integral se estaría restableciendo el núcleo esencial y la dimensión objetiva del derecho fundamental a la salud, con las medidas de no repetición se podría lesionar el citado derecho a la intimidad. (...) el derecho a la intimidad se protegerá de la siguiente forma: i) la publicación de esta

sentencia quedará circunscrita al tomo copiadador de la Corporación, ii) la Relatoría de la Corporación, en la versión magnética que se entregue a esa dependencia, se encargará de sustituir todos los nombres de los demandantes a lo largo del fallo por siglas (v.gr. XX, YY, NN, JJ, PP, etc), con lo cual se garantizará la no identificación o identidad de los demandantes, iii) la publicación que se haga en la página web del municipio de Rionegro se efectuará omitiendo todos los nombres de los demandantes, para lo cual obtendrá el respectivo archivo magnético de la Relatoría de esta Corporación, iv) la publicación de la sentencia en el medio masivo de comunicación impreso a nivel departamental se deberá efectuar con las mismas consideraciones, es decir, protegiendo la identidad de los demandantes, y v) la audiencia o ceremonia de excusas a cargo del Director del Hospital Gilberto Mejía Mejía, se hará de manera privada, sin que exista acceso al público, ni una convocatoria pública.”

[Sentencia de abril 25 de 2012. Exp.: 05001-23-25-000-1994-02279-01\(21861\)A y 05001-23-25-000-1994-02279-01\(21861\)B . MP. ENRIQUE GIL BOTERO. Acción de reparación directa](#)

**2. El Consejo de Estado declaró responsable al Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca por los daños causados a la sociedad Servicios Mutuos y Representaciones Ltda., con ocasión de la ocupación permanente de un predio de su propiedad, debido a la construcción de una obra pública realizada en cumplimiento del Plan de Desarrollo Integrado del Sector Cali-Yumbo**

**Síntesis del caso:** La sociedad Servicios Mutuos y Representaciones Ltda., es la propietaria de un predio cuyos linderos se encuentran comprendidos en la escritura 2418 de 25 de abril de 1995, de la Notaría Tercera de Cali, la entidad Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca, en cumplimiento del Plan de Desarrollo Integrado del Sector Cali-Yumbo, contemplado en la Ordenanza 007 de 1977, modificada por las Ordenanzas 013 de 1984 y 035 de 1994, inició la ejecución de la doble calzada Cali-Yumbo y del paso elevado de Sameco y construyó a cada lado del predio colectores de aguas lluvias y residuales en forma de caño, convirtiendo la parte interna en charcos de agua y lodo. Adicionalmente, gran parte del predio fue pavimentado por la demandada, de modo que lo que era un predio particular se convirtió en una vía de uso público, causándole a la demandante innumerables perjuicios materiales, los cuales estimó en \$542.340.000, por concepto de daño emergente y \$300.000.000, por concepto de lucro cesante

**a. Se encontró acreditada la responsabilidad de la entidad demandada con fundamento en el régimen de responsabilidad objetivo, por el rompimiento de las cargas públicas que no tenía porque asumir la sociedad demandante**

**Extracto:** “En asuntos como éste, en los que el origen o la causa del daño deviene como consecuencia de la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos, la jurisprudencia de esta Corporación ha sentado el criterio según el cual el régimen de responsabilidad aplicable es objetivo, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad cuando se acredite en el proceso que una parte o la totalidad de un inmueble fue ocupada permanentemente por la Administración o por particulares que actúan autorizados por ella, pues tal situación denota un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas que no tienen por qué asumir los afectados. (...)con fundamento en los criterios trazados por la jurisprudencia de esta Corporación y el material probatorio valorado en el plenario, la Sala revocará la sentencia de 26 de junio de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por estimar que se encuentra acreditado el daño sufrido por la sociedad demandante como consecuencia de la ocupación permanente de un predio suyo por causa de trabajos públicos a cargo del Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle, el cual debe indemnizar los perjuicios que ello le produjo a la actora.”

**b. En el evento de la ocupación de inmuebles por trabajos públicos, si se solicita el pago del daño emergente al momento de producirse la ocupación, debidamente indexado, la indemnización es**

compensatoria y comporta legalmente la transferencia de la propiedad ocupada a la entidad condenada, luego el único lucro cesante susceptible de reconocerse será la rentabilidad del dinero.

**Extracto:** “la demandada deberá indemnizar a la actora el valor comercial del predio afectado, esto es, la suma \$290'645.023, según el dictamen pericial practicado en el proceso, aspecto éste que no fue cuestionado por la entidad demandada, aclarando que dicha indemnización comporta la obligación en cabeza de la sociedad actora de transferir a la entidad demandada la propiedad del inmueble (...) No es posible, entonces, solicitar al mismo tiempo, además de la compensación indemnizatoria (daño emergente) y su rentabilidad (lucro cesante), el pago de lo que el terreno hubiere dejado de producir. Así, y dado que el actor solicitó, en este caso, el pago de lucro cesante, a título de indemnización de perjuicios materiales, hay lugar a que se le reconozca, por dicho concepto, el pago del interés técnico que dejó de producir el valor histórico del terreno ocupado.

[Sentencia de marzo 7 de 2012. Exp. 76001-23-24-000-1996-03179-01\(21888\) MP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Acción de Reparación Directa](#)

**3. Se declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por el abuso sexual y la muerte de una menor de edad, ocurrida el 28 de febrero de 1993, actos cometidos por un agente de la entidad al interior de las instalaciones de la Estación Tercera de Policía de Bogotá D.C.**

**Síntesis del caso:** En la mañana del 28 de febrero de 1993, Sandra Catalina Vásquez Guzmán aproximadamente de 10 años de edad, concurrió en compañía de su madre a la Estación Tercera de Policía, en busca de su padre para que éste, que se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, le suministrara dinero para la obtención de útiles escolares. La niña ingresó a la Estación en busca de su padre pero él no se encontraba en ese sitio como se estableció más adelante en el proceso penal. La madre luego de un tiempo de espera sin que la niña regresara procedió a buscarla, encontrándola en estado preagónico en uno de los baños de la Estación de Policía, donde la menor fue brutalmente violada y asesinada por el agente de policía Diego Fernando Valencia Blandón, quien se encontraba en servicio. El padre de la niña fue sindicado inicialmente del crimen y estuvo detenido desde el 28 de febrero de 1993 hasta el 11 de junio del mismo año, el 13 de octubre de 1995 la Fiscalía 31 del Grupo de Vida Unidad Tres, ordenó la preclusión de la investigación a su favor, por encontrarse probado que él no cometió los hechos punibles.

**a. El término de caducidad no se habría extinguido para el padre de la víctima, en atención a que el carácter personal del daño sólo se le concretó en el momento en que fue absuelto por la justicia penal, razón por la cual sólo se puede predicar la existencia del daño antijurídico, el interés para demandar y la legitimación en la causa, una vez quedó desvinculado del proceso penal**

**Extracto:** “siendo que el término de caducidad fenecía para el padre de la menor atendiendo lo predicho, el 14 de octubre de 1997 y como quiera que la demanda fue presentada el día 7 de octubre de 1996, fue por tanto incoada dentro del término de caducidad señalado para la clase de acción que ocupa la atención de la Sub-Sección, razón por la que ha de concluirse que respecto del demandante en mención, no operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción. Así las cosas, se comparte el criterio acogido, en su momento, por la Sección Tercera con ponencia del Doctor CARLOS BEJANCUR JARAMILLO, de manera que no habría posibilidad de declarar probada, de manera general y para todos los demandantes, la excepción de caducidad de la acción.”

**b. La institución demandada incurrió en falla en el servicio, pues, contrario a su deber primordial de protección a todos los habitantes de Colombia, permitió que al interior de sus instalaciones un miembro de dicha fuerza pública y en pleno servicio, quebrantara la vida e integridad personal de una menor de edad.**

**Extracto:** “En el presente caso, el daño antijurídico soportado por el demandante Pedro Gustavo Vásquez González, le es imputable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, toda vez que el señor Diego Fernando Valencia Blandón quien para la época de los hechos se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, encontrándose en servicio activo, y al interior de la Tercera Estación de Policía de Santafé de Bogotá, abusó sexualmente y posteriormente dio muerte a la niña Sandra Catalina Vásquez Guzmán, quien contaba con 9 años de edad, y ese día en compañía de su madre, buscaba a su padre el también agente de policía Pedro Gustavo Vásquez González. De esta forma es claro que la entidad demandada debe responder a título de falla en el servicio, por el actuar delictivo y antisocial desarrollado por el agente Diego Fernando Valencia Blandón, quien mientras prestaba sus servicios en una entidad de seguridad del Estado, y en sus instalaciones, abusó sexualmente y posteriormente dio muerte a Sandra Catalina, una niña menor de 10 años de edad, quien depositó su confianza en él al ser miembro de la Policía Nacional para que la guiara al interior de la Estación Tercera de Policía en busca de su padre; circunstancia que el agresor aprovechó para conducirla hasta el tercer piso de las instalaciones donde desarrolló las conductas punibles por las que fue procesado y finalmente condenado por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá quien le impuso la pena de 45 años de prisión mediante sentencia condenatoria de fecha 13 de mayo de 1996, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal, mediante fallo proferido el 15 de julio de 1996. Para la Sub-Sección, es inadmisibles que al interior de las instalaciones de la Policía Nacional se hubiesen cometido semejantes actos delictivos de las dimensiones como el aquí estudiado, donde un miembro de la fuerza pública desconoció flagrantemente los derechos a la vida e integridad personal de una menor de edad, en hechos que bien pueden catalogarse como de vergüenza nacional, que sin lugar a dudas trascienden el ámbito personal y privado del agente, para trasladarla a una responsabilidad de carácter institucional, pues no puede olvidarse que el agente Diego Fernando Valencia Blandón se encontraba en ejercicio de sus funciones dentro de las instalaciones de la Tercera Estación de Policía, cuando aprovechó su calidad de miembro de la fuerza pública para generar confianza en la víctima, lo que le facilitó la materialización de los crímenes cometidos en las dependencias de la Policía Nacional; de tal manera que su vinculación con el servicio a cargo de la institución de la Policía Nacional es evidente e indudable conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los lamentables y repudiables acontecimientos, para atribuirle responsabilidad por el daño antijurídico padecido y reclamado por los demandantes, aunado a la falla en la prestación del servicio derivado de no observar el deber de seguridad y protección debida a las personas que ingresasen al interior de la aludida estación de policía ”

[Sentencia de febrero 15 de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1997-04813-01\(20880\). MP. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Acción de reparación directa](#)

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

\* Salvamento de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Se aplicó de manera imprecisa el artículo 136 numeral 8° del C.C.A., y al alcance que se quiere dar a la aplicación de la caducidad en los eventos en los que se discute la responsabilidad derivada de la falla en el servicio de vigilancia, seguridad y protección por parte del ente demandado.

