



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 12
• Sección Primera	12 - 18
• Sección Segunda	18 - 25
• Sección Tercera	25 - 42
• Sección Cuarta	42 - 57
• Noticias Destacadas	58

## Noticias destacadas

## CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SERÁ PRESENTADO EN CARTAGENA

## EDITORIAL

Siguiendo con la tarea inaplazable de difusión del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, durante los pasados días 19 y 20 de mayo se llevó a cabo con éxito el evento de presentación de esta nueva codificación, el cual, en esta oportunidad, tuvo como sede la ciudad de Popayán en el bello Paraninfo Francisco José de Caldas de la Universidad del Cauca.

Gracias a los avances de la tecnología y con el fin de alcanzar el mayor cubrimiento en la región comprendida para este evento, las distintas conferencias pudieron observarse en directo, por teleconferencia, en los municipios de Guapi, Santander de Quilichao, Santiago de Cali, Caicedonia, Vijes, Tuluá, Buga, Palmira, Buenaventura.

Aprovechamos la oportunidad para agradecer a las personas que con su compromiso y dedicación hicieron posible la realización de estas jornadas de trabajo, al tiempo que nos permitimos informar que el siguiente evento de difusión se llevará a cabo los días 2 y 3 de junio en la ciudad de Cartagena.

**Mauricio Fajardo Gómez**  
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. Vulneración del derecho a la reparación y al debido proceso por omisión de Acción Social en trámite y decisión de una solicitud de reparación a una víctima de la violencia**

La Sección Primera amparó los derechos al debido proceso y a la reparación de la actora, vulnerados por Acción Social no dar trámite a su solicitud de reparación administrativa presentada desde el año 2009.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho de reparación que tienen las víctimas de las violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, la Sala consideró que la Corte Constitucional en reiterada Jurisprudencia ha aceptado su procedencia, razón por la cual estudió de fondo el caso concreto.

En el asunto sub examine, la Sala observó que la actora radicó el 16 de junio de 2009, ante Acción Social, la solicitud de reparación administrativa, la que fue diligenciada en el formulario impreso por Acción Social para tal fin, sin que en el expediente obre constancia que la entidad accionada hubiese hecho las gestiones requeridas a fin de enviar el respectivo informe al Comité de Reparaciones Administrativas para que resolviera lo pertinente. Consideró la Sala que las entidades accionadas superaron ampliamente el término señalado por el Decreto 1290 de 2008 para dar trámite a la solicitud de reparación, lo cual, a todas luces, resultó atentatorio de los derechos a la reparación y al debido proceso, toda vez que con la expedición del referido Decreto se pretende reparar a las víctimas del conflicto armado de manera anticipada y rápida para así brindarle una posibilidad diferente a la judicial, la cual resulta ser dispendiosa, razón por la cual, al no cumplir la entidad demandada con los términos establecidos, obligó al solicitante a emplear la acción de tutela para proteger sus derechos que se encuentran reconocidos nacional e internacionalmente, con lo que se sometió a la víctima a un interminable proceso y a una revictimización.

[Sentencia de 4 de mayo de 2011, Rad. 08001-23-31-000-2011-00109-01\(AC\), MP. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZÁLEZ](#)

## **2. a) Procedencia de la tutela para la protección de los derechos laborales de las personas discapacitadas**

El actor interpuso la acción de tutela en procura de la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, al ser retirado del servicio por presentar una incapacidad del 44,76% y no ser reubicado en un cargo que pudiera ejercer.

La Sala consideró que las personas discapacitadas son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que garantiza su permanencia en el empleo luego de haber adquirido la limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial. En esas condiciones, en casos excepcionales como el presente, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para obtener el reintegro del trabajador, es decir, que aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación de su trabajo o su permanencia en el por un periodo indeterminado, es procedente la tutela como mecanismo definitivo e integral para la protección de los derechos fundamentales de un empleado disminuido en sus condiciones físicas o mentales.

## **b) Vulneración del derecho al trabajo, a la igualdad y a la vida digna por retiro del servicio de soldado discapacitado**

En asuntos como el presente, tratándose de persona que durante el desempeño de su labor ha sufrido una disminución de la capacidad laboral, la Ley dispone el retiro, no obstante, si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser aprovechadas, la entidad puede mantenerlo en el servicio activo. En esas condiciones, no bastaba con un simple "NO" a la posibilidad de reubicación, pues cumplidos los requisitos, los méritos y las calidades, y atendiendo a su derecho a la estabilidad reforzada, la entidad debía emitir concepto motivado si consideraba que no era procedente tal figura. Consideró la Sala en consecuencia, que el Ejército Nacional debió adoptar las medidas necesarias para realizarle al actor una evaluación y así determinar con exactitud, atendiendo a su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, y de acuerdo con los resultados obtenidos, y definir si podía ser beneficiado con el reintegro y posterior reubicación o definitivamente no.

[Sentencia de 17 de marzo de 2011, Rad. 66001-23-31-000-2011-00024-01\(AC\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

## **3. Vulneración del derecho a la educación, a la buena fe y a la confianza legítima por no reconocimiento de práctica jurídica en personería municipal**

En el *sub lite*, la actora invocó la protección de los derechos fundamentales a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, y de los principios de confianza legítima, buena fe y prevalencia del derecho sustancial, presuntamente vulnerados por el Consejo Superior de la Judicatura al no reconocerle la realización de la Judicatura en una personería municipal, al considerar que dicha entidad pública no se encuentra contemplada taxativamente dentro de las normas que regulan la prestación de la esta práctica con carácter Ad-Honorem.

La Sala encontró que la Ley 878 de 2004, establece de manera expresa la posibilidad de prestar el servicio de Auxiliar Jurídico Ad-Honorem en la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura sostuvo enfáticamente, que las Personerías Municipales no hacían parte de la Procuraduría, y que en tal virtud, no era posible reconocer la realización de la Práctica Jurídica en dichos Entes Municipales. Consideró la Sala, que la conclusión de la Entidad demandada quebrantaba la Carta Política, al constituirse en una interpretación restrictiva de la norma; en efecto, no tiene en cuenta, que independientemente de que las Personerías Municipales no hagan parte de la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación, éstas ejercen, por expreso mandato Constitucional, la función de Ministerio Público bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación. En este orden, el Ente accionado pasó por alto que dentro de los principios que encierran el deber de realizar la Práctica Jurídica por los estudiantes de Derecho, se encuentran, entre otros, los de solidaridad y función social de los conocimientos, los cuales fueron desplegados por la petente, al prestar sus servicios sin remuneración a la Personería Municipal de Dosquebradas, con la disposición de cumplir un horario de tiempo completo, y de realizar funciones netamente jurídicas. La Sala observó que la negativa del Consejo Superior de la Judicatura de reconocer la realización de la Práctica Jurídica, vulneró el derecho fundamental de la educación de la actora, y de paso transgredió los principios de buena fe y confianza legítima.

[Sentencia de 28 de abril de 2011, Rad. 66001-23-31-000-2011-00049-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

#### **4. Improcedencia de la tutela para obtener escalafonamiento militar, por existir otro medio de defensa judicial**

La accionante pretendía que se le escalafonara como oficial del cuerpo administrativo del Ejército Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 14 del Decreto 1495 de 2002. Lo anterior porque consideraba que después de reconocerse mediante ceremonia pública su derecho a ser escalafonada como oficial del cuerpo administrativo del Ejército Nacional, en el grado de subteniente, la entidad accionada de forma unilateral e inconsulta decidió revocar su decisión, y en consecuencia retirarla de la Escuela Militar de Cadetes.

Respecto a si la acción de tutela es procedente para ordenar el escalafonamiento de la peticionaria como oficial de las Fuerzas Armadas, se advirtió que tal decisión implicaría dejar sin efectos las Resoluciones No. 197 y 2004 del 30 de noviembre y 27 de diciembre de 2010, respectivamente, que retiraron de la Escuela Militar de Cadetes a la demandante, y por consiguiente, que tendría que verificarse la validez de dichos actos, y de todos aquellos que se encuentren relacionados, como la Resolución N° 3903 del 14 de septiembre de 2009, que no incluyó a la peticionaria entre las personas que fueron escalafonadas como oficiales del Ejército Nacional en el grado de subteniente. En ese orden de ideas, de ser procedente la acción de tutela para verificar la legalidad de dichos actos, tendría que analizarse los argumentos invocados por la parte accionante sobre el particular, y por ende, resolver asuntos como (I) la existencia o inexistencia de un acto administrativo verbal que fue emitido en la ceremonia de grado del 9 de septiembre de 2009, que presuntamente reconoció a la peticionaria como oficial de las Fuerzas Militares; (II) la supuesta revocatoria unilateral e inconsulta de la anterior decisión mediante la Resolución N° 3903 del 14 de septiembre de 2009, que no incluyó a la demandante dentro del listado de escalafonados, o a través de la Resolución N° 197 del 30 de noviembre de 2010 que la retiró de la Escuela Militar de Cadetes; (III) si la entidad accionada interpretó correctamente el artículo 14 del Decreto 1495 de 2002, al exigir que los

aspirantes a oficiales del cuerpo administrativo a que se refiere el artículo 37 del Decreto 1790 de 2000, deben tener hasta antes de la ceremonia de grado correspondiente menos de 30 años de edad; (IV) si los únicos requisitos a verificar en el caso de autos para el reconocimiento de la condición de oficial a la peticionaria son los previstos en el anterior artículo; y (V) si la entidad demandada para retirar aquélla de la Escuela Militar de Cadetes debió aplicar el artículo 105 del Decreto 1790 de 2000, en lugar del artículo 14 del Decreto 1495 de 2002. Estimó la Sala que los anteriores asuntos por su naturaleza y complejidad deben plantearse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y resolverse por el juez de lo contencioso administrativo, y no por el juez de tutela, so pena de desconocer la naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción objeto de estudio.

La accionante argumentó que la acción de tutela era procedente porque de no concederse el amparo solicitado se le estaría causando un perjuicio irremediable, porque tendría que ponerle fin a un proyecto de vida, particularmente a aspirar ser miembro oficial del cuerpo administrativo de las Fuerzas Militares. La Sala consideró que el hecho de exigirle a la actora que acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir los actos de la parte demandada, no le impide adelantar las gestiones pertinentes para aspirar a ingresar como oficial al cuerpo administrativo de las Fuerzas Militares en el grado de teniente, en virtud de su condición de profesional especialista en derecho administrativo, título que obtuvo el 17 de diciembre de 2010, después de finalizar el curso de orientación militar, y porque tiene menos de 35 años de edad.

[Sentencia de 5 de abril de 2011, Rad. 25000-23-15-000-2011-00128-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

#### **5. a) Régimen de transición pensional de miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria**

La Sección Segunda amparó el derecho al debido proceso del actor vulnerado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, al desconocer el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado en materia pensional y al reconocer un régimen especial de manera parcial, con desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma.

El artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, el 21 de febrero de 1994 se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986. En efecto, el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986, disponía los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. Así se lee en la referida norma: “Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.”. No obstante lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993 el cual dispuso la aplicación general de sus disposiciones (artículo 11) y no incluyó al INPEC dentro de los exceptuados de las mismas (artículo 279). Sin embargo, la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen transición, previsto en su artículo 36, permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por las disposiciones normativas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones. Sobre este particular, debe decirse que la disposición en materia pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional era la Ley 33 de 1985 la cual, si bien es cierto en su artículo 1 fijó los requisitos de tiempo y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación no lo es menos, que excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. Bajo estos supuestos, para que a

un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio.

#### **b) Regulación legal de régimen pensional de empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria**

En lo relacionado con el monto pensional, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sección, en la cual se señala que el régimen de transición hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión y de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje. De igual forma, debe resaltarse que el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 del mismo año, enuncia los factores que se consideran salario para los fines de la cotización, es decir, el salario base para calcular las cotizaciones que mensualmente deben efectuar los servidores públicos al sistema de seguridad social en pensiones, o sea, el ingreso base de cotización (IBC). A diferencia del ingreso base de liquidación (IBL), que se conforma con el promedio de lo devengado en la forma prevista en las normas anteriores al primero de abril de 1994 que resulten aplicables al beneficiario del régimen de transición. En este orden el derecho pensional del actor queda regulado por lo previsto en la Ley 32 de 1986, por tal razón esta es la normatividad que debió aplicar el juez de segunda instancia que profirió el fallo acusado y para el caso sería el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su totalidad, es decir en cuanto a los requisitos exigidos para obtener el status pensional, edad y tiempo de servicios, y los factores que integran el ingreso base de liquidación. Sobre la liquidación del derecho pensional debe precisar la Sala que acorde con el anterior planteamiento y atendiendo a que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación es procedente, remitirse a los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalaron la aplicación del régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional. Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hace referencia el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, lo era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1° inciso segunda y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 2010.

#### **c) Violación del derecho al debido proceso por desconocimiento de precedente judicial**

La Sala resaltó que en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado se ha señalado, que en los casos similares al del actor, el hecho de que no se haya cotizado sobre los factores que deben integrar el monto pensional, no son obstáculo para tenerlos en cuenta, dado que la Caja podrá descontar los aportes correspondientes a los factores reconocidos en la providencia judicial sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Así que, aún siendo plausible la interpretación que realizó el Tribunal de la norma que aplica y que esta Sala destacó en el aparte de hechos de esta providencia, en el caso sub examine es claro que debía remitirse al monto pensional del régimen anterior, tal como lo ha señalado el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado. En efecto, desde el fallo de 28 de octubre de 1993, expediente 5244 proferido por la Sección Segunda de Esta Corporación, con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas se advierte que el hecho de que la administración no haya descontado los aportes correspondientes sobre algunos factores, no impide su reconocimiento para efectos pensionales, pues ellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. (...) De lo expuesto, era dable concluir que la sentencia cuestionada se apartó del precedente del Consejo de Estado ya señalado. En el caso concreto, el problema jurídico no fue resuelto por el juez natural del proceso aplicando criterios interpretación

normativa válidos razonables, pues no acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado, y no explica de forma consecuente por qué consideró necesario apartarse del precedente y fraccionar la norma que consideró aplicable. Corolario de lo anterior, la Sala consideró que Tribunal accionado como juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tomó una decisión sin argumentar o motivar el por qué no acogió el precedente, negando la posibilidad de aplicar en su totalidad el régimen pensional especial.