**Extracto:** “Conforme a las nociones sobre la aplicación de las normas en el tiempo, se tiene que por regla general, las leyes que se dictan, rigen hacia el futuro y solamente dejarán de existir conforme lo establece el artículo 3° de la ley 153 de 1887. Sin embargo, su excepción radica cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación (...) En el presente caso se observa que los hechos ocurrieron el 18 de febrero de 1993 y las demandas fueron presentadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa los días 7 de octubre de 1996 y 6 de agosto de 1997, esto es, antes de la

entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 (7 de julio de 1998). Por lo tanto, la norma aplicable para el asunto es el artículo 136 numeral 8, subrogado por el Decreto Extraordinario 2304 de 1989 artículo 23, que entró a regir el 7 de octubre del mismo año, esto es, el término de la acción caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos, y no como erróneamente se dejó consignada en la sentencia.”

**b. La flexibilización del término para que se produzca la caducidad de la acción vulnera los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia. Precedente jurisprudencial constitucional**

**Extracto:** La flexibilización que se pretende operar se hace sustentada en la invocación del “interés” que es una manifestación, sin, duda, de la afirmación de un derecho subjetivo como prevalente, cuando, como lo resalta el precedente jurisprudencial constitucional el sentido del instituto procesal de la caducidad es la protección del interés general. Además, porque lo que justifica la aplicación de la caducidad es precisamente evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al estado de reparar un daño antijurídico causado. (...) los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en el servicio de vigilancia y protección, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por el precedente jurisprudencial constitucional.”

**4. El Consejo de Estado declaró el incumplimiento contractual del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario respecto de su obligación de reconocer y pagar los reajustes al acta de recibo parcial de obra del 23 de diciembre de 1993, respecto del contrato de obra 198 de 1992 y adicional 001 de 1993, suscrito con la sociedad Larios Asociados Ltda., cuyo objeto contemplaba obras de reparación e instalaciones eléctricas en la cárcel de mujeres de Pereira**

**Síntesis del caso:** Las partes celebraron un contrato de obra pública el 29 de octubre de 1992 para efectuar obras de reparación en la cárcel de mujeres de Pereira con un plazo de 17 semanas, contadas a partir del acta de iniciación, la cual se suscribió el 12 de julio de 1993. El contrato fue objeto de modificación mediante un acta de compensaciones suscrita por las partes; en su ejecución, sólo se presentó un acta parcial de obra del 23 de diciembre de 1993 y un acta final de obra del 12 de agosto de 1994, que sólo fue aprobada mediante acta del 8 de marzo 1995 debido a fallas y defectos detectados en las obras que el contratista debió reparar para que se efectuara el recibo a satisfacción. El contrato fue liquidado de común acuerdo pero en dicha liquidación, en la que el contratista dejó las respectivas salvedades, no se reconoció el reajuste del acta de recibo parcial al cual aquel tenía derecho y por tanto se accede a esta pretensión. No así al reajuste del acta final, por cuanto las obras no se recibieron a satisfacción dentro del plazo contractual, ni a las obras extras y mayores cantidades de obra que reclamó en la demanda, por cuanto no fueron pactadas en debida forma por las partes ni consta que la administración las hubiera ordenado, aprobado o recibido a satisfacción.

**a. En el contrato suscrito por las partes sí había lugar al reconocimiento de reajustes de precios en los términos expresamente pactados**

**Extracto:** “según el contenido del acta de liquidación bilateral del contrato, la entidad no efectuó reconocimiento alguno por este concepto en relación con las dos actas de obra presentadas por el

contratista: la de recibo parcial, del 23 de diciembre de 1993 y la de recibo final (...) En relación con el acta de recibo parcial de obra del 23 de diciembre de 1993, es procedente el reconocimiento del reajuste de precios solicitado, puesto que dicha acta fue suscrita por el contratista y el coordinador de la obra con la constancia de que las obras ejecutadas hasta la fecha lo fueron en un 70% del total contratado y se realizaron dentro del plazo adicional, sin dejar observación alguna en cuanto a oportunidad, defectos o fallas en las mismas. Además, se debe tener en consideración el tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato, que lo fue el 29 de octubre de 1992 y el hecho de que el acta de iniciación del contrato tan sólo se suscribió el 12 de julio de 1993, procediendo las partes a introducir modificaciones en las obras, lo que sin duda repercutió también en la postergación de la ejecución del objeto contractual, haciéndose necesaria la adición del plazo del contrato, como en efecto sucedió.”

**b. Ante la dificultad para la realización del cálculo del reajuste a reconocer a favor del demandante por el acta parcial de obra, procede la condena en abstracto. Artículo 172 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998**

**Extracto:** “con fundamento en lo dispuesto por el artículo 172 del Decreto 01 de 1984 -modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998-, considera la Sala necesario proferir una condena en abstracto, para que el tribunal proceda a calcular el valor del reajuste debido al demandante siguiendo las siguientes pautas: i) hará la liquidación con estricta aplicación de la cláusula vigésima novena del contrato 198 de 1992 que contiene la respectiva fórmula aritmética, para lo cual ii) tendrá en cuenta el valor del acta parcial de obra del 23 de diciembre de 1993 iii) luego de descontar el porcentaje correspondiente a la amortización del anticipo, tal como lo dispone el contrato; iv) aplicará los índices de la construcción para el departamento de Risaralda que se encontraban vigentes en los meses respectivos: el de la fecha de celebración del contrato y el del mes anterior a la suscripción del acta parcial de obra, según lo dispuesto en la mencionada fórmula y v) sobre el monto que arroje la aplicación de la fórmula, se efectuará la correspondiente actualización y se reconocerán intereses moratorios, que liquidará el tribunal aplicando la tasa del 12% anual sobre el monto histórico actualizado, como lo ordena la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que el incumplimiento contractual relativo al reconocimiento de los reajustes pactados se produjo cuando el contratista presentó la respectiva cuenta de cobro por tal concepto (ver párrafo 14.12), lo cual sucedió después del 1º de enero de 1994, fecha en la cual entró a regir el nuevo estatuto contractual”

[Sentencia de febrero 29 de 2012. Exp. 66001-23-31-000-1993-03387-01\(16371\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Acción contractual](#)

**5. Se denegaron las pretensiones de una acción de reparación directa, en la cual se alegaba la falla en el servicio de registro de instrumentos públicos, por ausencia o imposibilidad de imputación de la entidad accionada al presentarse el hecho determinante y exclusivo de un tercero**

**Síntesis del caso:** El 10 de octubre de 1994 se realizó el proceso de registro en matrícula inmobiliaria ante la Oficina de Instrumentos Públicos de Yopal - Casanare, de la Escritura Pública No. 2182 expedida, aparentemente, por la Notaría 21 de Santafé de Bogotá, según la cual el señor Luis Enrique Trujillo Medina realizó venta del predio rural denominado La Esperanza al señor Hernán Loaiza García. Con ocasión de lo anterior, el señor Loaiza García solicitó crédito hipotecario ante el Banco Ganadero S. A. para garantizar la obligación, el cual fue aceptado por la entidad, previo estudio (Escritura Pública No. 580 de la Notaría Única del Circuito de Paz de Ariporo - Casanare). Posteriormente la Fiscalía 181 de la Unidad Octava de Delitos contra el Patrimonio de Bogotá, dentro del Sumario No. 4943, ordenó la cancelación de las Escrituras Públicas 2182 y 580, por falsedad documental.

**a. La falla del servicio registral. Elementos para su configuración**

**Extracto:** “La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. Con fundamento en lo anterior, debe la Sala establecer si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Administración por una falla en la prestación de los servicios a su cargo, en este caso relativos a la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de una escritura pública realizada de forma fraudulenta y la presunta falta de control por parte de la demandada para advertir tal irregularidad e impedir dicho registro.”

#### **b. La autenticidad de las declaraciones emitidas ante notario**

**Extracto:** “Al respecto, el artículo 1° del Decreto 2148 de 1983, establece que “... *El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece*”. (...) de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, la buena fe se presume en las actuaciones de los particulares, de tal suerte que a menos que surjan con contundencia motivos de duda en la legitimidad de sus actuaciones, las autoridades deben aplicar dicha presunción, pues lo contrario entrañaría el desconocimiento del principio superior aludido, lo cual supondría tener la mala fe como regla general y exigiría de todos los funcionarios públicos actuar con un alto grado de suspicacia.”

#### **c. No se exige a la Oficina de Registro e Instrumentos una labor minuciosa o exhaustiva para determinar validez de documentos sometidos a registro**

**Extracto:** “Nótese pues que no se exige del Registrador una labor minuciosa o exhaustiva para determinar la validez de los títulos sometidos a registro, pues se trata más bien de una labor de verificación de requisitos formales, en efecto, tal y como lo ha manifestado la doctrina especializada: “*Serían títulos nulos o no admisibles para efectos del registro, los siguientes: El otorgado por un representante legal sin serlo; la venta de inmuebles de un menor, sin autorización judicial; la donación sin previas insinuación judicial o notarial; declaraciones sobre inmuebles en documento privado; la hipoteca de cosa ajena, etc. La función calificadora no puede tener los alcances dados por la ley a la justicia ordinaria. Un registrador no puede deducir la existencia de un vicio del consentimiento, o controvertir la no entrega del bien en una compraventa, aunque el vendedor manifieste haberlo recibido.* (...) Tampoco de las normas sobre registro antes transcritas se

desprende obligación alguna impuesta a las Oficinas de Registro relacionadas con la constatación o comprobación con las diferentes Notarías en país de las cuales provienen los títulos, para verificar si efectivamente se produjeron dichos documentos en esas dependencias.”

### c. Autenticidad de documentos sometidos a registro

**Extracto:** “Para el caso *sub examine*, luego de examinar la copia auténtica de la Escritura Pública No. 2182 del 27 de septiembre de 1994 supuestamente suscrita en la Notaría Veintiuno de Bogotá, en la cual figura el señor Luis Enrique Trujillo Medina como la persona que a título de venta, transfería un predio al señor Hernán Loaiza García (Fls. 172 a 174 C. 2), se advierte que la misma cumple con todos y cada uno de los requisitos formales previstos por la norma legal transcrita, al tiempo que tiene la plena apariencia y similitud de un instrumento público regular y legalmente producido. (...) advierte la Sala que al aparecer dicho documento suscrito por el referido notario, con apariencia de original y, pese a que se advierta en él que es una copia simple, dicha anotación aparece autenticada con la firma y sello de la persona que legalmente tiene la función de dar fe notarial, amén de que, según el texto de esa anotación, la certificación recae sobre una copia respecto del original de la escritura que se tuvo a la vista. Así las cosas, para la Sala el sólo hecho de que hubiese sido el Notario quien suscribió y firmó dicha copia, le otorgaba la necesaria nota de autenticación requerida para el posterior trámite registral, finalidad para la cual fue expedida la copia en cuestión, razón por la cual se impone concluir que la falsedad de la escritura pública No. 2182 supuestamente corrida en la notaría Veintiuno de Bogotá **resultó imperceptible** para la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yopal. Agréguese a lo anterior que fue tal la apariencia de un documento legal que dicho documento ofreció, que -incluso-, la misma profesional del Derecho contratada por el Banco para realizar el estudio de títulos sobre tal documento, no advirtió irregularidad alguna en su elaboración, motivo por el cual concluyó que <<[e]l predio antes descrito y determinado puede ser recibido en garantía>>. Y, es que de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, la buena fe se presume en las actuaciones de los particulares, de tal suerte que a menos que surjan con contundencia motivos de duda en la legitimidad de sus actuaciones, las autoridades deben aplicar dicha presunción, pues lo contrario entrañaría el desconocimiento del principio superior aludido, lo cual supondría tener la mala fe como regla general y exigiría de todos los funcionarios públicos actuar con un alto grado de suspicacia. Con fundamento en todo lo anterior, se concluye entonces que para la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yopal, la falsedad de la escritura pública No. 2182 del 27 de septiembre de 1994 de la Notaría Veintiuno de Bogotá, resultó imperceptible, por lo cual procedió a su registro, por manera que se impone concluir que tanto ese hecho delictual, como las consecuencias que del mismo se derivaron, resultaron imprevisibles e irresistibles para la Administración Pública. (...) Así las cosas, para la Sala se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación del hecho dañoso a la demandada, comoquiera que éste, **sólo puede ser atribuido al hecho determinante y exclusivo de un tercero**, lo cual impide estructurar la imputación jurídica en contra de la entidad demandada, elemento éste indispensable para deducir responsabilidad extracontractual al Estado.”

[Sentencia del 7 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1996-03282-01\(20042\) MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Reparación Directa](#)

**6. Se negaron las pretensiones de una acción de reparación directa, según la cual se reclamaban perjuicios por la pérdida de capacidad laboral sufrida por un soldado conscripto con ocasión del servicio militar obligatorio prestado, por falta de acreditación del nexo causal**

**Síntesis del caso:** La Junta Médica Laboral Militar determinó que el señor José Julián Rincón, conscripto en servicio Militar en el Batallón de Ingenieros Rafael Navas Pardo, sufrió pérdida de capacidad laboral, valorada en un 10.5%, por agudeza visual.

**a. Inexistencia del nexo causal entre el daño sufrido y la prestación del servicio militar, generador de responsabilidad patrimonial del Estado**

**Extracto:** “De la lectura del acta, la Sala observa que, en cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 21 del Decreto 94 de 1989, la junta médico laboral militar conformada para el efecto el 18 de noviembre de 1998, concluyó que: (i) a la luz de lo dispuesto en el numeral 6-053 del artículo 82 de la misma normativa, la disminución del 10% de agudeza visual (20/30) que presentaba el soldado daba lugar a la asignación de dos (2) puntos en el índice de lesión y (ii) que en virtud del artículo 87 *ejusdem*, su edad (19 años) y los puntos aludidos permitían dictaminar que éste había perdido el 10.5% de su capacidad laboral. Por lo anterior, la Sala encuentra demostrado que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por la junta médico laboral militar referida es consecuencia exclusiva de la disminución del 10% de agudeza visual que sufre el señor Rincón y que dicho porcentaje no tiene ninguna relación con los padecimientos psiquiátricos diagnosticados en la misma oportunidad, como se señaló en la demanda. Además, en este sentido, en el expediente no obran pruebas que acrediten la existencia de un nexo causal entre la disminución del 10% de agudeza visual aludida y la prestación del servicio militar obligatorio.”

**b. Deber del Estado de indemnizar el daño causado a un soldado conscripto en cumplimiento del deber constitucional dispuesto en el artículo 216 de la Constitución Política Colombiana**

**Extracto:** “La jurisprudencia ha sostenido que habrá lugar a indemnizar el daño causado a un soldado conscripto, es decir, a quien se vincula al Ejército Nacional en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 216 de la C.P. en una de las modalidades indicadas en precedencia, cuando el hecho objeto de reproche sea consecuencia de su especial sujeción a la institución. De este modo, se entiende que el Estado, *“frente a los conscriptos (...) adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, (...) su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos”*.

**c. Valoración de la pérdida de capacidad laboral de los miembros de la fuerza pública**

**Extracto:** “Con relación a la valoración de la pérdida de capacidad laboral de los miembros de la fuerza pública, es preciso señalar que el artículo 21 del Decreto 094 de 1989, establece que la finalidad de las juntas médico laborales militares *“es la de llegar a un diagnóstico positivo, clasificar las lesiones y secuelas valorar la disminución de la capacidad laboral para el servicio y fijar los correspondientes índices para fines de indemnizaciones cuando a ello hubiere lugar”*. En este sentido, en concordancia con el artículo citado, el dictamen de las juntas aludidas deberá estar fundamentado en *“el examen clínico general correctamente ejecutado, los antecedentes remotos o próximos, diagnósticos, evolución o tratamiento y pronóstico de las lesiones o afecciones basados en concepto escritos de especialistas”*.

[Sentencia del 9 de abril de 2012. Exp. 07001-23-31-000-2000-0011-01 \(20532\) MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de Reparación Directa](#)

**7. Se denegaron las pretensiones de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada contra un acto de adjudicación emitido por autoridad administrativa por ausencia de acervo probatorio**

**Síntesis del caso:** El municipio de la Dorada - Caldas realizó proceso de licitación pública para la adjudicación de contrato de obras civiles con ocasión del proyecto tercera etapa del centro comercial de abastos; una vez superado el proceso licitatorio adjudicó el contrato a la Sociedad Obras y Diseños Ltda. Como consecuencia de lo anterior, el Consorcio Henao - Rodríguez, el cual había actuado como proponente en el proceso licitatorio, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación del contrato por considerar que la autoridad administrativa desconoció los principios de legalidad, igualdad, transparencia, economía y deber de selección objetiva, al incluir como factor de selección la

antigüedad, además de considerar que el adjudicatario no cumplía con el requisito de la capacidad jurídica para comprometer a la firma representada (no tenía autorización por el monto en los dos grupos objeto de licitación).

**a. Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se solicita la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se reclaman perjuicios**

**Extracto:** “La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, idónea de acuerdo con la legislación (art. 85 del C.C.A. en concordancia con el párrafo primero del art. 77 de la Ley 80 de 1993). y ejercida en término legal (cuatro meses contados a partir de la comunicación del acto), competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones. (...) Es de anotar que la acción ejercida es la idónea por cuanto así lo consagra el párrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 -vigente desde el 1º de enero de 1994-, tal y como al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Corporación, (...) precepto éste que además dispone en su párrafo segundo que no es necesario demandar el contrato que origina los actos administrativos de la actividad contractual. La definición de la acción idónea, como lo ha señalado la jurisprudencia, “es vital para el análisis del término para intentar la acción de nulidad y reestablecimiento (sic) del derecho contra el acto de adjudicación, establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en cuyo párrafo, y en desarrollo de la teoría de los actos separables del contrato, habilita este tipo de acción contra dicho acto ‘conforme a la reglas del código contencioso administrativo’. Y, resulta medular el tema porque para la época de presentación de la demanda, era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- el que señalaba en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, el plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 ejusdem, bajo cuya égida se demandaban también los actos precontractuales, como lo tenía precisado la jurisprudencia, tema que se cambió drásticamente por cuenta de la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo la Ley 446 de 1998 para reducir a treinta (30) días el término para intentar la acción”.

**b. Distinción entre los efectos de la falta de capacidad al presentar propuestas y los efectos de limitación o restricción en la representación legal**

**Extracto:** “La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si *“quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”*, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, *a priori*, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal.”

**c. La insuficiencia en la autorización de representación legal de una sociedad emitida por el órgano competente es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta**

**Extracto:** “La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; mientras que (...) en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano

competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta. En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.), para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta. Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas”.

[Sentencia del 8 de febrero de 2012. Exp. 17001-23-31-000-1997-08034-01 \(20688\) MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho \(asuntos contractuales\)](#)

**8. Se denegaron las pretensiones de una acción de reparación directa incoada contra la Procuraduría General de la Nación, en la cual se alegaba daño al buen nombre y la honra por emitirse en boletín de prensa información sobre decisiones adoptadas en proceso disciplinario contra una ex funcionaria, ante la ausencia de demostración del daño alegado**

**Síntesis del caso:** La señora Beatriz Cuellar Ríos, ex funcionaria pública, interpuso acción de reparación directa contra la Procuraduría General de la Nación por las publicaciones en boletín de prensa y las noticias emitidas por medios de comunicación, en las que se hiciera referencia a la investigación de responsabilidad disciplinaria adelantada por la entidad accionada en contra de la demandante.

**a. Demostración del daño antijurídico. Se requiere determinar claramente la causa u origen del daño**

**Extracto:** “De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, el daño antijurídico ha sido definido como la *lesión, menoscabo, perjuicio o detrimento*, patrimonial o extrapatrimonial, de los bienes o derechos de los cuales el titular no tiene el deber jurídico de soportar. De manera que en cada juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde al demandante acreditar o demostrar cada uno de los elementos constitutivos del daño antijurídico, esto es *i)* la lesión patrimonial o extrapatrimonial del bien jurídico del cual es titular; *ii)* que la lesión o el menoscabo no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo -antijuridicidad-. Así las cosas, la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño, no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que en necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso. Se recuerda que de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño no se presume, de manera que quien alega su ocurrencia debe probarlo. Una vez analizada la demanda en su totalidad, se encuentra que no existe total claridad acerca de cuál es el daño que se alega, comoquiera que en unos apartes del libelo se confunde la causa u origen del daño, con el daño mismo, situación que por obvias razones debe

distinguirse.(...) no existe claridad acerca del daño que se alega, puesto que se está invocando la ocurrencia de un perjuicio -moral- y el hecho o, en este caso, la supuesta falla en el servicio -emisión de un boletín de prensa que contendría información sujeta a reserva- que habría ocasionado ese perjuicio, pero en ningún momento se hizo referencia de manera clara y directa, a un menoscabo o detrimento de un derecho del cual sea titular la demandante. (...) De los anteriores extractos de la demanda surge con meridiana claridad que el daño alegado consiste en la afectación que se habría producido al derecho fundamental al **buen nombre y a la honra** de la doctora Beatriz Cuéllar de Ríos, el cual se habría ocasionado por la expedición de unos boletines de prensa (hecho) por parte de la entidad demandada, que contenía información sujeta al deber de reserva.”