**[Sentencia de 12 de abril de 2011, Rad. 11001-03-15-000-2011-00286-00\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)**

**\* Con salvamento de voto de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez**

**6. Vulneración del derecho al debido proceso por incumplimiento en procedimiento para determinar qué trabajador es prepensionado**

La Sección Cuarta consideró vulnerado el derecho al debido proceso de la actora, por la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga y la Comisión Nacional de Servicio Civil al no seguir el trámite establecido para determinar si la solicitante cumplía con la condición de prepensionada, al momento de establecer la Oferta Pública de Empleos de Carrera dentro de un concurso de méritos.

Encontró claro la Sala que la Secretaría de Educación de Bucaramanga desconoció el debido proceso que debía seguirse para el caso concreto, toda vez que según los artículos 3 y 5 del Acuerdo 121 de 2009, los representantes legales de la entidad nominadora tienen la responsabilidad de verificar el cumplimiento de la condición de prepensionado, una vez el interesado formule la petición para ser reconocido como tal. Si bien es cierto que corresponde al interesado allegar la documentación necesaria para demostrar la condición de prepensionado, también lo es que la entidad ante la que se radica la petición puede solicitar aclaración o información adicional. En el presente caso, la entidad en ningún momento le señaló a la peticionaria los documentos o información adicional que requería para verificar si cumplía o no con los requisitos exigidos por el Decreto 3905 de 2009 para ser prepensionada, simplemente se limitó a decirle en Oficio de 18 de diciembre de 2009, que no cumplía con las semanas cotizadas. Al respecto, advirtió la Sala que ese oficio no se dictó conforme los lineamientos del artículo 6 del Acuerdo 121 de 2009, el cual dispone que el acto administrativo debe expresar las razones en que se fundamenta la decisión.

Para el caso no era claro cuáles eran las semanas contabilizadas por la Secretaría ni si se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado y cotizado realmente por la actora, quien informó que el Seguro Social no reportó 7 años, los cuales si fueron cotizados, tal como se observa del certificado de información laboral y que se aportó a la Secretaría de Educación de Bucaramanga. En relación con la información enviada por la citada Secretaría a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que sea esta la que decida si se excluía o no de la OPEC el cargo ocupado por la actora, precisó la Sala que según los artículos 3 y 10 del Acuerdo 121 de 2009, es responsabilidad indelegable de los representantes de las entidades verificar el cumplimiento de la condición de prepensionado y reportar ante dicha Comisión los cargos que desempeñan personas próximas a pensionarse en los términos del Decreto 3905 de 2009.

**[Sentencia del 11 de noviembre de 2010, Rad. 68001-23-31-000-2010-00472-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)**

**7. Vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia por no suministrarse documento de un proceso penal para que obrara como prueba en uno de reparación directa**

En el presente caso la actora instauró la acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación - Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario -, para la protección de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, toda vez que dentro de un proceso de reparación directa adelantado en el Juzgado 3° Administrativo de Ibagué, se decretó como prueba oficiar a la Fiscalía 76 para que expidiera unas copias de un proceso penal, a lo cual la entidad

demandada se negó argumentando que por razones de reserva dicha solicitud no es procedente, toda vez que el material probatorio sólo se puede descubrir en la audiencia preparatoria.

La Sala al revisar el oficio por medio del cual la accionada respondió la orden dada por el Juzgado 3° Administrativo de Ibagué y el escrito de contestación de la demanda de tutela, observó que la Fiscal 76 Especializada negó el suministro de las piezas procesales que le solicitó mediante una providencia judicial el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué, sugiriendo, apenas, que son reservadas, sin precisar el fundamento legal de la restricción y sin motivar esa negativa para permitir controvertirla. Es decir, esa negativa es infundada e implica un desacato, sin razón valedera, de una providencia judicial en firme. Por lo expuesto, se tiene que la Fiscalía General de la Nación al no cumplir lo dispuesto en el auto dictado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, entorpeció el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la accionante, plasmado en el artículo 229 constitucional toda vez que le impidió al Juez administrativo conocer la totalidad de los elementos probatorios relacionados con la investigación penal que se adelanta en esa dependencia, por los mismos hechos que motivaron la demanda de reparación directa interpuesta por la actora. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que no existe una disposición legal que prohíba expresamente el suministro de las evidencias documentales solicitadas a la Fiscalía General de la Nación por la autoridad judicial, y que no se observó que el descubrimiento de las mismas genere un “perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores” o “afecte la seguridad del Estado” (restricciones al descubrimiento de pruebas), la Sala concluyó que con la negativa al cumplimiento de lo ordenado en el auto del 15 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué -Tolima-, la entidad accionada vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia de la actora.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Rad. 73001-23-31-000-2009-00552-01\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

#### **8. La vía de hecho en providencia judicial se configura por omisión del juez de establecer la entidad a cargo de una obligación crediticia**

La actora acudió a la presente solicitud de amparo con el fin de lograr el pago del crédito contenido en el auto de 15 de marzo de 2007 proferido por el Consejo de Estado. Dicha providencia, que presta mérito ejecutivo, no le ha resultado eficaz a la actora, no obstante acudir tanto a la administración como deudora del mismo, como al aparato judicial. La primera, por cuanto la entidad con quien efectuó el acuerdo conciliatorio (Fondo de Cesantías del Sector Salud) fue liquidada y, la segunda, por cuanto los jueces de instancia dentro del proceso ejecutivo que promovió contra el Hospital San Vicente de Paúl de Apía, aducen que éste no tiene la calidad del deudor y, en consecuencia, negaron el mandamiento de pago.

Para la Sala la referida omisión del juez conductor del proceso configuró una vía de hecho, por cuanto no tuvo en cuenta que la parte demandante le explicó que el título ejecutivo provenía del Fondo de Cesantías del Sector Salud de Risaralda, y que por circunstancias que no dependían de ella, dicho fondo se extinguió. En virtud de tal afirmación, era claro que la demandante cumplió con su deber de configurar el título ejecutivo al presentar una obligación clara, expresa y exigible, por lo que el juez debió tener en cuenta los antecedentes señalados por la ahora actora y a partir de ello hacer uso de la facultad oficiosa con la que cuenta, no para configurar el título ejecutivo, sino para establecer la entidad a cargo de la cual reposaban las obligaciones del Fondo liquidado. En este punto consideró la Sala que la prevalencia del derecho sustancial impide que por presupuestos sumamente rigurosos y por la falta de una actitud proactiva del juez, se desconozcan derechos tan importantes como el pago de las cesantías.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Rad. 11001-03-15-000-2010-00802-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

\* Con aclaración de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

## ACCIÓN POPULAR

### **1. En trámite incidental de desacato, se impuso sanción de multa a alcalde de Tunja por incumplimiento de fallo que ordenó la adecuación de matadero municipal**

La Sección Primera confirmó la sanción impuesta al Alcalde de Tunja y al Gerente de la Empresa Matadero de Tunja, al considerar que desacataron las órdenes dadas por el Tribunal de Boyacá y el Consejo de Estado, mediante providencias de 10 de marzo de 2005 y 15 de febrero 2007, tendientes a proteger los derechos colectivos vulnerados, a través de la construcción y adecuación de un nuevo Matadero municipal y el cumplimiento de las normas de saneamiento básico.

De las pruebas relacionadas se observó que no se construyó un nuevo matadero y que en el existente los mesones de lavado de vísceras no cuentan con conexión al sistema de desagüe, vierten los residuos directamente al piso, no potabilizan el agua, tiene fugas en los ductos y tuberías, genera factores de contaminación al medio ambiente por la disposición inadecuada de residuos, no cuenta con un adecuado estercolero que garantice que el trabajo en la planta se realice en condiciones de higiene y salubridad; en síntesis, presenta múltiples deficiencias que indirectamente pueden afectar la inocuidad del producto. Ahora bien, para que pudiera afirmarse que el municipio y el Matadero de Tunja desacataron las ordenes contenidas en las sentencias de 10 de marzo de 2005 y 15 de febrero 2007, no bastaba demostrar el mero incumplimiento objetivo de lo ordenado, pues era necesario probar la negligencia de las entidades para que pueda condenarse su desobediencia. Las entidades accionadas justificaron su incumplimiento alegando que las plantas de tratamiento de residuos que han instalado, y el plan integral de residuos sólidos y hospitalarios, han reducido la contaminación en la planta; que se han tomado el cuidado de realizar fumigaciones para prevenir plagas de insectos y ratas; que construyeron un estercolero que cumple con especificaciones de salubridad y sanidad, y que utiliza un plástico como cubierta; y que no han podido construir un nuevo matadero por cuanto resulta sumamente costoso y se encuentran sometidas a un plan de racionalización de plantas de beneficio animal, según lo ordenó el Ministerio de la Protección Social en los Decretos 1500 de 2007 y 2965 de 2008.

Sin embargo, para la Sala fue inaceptable que el municipio y el Matadero de Tunja, más de cuatro (4) años después de la haberse dictado el fallo de segunda instancia, no hayan formulado alternativas eficaces y eficientes a la construcción de un nuevo matadero para que el actual supere la problemática de contaminación; máxime si se encuentra de por medio el trato que se le da a los alimentos que se consumen en un municipio y sus alrededores. La negligencia de las entidades accionadas ha sido tal que el INVIMA se vio forzado a sellar la planta por las pésimas condiciones ambientales que presentaba. Si bien los Decretos 1500 de 2007 y 2965 de 2008, mediante los cuales se fijó el Reglamento Técnico a través del cual se crea el “Sistema Oficial de Inspección, Vigilancia y Control de la Carne, Productos Cárnicos Comestibles y Derivados Cárnicos, destinados para el Consumo Humano...”, establecen obligaciones adicionales a las estipuladas en las sentencias cuyo desacato se examina, para que la actividad cárnica que desarrolla el municipio y el Matadero de Tunja se realice en condiciones higiénico sanitarias óptimas, ello no era óbice para incumplir lo dispuesto en las sentencia 10 de marzo de 2005 y 15 de febrero 2007, ya que ellas garantizaban que mientras el matadero funcionara y hasta tanto se implementara el plan de racionalización aludido, la actividad que en el mismo se desarrollara pudiera realizarse en condiciones higiénico sanitarias que no comprometan la salubridad pública ni el goce de un ambiente sano.

[Auto de 7 de abril de 2011, Rad. 15001-23-31-000-2001-01930-02\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**2. a) El reconocimiento del incentivo en acción popular no depende de la diligencia del actor durante el proceso. Inexistencia de criterios jurisprudenciales consolidados sobre la procedencia del incentivo si el actor no asiste a la audiencia de pacto de cumplimiento, da lugar a selección para revisar**



Aunque es cierto que en una o dos oportunidades, la Sección Primera profirió providencias en las que adujo que el reconocimiento del incentivo dependía, entre otras cuestiones, del grado de diligencia mostrado por el actor, el cual se infería de su participación en las distintas etapas procesales, (alegatos de conclusión, la solicitud de pruebas, asistencia a las diligencias de inspección judicial programadas, asistencia a la audiencia de pacto de cumplimiento, etc.), lo cierto es que esa postura fue sostenida en casos aislados y, de cualquier forma, no constituye la postura actual de la Sección en materia de reconocimiento del incentivo. Pese a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas confirmó la decisión del Juzgado Tercero Administrativo de Manizales que negó el reconocimiento del incentivo al actor, argumentando falta de diligencia durante el trámite de la acción popular. A partir de lo anterior, la Sala considera que en el asunto objeto de estudio hay lugar a seleccionar para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas (Sala de Decisión) el 18 de noviembre de 2010, con miras a unificar la jurisprudencia relacionada con el reconocimiento y pago del incentivo económico, en aquellos casos similares al que actualmente se debate, en los que está probado que la protección del derecho colectivo obedeció a la presentación de la demanda de acción popular, pese a que, igualmente, está probado que el actor popular no asistió a la audiencia de pacto de cumplimiento. Así las cosas, en el asunto de la referencia hay lugar a seleccionar para revisión el fallo de 18 de noviembre de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, toda vez que se advierte que existe confusión acerca de los requisitos para el reconocimiento del incentivo económico al que se refieren los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. Se tiene que pese a que la tesis del Consejo de Estado es que el incentivo se otorga siempre que prosperen las pretensiones y exista amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados, algunos jueces de instancia y Tribunales han optado por apartarse de dicho criterio, asimilando la diligencia del actor popular con su participación en la audiencia de pacto de cumplimiento y en otras etapas del proceso.

#### **b) Puede seleccionarse para revisar en acción popular un tema ya escogido previamente**

La Sala considera pertinente advertir que aunque mediante auto de 23 de marzo de 2011 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) la Sección Tercera de esta Corporación dispuso la selección de una acción popular, con el propósito de que se unificara la jurisprudencia en cuanto al reconocimiento del incentivo en función de la gestión desarrollada por el actor popular, tal circunstancia no invalida la posibilidad de seleccionar para revisión el asunto de la referencia, como quiera que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, la finalidad del mecanismo de revisión eventual de acciones populares es unificar jurisprudencia, de donde se sigue que mientras la Sala Plena de esta Corporación no haya proferido un fallo en dicho sentido, hay lugar a la Selección, tanto más si se cumplen los requisitos para el efecto como ocurrió en el asunto de la referencia.