#### b. Determinación del detrimento o daño al buen nombre y la honra

**Extracto:** “La Corte Constitucional, en sentencia C-489 de 2002, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo que regula la retractación en punto de los delitos de injuria y calumnia, respecto del contenido y alcance de los derechos al buen nombre y a la honra, expuso: “*El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo”.* (...) La jurisprudencia constitucional ha precisado que la violación del derecho a la honra se produce cuando se expresan conceptos u opiniones que generan un daño moral tangible al sujeto afectado”. (...) Finalmente, la Corte Constitucional ha expresado que por el sólo hecho de dar a conocer alguna información, tal circunstancia no constituye, en sí misma, una vulneración de esos derechos fundamentales, “*pues la violación de derechos tales como la honra o el buen nombre no se puede apreciar haciendo abstracción de los contenidos que se difunden y, en consecuencia, es menester “ponderar la información” destinada al conocimiento de los demás, “para que de acuerdo con ese contenido resulte posible establecer si se viola o no el derecho*”. (...) se encuentra que el derecho al buen nombre se vulnera o se menoscaba cuando se manifiesta o se divulga una información falsa o errónea o una expresión ofensiva o injuriosa, que se difunda sin fundamento y que distorsione el concepto público que se tiene de la persona. Por su parte, el derecho a la honra se entiende vulnerado cuando se expresan conceptos u opiniones que generan un daño moral tangible al sujeto afectado. De manera que no toda información o, dicho de otra manera, la sola manifestación al público de información u opinión respecto de una persona no produce *per se* la vulneración del derecho a la honra y al buen nombre, en la medida en que dichas expresiones deben ser de tal entidad que generen un perjuicio moral demostrable y, en todo caso, su acreditación no dependerá de la impresión subjetiva o interpretación personal del supuesto ofendido, sino del “margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho”. Así las cosas, el juez, en cada caso concreto, teniendo en cuenta los elementos de juicio existentes, entre ellos, por su puesto (sic), el contenido mismo de la información que se difunde, deberá establecer si ocurrió, o no, una vulneración a los citados derechos. Por su parte, al supuesto lesionado o, tratándose de un juicio de responsabilidad, al demandante, le corresponde acreditar, más allá de la simple difusión de la información, que se ha afectado su derecho al buen nombre y a la honra, esto es, demostrar que: *i)* la información fue inexacta o errónea o que se trató de expresiones injuriosas u ofensivas; *ii)* que con su conducta no dio lugar a que se manifestara dicha información; *iii)* que con tal situación se le ha generado un perjuicio tangible y que; *iv)* como consecuencia, se ha distorsionado el concepto público que se tenía de esa persona. Sin el lleno de los anteriores presupuestos, no hay lugar entonces a considerar que se ha causado una vulneración o menoscabo de tales derechos y, por consiguiente, se tendrá por no acreditado el daño.”

[Sentencia del 21 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-26-000-1999-00225-01 \(23478\) MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Acción de reparación Directa](#)

**9. Se declara administrativamente responsable al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional por falla en el servicio, al incumplir el deber constitucional de garantizar los derechos de los ciudadanos-policías en el marco del conflicto armado interno**

**Síntesis del caso:** El señor Luis Alberto Marín García, agente activo de la Policía Nacional para el momento de los hechos, se trasladaba en un bus municipal en la carretera de Ocaña hacia San Calixto (Norte de Santander); el bus fue interceptado por miembros de presuntos grupos guerrilleros que le dieron muerte con arma de fuego. El señor Marín García se desplazaba hacia la Sub-Estación de Policía de San Calixto, donde había sido trasladado, cuando fue su deceso.

**a. Las garantías de los derechos de los ciudadanos-policías en el marco del conflicto armado interno**

**Extracto:** “La Sala advierte que la muerte del agente de la Policía Nacional Luis Alberto Marín García, en la vía que conduce de Ocaña a San Calixto, son producto o resultado del conflicto armado interno que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública. (...) Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los agentes de la Policía Nacional se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, como los ocurridos con ocasión del traslado que estaba cumpliendo el agente Luis Alberto entre Ocaña y San Calixto (Norte de Santander), quien se vio sometido a una exposición a un amenaza cierta y real, derivada de la alteración del orden público, de la constatación de otros eventos en los que habían expuestos otros agentes, y de la manifestación de la propia entidad demandada, con posterioridad al fallecimiento del agente Luis Alberto, de la realización de los traslados y desplazamientos de tales miembros de la fuerza pública por medios de transporte diferentes a los ordinarios o civiles, lo que lleva a concluir, en este estado del análisis, que se produjeron flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario. (...) Ahora bien, el deber positivo se concreta, a su vez, en la obligación de precaución y prevención por parte del Estado, que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. En especial, los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, o por la propia naturaleza del conflicto armado interno que singulariza los medios y la necesidad de reforzar la eficacia en la protección de los mencionados derechos. Desde la perspectiva del conflicto armado interno, el deber positivo derivado de la tutela de los derechos humanos a la que el Estado está llamado a responder, se concreta en la aplicación de medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención. Cuando se trata de la situación de los miembros de la fuerza pública que se encuentran involucrados en la atención, defensa y despliegue de las actividades propias al mantenimiento de la seguridad y del orden público, con ocasión de las acciones realizadas por los

diferentes grupos armados insurgentes en el territorio de nuestro país, también es dable exigir el cumplimiento del deber positivo propio a la tutela de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública, los cuales, como sujetos, no renuncian a los mismos, ni a su tutela por parte del Estado. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación, la preservación o, siquiera, la existencia de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, que precisado en el caso concreto no se produjo con ocasión de la muerte del agente Luis Alberto Marín García, teniendo en cuenta las condiciones de orden público que existían en la zona de su desplazamiento, la inexistencia de medida alguna adoptada al momento de su desplazamiento y la exposición a una amenaza superior a los peligros ordinarios que suponía realizar el trayecto entre Ocaña y San Calixto en un medio de transporte ordinario. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (incluidos los ciudadanos-policiales). Se advierte, por lo tanto, que las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la protección del derecho a la vida, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus cuerpos de seguridad del Estado (Ejército, Policía, etc.) utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbaças, cabe encuadrar en el primer supuesto). En tanto que, dichas obligaciones comprenden: “a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas y e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas”. La tutela de los derechos humanos inherentes e intrínsecos a los miembros de la fuerza pública que puede ser objeto de vulneración no se reduce a la acción directa del Estado, sino que puede derivar de la concurrencia de la acción de terceros y de la omisión del Estado a los expresos mandatos constitucionales y legales de protección de tales derechos y de la dignidad humana. En este contexto, cuando es un tercero el que produce una acción bélica armada, o un acto criminal, y del mismo se produce la vulneración de derechos humanos se exige que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo.”

**b. Hecho de un tercero. El estado está obligado a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención para enfrentar todas las manifestaciones del delito**

**Extracto:** “se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo armado insurgente), ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho.”

**c. La prestación del servicio de policía debe observar la estricta aplicación del principio de planeación. Aplicación del principio de *ius in bellum*. Principios de humanidad**

**Extracto:** “En atención a lo anterior, la actividad inherente al servicio de policía debe prestarse con estricta aplicación del principio de planeación bajo el cual los comandantes de las unidades policiales y de las correspondientes escuadras, se encuentran obligados a planear y distribuir los servicios, teniendo en cuenta las características del grupo a su mando y las conclusiones del análisis de las estadísticas delincuenciales y contravencionales en la zona donde debe desplegarse su actividad, teniendo en cuenta las tendencias delincuenciales de la región, disponiendo los medios de control y actuación de la fuerza policial que implica mayores esfuerzos en los lugares más afectados, para prevenir y contrarrestar las diversas situaciones que atentan contra la seguridad y bienestar de la comunidad, mantener y defender el orden público, garantizando, a su vez, la vida, integridad y seguridad de los miembros de la fuerza pública, con ocasión de la prestación del servicio, y ofreciendo las mayores garantías de seguridad a los miembros de la institución policial en su derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente cuando se trata del cumplimiento de procedimientos frente a los que un agente, como en el caso Luis Alberto Marín García, pueda enfrentar amenazas inminentes para su vida e integridad. (...) Esta planeación es previa y de carácter precautorio, y se estructura teniendo en cuenta, además de los factores antes mencionados, la memoria local y topográfica de la jurisdicción, consistente en la información amplia y detallada de la población, extensión del territorio, puntos críticos, topografía, vías de comunicación, situación de orden público y otros datos que sirven como base en la planeación y organización del servicio, tales como las actuaciones policiales vividas, contentivas de los aciertos y desaciertos desarrollados en operaciones anteriores, el análisis objetivo de los aspectos positivos y negativos en la aplicación de planes y actividades policiales, la densidad de la población, la jurisdicción de cada unidad policial, las funciones del grupo o escuadra, las zonas de vigilancia, la idiosincrasia de la comunidad, los servicios públicos con que cuenta determinada comunidad, los puntos críticos de ésta, los índices delincuenciales, como ya se había dicho, y la disponibilidad de recursos humanos y materiales para el servicio. Todo lo anterior derivado de expresos mandatos normativos que no de un juicio a priori acerca de la estrategia militar y policial, que la jurisdicción no está llamada a realizar. (...) Es determinante para la imputación de la responsabilidad que el Estado el incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el *ius in bellum*, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”, entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional. Y si esto es, así el estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (*eine individuelle un auBergewöhnliche Gefahrenlage*); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (*Besondere, erhöhte Gefahr*), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”.”

**d. Falla en el servicio. No haber garantizado las mínimas condiciones de seguridad en el traslado y desplazamiento de miembro de la fuerza pública**

**Extracto:** “Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que

debió sujetarse en este caso específico, en especial por no haberse garantizado las mínimas condiciones de seguridad en el traslado y desplazamiento que debía realizar el agente Luis Alberto Marín García [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por la jurisprudencia de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”.

#### e. Medida de satisfacción

**Extracto:** “ Director General de la Policía Nacional para que mediante una circular que debe distribuirse en todos los departamentos, estaciones y subestaciones de la institución, se informe y se actualice la forma en que deben aplicarse los procedimientos para la realización de los desplazamientos, garantizándose todas las medidas disponibles y razonables de seguridad, especialmente en aquellas zonas del país donde haya conocimiento de amenazas de perturbaciones del orden público, para que casos como estos no se repitan.”

[Sentencia del 1º de febrero de 2012. Exp. 54001-23-31-000-1994-08357-01 \(21274\). MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa.](#)

**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.

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

\* Aclaración voto del doctor Enrique Gil Botero

#### a. La posibilidad de solicitar la nulidad en el proceso en virtud del recurso de apelación

**Extracto:** “No comparto la afirmación hecha en la providencia respecto de la imposibilidad de alegar como causal de apelación la indebida representación, por constituir este motivo un supuesto de excepción previa o de nulidad procesal, como quiera que el recurso de apelación contra sentencias garantiza el derecho a una doble instancia, y este aspecto de entrada coloca de presente que se trata de un mecanismo procesal cuya finalidad es precisamente *remediar cualquier error en que haya podido incurrir la providencia cuestionada*. Es por esta razón que se viabiliza que la decisión asumida sea analizada por un funcionario diferente y de mayor categoría cuando una o las dos partes se encuentran inconformes con las resultas del proceso de primera instancia; de allí que el ordenamiento jurídico no limite los motivos por los que se decide cuestionar la providencia que cierra el proceso, cuando el actor o el demandado (o ambos) se sientan desfavorecidos total o parcialmente con la misma. Así las cosas, se presenta un nuevo estudio que incide sobre aquello que se decidió y que si es el caso, cuando así se solicita y sustenta por el recurrente, conlleva el pronunciamiento sobre las excepciones previas propuestas en el proceso o sobre la presencia de un motivo de nulidad que pasó desapercibido para el *ad quo*.”

#### b. La falla del servicio como título único de imputación.

**Extracto:** “Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, (...) 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. No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria. (...) 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. Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.”

### c. La aclaración en relación con el test de proporcionalidad

**Extracto:** “Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones: 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 ese orden de ideas, es necesario poner de presente que el principio de proporcionalidad que se prohija en la sentencia -por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis- no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética. 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. (...)El criterio que se defiende y prohija en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento. (...) Para concluir, debo fijar mi preocupación por la fórmula o metodología empleada en la sentencia para determinar y liquidar el perjuicio moral, ya que no consulta los parámetros jurisprudenciales fijados por la misma Sala, en tanto que de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, la Sección Tercera acogió el criterio de salarios mínimos legales mensuales vigentes para la valoración del perjuicio moral, sin que sea admisible que se pretenda efectuar una liquidación de ese perjuicio inmaterial en pesos. Como se aprecia, la finalidad de emplear una metodología estructurada en salarios mínimos es garantizar los principios de igualdad material y de equidad, de tal forma que frente a similares o iguales daños corresponda una análoga o equivalente reparación del daño moral. En consecuencia, establecer y fijar la condena -en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes- no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A. -en mi criterio, norma aplicable única y exclusivamente a condenas decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos- toda vez que esa

circunstancia garantiza que al momento del pago -que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales- la condena decretada mantenga su actualidad y, por lo tanto, el transcurso del tiempo no altere o afecte la misma en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.”

#### d. La aclaración sobre la adopción de medidas de reparación integral

**Extracto:** “Me aparto de la decisión mayoritaria de la Subsección al ordenar que el Estado, si lo considera conveniente, solicite ante las instancias internacionales la investigación y determinación de las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se hayan producido en el caso concreto por el ELN. El argumento de la providencia de la cual me aparto desconoce el carácter subsidiario de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario y se arriesga a una condena internacional sin que se hayan agotado las instancias internas. (...) Si bien en el presente caso se condenó a la demandada por falla del servicio, se desconoce, en absoluto, en el proceso, cual (sic) fue el tratamiento que ha dado el Estado a las violaciones cometidas por ese grupo armado y si éste fue conforme, por ejemplo, a los parámetros establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tales razones, la orden dada por la mayoría de la Subsección excluye de manera evidente el agotamiento de las instancias internas, requisito sin el cual no es posible recurrir a la instancia internacional. Así mismo, desconoce el precedente de la Sala, sobre la manera como debe afrontarse el problema de la cosa juzgada internacional: [“] *Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria [la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos], la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna.*[”] (...) De acuerdo con lo anterior, la orden de la Sala conlleva un riesgo: que las instancias internacionales se pronuncien sobre el caso, con omisión de las instancias interna, requisito básico para acceder a ellas, y que, para agravar la situación, pues se desconoce que tratamiento se dio a las violaciones cometidas por el grupo subversivo, el Estado resulte nuevamente condenado por violación al deber de garantía establecido en diferentes instrumentos internacionales. (...) En lo que respecta a las órdenes dadas a la Policía Nacional, si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano es posible por parte de la jurisdicción contencioso administrativa controlar las actuaciones discrecionales de la administración (...) también es verdad que el papel del juez se debe limitar, en el caso de los procesos en los que se debata la responsabilidad extracontractual del Estado, a asumir en sus decisiones aquellas medidas que sean indispensables para obtener una reparación integral sin que en este ejercicio se extralimite ordenando a la entidad demandada el cumplimiento de obligaciones de hacer en las que termina sustituyendo el elemento oportunidad que es propio de la toma de decisiones de la autoridad administrativa. El juez contencioso administrativo debe ser riguroso en el momento de adoptar medidas tendientes a la obtención de la reparación integral, de forma tal que su función se restrinja a identificar sólo aquellas actividades que sean indispensables para que se entiendan reparados los perjuicios causados. Si este límite es rebasado mediante órdenes que inciden necesariamente en la forma en que las entidades administrativas disponen de sus recursos materiales, financieros y humanos, en los programas de capacitación a impartir a sus funcionarios y en la adopción de orientaciones institucionales encaminadas a solucionar futuras condenas judiciales, quien juzga sobrepasa los límites de la contienda planteada y deja de ser un tercero imparcial para fungir de administración. Esta posibilidad no es acorde con un modelo de Estado de derecho en el que se permite en los aspectos mencionados libertad de elección a la autoridad administrativa y en el que las competencias de cada una de las ramas del poder se encuentran delimitadas. Permitir la injerencia de la rama judicial en la actividad administrativa cuando con ello no se obtiene una reparación del daño causado conlleva el riesgo imponer criterios que no responden a la realidad social, económica y presupuestal sobre la que los aparatos administrativos se organizan, y por ende, se decide en una instancia equivocada aspectos relacionados con el mérito y la oportunidad de adoptar políticas institucionales.”

**\* Aclaración voto de la doctora Olga Mérida Valle de De la Hoz****a. Diferenciación entre la calidad del “ciudadano-policía” y la calidad de “ciudadano-soldado”**

**Extracto:** “Al respecto, no comparto la equivalencia que se hace en la sentencia que se aclara, de la calidad del “*ciudadano-policía*” con la del “*ciudadano-soldado*”. En efecto, ha sido posición reiterada de la Sección diferenciar las garantías y los riesgos que se asumen, por un lado, en cumplimiento del mandato constitucional que exige prestar el servicio militar obligatorio (ciudadano-soldado), y por el otro, en desarrollo de la decisión libre y voluntaria de ingresar a la fuerza pública (ciudadano-policía). Es así como a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. Dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, *“sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”*. (...) se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados a quienes se encuentran en situación de conscripción. (...) En cualquier caso, al tratarse de la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, la entidad demandada tendrá que entrar a comprobar la existencia de una causal eximente de responsabilidad. (...) Por el contrario, al tratarse de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a la fuerza pública, dicha incorporación no conlleva la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y por tanto, el daño antijurídico que se alegue ha de ser ajeno al riesgo propio del servicio. (...) Por tanto, es conveniente continuar diferenciando la calidad del “*ciudadano-soldado*” de la del “*ciudadano-policía*”, pues con respecto al primero, *“la Sala ha considerado que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente desarrollan actividades de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, porque el sometimiento de aquellos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (art. 216 C.P.)”*.

**b. El régimen de responsabilidad aplicable**

**Extracto:** “Me es imperativo aclarar que compartí la decisión contenida en la sentencia que ahora se aclara, bajo el entendido de que la responsabilidad le es imputable al Estado, en este caso específico, por la falla en el servicio en la que incurrió la Policía Nacional al desconocer los procedimientos para el desplazamiento de personal en zonas de alto riesgo, de acuerdo con lo dicho por el propio Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (folio 44 de la sentencia), cuando expresó que *“el procedimiento de traslados se realiza aproximadamente cada seis (6) meses (sic), y en forma aérea masivamente, pero cuando la situación de orden público lo permite se envía al policial en un bus o carro de línea regular, de civil y sin armamento, sin identificación policial para que no corra peligro su vida, ya que la remisión con cualquier tipo de armas lo haría fácil presa de la guerrilla”*. Del acervo probatorio relacionado en la sentencia, la situación de orden público en la zona donde se efectuó el desplazamiento vehicular del joven Marín, no garantizaba su seguridad.”

**c. Liquidación de perjuicios morales**

**Extracto:** “Para la tasación de los perjuicios morales, se utiliza el mismo test de proporcionalidad con respecto al cual hemos venido insistiendo, por un lado, su falta de pertinencia por cuanto al tratarse de una herramienta creada por y para la jurisdicción constitucional, no es dable su

aplicación directa en la jurisdicción contencioso administrativa, pues ha de mediar un mínimo análisis y estudio sobre los objetivos que se persiguen con su aplicación, los procedimientos que se requieren para que su implementación sea adecuada en la jurisdicción contencioso administrativa, y los resultados esperados con la misma, teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada que al respecto ha pronunciado la Corporación. Por el otro, su inconveniencia en lo que se refiere al contenido y desarrollo de los tres sub principios que el test propone que sean medidos para establecer el valor al que ascendería el perjuicio moral: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. (...) Todo lo anterior, para concluir que cuando del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia y se trate de familiares inmediatos y cónyuges; 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil. No se comparte dicha conclusión por las siguientes razones: La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. (...) Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos o amigos que demuestren la intensidad de la afectación, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas. Para su tasación, (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test utilizado para tasar los perjuicios morales por medio de la utilización de una tabla con valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación. Y es en este escenario en el que cobra importancia la función del juzgador, quien en el marco de su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado. En este sentido, considero inconveniente, a manera de ejemplo, que la convivencia se constituya en factor determinante para la tasación de perjuicios. En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.). Adicionalmente, dicho test deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.”

#### f. Medidas no pecuniarias de reparación

**Extracto:** “Para la Corporación es claro que toda vulneración de un derecho genera la obligación de repararlo. Ahora, dicha obligación se hace más gravosa cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos especialmente protegidos por normas nacionales e internacionales, pues no basta simplemente con reconocer y resarcir los daños producidos con su violación, sino que se impone garantizar el goce efectivo del derecho vulnerado, o en su defecto, el restablecimiento del estado anterior al momento de la violación, a través del diseño y formulación de una serie de medidas materiales y simbólicas inspiradas en el principio constitucional de dignidad humana que sirve de base a todos los derechos. Ahora bien, se advierte que en la selección, formulación y diseño de dichas medidas, se impone al juez prudencia suma por cuanto su uso indebido, indiscriminado o improvisado, puede generar el efecto contrario al pretendido. Así, cada medida debe ser escogida después de una concienzuda reflexión, identificando claramente el objetivo específico que se quiere lograr; la pertinencia de la medida teniendo en cuenta el contexto histórico en el que sucedieron los hechos y las circunstancias propias del momento en el que se dicta la sentencia; la congruencia de las medidas con las pretensiones de la demanda y los hechos que resultan probados en el expediente;

la magnitud de los efectos del daño que se pretende resarcir; las facultades del juez para ordenar cierto tipo de acciones; e incluso, la redacción misma de la medida ordenada. Lo anterior, se insiste, para que el efecto que se pretende con su adopción ni se suprima, ni se relativice. Al efecto, se recuerda que las medidas que se ordenen para garantizar el goce efectivo del derecho a la verdad han de procurar el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y de los responsables de la comisión de los mismos, conocimiento que puede lograrse por vía judicial, a través de la interposición de recurso eficaces que promuevan la investigación, enjuiciamiento y sanción correspondientes, lo que al mismo tiempo permite la lucha contra la impunidad y garantiza el goce efectivo del derecho a la justicia.”