[Auto de 04 de mayo de 2011, Rad. 17001-33-31-003-2009-00193-01\(AC\), MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

#### **3. Se selecciona para revisar la procedencia de la nulidad de actos administrativos en acción popular, ante falta de unificación jurisprudencial**

Para la Sala, la solicitud se enmarca en las condiciones exigidas por la ley y la jurisprudencia para revisar la sentencia, toda vez que en términos de algunos derechos colectivos invocados en el proceso, es claro que ellos han representado, para las distintas Secciones del Consejo de Estado, uno de los casos más emblemáticos de controversia jurisprudencial, porque lo que finalmente está en discusión, al margen de los derechos colectivos mismos, es la procedencia de la acción popular sobre actos administrativos, los cuales tienen en el derecho procesal una acción propia para controvertirlos -las de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho-. Esta discusión se amplifica si se ofrece una respuesta positiva al anterior problema, porque a continuación se debe analizar si además procede la declaración de nulidad de los actos cuestionados -si acaso se vulnera el ordenamiento jurídico-, asunto que revive más polémica en la jurisprudencia, y que no puede negarse ofrece dificultades al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tomada en su conjunto. No

obstante, también es cierto que el Consejo de Estado ha trazado una línea jurisprudencial reciente que permite la anulación de los actos administrativos en las acciones populares, pero el tratamiento dado al tema, en la providencia del Tribunal Administrativo, no se ajusta a ella, pero si a otras providencias que hoy constituyen la tesis minoritaria, lo que justifica revisar la sentencia de segunda instancia para sistematizar, coordinar y unificar el tratamiento del tema al interior de esta misma Corporación, y se acojan las posiciones jurisprudenciales trazadas por éste alto Tribunal, en aras de garantizar la seguridad jurídica, creando una jurisprudencia uniforme y constante.

[Auto de 23 de marzo de 2011, Rad. 73001-23-31-000-2007-00127-01\(AP\)REV, MP. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

\* Con aclaración de voto de la doctora Stella Conto Díaz Del Castillo

**4. Revisión eventual en acción popular para definir el alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa y la posibilidad del juez popular de pronunciarse ultra o extra petitem**

El actor solicitó la revisión eventual frente a la determinación de los elementos que deben preceder a la conducta constitutiva de la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, porque considera existe disparidad de criterios frente al tema, pues a su juicio, en la sentencia que solicita se revise no se siguieron los lineamientos de la tendencia de la jurisprudencia que promueve que no es suficiente la demostración de la desatención al principio de legalidad sino probarse que la conducta del responsable de la violación estuvo provista de motivación subjetiva, de dolo y que fue el interés privado el que inspiró al funcionario para desconocer este principio-derecho que gobierna el actuar de la función administrativa.

El otro motivo para solicitar la revisión eventual, tiene que ver con la procedencia o no en los fallos que definen una acción popular de emitir pronunciamiento extra petitem respecto del amparo a los derechos colectivos, básicamente, si le es admisible jurídicamente al juez proteger otros derechos no enunciados en el escrito de demanda, ello dentro de lo que el solicitante considera es la congruencia de la sentencia.

Al respecto la Sala consideró justificada la selección para revisión eventual: “En el entendido de que ambas materias son de vital importancia respecto del “derecho de las acciones populares” razón que impone que el Consejo de Estado a través de su Sala Plena fije las pautas que unifiquen el alcance tanto del derecho colectivo a la moralidad administrativa como el aspecto que concierne a si entrándose de la protección de derechos colectivos están autorizados fallos extra o ultra petita,...”.

[Auto de 24 de marzo de 2011, Rad. 150013331001200401647-01\(AP\)REV, MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

## ACCIÓN DE GRUPO

**1. Se selecciona para revisar, al requerirse unificación jurisprudencial, la prueba del daño y la posibilidad de condena en cifra global en acción de grupo, así como el reconocimiento y la liquidación de indemnizaciones a quien no es parte del grupo.**

Analizada la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, considera la Sala pertinente la selección de dicho fallo, como quiera que es necesario que se precisen aspectos que son de importancia en el trámite de los procesos iniciados en ejercicio de las acciones de grupo, a saber: La posibilidad de que en la sentencia se establezca como condena una cifra global por la configuración de los perjuicios ya sea por daño moral o material, en favor de la totalidad de los demandantes, sin que se determine el valor de la indemnización que particularmente les corresponde a cada uno de ellos. La forma en que en que deben demostrarse los daños por parte de quienes son demandantes en el proceso y si es necesario que se pruebe e individualice de forma concreta el monto al cual ascienden los perjuicios, ya sea durante el proceso o en el trámite

administrativo de cumplimiento de la sentencia condenatoria, aspectos en los cuales cobra importancia el hecho de que si bien a través de este tipo de acciones en ocasiones se protegen intereses difusos, su naturaleza es esencialmente indemnizatoria. El modo de reconocimiento y liquidación de las indemnizaciones de las personas que no intervinieron en el proceso, que consideran que hacen del grupo afectado y cuyo propósito es recibir parte de la indemnización de perjuicios ordenada en la sentencia. La necesidad de determinar si en la sentencia cuya selección se pretende, se aplicó la jurisprudencia de esta Sección o se expusieron tesis diversas en relación con la forma en que deben demostrarse los daños ocasionados a los demandantes en este tipo de procesos, en especial en lo referente al perjuicio moral derivado de la pérdida o deterioro de bienes materiales. En tal virtud se impone la selección de la providencia proferida el 30 octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con el fin de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unifique los criterios jurisprudenciales sobre el tema y se establezca por esta vía, una única interpretación que oriente los aspectos probatorios necesarios para acreditar el daño en las acciones de grupo y las exigencias en relación con la individualización y tasación de los perjuicios para efectos de emitir sentencia condenatoria favorable a las pretensiones de la demanda.

[Auto de 23 de marzo de 2011, Rad. 05001-23-31-000-2003-03502-02\(AG\)REV, MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

\* Con aclaración de voto de los doctores Enrique Gil Botero, Stella Conto Díaz Del Castillo, Danilo Rojas Betancourth

## **ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO**

**1. a) La acción de cumplimiento no procede para la protección de derechos fundamentales porque el mecanismo procedente es la acción de tutela**

El actor ejerció la acción de cumplimiento contra el Ejército Nacional - Dirección de Sanidad, al considerar que esa entidad incurrió en incumplimiento de los artículos 8, 18, 19, 20 y 29 del Decreto 1796 de 2000, pues a pesar de que se realizaron los exámenes médicos de retiro no se convocó a la respectiva Junta Médico Laboral.

La Sala entendió que el demandante, pretendía que, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 1796 de 2000, la entidad demandada continuara con los exámenes médicos y el tratamiento proporcionado después del retiro del servicio y que, además, se convocara a la Junta Médico Laboral para resolver de forma definitiva su situación médico laboral.

El artículo 9º de la Ley 393 de 1997 dispone que la acción de cumplimiento no procede para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, pues resulta evidente que no pueden existir dos instrumentos procesales diferentes y alternos para la defensa de los mismos derechos fundamentales. De manera que, en aquellos casos en los que, en sentido estricto, no se pretende el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos sino que se busca proteger derechos fundamentales, la acción de cumplimiento resulta improcedente. Si bien en el presente caso el actor sostuvo que busca el cumplimiento real y efectivo de las normas que invoca como incumplidas, un análisis completo y sistemático de sus argumentos muestra que su verdadero reproche se ubica en la afectación de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna, por lo que busca la protección judicial de los mismos.

En este orden de ideas, se concluyó que el demandante disponía de la acción de tutela para proteger su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna, por lo que la acción de cumplimiento, en los términos del artículo 9º de la ley 393 de 1997, resultaba improcedente.

**b) Nulidad de lo actuado en una acción de cumplimiento cuando el trámite corresponde al de una acción de tutela**

En aplicación del artículo 9º. de la Ley 393 de 1997, al presente caso debió dársele el trámite de la acción de tutela y, como no se hizo, se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 393 de 1997, en armonía con el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto la primera norma dispone que en los aspectos no contemplados en la Ley 393 se seguirá el Código Contencioso Administrativo en lo que sea compatible con la naturaleza de las acciones de cumplimiento. Dentro de este contexto, en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, cuando se observe que se le dio trámite de acción de cumplimiento a una demanda que, en realidad, pretende proteger determinados derechos fundamentales, el juez debe declarar oficiosamente esa nulidad insaneable (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil) y, por consiguiente, debe proceder a adecuar la petición a la acción de tutela (artículo 9º, inciso 1º, de la Ley 393 de 1997). La Sala declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto mediante el cual se admitió la demanda bajo el procedimiento de la acción de cumplimiento, para en su lugar, impartir el trámite de la acción de tutela.

[Auto de 31 de marzo de 2011, Rad. 05001-23-31-000-2010-01876-01\(ACu\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### **1) Pérdida de investidura de Concejal: Negada al establecerse que el contrato de arrendamiento que celebró con el municipio fue antes de su inscripción y elección**

Se solicitó la pérdida de la investidura de la Concejal MARGARITA ROCIO JAIME DE CHAPARRO del municipio de Restrepo - Meta, con fundamento en que tiene vigente un contrato de arrendamiento en calidad de coarrendataria de un inmueble de propiedad del municipio de Restrepo, estando incurso en la causal establecida en el artículo 48, numeral 1º, de la Ley 617 de 2000, en concordancia con los artículos 127 de la Constitución Política, 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, y 45 de la ley 136 de 1994.

**Extracto:** El contrato de arrendamiento fue celebrado por el señor HENRY SEVERO CHAPARRO CARRILLO (arrendatario) y la señora MARGARITA ROCIO JAIME DE CHAPARRO (coarrendataria) con el Instituto de Fomento Industrial -IFI- el 4 de febrero de 1994, esto es, mucho tiempo antes de que la demandada fuera inscrita y/o elegida Concejal del municipio de Restrepo (28 de octubre de 2007). La Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia de 10 de noviembre de 2009, sostuvo que es requisito sine qua non que las conductas prohibitivas que constituyen el supuesto fáctico, se hayan realizado dentro del período inhabilitante. Contrario sensu, las que se remontan a fecha anterior no se subsumen en la condición de temporalidad en que debe tener lugar el supuesto fáctico de la causal, dados los claros términos en que la norma delimita la extensión del período inhabilitante. Para la Sala, la demandada no celebró contrato de arrendamiento con el municipio ni durante los doce (12) meses anteriores a su elección y mucho menos siendo concejal del municipio de Restrepo. El hecho de que el Instituto de Fomento Industrial -IFI- hubiera cedido o transferido los derechos del contrato de arrendamiento celebrado el 4 de febrero de 1994 al municipio de Restrepo, no significa que se hubiese celebrado un contrato nuevo, sino como lo establece el artículo 895 del C. de Co., implica la transferencia de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del mismo. Pese a que la Sala mediante sentencia de 3 de julio de 2008, al estudiar la causal de pérdida de investidura por celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio, sostuvo que es “indudable que en desarrollo de las actividades contractuales es donde se pueden obtener ventajas o beneficios frente a los demás aspirantes o candidatos, que fue precisamente lo que el legislador quiso proscribir”, en el caso presente tampoco podría afirmarse válidamente que la Concejal demandada se hubiera valido de su condición de tal, para lograr la celebración del contrato de arriendo del inmueble en cuestión, de propiedad del municipio donde

funge como concejal, toda vez que su calidad de coarrendataria la ostentaba con anterioridad a su elección. Resultaría desacertado afirmar entonces, que la demandada haya obtenido provecho de su situación de privilegio frente a la administración municipal y a los otros candidatos, cuando el contrato de arrendamiento fue celebrado con anterioridad a la inscripción y elección como concejal y al momento de ocurrir la cesión del mismo, ella ya tenía la calidad de arrendataria. Finalmente, en cuanto a la violación de los artículos 8º y 9º de la Ley 80 de 1993, la Sala los considera inaplicables al caso presente, toda vez que pese a que éstos contienen una prohibición dirigida, entre otros, a los servidores públicos, para celebrar contratos con entidades estatales; la concejal demandada no celebró el contrato de arrendamiento en cuestión, sino que éste fue prorrogándose con el transcurso del tiempo por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, y de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Sala Plena de esta Corporación, la incompatibilidad endilgada hace referencia al momento de la celebración del contrato.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 50001 23 31 000 2010 00132 01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Pérdida de Investidura.](#)

**2) Los Municipios con menos de 100.000 habitantes si pueden tener Terminal de Transporte. Nulidad parcial del artículo 9 del Decreto 2762 de 2001**

Se demandó, en acción de nulidad, el artículo 9 del Decreto 2762 de 2001 en la parte que dice: “*número de habitantes en cuyo caso el municipio que aspire a tener un Terminal debe tener una población certificada superior a cien mil habitantes*”, porque a juicio del demandante al expedirlo el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria, desconoció la autonomía de las entidades territoriales y vulneró algunas normas de rango constitucional.

**Extracto:** Estima la Sala que el Decreto parcialmente acusado excede los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria al disponer que los Municipios con menos de 100.000 habitantes no pueden tener Terminal de Transporte, ya que, conforme quedó visto, la ley prevé que la construcción y operación de los nuevos terminales de transporte de pasajeros son objeto de los planes y programas diseñados por la Oficinas de Planeación Municipal, las cuales deben observar índices mínimos de movilización acordes con la oferta y demanda de pasajeros. Además, cabe precisar que existen Municipios que si bien no cuentan con el referido número mínimo de habitantes, tienen tal afluencia turística, que mantienen una población flotante, para lo cual pueden requerir, por organización, seguridad y uso racional del suelo, de un terminal de transporte; también suele ocurrir que habitantes de un Municipio se desplacen diariamente a otros Municipios aledaños por razones de trabajo, luego el número de habitantes de un Municipio, en este caso, no necesariamente puede ser tenido como parámetro excluyente. Existen además Municipios que son paraderos obligados de vehículos de transporte público automotor y por ello en la definición de terminales de transporte que se transcribió se menciona que son lugares donde se concentran las empresas autorizadas o habilitadas que cubren rutas que tienen como origen, destino o tránsito el respectivo Municipio o localidad. Lo anterior indica que en la necesidad de contar con un Terminal de Transporte, no puede ser parámetro determinante imperativo el número de habitantes del Municipio, como lo previó la disposición acusada. De ahí que resulte procedente acceder a las súplicas de la demanda. (...) En este caso, considera la Sala que la disposición acusada, por las razones expuestas, no sólo excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino que contrarió los principios de autonomía territorial y de igualdad; amén de que desconoció el artículo 313, numeral 7, de la Constitución Política, que atribuye a los Concejos Municipales la facultad de reglamentar los usos del suelo.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 11001 03 24 000 2006 00282 00. M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

**3) Se ordena la concesión del registro de la marca mixta CLOBEX en la Clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza por tener la fuerza distintiva suficiente para no inducir a error al**

consumidor medio, pues los productos que distingue (champús), cumplen una finalidad distinta a la de los productos (abrasivos) de la marca CLOVER de la misma clase ya registrada.

Se demandan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio por las cuales se denegó la solicitud de registro a la Sociedad GALDERMA S.A. de la marca CLOBEX.

**Extracto:** Al respecto hay que señalar que la sola pertenencia de las marcas en disputa a la misma clase 3ª, no demuestra por sí misma su semejanza. Como quiera que los signos en conflicto amparan productos de la misma clase, es preciso analizar el grado de vinculación o relación competitiva de los mismos, para poder establecer la posibilidad de error en el público consumidor, de conformidad con los criterios plasmados en la interpretación prejudicial. En la Clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza se incluyen productos muy variados y disímiles, como son las preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y pulimentar; jabones; perfumería; aceites esenciales, cosméticos, lociones capilares; dentríficos. Dentro de la amplia gama de productos que se acaba de relacionar, la sociedad GANDERMA S.A. solicitó el registro de la marca CLOBEX con el propósito exclusivo de identificar “champús”, en tanto que la marca CLOVER lo fue en su momento para distinguir productos “abrasivos tales como compuestos para triturar y pulir, para enlucir y pulimentar”. (...) Como se puede observar, estamos frente a productos que son totalmente diferentes por razón de sus usos, propiedades y finalidades y por lo mismo no guardan ninguna relación de complementariedad entre sí. En ese sentido, así como sería impensable la utilización de una sustancia abrasiva para limpiar y suavizar el cabello humano, resultaría totalmente desatinada e ilógica la utilización de champú sobre una sustancia dura, con la intención de desgastarla, pulirla o destruirla. En efecto, lo que viene a determinar que las marcas no sean confundibles entre sí es que tienen una finalidad u objetivo diferente y por ello, no es dable predicar que dichos productos puedan ser sustituidos entre sí o que tengan uso complementario. Cabe resaltar así mismo que los productos distinguidos con las marcas en conflicto pueden compartir -y de hecho ocurre con frecuencia- los mismos canales de comercialización, pues de ordinario son vendidos en supermercados. Sin embargo, esa circunstancia no es en realidad muy relevante en este caso, pues al tener una naturaleza y una finalidad diferentes, los productos se encuentran ubicados en áreas o secciones diferentes por estar destinados unos al cuidado y el aseo personal y otros al desgaste, pulimento o destrucción de objetos. En ese mismo sentido, así como es posible adquirir champús en droguerías o en almacenes especializados dedicados a la venta de artículos de belleza o aseo personal, no es factible adquirirlos en ferreterías, en donde por ejemplo si se expenden sustancias abrasivas. Por otra parte y aunque en su publicidad se pueden utilizar los mismos medios de comunicación y difusión masiva (radio, televisión, anuncios de prensa, catálogos y suplementos entregados personalmente a los consumidores o enviados con los periódicos, etc), es necesario poner de relieve que aún a pesar de tales similitudes y coincidencias, lo más determinante y definitivo es que en realidad no existe ninguna vinculación entre los productos y no hay razones para pensar que ellos tengan o puedan llegar a tener en la práctica un uso conjunto o complementario (...) Asumiendo la óptica del público consumidor, la Sala considera que no hay razón para que se confunda un champú con un producto abrasivo, no solo por las razones anotadas, sino porque quienes adquieren tales productos tienen un buen conocimiento de los mismos. (...) En suma, la Sala considera que el riesgo de confusión al que alude la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos demandados es prácticamente inexistente. De lo anterior se concluye que la marca CLOBEX cuyo registro se negó, tiene la fuerza distintiva suficiente para no inducir a error al consumidor medio, pues los productos que distingue, cumplen una finalidad distinta a la de los productos de la marca CLOVER, previamente registrada.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 11001 03 24 000 2004 00084 01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4) No existe riesgo de confusión entre las marcas UNIX y UBIX de la clase 16 de la Clasificación Internacional de Niza

Se demandan, en acción de nulidad, las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedieron el registro de la marca UNIX a la sociedad Lápiz de Acero Accesorios Ltda., para productos de la clase 16 de la Clasificación Internacional de Niza, por generar confusión con la marca UBIX registrada igualmente en la clase 16.

**Extracto:** De modo que el problema principal que surge en el debate procesal es el de establecer si los signos UNIX (mixto) y UBIX (mixto) son o no confundibles en el mercado y, por consiguiente, si pueden o no coexistir en el mismo sin inducir a error al consumidor en cuanto al origen empresarial de los productos de la clase 16 que con ellos se distinguen (...) En cuanto al primer signo, se observa que el componente gráfico o figurativo tiene tal relevancia que hace casi imperceptible la parte nominal, tanto por su proporción como por su diseño o el dibujo que la conforma, que además de ser complejo resulta más llamativo, por lo cual la atención resulta centrada en el conjunto del dibujo, que además tiene una connotación conceptual propia y distinta de la que puede tener el elemento nominal, que por cierto no tiene significado conocido; de modo que la parte nominativa viene a ser apenas un pequeño detalle en la complejidad del dibujo, tanto que no es percible como palabra a simple vista, sino que se requiere detenerse en él para captarlo. Por consiguiente, el elemento de mayor preponderancia en el conjunto marcario es el gráfico, puesto que su dibujo, tanto en su aspecto visual como ideológico, es el que capta la atención del observador, de allí que en realidad se está ante una marca mixta con fuerte inclinación a la figurativa. Por su parte, en el signo mixto UNIX hay mayor preponderancia de la parte nominal en razón a que en su conjunto se destaca la palabra UNIX, a lo cual incluso contribuye la parte gráfica, en la medida en que ésta no es más que la forma especial en que son escritas o dibujadas las letras que la componen, de suerte que no tiene ningún impacto mental o visual distinto al que puede tener el conjunto de esas letras, pudiéndose decir que el aspecto gráfico se fusiona o confunde con el nominal, luego esta marca se debe tratar como marca nominal para efectos de su comparación. (...) Visto lo antes precisado, se tiene entonces que en el conjunto de la marca opositora predomina con creces el elemento gráfico, mientras que en el de la marca impugnada predomina por completo el componente nominal, ya que el gráfico está diseñado en función de destacarlo al consistir simplemente en una forma especial de dibujar o escribir la palabra UNIX, pudiéndose decir que la comparación es, consiguientemente, entre una marca nominativa y una marca mixta con predominio de su componente gráfico. Frente a una circunstancia como esa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad, en el punto tercero in fine, de las conclusiones de su interpretación prejudicial, dejó sentado que *“Si al realizar la comparación se determina que en la marca mixta predomina el elemento denominativo, debe procederse el cotejo de los signos aplicando las reglas que para ese propósito ha establecido la doctrina; y si por otro lado; en la marca mixta predomina el elemento gráfico frente al denominativo, no habría lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial.”* La anterior fue la regla que se aplicó en el acto acusado para llegar a la conclusión de que entre las marcas enfrentadas no hay confundibilidad posible, por lo que la Sala encuentra que esa apreciación de la entidad demandada se ajusta a la normatividad marcaria comunitaria.

**[Sentencia del 3 de marzo de 2011. Exp. 11001 03 24 000 2005 00066 01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)**

**5) a) Cosa juzgada absoluta: No se configura al considerar violadas normas adicionales a las invocadas en otros procesos de nulidad de los mismos actos demandados**

Se cuestionan, en acción de nulidad, los artículos 3°, 4°, 5°, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; los numerales 2° y 5° del artículo 7°; y la expresión *“o por cualquier otra causa”* contenida en el artículo 9 del Decreto Distrital 115 de 2003, porque a juicio del demandante se quebranta el artículo 58 de la Constitución Política y el acto se encuentra viciado por falsa motivación, incompetencia y desviación de poder.

**Extracto:** Lo primero que observa la Sala en el presente caso es que cuando en la sentencia que ocupa la atención de la Sala el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decide estarse a lo dispuesto en la sentencia del 28 de julio de 2005, Expediente N° 2003-0834, Actor Juan Carlos Martínez Sánchez, en cuanto a la legalidad de los artículos 3°, 4°, 5°, 20 a 26 y los numerales 2° y 5° del artículo 7° del Decreto Distrital 115 de 16 de abril de 2003 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, lo que hace es confirmar la nulidad de esas disposiciones señalada en la citada providencia. Por otra parte, al resolver la apelación presentada contra el fallo del 28 de julio de 2005, Expediente N° 2003-0834, Actor Juan Carlos Martínez Sánchez, esta Sección, mediante sentencia del 26 de abril de 2007, decidió revocarla y denegar las pretensiones de la demanda, después de un prolijo análisis de todas las normas demandadas, frente a los cargos allí planteados. En esa ocasión el demandante invocó como violados los artículos 6, 29, 121, 122, 123, 338 de la Constitución Política; 12 y 38, numeral 1 y 4, y 156 del Decreto 1421 de 1993; 1, 2, literal B; 3, numerales 2, 6, inciso 3°, y 7; 5, 6 y 10 de la Ley 105 de 1993; 16 y 43 de la Ley 336 de 1996; 12, 17, 41, 42 y 43 del Decreto 170 de 2001, y el Acuerdo Distrital 04 de 4 de febrero de 1999. Posteriormente, en sentencia del 8 de abril de 2010, la Sala, al resolver la apelación contra la sentencia del 3 de mayo de 2007, mediante la cual la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no accede a las pretensiones de la demanda, interpuesta contra el Decreto 115 de 2003 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, ratificó lo dicho en la providencia del 26 de abril de 2007, citada. La Sala consideró que los cargos que se ventilaban confluían en tres acusaciones básicas, a saber: i) la incompetencia del Alcalde para expedir el decreto y adoptar las disposiciones contenidas en los diferentes artículos enjuiciados, que en realidad es la inculpación principal; ii) la falsa motivación del mismo por invocar como fundamento normas superiores que no son pertinentes al contenido de cada uno de esos artículos y, consecuentemente, iii) violación de normas superiores a las que está sujeto, de las cuales unas son de orden constitucional, otras de rango legal y otras reglamentarias. Lo anterior indica que no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, pues de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, la sentencia que “niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada” y en el presente caso se consideran violadas normas adicionales a las invocadas en aquella ocasión, por lo cual procederá la Sala a estudiar la impugnación.

**b) Las licencias de funcionamiento para operar el servicio público de transporte otorgan derechos temporales de operación.**

**Extracto:** No encuentra tampoco la Sala que exista violación del artículo 58 de la Carta por desconocimiento de derechos adquiridos, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional, el otorgamiento de licencias de funcionamiento para operar el servicio público de transporte solo otorgan derechos temporales de operación, que están sometidos a las nuevas disposiciones que fundadas en la regulación legal y reglamentaria, busquen garantizar los derechos e intereses de la comunidad. Al respecto la citada Corporación manifestó: No puede considerarse que el otorgamiento de licencias de funcionamiento para operar el servicio público de transporte genere derechos adquiridos a favor de los operadores de dicho servicio, entendiéndose como tales-lo ha dicho la Corte-aquellos que ‘se entienden incorporados válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona’. Se trata simplemente de derechos temporales de operación, sujetos a las nuevas condiciones y modificaciones que se deriven de la regulación legal y reglamentaria, que busca, en todo caso, coordinar los derechos e intereses de la comunidad; ello, como ya se ha explicado, encuentra respaldo constitucional en los principios fundantes y fines esenciales del Estado, como lo son la prevalencia del interés general y el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población”.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 25000 23 24 000 2003 00745 01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

**6) Los transportadores de carga suelta o de mercancía sin consolidar (Carga Full Container Load) no están obligados a presentar documentos de transporte hijos.**



En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho MARIO LONDOÑO SIA S.A. demanda la Resolución de la DIAN que rechazó la solicitud de devolución por pago de lo no debido por concepto del 20% de rescate de legalización en la Declaración número 23030315591-5 presentada en agosto de 2002; y la Resolución que resolvió en forma desfavorable el recurso de reconsideración.