## SECCIÓN CUARTA

### 1. La debida identificación del título es un requisito sustancial dentro del proceso de cobro coactivo

Se determina si se configuró la excepción de falta de título ejecutivo en el proceso coactivo que inició la DIAN para buscar el pago de las obligaciones correspondientes al impuesto de renta del año 1997.

**Extracto:** En el mandamiento de pago, la DIAN debió identificar como título ejecutivo la sentencia de esta Corporación, del 18 de octubre de 2006, y no la del Tribunal Administrativo, del 13 de marzo de 2003. Como no lo hizo, debió declarar probada la excepción de falta de título ejecutivo y terminar el proceso de cobro, pues en el mandamiento de pago no se podía identificar la obligación clara, expresa y exigible a cargo del actor. La excepción de falta de título ejecutivo, en todo caso, no prospera porque se hubiese tasado en forma indebida el monto de la obligación, como dice la DIAN. La excepción prospera porque no identificó adecuadamente el título. No es cierto, como lo creyó la DIAN, que el título ejecutivo sea complejo y que esté integrado por la liquidación oficial del impuesto de renta y por las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de esta Corporación. Realmente, la obligación clara, expresa y exigible está determinada en la sentencia de esta Corporación del 18 de octubre de 2006, por cuanto se modificó el saldo a pagar que había determinado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Tampoco es cierto que la indebida identificación del título sea un simple yerro de transcripción, o error procesal, que no afectara la obligación a cargo del actor. Todo lo contrario, ese es un requisito sustancial, en cuanto la administración tributaria debe identificar de manera precisa el documento del que se deriva la obligación reclamada por la vía coactiva.

[Sentencia de 9 de febrero de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2008-00159-01\(18047\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

### 2. La denuncia no es prueba del hurto, luego para que proceda la deducción por pérdida de activos movibles se debe demostrar la sustracción de los bienes

Se estudian los siguientes aspectos: i) la congruencia entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión; ii) la procedencia de las siguientes deducciones: viajes por \$4.071.983; pérdida por siniestro por \$97.905.982 y afiliación al Club El Nogal por \$9.592.000 y, iii) la procedencia de la sanción por inexactitud por \$89.784.000.

**Extracto:** La denuncia es el medio idóneo para promover la actividad del Estado. Y, pese a la seriedad y requisitos con que debe ser presentada no deja de ser un documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos. En esa medida, el denunció no es la prueba del hurto. Las pruebas del hurto serán las que se aduzcan y practiquen en el curso de la investigación penal y que, por supuesto, estarán orientadas a establecer el acaecimiento de las circunstancias de

tiempo modo y lugar que el denunciante plasmó en la denuncia y las que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Entonces, surge la inquietud de si es necesario que se adelante y concluya el proceso penal para que el contribuyente pruebe a la autoridad tributaria la deducción por pérdida de la mercancía, en casos de hurto. La Sala considera que no, porque el proceso penal, por muchas circunstancias no siempre termina con el fallo de fondo que determine la ocurrencia del hecho delictuoso y el sujeto responsable del mismo. Además, el procedimiento administrativo tributario no contempla la prejudicialidad para someter el proceso de revisión fiscal al proceso penal que se adelante. Para la Sala, entonces, tanto en el procedimiento administrativo tributario como en el judicial que se adelante ante esta jurisdicción, se sigue aplicando el principio de la carga de la prueba, según el cual, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (artículo 177 del C.P.C.). De manera que, el que alega la pérdida de los bienes por hurto debe demostrar, al menos, la sustracción o el apoderamiento por parte de terceros, sin que baste la denuncia penal, pues, conforme se precisó, la denuncia es un simple documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos. En esa medida, en el caso concreto, la pérdida no está demostrada, puesto que en el expediente obra la denuncia presentada ante la SIJIN, que narra que a la empresa demandante le hurtaron en el año gravable 2000 (11 de septiembre), “31 computadores portátiles Compac K6 2-475 n/o 180640-164 adquiridos a COMPAC COMPUTER DE COLOMBIA y veintitrés (sic) (23) maletines en lona para computador portátil -bienes cuyo valor de costo ascendió a la suma de \$97.905.982.”, y los respectivos comprobantes contables que reflejan ese hecho “presunto”. Esas pruebas no le dan certeza a la Sala de la pérdida alegada. En consecuencia, no prospera el cargo de apelación.

[Sentencia del 2 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2005-00478-01\(16760\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**3. a) Los intereses a favor del contribuyente del artículo 863 del Estatuto Tributario, se aplica a los procedimientos relacionados con la devolución del IVA por la adquisición de materiales para la construcción de vivienda de interés social**

Se determina si se ajustan a derecho los actos acusados que negaron el reconocimiento de los intereses moratorios que solicitó la actora, con ocasión de la devolución del impuesto a las ventas que pagó por la compra de materiales para la construcción de VIS. También, si es procedente, como lo ordenó el tribunal, el reconocimiento de intereses corrientes y la indexación de los mencionados valores.

**Extracto:** Sea lo primero precisar que, de acuerdo con el artículo 850 del E.T., tienen derecho a la devolución o compensación del impuesto al valor agregado IVA, quienes adquieren materiales para la construcción de vivienda de interés social, en planes debidamente aprobados por el INURBE, o por quien este organismo delegue. El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1288 de 1996, reglamentó el procedimiento de devoluciones y compensaciones del impuesto sobre las ventas en materiales de construcción. En lo que interesa al caso, el artículo 6 del decreto indicaba que el término para la devolución era el previsto por el artículo 855 del E.T., a saber, 30 días, contados a partir del día siguiente a la solicitud presentada en debida forma ante la Administración. Y, el artículo 15 *ejusdem*, en lo no previsto por el decreto, remitía al Estatuto Tributario y demás normas concordantes para las devoluciones o compensaciones de saldos a favor. En ese orden de ideas, contrario a lo que sostiene la DIAN, el artículo 863 del Estatuto Tributario, que integra la normativa en materia de devoluciones, sí se aplica a los procedimientos relacionados con el reintegro del IVA por la adquisición de materiales para la construcción de VIS, en la medida en que así lo dispuso la norma remisoría del Decreto 1288 de 1996, reglamentario de la devolución; aunado a la consideración de que la existencia de un procedimiento especial para obtener la devolución no es suficiente motivo para entender que la figura pierde su naturaleza ni que se aparta de las previsiones del aludido estatuto. Si bien es cierto, como en efecto lo es, que el artículo 863 del E.T. se aplica a las devoluciones originadas por la adquisición de materiales para la construcción de VIS; también, lo es que cuando la Administración incumple el plazo que tiene para devolver el IVA por el referido

concepto, necesariamente se causan intereses moratorios a favor del contribuyente desde el vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación

**b) No existe norma del Estatuto Tributario que permita que los intereses moratorios a favor del contribuyente puedan ser objeto de corrección monetaria**

En varios pronunciamientos, entre otros, la sentencia del 3 de julio de 2003, expediente 13355, la Sala ha sostenido que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios junto con la actualización de las sumas debidas, porque el artículo 863 del E.T. no establece otro mecanismo, distinto de la causación de los intereses moratorios y los corrientes, si es del caso, “(...) *para determinar y compensar el perjuicio sufrido por los contribuyentes (...)*” ante el retardo de la Administración en la devolución de saldos a favor. Y, aun en el evento propuesto por la demandada, a saber, que los intereses moratorios se causaron hasta determinada fecha, lo cierto es que no existe norma que permita que aquéllos puedan ser objeto de corrección monetaria alguna, por lo que es forzoso realizar su cálculo en los precisos términos del artículo 864 del E.T., que remite al artículo 635 del mismo estatuto. Aunado a lo anterior, el artículo 178 del C.C.A., precepto con el que la demandante funda su solicitud de indexación, no obliga al juez a actualizar los valores reconocidos en la sentencia; lo que dicha norma prevé es la forma de ajustarlos si es que así se ordena. En consecuencia, se debe revocar el fallo apelado en cuanto ordenó la actualización de los intereses moratorios, de acuerdo con el criterio expuesto.

[Sentencia de 23 de febrero de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2001-00557-01\(18185\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**4. Las órdenes de giro que da el Ministerio de Minas y Energía a las empresas prestadoras de servicios públicos para transferir los excedentes o superávit generados en el recaudo de las contribuciones de solidaridad, con destino al Fondo de Solidaridad, son instrucciones y no actos administrativos**

Se establece la legalidad de los actos administrativos por medio de los que el Ministerio de Minas y Energía declaró que las Empresas Públicas de Yarumal E.S.P. debían al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos - Ministerio de Minas y Energía la suma de \$4.123.332.843, por concepto del superávit generado por los años 1998 a 2004. En concreto se analiza si las instrucciones de giro del superávit que le remitió el Ministerio de Minas y Energía a la demandante son actos administrativos que debieron ser notificados

**Extracto:** Es la ley la que, a partir de las conciliaciones realizadas, crea la obligación de transferir los excedentes o el superávit generado trimestralmente a las empresas que determine el Ministerio dentro de la respectiva zona territorial o al Fondo de Solidaridad. Ahora bien, con respecto a la inquietud de la recurrente sobre si las diferentes comunicaciones que le remitió el Ministerio de Minas y Energía a las Empresas Públicas de Yarumal, en las que se liquidó el superávit por los períodos discutidos y se dio orden de giro, son actos administrativos que debieron ser notificados, la Sala reitera que no es así, toda vez que las órdenes de giro son instrucciones que da el Ministerio a las empresas prestadoras de servicios públicos para transferir los excedentes o superávit generados en el recaudo de las contribuciones de solidaridad, con destino al Fondo de Solidaridad, conforme con las conciliaciones que previamente han presentado las empresas de servicios públicos. No debe olvidarse que lo que determina la existencia de un acto administrativo es la decisión que toma la Administración de crear, modificar o extinguir una situación jurídica concreta. Las instrucciones de giro, simplemente, daban cuenta de las conciliaciones que las empresas de servicios públicos podían o no justificar. En el presente caso, la obligación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios se deriva de la ley, y las instrucciones de giro son el medio que se utiliza para informar a las empresas sobre la obligación de transferir los superávit o excedentes que las mismas han

reportado en las conciliaciones que trimestralmente deben presentar. Como tal, las instrucciones de giro no tienen la naturaleza de actos administrativos, porque la situación jurídica que podría derivarse cuando se justifican las inconsistencias plasmadas en las órdenes de giro, proviene directamente de la ley y no de tales instrucciones.

[Sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2005-01097-01\(17472\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**5. En el proceso judicial el contribuyente puede aportar las pruebas que dejó de presentar cuando lo requirió la administración, siempre que demuestre la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito**

Se estudia la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión y los actos administrativos relacionados con el impuesto de renta del año 1999 del demandante. En concreto se analizará el régimen probatorio en las actuaciones tributarias; y la valoración de la prueba,

**Extracto:** la contabilidad debe aportarse y aducirse como prueba en las oportunidades que la administración otorgue, so pena de que se desconozcan los costos, deducciones, descuentos y pasivos que el contribuyente pretenda hacer valer y de que ese hecho se tenga como un indicio en contra. No obstante, esa norma permite que el contribuyente los acredite posteriormente, siempre que demuestre que existieron circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. En esa medida, el contribuyente debe primero desvirtuar, por un lado, el indicio en contra, esto es, demostrar que no presentó la contabilidad, o no la presentó en debida forma, porque ocurrió alguna causal de fuerza mayor o caso fortuito. Pero el contribuyente deberá, además, probar los costos, las deducciones, los descuentos o los pasivos que rechazó la administración, por medio de otras pruebas o mediante la propia contabilidad —los libros, o los comprobantes externos o los demás documentos que respalden el hecho económico que el contribuyente pretende hacer valer—. Es decir, sin que se desconozca el principio de unidad de la prueba contable, el contribuyente podrá aportar los soportes externos que dejó de aportar en vía gubernativa y que demuestren la realidad del hecho económico. No puede perderse de vista que los comprobantes externos e internos y los demás documentos que respaldan la contabilidad permiten tener un alto grado de certeza del hecho económico que declara el contribuyente y que está plasmado en la contabilidad. La contabilidad sólo revela, traduce, la realidad del hecho económico que tienen los comprobantes o demás documentos y, por ende, los comprobantes se ven como más apropiados frente a los registros que aparezcan en los libros. En esa dinámica, al juez administrativo le compete examinar, primero, si está probada la causal de fuerza mayor o caso fortuito que desvirtúe el indicio en contra del contribuyente. Y sólo si está probada dicha causal, el juez puede examinar la prueba traída por el contribuyente y determinar si está demostrada, según el caso, la procedencia del costo, la deducción, el descuento o el pasivo que desconoció la administración tributaria. Es decir, si no comprueba que la contabilidad no se aportó porque ocurrió una causal de fuerza mayor o caso fortuito, el juez no puede valorar la prueba que traiga el contribuyente al proceso judicial, pues eso desconocería el principio de lealtad y el mismo artículo 781 E.T.

[Sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 76001-23-31-000-2004-01369-01\(17568\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**6. Para la declaratoria de zona franca especial y especial permanente es requisito la certificación de la autoridad ambiental competente en la que se acredite que la instalación de la zona franca, no vulnera el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano ni atenta contra la conservación de los recursos naturales**

Se decide sobre la legalidad de los artículos 59-2, literal f); 59-3, literal g); 59-8, literal i); 59-16, literal c) de la Resolución 5532 del 24 de junio de 2008 proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que establecen como requisito para la declaratoria de zonas francas

permanente y permanente especial una certificación expedida por la autoridad ambiental, en la que se acredite que el proyecto está conforme con las exigencias ambientales.

**Extracto:** De lo anterior se desprende que en los literales demandados se reproduce exactamente el requisito exigido en los Decretos 383 y 4051 de 2007, relacionados con la certificación expedida por la autoridad ambiental competente en la jurisdicción donde se ubicará la zona franca permanente y permanente especial, en la que se precise que el proyecto se ciñe a las exigencias ambientales correspondientes, con el fin de acreditar que el proyecto está conforme con las normas ambientales. Por lo tanto, es claro que su texto está acorde con la normativa mencionada, sin que se observe violación del artículo 1° de la Ley 962 de 2005, pues no se exigen nuevos requisitos para la declaratoria de la zona franca permanente y permanente especial; simplemente se limita a reiterar los señalados por los decretos que regulan el tema de las zonas francas, por lo que, en consecuencia, tampoco violan el artículo 84 Constitucional. En síntesis, considera la Sala que es de vital importancia contar con la certificación de la autoridad ambiental competente en la que se acredite que la instalación de la zona franca, cuya autorización se solicita, no vulnera el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano ni atenta contra la conservación de los recursos naturales y, en este orden de ideas, es claro que los literales f), g), i) y c) de los artículos 59-2, 59-3, 59-8 y 59-16, respectivamente, de la Resolución 5532 de 2008, demandados, no vulneran las normas mencionadas por el actor.

[Sentencia del 12 de marzo de 2012. Expediente 11001-03-27-000-2008-00041-00 \(17442\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Acción de nulidad](#)

#### **7. No constituye ilegalidad manifiesta que los entes territoriales en sus disposiciones disminuyan sanciones y simplifiquen los procedimientos establecidos en las normas nacionales**

Se analiza si la actuación administrativa de determinación y discusión de dicho tributo violó el debido proceso, en lo que se relaciona con los términos que se le concedieron a la demandante para responder el requerimiento especial que antecedió a la liquidación oficial de revisión acusada, y para interponer el recurso de reconsideración contra la misma, considerando que la contribuyente no cuestionó tales aspectos.

**Extracto:** si bien es cierto existe disparidad entre los términos que consagran los artículos mencionados (tres meses para responder el requerimiento especial y 2 meses para interponer el recurso de reconsideración), y los que se concedieron a la demandante para los mismos efectos, con fundamento en los artículos 361 y 416 del E. T. M. de Neiva vigente para la época de los hechos discutidos - Decreto 096 de 1996 - (un mes para ambos casos), esa diferencia no constituye ilegalidad manifiesta. Es así, porque el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 facultó a los municipios para disminuir y simplificar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional para la administración, determinación y discusión, entre otros, de los impuestos administrados por los departamentos y municipios, de acuerdo con la naturaleza que tengan. De hecho, al examinar esa facultad frente a la autonomía de las entidades territoriales, la sentencia C-1114 del 2003 señaló que la capacidad de interferencia del legislador en las competencias tributarias reconocidas a dichas entidades no es absoluta, porque no puede vaciar los derechos que les reconoce el constituyente. Y que las facultades de las entidades territoriales tampoco pueden ser ilimitadas. En ese sentido, dijo la Corte Constitucional, nada se opone a que el Congreso determine el procedimiento tributario aplicable en las entidades territoriales, menos aún si con ello se promueven mecanismos adecuados de recaudo y se facilitan condiciones equitativas para los administrados, optimizando el principio de eficiencia del tributo y potenciando la realización del derecho de participación en las rentas nacionales, propio del principio de autonomía. Así mismo, la posibilidad legal de disminuir sanciones y simplificar los procedimientos de las normas nacionales da cuenta de que la interferencia de estas últimas en el ámbito territorial es razonable y sólo se orienta a la promoción de procedimientos tributarios equitativos para los administrados, eficaces para la administración y susceptibles de adecuarse a las connotaciones propias de la materia tributaria a cargo de los departamentos y municipios.

[Sentencia del 22 de marzo de 2012. Exp. 41001-23-31-000-2007-00023-01\(18194\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**8. En la sanción por devolución improcedente no es procedente liquidar intereses de mora sobre la sanción por inexactitud**

Se determina si la base para el cálculo de los intereses moratorios en la aplicación de la sanción por improcedencia de la devolución, es la diferencia entre el saldo a favor inicial y el saldo a favor definitivo, independientemente de que dicha diferencia o parte de ella se origine en la imposición de sanciones previstas en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

**Extracto:** observa la Sala que mediante sentencia del 10 de febrero de 2011, exp. 17909 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, la Sala precisó que como el artículo 634 del E.T. sólo prevé la liquidación y pago de intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago de impuestos, anticipos y retenciones a cargo del contribuyente, no es pertinente que se liquiden intereses de mora sobre la sanción por inexactitud, pues no lo previó así el artículo 670 ib. Los intereses de mora se deben liquidar sobre el mayor impuesto liquidado. Lo expuesto no quiere decir que se deba detraer de la “suma a reintegrar”, a que hace alusión el artículo 670 del E.T, el valor de la sanción por inexactitud, como lo expuso el *a quo*, cuando subsiste la obligación de pagarla. Situación diferente se presenta cuando en el proceso de determinación, como en este caso, se levanta la sanción por inexactitud, por cuanto en dicho evento no hay lugar a exigir este concepto como suma a reintegrar

[Sentencia de 16 de junio de 2011 Exp. 25000-23-27-000-2007-00112-01\(17998\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**9. No proceden las correcciones que aumentan el impuesto o disminuyen el saldo a favor en las declaraciones de retención en la fuente que se presentan sin pago porque la presentación sin pago de la retención en la fuente es insubsanable**

Se establece si la declaración de retención en la fuente correspondiente al mes de septiembre del año 2006, encuadra en el presupuesto consagrado en el literal e) del artículo 580 del Estatuto Tributario, y, por tanto debe tenerse como no presentada.

**Extracto:** con fundamento en la Ley 223 de 1995, que adicionó el Estatuto Tributario, solamente podrán corregirse o “subsanarse” las inconsistencias a que se refieren los literales a), b) y d) del artículo 580. Nótese como dicha normativa se mantuvo no obstante la expedición de la Ley 1066 de 2006, artículo 11, que adicionó el literal e) al artículo 580 ibídem, sin que el legislador efectuara alguna modificación o adición al parágrafo segundo del artículo 588, o previera en alguna otra norma tributaria que la inobservancia de este nuevo requisito fuera subsanable. Lo anterior verifica la finalidad del artículo 11 de la Ley 1066 de 2006, de tener como “no presentadas” las declaraciones de los agentes retenedores que no paguen de manera oportuna las sumas recaudadas, norma que se haría inoperante de contemplarse la posibilidad de subsanar esta omisión, propiciándose, en lugar de combatirla, la morosidad en el pago de los valores recaudados. la Ley es clara y precisa en disponer que la presentación sin pago de la retención en la fuente es insubsanable. Por tanto, esta interpretación de la Administración no se encuentra acorde con la Ley y con la finalidad con ésta buscada. En ese orden de ideas, la inobservancia del literal e) del artículo 580 ibídem, implicó el consiguiente desacato de una obligación sustancial. La ausencia de este requisito generó una transgresión al principio de eficiencia en el recaudo de las retenciones en la fuente, y un mayor costo administrativo, que podían haberse evitado con la colaboración de un contribuyente diligente o cuidadoso - condiciones que lo habilitarían para invocar en su favor el principio buena fe- , como debe ser la accionante en razón a su trayectoria

[Sentencia de 13 de octubre de 2012 Exp. 25000-23-27-000-2009-75- 01\(18304\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## SECCIÓN QUINTA

### 1. Procedimiento para proveer el cargo Gobernador durante el interregno de la destitución y la elección que se debe realizar en razón a la falta absoluta de su titular.