**Extracto:** De los apartes transcritos (Memorandos números 147 del 4 de marzo de 2002 y 443 del 20 de junio de la misma anualidad) y teniendo en cuenta que efectivamente los Memorandos expedidos por la DIAN tienen una función meramente orientadora e informativa, se concluye que la carga FCL/FCL (Full Container Load) no es consolidada, por cuanto en dicho caso se actúa como embarcador directo, además que, como ya se dijo, no se trata de carga agrupada (o consolidada) sino de mercancía suelta. Así mismo, se infiere que los Agentes de Carga Internacional actúan como embarcadores directos, cuando a pesar de existir un documento de transporte master, hay un solo conocimiento de embarque hijo que ampara toda la mercancía que viene en el contenedor, es decir que la información de los documentos master e hijo, coincide en la cantidad y peso. Ahora, observa la Sala que en el Memorando 0443 transcrito, la DIAN señaló que los Agentes de Carga Internacional en el modo de transporte marítimo, debían presentar sus correspondientes documentos de transporte hijos, sin importar si ostentaban la calidad de embarcadores directos o de consolidadores de carga. Al respecto, cabe anotar que el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, sólo impone dicha obligación a los que transportan carga consolidada (...) Lo anterior pone en evidencia que la Ley sólo impuso la obligación de presentar las Guías Hijas a los transportadores de carga agrupada o consolidada, pues en ningún momento estipuló dicho deber para los transportadores de carga suelta. Es claro entonces, que si el legislador hubiese tenido la intención de imponer tal deber para todas las mercancías en general, no habría especificado la clase de sujeto pasivo de dicha obligación al señalar: “cuando se trate de carga consolidada...”. Así mismo y en virtud de que el artículo transcrito no impuso la obligación de presentar documentos de transporte Hijos para las mercancías sin consolidar, resulta claro colegir que la conducta de la sociedad demandante tampoco se subsumió en ninguna de las causales de aprehensión consagradas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por lo que la entidad demandada no estaba facultada para aprehender la mercancía y por ende, la parte actora no estaba obligada a cancelar el 20% de sanción por concepto de rescate constituyéndose tal cancelación en “un pago de lo no debido”, pues es evidente que si la actora efectuó tal depósito lo hizo para evitar la referida aprehensión y para cumplir con sus obligaciones comerciales. Consecuentemente con lo anterior, los cargos de la demanda estaban llamados a prosperar de ahí que se imponga para la Sala la confirmación de la sentencia apelada.

[Sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp. 76001 23 31 000 2005 02397 01, M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**7) El Gobernador del Departamento de Cundinamarca no tenía competencia para otorgar permiso a Licores de Colombia Ltda para establecer un Servicio In Bond en el Aeropuerto El Dorado. Nulidad del Decreto 2253 del 25 de septiembre de 1972**

El Departamento de Cundinamarca, mediante apoderada, pidió la nulidad del Decreto Departamental 2253 de 25 de septiembre de 1972, proferido por el Gobernador de Cundinamarca “*por el cual se concede permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.*”, porque la facultad de conceder permisos para establecer almacenes In-Bond está en cabeza de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no del Gobierno Departamental.

**Extracto:** La función consistente en autorizar o conceder los permisos para establecer almacenes o depósitos francos en los puertos o aeropuertos de Colombia, siempre ha estado en cabeza de la Dirección General de Aduanas. (...) De conformidad con lo expuesto anteriormente, la Sala entrará a analizar las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de cuestionamiento, esto es el 25 de septiembre de 1972, fecha en que el Gobernador de Cundinamarca mediante Decreto 2253, concedió permiso para establecer un Servicio In Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C. En

consecuencia, según los artículos 61 de la Ley 79 de 1931, 10 del Decreto 1734 de 1964, 47 del Decreto Ley 444 de 1967 y el Decreto 796 de 1970, la Dirección General de Aduanas era la entidad competente para conceder los permisos para establecer los depósitos francos o almacenes In-Bond. De modo que, dentro del manejo de los depósitos francos o almacenes In-Bond, se encuentra indudablemente la potestad, originada en la habilitación del Presidente de la República en uso de sus facultades, para autorizar o conceder los permisos de estos depósitos, por parte de la Dirección General de Aduanas, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-. Por lo tanto, debe entenderse que si la Dirección General de Aduanas tenía la función de conceder éstos permisos, mal podía el Gobernador del Departamento de Cundinamarca otorgarle a LICORES DE COLOMBIA LTDA., el permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C. Es claro que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca se atribuyó funciones que no le correspondían, lo cual supone la declaratoria de nulidad del acto demandado como lo hizo el a quo.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 25000 23 27 000 2002 91296 01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de Nulidad.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**1. a) El director de la Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública del D.A.S., es el funcionario competente para ordenar la pérdida de calidad de alumna, por ser una decisión de tipo académico.**

Situación fáctica: Se centra en establecer, si la exclusión de Sandra Georgina Moya Ardila como alumna de la Academia de Inteligencia del D.A.S. fue ajustada a derecho.

De manera que ante la falta de claridad en la asignación funcional, es necesario hacer una revisión sistemática al Decreto 2193 de 1989, que reorganiza la Academia y los Centros Docentes del D.A.S., para determinar en quien radica la competencia para tomar la decisión de excluir un alumno, o cual es el procedimiento que se sigue para tal fin. Si bien de allí solo se establece la causal de pérdida de calidad de alumno y no la competencia para tomar la decisión, el parágrafo del artículo 21 del mencionado reglamento, dispone que le corresponde al Director de la Academia comunicar al alumno las decisiones que se tomen con relación a este artículo. Nótese que las diferentes causales tienen un origen distinto: académico, voluntad del alumno, sanción disciplinaria, informe reservado de la Dirección General de Inteligencia del DAS, cancelación de la matrícula -que tiene otras particulares-, entre otras, y que sobre ellas no se señala un procedimiento particular, diferente a aquel que cada causal pueda desplegar, por el contrario, establece una causa directa para que las Directivas puedan hacer uso de la facultad discrecional. No obstante lo anterior, el análisis de la competencia que más que decisivo es de comunicación, debe estar integrado por el parágrafo del artículo 21 ídem, que le confiere al Director de la Academia la obligación de comunicar al alumno las decisiones relacionadas con la cancelación de la matrícula; el artículo 11, que dispone que la Academia Superior de Inteligencia cuenta para su gobierno entre otros funcionarios, con una Dirección; el artículo 12, que dispone que el conducto regular definido por la norma, como el mecanismo utilizado para tramitar órdenes, disposiciones, instrucciones, solicitudes, informes y reclamaciones académicas escritas o verbales, en línea ascendente o descendente son: Director...; y las funciones que se señalaron en el acápite correspondiente dejan entrever que le corresponde de manera general al Director de la Academia, la coordinación de todo el manejo académico de esa entidad, por tanto, comparte la Sala la decisión del A quo sobre este cargo, no sin antes advertir a la demandante que la facultad aquí discutida no es la nominadora, sino una decisión académica.

**b) los informes de inteligencia a pesar de estar protegidos por reserva legal deben hacer parte del proceso, por ser fundamento del acto administrativo.**

Si bien los informes de inteligencia están protegidos por reserva legal en la salvaguarda de la Seguridad Nacional, ante el juez la administración debe demostrar y aportar el fundamento de la

decisión, para que éste pueda valorar la proporcionalidad de la misma de cara a los derechos del lesionado y a los principios y valores que con tal decisión se pudieran afectar; porque sino la causal invocada queda solamente en el papel y pasa de ser una disposición “discrecional” a una decisión arbitraria. La potestad discrecional se utiliza como una herramienta para el buen funcionamiento de la administración pública que facilita la dinámica de la misma. En cambio la arbitrariedad, es caprichosa, contraria a la ley y a los principios que orientan la función administrativa. La potestad administrativa solo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales establecidas en la norma la contempla. La realidad procesal en el caso de estudio, revela que no hay un informe de la Dirección de Inteligencia, no se conoce el resultado del polígrafo y si este no existe, no hay un soporte real para la exclusión de Sandra Moya Ardila.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Sección Segunda, Exp. 25000-23-25-000-2004-04310-02\(1530-09\) M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

2. La representación legal designada por el Superintendente de Servicios Públicos en el proceso de intervención de EMCALI EICE ES., en un agente especial, conlleva la facultad nominadora, por ello el funcionario designado es competente para aceptar la renuncia de un funcionario, dado que actuó dentro de las facultades derivadas de la representación legal.

Situación fáctica: La nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 001427 del 30 de mayo de 2001, expedida por el representante legal para EMCALI EICE ESP, que aceptó la renuncia al cargo de Gerente de Recursos Humanos del señor Diego Ramón Orozco Arango, a partir de 31 de mayo de 2001.

Como consecuencia de la intervención de una empresa, el legislador le impuso al Superintendente la obligación de celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal, sin que ello implique la pérdida de la toma de posesión que continua bajo su control, es decir, que no se autorizó, en principio, a trasladar en ninguna otra persona la representación legal de la empresa, ni la facultad nominadora. De la lectura del artículo 8° de la Ley 689 de 2001, que entro a regir el 31 de agosto del mismo año, se tiene que el Superintendente de Servicios Públicos, al tomar posesión de la Empresa, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la misma en forma temporal, de suerte, que éste podía comisionar a un funcionario y fijarle las funciones que considerara necesarias para efectos de resolver la crisis en la que se encontraba la empresa, esto es, en el presente caso, para que cumpliera con la representación legal de la entidad y como consecuencia de ello, ejerciera la facultad nominadora. Así las cosas, es del caso concluir respecto de la competencia que es claro que el funcionario que designó el Superintendente como agente especial y que le aceptó la renuncia al demandante, era el competente para tomar la decisión, pues actuó dentro de las facultades derivadas de la representación legal de la empresa.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Sección Segunda, Exp. 76001-23-31-000-2001-04207-01\(2515-08\) M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

3. El Procurador General de la Nación tiene competencia para ejercer la supervigilancia administrativa de manera selectiva en defensa del orden jurídico dentro de las actuaciones disciplinarias de los órganos de control interno disciplinario, por lo tanto puede revocar oficiosamente las sanciones impuestas.

Situación fáctica: El problema jurídico se contrae a establecer si el Procurador General de la Nación tenía competencia para revocar los fallos sancionatorios impuestos a la señora Gloria Himelda Piragauta Riveros por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las decisiones disciplinarias sancionatorias pueden ser objeto de revocación directa a solicitud del sancionado o por iniciativa de la misma administración, además que la solicitud de revocatoria puede ser conocida no sólo por la autoridad que profirió la decisión sino también por el Procurador General de la Nación. Es preciso destacar que la revocación de los fallos sancionatorios tiene como causal la infracción manifiesta del ordenamiento jurídico (Constitución, ley o reglamento) o, la amenaza o vulneración de derechos fundamentales. En esas condiciones y establecido como está que el Procurador General tiene competencia para revocar directamente los fallos sancionatorios emitidos al interior de las diferentes entidades públicas, y que además puede aprehender de oficio el conocimiento de tales asuntos, el argumento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público resulta infundado. Respecto del argumento según el cual la revocación no se enmarca dentro del ejercicio del poder preferente ni dentro de la supervigilancia administrativa, considera la Sala que el poder disciplinario preferente hace referencia al predominio de la Procuraduría General de la Nación en relación con el control disciplinario que ejercen internamente las entidades estatales por medio de sus autoridades competentes. Para el efecto, puede iniciar, proseguir o asumir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas, así como conocer el proceso en segunda instancia, y avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. La supervigilancia administrativa está prevista para que la Procuraduría General de la Nación, a través de sus dependencias, ejerza de manera selectiva la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos fundamentales, dentro de las actuaciones disciplinarias de los órganos de control interno disciplinario.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Sección Segunda, Exp. 11001-03-25-000-2006-00058-00\(1143-06\) M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de Nulidad.](#)

**4. La bonificación por recreación no puede tenerse en cuenta como factor salarial para efectos de liquidar la pensión de jubilación, puesto que el fin perseguido cuando se creo dicho incentivo, era el contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del empleado, por lo tanto, es considerado una prestación social.**

Situación fáctica: El problema jurídico se contrae a determinar si el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en virtud de la aplicación de la Ley 33 de 1985. Asimismo, debe estudiarse la pretensión relativa a la indexación de la primera mesada pensional.

Para efectos de liquidar la pensión de jubilación reconocida al accionante, se observa que no es posible tener en cuenta la bonificación por recreación. El ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.

[Sentencia de 3 de febrero de 2011, Sección Segunda, Exp. 25000-23-25-000-2007-01044-01\(0670-10\) M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

**5. En aplicación del principio de favorabilidad se le otorga la pensión de sobreviviente a la esposa de un miembro de la Fuerza Pública, cumpliendo con los requisitos de la Ley 100 de 1993 y no del Régimen Especial de la Policía Nacional por no cumplir con los requisitos para obtener este beneficio pensional exigidos por este último ente.**

Situación fáctica: El problema jurídico se contrae a determinar si la parte demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes que reclama en los términos previstos por la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el causante era miembro de la Fuerza Pública.

Se concluye que si a los demandantes se les aplicara el Decreto 1091 de 1995 para determinar si tienen derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que reclaman, en su condición de beneficiarios del señor Olivio Camilo Velasco, necesariamente habría que negar la petición, toda vez que esta disposición es clara en cuanto a los requisitos exigidos para obtener este beneficio pensional los cuales no se lograron acreditar en este caso por cuanto, se reitera, el causante sólo estuvo vinculado durante 4 años, 4 meses y 20 días al servicio de la Policía Nacional. Por el contrario, si para los mismos efectos se les aplicara la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha del fallecimiento, la respuesta al anterior cuestionamiento, *prima facie*, sería afirmativa y, en consecuencia, debería reconocerse la prestación periódica reclamada. En casos con contornos similares al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha aplicado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos.

[Sentencia de 3 de febrero de 2011, Sección Segunda, Exp. 76000-23-31-000-2004-00684-01\(0892-08\) M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

**6. La falta de confianza y manejo necesaria en un empleo de libre nombramiento y remoción, puede dar lugar por parte del nominador a ejercer la potestad discrecional para reacomodar a su equipo de trabajo y así garantizar el buen servicio de la entidad**

Situación fáctica: El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, al declarar insubsistente el nombramiento del demandante, quien se desempeñaba como Secretario General, adscrito a la Gerencia General de la misma entidad.

Se evidencia continuamente, más allá del proceso de contratación realizado, el cual terminó con la adjudicación del contrato a la firma Vehículos de Caldas -VEHÍCALDAS-, que el demandante no prestaba la confianza necesaria en el desarrollo de su cargo, tanto es así, que la Junta Directiva se vio avocada a retirarlo de las sesiones, por cuanto intentó faltar a la verdad en una de las actas. Lo que quiere decir que por más de que se haya realizado el proceso de contratación conforme a lo ordenado por las disposiciones legales, se presentó una falta de confianza la cual fue difícil renovar, en tanto, persistía el mal desempeño laboral. En estas condiciones, es importante manifestar, que son las razones del buen servicio las que deben primar constantemente en el desarrollo de la administración, más aun, cuando en los cargos de libre nombramiento y remoción se encuentra presente incesantemente un grado de confianza que no la tienen otros trabajadores. De acuerdo con lo expuesto, la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues, respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo. Por otra parte, tal y como se mencionó anteriormente, el actor desempeñó un cargo de confianza y manejo, que al ser vinculado bajo la modalidad de empleo de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que éstos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame a acompañarlo en su gestión, en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar. En consecuencia, resulta razonable, que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción

para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo.

[Sentencia de 33 de febrero de 2011, Sección Segunda, Exp. 17001-23-31-000-2003-01412-02\(0734-10\) M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

**7. Se declara nulidad de acto que suprimió el cargo de Jefe de Departamento Código 280, Grado 20, en la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja por encontrarse viciado por falsa motivación en razón:**

a) No existir el estudio técnico respectivo que constituye presupuesto para la supresión de un cargo y que acredita la necesidad del servicio

Las razones que motivan la supresión de cargos se deben deducir de un documento mediante el cual se acredita la necesidad del servicio que sirve de causa a la decisión de la administración de: o bien reducir los cargos de la planta de personal (simple supresión de cargos) o bien modificar la estructura orgánica de la entidad municipal (reestructuración orgánica). Acorde con lo expuesto se resalta que una de las formas más contundentes para demostrar que las razones que motivaron una supresión de un cargo no se fundaron en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración, sino en un interés ajeno a éstos colectivos, lo constituye el hecho de probar la inexistencia del estudio técnico exigido en la ley o la insuficiencia o limitación del mismo. De esta manera, se concluye que los estudios técnicos se erigen como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inexistencia o incumplimiento de los requisitos legales genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que con fundamento en dicho proceso se expidan, en tanto se configura una expedición irregular.

b) El Decreto 237 de 2001, acto general que fijó la estructura de la administración municipal, que sirvió de sustento al acto administrativo de supresión del cargo fue declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa de lo que se deriva su ilegalidad.

El Decreto 005 de 2002, según se lee en su parte considerativa, fue expedido con fundamento en la nueva estructura fijada mediante Decreto 237 de 2001, por lo cual para la Sala es claro, y así lo ha manifestado en recientes pronunciamientos esta Sección, que la anulación del acto general tiene efectos *erga omnes* es decir, “frente a todos” y por tanto al haberse anulado el acto general que constituye fundamento del acto particular, este último resulta viciado también de ilegalidad al estar inmerso en la causal de falsa motivación, sin que pueda afirmarse que se está ante una situación consolidada cuando se anuló el acto general, esto es, el Decreto 237 de 2001, porque el afectado con el acto particular había solicitado además de la nulidad de dicho acto, la inaplicación del acto general. Consecuente con lo hasta aquí expuesto y aún cuando no se discute que el acto de supresión del cargo fue proferido por el funcionario competente en ejercicio de facultades propias y autónomas, el vicio de nulidad del Decreto 237 afecta la legalidad del acto de supresión, es decir, del Decreto No. 005 de 2002 modificado por el Decreto 0010 de 2002, en cuanto como ya se dijo, la nueva planta global de personal se fijó acorde con la estructura de la administración municipal fijada en el Decreto 237 del 27 de noviembre de 2001 que fue anulado y que constituyó el fundamento del acto que afectó la situación laboral del actor.

c) La presentación del estudio técnico antes de la suscripción del acto de supresión no purga su ilegalidad

Precisa la Sala que los estudios técnicos deben realizarse de manera previa a un proceso de supresión, por lo cual no es acertado argumentar que como tales estudios fueron presentados dos días antes de la suscripción del acto de supresión, ello signifique purga de la ilegalidad que deviene de la ausencia

de los estudios técnicos para la fijación de la estructura de la administración con fundamento en la cual se expidió el acto que determinó la nueva planta. Así las cosas deberá la Sala revocar la sentencia impugnada para en su lugar, anular los Decretos 005 y 0010 del 14 y 15 de enero de 2002 respectivamente, expedidos por el alcalde de Barrancabermeja, en cuanto suprimieron el cargo que el actor desempeñaba al interior de la administración y fueron expedidos de manera irregular dada la ausencia de estudios técnicos previos a la fijación de la nueva estructura de la administración.

**Sentencia de 10 de febrero de 2011, Exp No 68001-23-31-000-2002-01286-01(2016-09), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento**

**8. La cesación de funciones de los agentes liquidadores del régimen subsidiado o contributivo, como consecuencia de la aplicación de los artículos 3 y 4 del Decreto 3023 de 2002 que radica dicha calidad en el representante legal de la entidad liquidada, no desconoce derechos laborales ya que por ser Auxiliares de la Justicia no se reputan trabajadores o empleados de la Superintendencia de Salud**

Se controvierte la legalidad artículos 2º y 4º del decreto 3023 de 11 de diciembre de 2002, proferidos por el Gobierno Nacional, por medio de los cuales se generó la cesación de funciones de la demandante como Agente Liquidadora del Programa del Régimen Subsidiado de la Caja de Compensación Familiar Campesina - Comcaja.

El decreto 3023 de 2002, para evitar dobles direcciones y erogaciones, previó, en los artículos controvertidos 2º y 4º, que los Agentes Liquidadores de un ramo o programa a saldar de los regímenes subsidiado o contributivo serían los Representantes Legales de la respectiva entidad intervenida parcialmente. Decisión que desencadenó la cesación de funciones de quienes tenían, hasta ese momento, a cargo el proceso liquidatorio. La Superintendencia Nacional de Salud, ente encargado de realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias del sector salud y de sus recursos (artículo 68 de la ley 715 de 2001) requirió, para dar lugar a la cesación de funciones de Agentes Liquidadores que, como la actora, tenían en marcha el trámite liquidatorio de algunos ramos o programas de los regímenes subsidiado o contributivo, el informe final de su gestión. Para la Sala el hecho de que todo el actuar descrito, haya desencadenado en la búsqueda de evitar dobles representaciones legales y erogaciones, la cesación de funciones de la demandante como Agente Liquidadora del Programa de Régimen Subsidiado - ARS, no configura *per-se* la falsa motivación y la desviación de poder alegadas de forma somera. Máxime cuando es sabido que el interés privado o particular debe ceder ante el interés público o social. De otra parte, es necesario precisar que por las características que envuelve la condición legal de Auxiliar de la Justicia, la actora no puede alegar válidamente la existencia de vínculo laboral alguno con la Superintendencia Nacional de Salud o con la Caja de Compensación Familiar Campesina intervenida parcialmente ni, mucho menos, el desconocimiento de derechos de estabilidad relativa. El Estatuto Orgánico Financiero que regía a la demandante puntualiza que por ser los Liquidadores y los Contralores auxiliares de la justicia, no pueden reputarse, para ningún efecto, trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en este caso, de la Superintendencia Nacional de Salud (numeral 6, artículo 295 del decreto 663 de 1993).

**Sentencia de 10 de marzo de 2010, Exp No 25000-23-25-000-2003-04425-01(1144-07) LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento**

**9. Se declara la nulidad del acto por el cual el Presidente de la República declaró la insubsistencia tacita de Jefe de Control Interno de la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios por carecer de la facultad de nombramiento y remoción, la cual es competencia del representante legal de la respectiva entidad**

Determinar la legalidad del acto que declaró la insubsistencia tácita del actor del cargo de Jefe de Control Interno de la Superintendencia de control Interno

El nombramiento del Jefe de Control Interno le corresponde al Representante Legal de la Entidad donde se vaya a proveer el empleo, razón por la cual, el Presidente de la República no tenía la facultad para nombrarlo y en consecuencia tampoco de retirarlo. Además es necesario tener en cuenta que el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política consagra taxativamente los servidores que debe nombrar sin que se incluya al Jefe de Control Interno. El Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001 (acto acusado), se expidió con fundamento en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2539 de 2000, norma última que fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de octubre de 2008, por considerar que no es competencia del Presidente efectuar el nombramiento del Jefe de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que para la fecha en que se profirió el acto de insubsistencia tácita (13 de agosto de 2001), el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, que sirvió de fundamento del mismo, se encontraba vigente, pues el Consejo de Estado lo suspendió el 13 de marzo de 2003 y posteriormente declaró parcialmente su nulidad con fundamento en sentencia de 9 de octubre de 2008, como quedó ampliamente estudiado. Advierte la Sala que, al Juez Administrativo le asiste la facultad oficiosa de aplicar la excepción de ilegalidad, en relación con los actos administrativos que infrinjan la Ley, si bien es cierto esta excepción no tiene consagración constitucional, se encuentra fundada en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. En esas condiciones, en el sub-judice se inaplicará el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, en consecuencia el acto acusado (Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001) que declaró insubsistente tácitamente a la demandante deviene nulo por falta de competencia, por lo que se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda y se ordenará el reintegro de la accionante con las consecuencias económicas a que hubiere lugar.

[Sentencia de 24 de marzo de 2011, Exp No 25000-23-25-000-2002-00923-01\(1012-09\), BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**10. Se niega la nulidad del acto de carácter general, Acuerdo No 01 de 2006 que convocó a concurso público de notarios en razón de incluir una plaza ocupada por Notario en propiedad, pues, su legalidad no depende de los efectos respecto a sus destinatarios, sino de su sometimiento a la legalidad y legitimidad. Acción de nulidad y restablecimiento - Procedencia**

Mediante acción pública de nulidad se demandó el Acuerdo No 01 de 2006, expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, por considerar que no se podía incluir en la convocatoria del concurso de notarios a la notaria 4 de Manizales (Caldas), que desempeña el actor en propiedad.

El hecho de que se convoque una plaza ocupada por un Notario designado en propiedad, en este caso, la de la sede territorial del Departamento de Caldas, no implica la ilegalidad del acto administrativo general demandado, pues en materia de convocatorias prima el interés general sobre el particular. El acto administrativo general que convoca a concurso público, busca bajo los principios de transparencia, participación y la prevalencia del mérito proveer los cargos de notarios con el mejor elemento humano, mientras que lo buscado por el demandante es la permanencia o estabilidad en el cargo, intereses que son contrapuestos y disímiles, y por ello no es procedente el control del primero bajo la óptica del segundo. En otras palabras, la legalidad del acto general que convoca a Concurso de Méritos no está supeditada a las condiciones y derechos particulares del demandante; de manera que, si el actor se cree lesionado en sus derechos debió incoar la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., cuya finalidad implica la anulación del acto administrativo y, el consiguiente restablecimiento de derecho, conculcado o amenazado. Así las cosas, no es procedente, a través de la presunta lesión de un derecho subjetivo, buscar la anulación de un acto administrativo de carácter general, proferido bajo lineamientos generales, abstractos e impersonales, porque, como se indicó, la legalidad del acto no depende de los efectos que ocasione con respecto a sus destinatarios, pues, los ciudadanos



están sometidos a las cargas públicas de recibir la legislación y reglamentación de carácter general que las autoridades profieran y, la anulabilidad de estas decisiones no dependen de los efectos que produzcan en la comunidad o en los particulares sino del sometimiento a la legalidad y legitimidad con que se profieran.

[Sentencia de 2 de abril de 2011, Exp No 11001-03-25-000-2007-00009-00\(0130-07\) BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Acción de nulidad](#)

### SECCIÓN TERCERA

**1. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por la muerte de ama de casa, ocasionada por miembros del Ejército Nacional, quienes le dispararon con armas de dotación oficial cuando se encontraba indefensa, al ser considerada como supuesta guerrillera**

**Síntesis del caso:** El 5 de abril de 1993, en la vía que de Chirogodó conduce a Piedras Blancas en el municipio de Carepa - Antioquia, fue detenido, por miembros del Ejército Nacional, un vehículo que transportaba pasajeros, quienes fueron bajados del automotor y requisados, entre ellos se encontraba una señora que presuntamente llevaba, en la canasta del mercado, un arma de fuego; los soldados la retuvieron y ordenaron a los demás que se fueran, minutos después y sin justificación alguna le dispararon por la espalda cuando se encontraba indefensa, junto al cuerpo de la víctima aparecieron diferentes armas de fuego y municiones.