En ejercicio de la acción de nulidad electoral varios ciudadanos solicitaron que se declare la nulidad del Decreto 2925 de 5 de agosto de 2010 expedido por el Presidente de la República “*por el cual se designa Gobernador en el Departamento del Valle del Cauca*” en atención a la falta absoluta que se presentó del cargo.

Consideraron los actores que el acto administrativo demandado es contrario al artículo 303 de la Constitución Política, porque la designación no se realizó con una persona del mismo partido o movimiento político del Gobernador destituido.

**Extracto:** “El objeto de estudio de esta censura se concreta en establecer si el acto acusado atendió el procedimiento para proveer el cargo de Gobernador del Valle del Cauca durante el interregno de la destitución y la elección que se debe realizar en razón a la falta absoluta de su titular, ocurrida a partir del 8 de junio de 2010, es decir, a más de 18 meses para finalizar el período, la Sala deberá establecer si era necesario que en tal designación primara la terna del grupo significativo que inscribió la candidatura del destituido gobernador. El tercer inciso del artículo 303 Constitucional, regula las consecuencias de la falta absoluta de la siguiente manera: Si la falta absoluta ocurre a más de dieciocho meses de la finalización del período, deberá convocarse a elecciones para elegir Gobernador por ese interregno. Si la falta absoluta tiene lugar a menos de dieciocho meses para terminar el período, el Presidente de la República deberá designar un Gobernador por ese tiempo “(...) respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.” Ahora, con esta precisión surge el interrogante de ¿Cómo suplir la falta absoluta del Gobernador mientras se realiza la elección cuando éste ha sido destituido a más de 18 meses para la finalización del período?. La Sala precisa que esta decisión que debe ser asumida por el Presidente de la República no es discrecional sino que está sujeta al elemento teleológico de la norma, es decir, que si el Constituyente no indicó que el legislador debía desarrollar esta hipótesis es porque existía claridad que durante el interregno de la destitución y de la elección del Gobernador que debería finalizar el período, este cargo debía ser ocupado por un ciudadano de terna enviada por el partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos que inscribió el gobernador destituido. Se considera necesario ponderar, de un lado, que la sanción de destitución y consiguiente inhabilidad del Gobernador concierne a un aspecto personal y subjetivo de éste, mientras que por su parte, fundados en el principio democrático los electores escogieron un programa de gobierno para su departamento como situación que primó en su decisión de voto. En consecuencia, la vacante del Gobernador durante el período de tiempo entre la destitución y la elección popular de su reemplazo no es un reconocimiento para el candidato elegido que fue sancionado, sino una prevalencia de la democracia representada en cada uno de los electores que decidieron un determinado programa de gobierno. Por tanto, durante el tiempo que se tome la programación y realización de las elecciones para suplir la falta absoluta del Gobernador, y en el caso que esta falta no obedezca a la hipótesis contemplada en el artículo 107 Superior, el Presidente de la República debe designar el funcionario reemplazante respetando el partido, movimiento o grupo político que inscribió al Gobernador elegido. El legislador ha entendido que la designación debe surtirse tomando en cuenta la continuidad del programa de gobierno del Gobernador que dio lugar a la falta absoluta”.

[Sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-28-000-2010-00125-00 MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

**2. La demanda electoral no puede retirarse si el auto admisorio ha sido notificado al Ministerio Público o al menos a uno de los demandados**

Lo dijo la Sección Quinta dentro del proceso electoral contra el alcalde de Cúcuta, Don Amaris Ramírez Paris Lobo, demandado por supuesta inhabilidad por parentesco con autoridad civil y política.

La Sala estuvo en desacuerdo con el auto del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió al retiro de la demanda por parte del actor. En contraste, le halló la razón al agente del Ministerio Público, quien argumentó en la apelación que la notificación a él del auto admisorio impedía el retiro de la demanda.

El auto explica:

“(…) pudiéndose hablar de proceso electoral en virtud de la notificación personal del auto admisorio de la demanda a cualquier demandado o al agente del Ministerio Público, se desborda el interés privado del demandante en que la causa se falle, para prevalecer la defensa de la legalidad en abstracto y preservar el ejercicio legítimo del poder público que se ha visto cuestionado, de tal suerte que las facultades que tiene el actor frente a su demanda no impidan que se decida el litigio que ya ha empezado. (...) lo que el actor en el caso concreto denomina ‘retiro’ de su demanda, por el momento procesal en que lo manifestó, equivale a un verdadero desistimiento, expresamente proscrito en el contencioso electoral.”

[Auto de 18 de abril de 2012, Exp. 54001-23-31-000-2012-00001-01. MP. ALBERTO YEPES BARREIRO](#)

### SALA DE CONSULTA

**1. El artículo 114 de la ley 1395 de 2010 establece que las entidades públicas de todo orden deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.**

Así lo determino la Sala al resolver la consulta que formuló el Ministerio de Educación Nacional respecto del deber del Instituto de Seguros Sociales de dar aplicación al precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en relación con la inclusión de las primas de navidad, servicios y vacaciones para el cálculo de las pensiones.

**a) Carácter vinculante para las autoridades administrativas de acatar de los precedentes judiciales fijados por los órganos de cierre de cada jurisdicción que, por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.**

**Extracto:** “Con el fin de reducir la judicialización innecesaria de asuntos que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones ya han definido en sentencias reiteradas y de evitar el desgaste que todo proceso judicial implica para los ciudadanos, el aparato judicial y la propia Administración, el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 establece que las entidades públicas de todo orden deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos en relación, entre otras materias, con el reconocimiento y

pago de pensiones. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, en la cual se advierte sobre el carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes judiciales fijados por los órganos de cierre de cada jurisdicción. Frente al contenido normativo del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 en cita, es necesario hacer algunas: En primer lugar, la fuerza que esta norma le asigna al precedente implica que en los temas enunciados en ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción; solamente podrán separarse de los mimos cuando exista una razón realmente seria y fundada que deberá motivarse expresamente en la decisión. Esta exigencia de motivación se encuentra especialmente reforzada, ya que si esas razones de mayor peso no existen o no se justifican suficientemente, las autoridades no podrán adoptar una decisión contraria al precedente que implique para los ciudadanos la necesidad de acudir a la jurisdicción a reclamar derechos que deberían estar protegidos en sede administrativa. De otro lado, el carácter vinculante del precedente jurisprudencial y su función orientadora de las decisiones futuras en orden a satisfacer las necesidades sociales de seguridad jurídica e igualdad, no impide que las autoridades administrativas de manera seria y razonada busquen a través de los procesos judiciales el cambio del precedente o la unificación jurisprudencial cuando ella no exista; también podrán intentar que, en el caso de esta jurisdicción, el asunto sea conocido por la sala plena de lo contencioso administrativo para que esta se pronuncie por importancia jurídica o transcendencia económica o social, situación que en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo admitirá solicitud de parte. Claro está que una vez unificado el precedente y salvo cambios normativos o en la jurisprudencia, la administración deberá proceder de conformidad con el precedente aplicable al caso, en tanto que éste constituye el sentido e interpretación que los diferentes operadores jurídicos deben darle a la ley. De lo contrario, el precedente no tendrá ningún valor como mecanismo de realización del principio de igualdad y como referente de solución de decisiones futuras que no deben ser judicializadas innecesariamente. Así mismo, es importante resaltar que el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Lo anterior sin perjuicio, claro está, de que dentro de su propia autonomía, las jurisdicciones ordinaria y contenciosa puedan tener en cuenta lo dicho por la otra al resolver casos iguales o semejantes y que para tal fin los interesados puedan invocar los precedentes que mejor respondan a sus intereses dentro del proceso. También es importante resaltar que los cambios de precedente no afectan las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad, pues las mismas hacen tránsito a cosa juzgada.”.

**b) Unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de los factores para calcular la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993**

**Extracto:** “A partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 artículo 36 se les aplica la ley 33 de 1985. En la sentencia analizada se resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. La sentencia concluyó entonces que para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la presente consulta. A partir de la unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de

Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Adicionalmente, en sentencia del 31 de marzo de 2011 el Consejo de Estado amparó por vía de tutela los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un tribunal en sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en régimen de transición, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral. En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones. Cabe señalar finalmente, que en la jurisprudencia revisada anteriormente, la aplicación del régimen de transición no depende del tipo o naturaleza jurídica de la entidad de previsión encargada de reconocer el derecho pensional (CAJANAL, ISS u otra cualquiera), sino del hecho de que el interesado reúna las condiciones objetivas establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al mismo. En ese sentido, con independencia de que en el caso concreto de esta sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 la entidad demandada hubiera sido Cajanal, la regla allí establecida para la jurisdicción contencioso administrativa, debe orientar el reconocimiento de las pensiones de las personas sujetas a la ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993”

[Concepto de 16 de febrero de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00049-00 MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Autorizada la publicación con oficio 2012EE42734 O 1 de 26 de marzo de 2012.](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**CONSEJO DE ESTADO PARTICIPÓ ACTIVAMENTE EN FORO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO**

Los Magistrados del Consejo de Estado apoyaron el Foro Nacional “La Administración como Protectora de Derechos - Retos para la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” que se llevó a cabo este 9 de mayo en la Biblioteca Luis Ángel Arango; el evento estuvo dirigido a los funcionarios de la administración nacional.

El objetivo del Foro, organizado por el Gobierno Nacional, que como ya se dijo, contó con una activa participación del Consejo de Estado, fue establecer y aclarar cuáles son los principales retos y responsabilidades de las entidades públicas frente a la entrada en vigencia del Nuevo Código.

La instalación del evento estuvo a cargo del Ministro de Justicia y del Derecho, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y el encargado de la clausura fue el Presidente del Consejo de Estado, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, quien resaltó la importancia que tiene para la sociedad la entrada en vigencia del Nuevo Código.

También participaron los Magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, William Zambrano Cetina (también Vicepresidente del Consejo de Estado), Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Augusto Hernández Becerra y Enrique José Arboleda Perdomo.

Los temas tratados fueron los principios del buen gobierno y el Nuevo Código, antecedentes y objeto del Código, principios, deberes y derechos, procedimiento administrativo general, medidas de urgencia dentro del derecho de petición, cobro coactivo, jurisdicción coactiva, extensión de la jurisprudencia, la primera parte del Código como Carta de Derechos, Medios electrónicos y objeto de la jurisdicción entre otros.

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

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación [www.consejodeestado.gov.co](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 escríbanos a: [boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co)