**a. El respeto y el derecho a la vida es absoluto e incondicional, dispuesto por mandato constitucional y reiterado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado**

**Extracto:** “Se tiene que para la Sala es evidente que Mariela Cardona Suárez murió en un operativo de registro y control en el cual los miembros del Ejército Nacional, dieron muerte a una persona sin justificación alguna, sin tener en cuenta que el respeto al derecho a la vida debe ser absoluto e incondicional como lo ha expresado esta Corporación en varios pronunciamientos.”

**b. Se evidenció claramente una falla del servicio, al quedar demostrado que los miembros de la fuerza pública incumplieron con un deber propio del servicio, al hacer uso inadecuado de sus armas de dotación oficial**

**Extracto:** “De lo anterior, se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los hechos y las pruebas que se vienen de relacionar y analizar, está claramente evidenciada la existencia de una falla en el servicio, toda vez que los soldados que ocasionaron el daño, incumplieron con un deber propio del servicio, consistente en manejar cuidadosa y responsablemente sus armas de dotación. Es indudable que los miembros de la fuerza pública, en razón a su condición y por el servicio que prestan, tienen una obligación esencial de emplear cuidadosamente sus armas de dotación cumpliendo las indicaciones establecidas en el manual de seguridad y el decálogo de armas.”

**c. El exceso en el uso de la fuerza pública quedó acreditado y no se demostró causal eximente de responsabilidad**

**Extracto:** “La reacción de los miembros del Ejército Nacional fue desproporcionada, un uso excesivo de la fuerza pública, pues hubieran podido realizar otras acciones para disuadir a la ‘supuesta guerrillera atacante’ y evitar así su sacrificio inútil. (...) No significa lo expuesto que, en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se ponga fin a una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, puesto que, dependiendo del régimen o título jurídico aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos, como quiera que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo

90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño antijurídico y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público.”

**d. La entidad demandada incurrió en una falla del servicio por desproporción en el uso de la fuerza pública y vulneró el derecho a la vida**

**Extracto:** “Los militares le dispararon a la señora Cardona Suárez haciendo un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, lo que configuró una falla del servicio, pues se vulneró su derecho a la vida, que sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, cuando se demuestre una legítima defensa o un estado de necesidad, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia.”

**e. El registro civil de nacimiento es la prueba idónea para acreditar el parentesco. Decreto 1260 de 1970**

**Extracto:** “Si bien es cierto que la demandada alega que los presuntos hijos de la víctima, no lo son en atención a que no existe un documento que los respalde ni el reconocimiento expreso de la madre, se debe precisar al respecto que el registro civil de nacimiento es prueba suficiente para acreditar el parentesco, en los términos establecidos en el decreto 1260 de 1970, que regula la prueba del estado civil, y como quiera que los certificados que se allegaron con la demanda corresponden a los registros civiles de nacimiento suscritos por el Inspector Departamental de Policía del Corregimiento de Saiza, Tierra Alta, Córdoba, la Sala considera que no puede cuestionar su autenticidad ya que la ley expresamente consagra tal presunción, y a menos que sea desvirtuada, es obligatorio asumir su veracidad y valor probatorio.”

[Sentencia de marzo 30 de 2011. Exp. 05001-23-24-000-1994-00476-01 \(20.294\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRÉCTA](#)

**2. La Sala de la Sección Tercera - Subsección A., declaró responsable al Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por la desaparición y muerte de un joven, en hechos ocurridos en la ciudad de Cali - Valle del Cauca**

**Síntesis del caso:** A mediados del mes de agosto de 1995, Agentes de la Policía Nacional, sin justificación alguna, retuvieron a un ciudadano en la calle y se lo llevaron con rumbo desconocido. El joven se ganaba la vida lavando y cuidando vehículos en una de las calles de la ciudad de Cali - Valle del Cauca, el 1 de septiembre del mismo año, fue encontrado sin vida y en estado de descomposición, en un paraje de la ciudad. Según el acta de levantamiento y la necropsia practicada al cadáver quedó demostrado que fue asesinado de un disparo en la cabeza con arma de fuego, cuando se encontraba en estado de indefensión, pues su cuerpo estaba maniatado.

**a. La prueba trasladada y su valoración. Código de Procedimiento Civil, artículo 185l**

**Extracto:** “En cuanto al traslado de pruebas, esta Sección ha expresado, en otras ocasiones, que aquellas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán valorarse en el proceso contencioso administrativo. (...) En el presente asunto, las pruebas contenidas en los procesos penal y disciplinario que se habrían adelantado por el homicidio del señor Juan Carlos Angulo Baltan, podrán valorarse en ese asunto, pues en relación con el primero de los procesos mencionados, la parte actora solicitó su traslado y la demandada coadyuvó dicha petición y, en el caso del segundo, la enjuiciada fue la que tramitó dicho proceso e intervino en la práctica de las pruebas allí decretadas”

**b. La Sala encontró acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes**

**Extracto:** “No hay duda que se encuentra debidamente acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, pues la muerte violenta de Juan Carlos Angulo Baltan constituye un menoscabo a un bien jurídicamente tutelado por el legislador, del cual se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en este caso. (...). Según la demanda, tal hecho fue perpetrado por agentes de la Policía Nacional quienes sin justificación alguna abordaron a la víctima en la calle y se la llevaron con rumbo desconocido.”

**c. El juez administrativo tiene la posibilidad de apartarse de la sentencia penal, en razón a las diferencias sustanciales que existen entre las dos. Reiteración jurisprudencial**

**Extracto:** “Ha sido tesis reiterada en la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, la posibilidad que tiene el Juez Administrativo de apartarse de la sentencia penal, o su equivalente, se agrega, en razón de las diferencias sustanciales que existen entre ambas acciones, aunque sin dejar de destacar la importancia que tienen dichos fallos en las decisiones que se adopten en esta jurisdicción. Se adoptó tal criterio, por considerar que si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado y, en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio, pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado.”

**d. El deber de protección, que ostenta la fuerza pública, es de obligatorio cumplimiento por mandato constitucional**

**Extracto:** “La Policía Nacional tenía la obligación legal y constitucional de garantizarle, respetarle y protegerle la vida a Juan Carlos Angulo Baltan, pues se trataba de una persona desarmada e indefensa, que estaba bajo la custodia y las órdenes de agentes de la Policía Nacional quienes lo retuvieron sin ninguna razón aparente y le ocasionaron la muerte. (...) Resulta evidente que el comportamiento asumido por los agentes del orden implicados en los hechos desconoció abiertamente las obligaciones constitucionales y legales a ellos inherentes, pues las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, sólo por esa vía se garantizan la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución. Las autoridades públicas que incumplan las cargas impuestas por el ordenamiento jurídico y, adicionalmente, atenten contra los derechos de las personas, están obligadas a indemnizar los perjuicios que tal proceder llegare a causar.”

**e. Se encontró configurada la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el régimen de la falla del servicio, por encontrarse acreditado el daño y el nexo o vínculo con el servicio**

**Extracto:** “Los elementos probatorios recaudados en el plenario permiten concluir que la Administración incurrió en una falla en la prestación del servicio, habida consideración de que agentes estatales, en horas del servicio y portando uniformes y armas de fuego, retuvieron y se llevaron con rumbo desconocido a una persona cuyo cadáver fue encontrado días después, en estado de descomposición. (...) Todo lo anterior conduce a que los hechos relacionados con el homicidio de Juan Carlos Angulo Baltan obedecieron a una falla del servicio imputable a la entidad demandada, la cual deberá responder por los daños causados a los demandantes. (...) Cabe anotar que las actuaciones de los agentes estatales comprometen la responsabilidad del Estado cuando tienen algún nexo o vínculo con el servicio. En el sub iudice, se acreditó que la retención, desaparición y posterior muerte de Juan Carlos Angulo Baltan, fue perpetrada por miembros pertenecientes a la Policía Nacional, quienes aprovechando su condición de agentes estatales, retuvieron a la víctima y la obligaron a abordar una patrulla de la Institución, con rumbo desconocido.”

**f. La fuerza pública puede utilizar las armas de fuego, únicamente en casos extremos y por excepción**

**Extracto:** “Resulta evidente que en este caso los agentes estatales involucrados en los hechos asumieron y desarrollaron un comportamiento que sobrepasó el normal cumplimiento de sus deberes, pues sólo en casos extremos y por excepción la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas, y si lo hacen, han de tomar todas las precauciones que sean necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos. El respeto a la vida y a la integridad personal, como derechos fundamentales de primer orden, son responsabilidad esencial del Estado, de suerte que la obligación primaria de las autoridades es la de proteger la vida y la integridad de todos los residentes en el país, sin hacer distinciones de ningún orden.”

**[Sentencia de 27 de abril de 2011. Exp. 76001-23-24-000-1997-03691-01 \(19.451\). MP.: GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**3. La Sala de la Sección Tercera - Subsección B., declaró responsable al Instituto de Seguros Sociales, por la lesión cerebral causada a una recién nacida, por no prestarle la debida y oportuna atención médica requerida.**

**Síntesis del caso:** El 26 de junio de 1992, en la Clínica Santa Marta del ISS, nacieron dos niñas en perfecto estado de salud, dos días después del nacimiento, el médico pediatra de la institución médica examinó a las bebés para ser dadas de alta, pero las encontró amarillas, por lo que ordenó su traslado a fototerapia y la toma de exámenes de diagnóstico. Los resultados de los exámenes arrojaron que las niñas eran O, factor RH positivo y presentaban plasma icterico o ictericia severa y reticulocitosis severa. Una de las gemelas se encontraba en malas condiciones y ante la falta de sangre tipo O negativo en la Clínica, se solicitó a la familia conseguirla con el fin de practicarle una exanguinotransfusión, procedimiento urgente e indispensable para que la menor no desarrollara una afección irreversible. Cuatro días después y ante la imposibilidad de que la familia consiguiera la sangre para el tratamiento, se le diagnosticó a la bebé isoimmunización RH con daño cerebral (kernicterus), consistente en perturbación funcional del sistema nervioso central y conexiones nerviosas secundarias, la cual es de carácter permanente.

**a. Respecto a la caducidad de la acción, quedó demostrado que la demanda fue presentada en término, a pesar de la incertidumbre creada por la jurisprudencia sobre la jurisdicción competente**

**Extracto:** “En el caso bajo estudio no operó el fenómeno de caducidad de la acción, como lo afirmó la parte demandada en su escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia. (...) la parte actora disponía de un término de 2 años para accionar, es decir a más tardar podía hacerlo hasta el 4 de julio de 1994 y la demanda que dio origen al presente proceso fue presentada el 7 de octubre de 1994 ante la Oficina Judicial de Reparto de Santa Marta. No obstante lo anterior, obra en el expediente copia auténtica del auto de julio 7 de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se rechazó por falta de jurisdicción la demanda “presentada el 3 de junio de 1.994” por el señor José Luis Zuleta y otros, en contra del Instituto de Seguros Sociales y se señaló que el competente era el Juzgado Civil del Circuito Reparto. Lo anterior quiere decir que, inicialmente, la demanda fue presentada en término y que, en dicha oportunidad, la jurisdicción contencioso administrativa consideró que no era la competente para conocer del asunto y lo envió a la ordinaria, creando así incertidumbre sobre la jurisdicción competente para conocer de esos asuntos, cuando una de las partes involucradas fuera el Instituto de Seguros Sociales. (...) la incertidumbre fue creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, acerca de la jurisdicción competente para conocer de casos relacionados con el Instituto de Seguros Sociales, asunto que fue resuelto mediante auto del 20 de febrero de 1996, en el cual se aclaró que sí era ésta la jurisdicción competente”

**b. El título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, es la falla probada del servicio. Reiteración jurisprudencial**

**Extracto:** “La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable.”

**c. La aceptación de la prueba indirecta, a través de indicios, para acreditar la causa probable**

**Extracto:** “En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable.”

**d. La Sala encontró demostrado el daño antijurídico causado a la recién nacida y consideró que estaba plenamente acreditado que fue provocado por una falla del servicio médico asistencial**

**Extracto:** “la Sala encuentra demostrado el daño invocado por la parte actora, consistente en que la menor Diana Paola Zuleta Vega sufre de una “perturbación funcional del sistema nervioso central y conexiones nerviosas secundarias a kernicterus”, afección desarrollada entre los días 26 de junio y 1 de julio de 1992, debido a una isoimmunización por grupo RH. Así mismo, considera la Sala que el aludido daño antijurídico debe serle imputado a la parte demandada -Instituto de Seguros Sociales-, toda vez que está plenamente acreditado que el mismo tuvo como causa una falla del servicio médico asistencial, consistente en que a la menor Diana Paola Zuleta Vega no se le prestó una oportuna y continua atención médica a partir de su nacimiento, a pesar de que el cuerpo médico pediátrico responsable de la salud de la menor, contaba con información acerca de que su madre, la señora Onaida Esther Vega, tenía el tipo sanguíneo O factor RH negativo, lo que hacía a la menor propensa a sufrir una isoimmunización por grupo RH.”

**e. La historia clínica, prueba idónea para establecer la responsabilidad de la entidad demandada**

**Extracto:** “En efecto, las pruebas allegadas válida y oportunamente al expediente -historia clínica de la señora Onaida Esther Vega, aportada en copia auténtica por el ISS- dan cuenta acerca de que el cuerpo médico del ISS conocía desde 1984 que la hemoclasificación de la señora Onaida Esther Vega era O RH negativo. (...) Ello quedó consignado en la historia clínica, según la cual, se solicitó a los familiares de las menores, de manera urgente, conseguir 500 c.c. de sangre O RH negativo, toda vez que en la Clínica Santa Marta del ISS no se contaba con un banco de sangre. El tejido sanguíneo fue procurado por los familiares el 30 de junio de 1992, cuando ya la niña Diana Paola Zuleta Vega presentaba síntomas de kernicterus.”

**f. La práctica médica debe realizarse con extrema diligencia. Es inaceptable que los médicos trasladen su responsabilidad a los pacientes**

**Extracto:** “La Sala considera necesario poner de presente el deber de extrema diligencia que la práctica médica implica -que no de resultado-, toda vez que es cuando menos inaceptable, que se le exija al paciente -(...) llamar la atención “insistentemente” del cuerpo médico que lo atiende, acerca de los riesgos que sus particulares condiciones de salud implican, más cuando no los conoce y por tal motivo se ha puesto en manos de los galenos y ha confiado a ellos su salud. En efecto, es reprochable

que el pediatra Mendoza Manjarrés considerara que era un deber de la señora Onaida Esther Vega el advertir a los médicos que la atendieron en el parto y a aquellos que debían atender a sus bebés, acerca de que por tener sangre O RH negativo, sus hijas estaban en riesgo de presentar una isoimmunización por grupo RH, en tanto no era una persona conocedora de la medicina y más aun, cuando en su historia clínica, elaborada por el ISS, reposaba la información acerca de sus antecedentes médicos.”

**Sentencia de 28 de abril de 2011. Exp. 47001-23-31-000-1994-03766-01 (19.963). MP.: DANILO ROJAS BETANCOURTH. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**4. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por la muerte de un menor de edad, ocasionada por un agente de la Policía Nacional, quien le disparó con el arma de dotación oficial**

**2. Síntesis del caso:** El 18 de julio de 1992, falleció un menor de edad, por traumas múltiples producidos con arma de fuego. El joven se encontraba en el lugar de los hechos al momento en que se perpetraba un asalto a un establecimiento de comercio, y cuando los agentes de la policía hicieron presencia para detener a los delincuentes, le dispararon equivocadamente, causándole la muerte.

**a. La Sala encontró probado el daño antijurídico ocasionado, por omisión en el cumplimiento del deber legal de protección de la vida, honra y bienes de las personas, radicado en cabeza del Estado**

**Extracto:** “El deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido en los artículos 2 y 218 de la Carta Política”

**b. El respeto a la vida debe ser absoluto e incondicional**

**Extracto:** “Se tiene que para la Sala es evidente que Jhon Fredy Giraldo Hoyos, murió en un operativo policial en el cual los agentes de policía realizaron una persecución armada contra unos delincuentes, asesinando a una persona desarmada que no estaba involucrada en los hechos. Y aún cuando si se hubiera presentado una causal de justificación para la actuación policial, como argumenta la entidad apelante, ésta no se demostró, además, el respeto al derecho a la vida debe ser absoluto e incondicional como lo ha expresado esta Corporación en varios pronunciamientos. ”

**c. Del material probatorio analizado, quedó demostrada la responsabilidad extracontractual del Estado, por incumplimiento de un deber propio del servicio radicado en cabeza de la Policía Nacional, como es el uso adecuado y cuidadoso de las armas de fuego**

**Extracto:** “De lo anterior, se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los hechos y las pruebas que se vienen de relacionar y analizar, es de la ejecución de un adolescente desarmado en un operativo policial, quedando de forma palmaria evidenciada la existencia de una falla en el servicio, dado que el policía que ocasionó el daño, incumplió con un deber propio del servicio. Es inhesitable que los miembros de la fuerza pública, en razón a su condición y por el servicio que prestan, tienen una obligación esencial de emplear cuidadosamente sus armas de dotación cumpliendo las indicaciones establecidas en el manual de seguridad y el decálogo para las mismas.”

**d. El exceso en el uso de la fuerza pública quedó acreditado y no se demostró causal eximente de responsabilidad**

**Extracto:** “Adicionalmente, si ello no fuera así, aunque en verdad lo fue, se demostró que en el asunto sub examine, se presentó un exceso en el uso de la fuerza pública, como quiera que el resultado fue desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia. (...) No significa lo expuesto que, en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se ponga fin a una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, toda vez que, dependiendo del régimen o título jurídico aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos; puesto que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño antijurídico y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público.”

**e. La entidad demandada incurrió en una falla del servicio por desproporción en el uso de la fuerza pública**

**Extracto:** “En el caso concreto, se insiste, no se acreditó que el joven Jhon Fredy Giraldo Hoyos era delincuente y menos que estuviera realizando alguna actividad delictiva o estuviera armado, sin embargo, los agentes de policía le dispararon haciendo un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, lo que configuró una falla del servicio, pues se vulneró su derecho a la vida, que sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, cuando se demuestre una legítima defensa o un estado de necesidad, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia. En consecuencia, concluye la Sala, que se le debe imputar a título de falla del servicio a la entidad demandada el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente.”

[Sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 05001-23-24-000-1994-00895-01 \(20.437\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRÉCTA](#)

**5. La Sala de la Sección Tercera - Subsección B., declaró el cumplimiento del contrato de obra No. 127 de 1990 suscrito entre TELECOM y la la sociedad HECOL LTDA. HIDRO ESTRUCTURAS DE COLOMBIA, cuyo objeto fue la construcción del edificio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones ubicado en el municipio de la Vega - Cundinamarca**

**Síntesis del caso:** La Sociedad HECOL LTDA. HIDROESTRUCTURAS DE COLOMBIA, en ejercicio de la acción contractual, demandó a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM, con el propósito que se declarara el incumplimiento parcial del contrato de obra C-127, suscrito el 21 de diciembre de 1990. La sociedad demandante fundó su petición al considerar que la entidad demandada desconoció la fórmula de reajuste de precios acordada y solicitó el pago del saldo a su favor, indexado a la fecha en que se haga efectiva la condena que se imponga, más los intereses corrientes y moratorios.

**a. El tribunal a quo, violó el principio de congruencia, en razón a que no tenía que pronunciarse sobre el acta de liquidación final del contrato, asunto ajeno a la litis. Artículos 304 y 305 del C.P.C. y 207 del C.C.A**

**Extracto:** “la sentencia que ponga fin al procesodeberá estar acorde con los hechos y las pretensiones de la demanda, toda vez que en relación con ellos, el demandado ejerció su derecho de defensa y contradicción. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que son las partes quienes determinan de manera expresa los límites dentro de los cuales los jueces pueden actuar en forma congruente, puesto que si hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes o no atienden, ni resuelven todo lo que se les ha

pedido, violan este principio. (...)La congruencia de las providencias judiciales se establece mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, teniendo en cuenta que la materia litigiosa, comprende también los asuntos que el legislador atribuye al juez y que son complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente. (..) la jurisdicción de lo contencioso administrativo es esencialmente rogada, es decir, que el juez no puede ir más allá de lo pedido y sus decisiones no puede resolver cuestiones no planteadas en la demanda.(...) a la luz del principio de “congruencia”, para proceder a declarar la nulidad del “acto administrativo de liquidación final del contrato”, era menester que mediara tal petición por parte del actor, razón que impide al juzgador emitir un pronunciamiento en tal sentido”

**b. La objeción por error grave del experticio no cuestiona su contenido, por lo tanto deja intacto su valor probatorio**

**Extracto:** “El dictamen solicitado y decretado oportunamente fue rendido dentro del término. El apoderado de la demandada solicitó su complementación y aclaración, al igual que formuló en su contra objeción por error grave. (...) A juicio de la Sala la objeción por error grave formulada por la actora deja intacto el valor probatorio del experticio, si se considera que la demandante, no cuestiona su contenido, sino que inquiriere a los peritos para que procedan a su complementación y aclaración a la par que afirma que estos se ocuparon de aspectos no incluidos en su interrogatorio.”

**c. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM no incumplió el contrato de obra No. 127-90, porque de haber corregido la fórmula de reajuste de precios, habría entorpecido la ejecución del contrato**

**Extracto:** “Se concluye entonces que TELECOM, como lo demuestra el acervo probatorio oportunamente decretado y allegado al proceso, no incurrió en el incumplimiento del Contrato 0127-090 que le endilga la sociedad accionante; por el contrario, puso todos los medios para no entorpecer su oportuna ejecución, solventando el impase representado en el error mecanográfico que impedía aplicar la fórmula de reajuste de precios. Las explicaciones de los peritos, confirman lo antes expuesto, en razón de que los expertos consideran que, de haber TELECOM corregido la fórmula oportunamente, esto habría entorpecido la ejecución del contrato. En consecuencia, no es de recibo para la Sala la objeción del dictamen formulada por el actor relativa a que el experticio se ocupó de revisiones no solicitadas, pues los peritos aclararon que el examen de las fórmulas de reajuste de precios, aplicadas en las actas parciales y convenidas en el pliego y en el anexo, atendió en todo el objeto de la controversia.”

**[Sentencia de febrero 14 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1995-00916-01 \(16.651\). MP.: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)**

**6. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., ordenó la liquidación judicial del contrato de obra pública No. 148 cuyo objeto era la ampliación de la planta física del Colegio Humberto Cárdenas, ubicado en el municipio de Fusagasugá - Cundinamarca, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y la Sociedad Constructora Camarán Ltda. y ordenó reintegrar la suma que esta última recibió por concepto de anticipo.**

**Síntesis del caso:** La Sociedad Constructora Camarán Ltda., en ejercicio de la acción contractual, demandó a la Gobernación de Cundinamarca, con el propósito que se declarara el incumplimiento del contrato de obra No. 148, suscrito el 30 de diciembre de 1997. La sociedad demandante fundó su petición al considerar que la entidad contratante incumplió la carga de designar el interventor del contrato como había quedado estipulado en el contrato, pese a que ya había recibido el anticipo correspondiente al 50% del valor básico del mismo.

**a. Si la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que si cumplió con las suyas**



**Extracto:** “Cuando la administración pública incumple sus obligaciones, es responsable de los perjuicios que cause al contratista que si cumplió con las suyas, con fundamento en el art. 50 de la ley 80 de 1993 según el cual “las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas”, eventos en los que “deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”. De ahí que en materia de responsabilidad contractual de la administración pública, el contratista tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante).”

#### **b. Finalidad de las sanciones contractuales**

**Extracto:** “Las sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra. Mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicios, no pueden existir sanciones.”

#### **c. Si las cláusulas del contrato son ambiguas y las partes discrepa acerca del sentido que debe dárseles, es deber legal del juez interpretarlas**

**Extracto:** “Interpretar un contrato, es determinar el sentido y alcance de sus estipulaciones. Se presume que el legislador es culto, conoce el lenguaje, procurando emplear cada palabra en su sentido natural y obvio; en cambio, los contratantes usualmente no tienen un conocimiento cabal y completo del lenguaje y por tanto pueden dar a las palabras un sentido distinto al natural y obvio que les da el Diccionario de la RAE e incluso la sociedad en general. De tal forma, más importante que aquello que los contratos digan, es aquello que las partes quisieron estipular. Si la voluntad de las partes se conoce claramente, si no hay ambigüedad en ninguna de las expresiones del contrato, no hay necesidad de indagar más. Bastará la simple lectura del contrato para interpretar la verdadera intención de las partes. Pero puede ocurrir que las cláusulas del contrato sean ambiguas y que las partes discrepen acerca del sentido que debe dárseles. Interpretará entonces el juez, de conformidad con las reglas que establece la ley. ”

#### **d. La autotutela declarativa, es un acto regulador dictado por razones de interés público**

**Extracto:** “El Estado por tanto, ejerce las atribuciones de dirección, control y vigilancia para asegurar la ejecución del contrato y en desarrollo del poder de policía administrativa de que está investido, mediante actuaciones dentro de la gestión contractual de la Administración, regida por las normas especiales previstas en la ley 80 y el Código Contencioso Administrativo. Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados “autotutela declarativa”, dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial.”

#### **e. Los actos administrativos que se expidan durante la actividad contractual, deben estar debidamente motivados**

**Extracto:** “Los actos administrativos que se expidan durante la actividad contractual o con ocasión de ella, por disposición legal especial, están sometidos a condiciones que presuponen la existencia de límites en la competencia para su expedición, como la motivación en forma detallada y precisa

(art. 24.7, ley 80/93) y su ejercicio dentro de las etapas que fueron descritas. Son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y sólo susceptibles del recurso de reposición (salvo el acto de adjudicación) y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art. 77 ley 80/93 y 87 del C.C.A.).”

**f. La terminación unilateral del contrato, por causa de nulidad absoluta, debe ser declarada por la Administración en instancia administrativa, respetando el principio del debido proceso**

**Extracto:** “El ordenamiento contempla la terminación unilateral del contrato por causa de nulidad absoluta cuando las partes han celebrado un contrato contra expresa prohibición legal (en el derecho privado su declaración sólo opera por conducto del poder jurisdiccional del Estado); en los contratos estatales es privilegio de la Administración declararla en instancia administrativa; esta competencia ejecutoria consiste en la potestad de terminarlo unilateralmente cuando: en su formación o celebración se haya violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando se celebra contra expresa prohibición constitucional o legal, cuando los actos administrativos en que se fundan son declarados nulos y en los demás eventos previstos por el artículo 44 de la ley 80. Sin embargo, señala esta Sala que en estos casos el principio del debido proceso debe presidir una determinación de ésta índole, por tener carácter sancionatorio para el contratista incumplido (...) en los procedimientos administrativos sancionatorios “debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso.”

**g. El incumplimiento recíproco de las partes, tiene efectos jurídicos que ponen fin a las relaciones obligacionales**

**Extracto:** “En la ejecución del contrato 148 del 30 de diciembre de 1997, existió un incumplimiento recíproco de las partes, sin que lo anterior implique o conlleve a que el contrato en cita quede en un limbo jurídico, sin ninguna solución jurídica tal como se encuentra en estos momentos. Es evidente que pese al incumplimiento recíproco de las partes en la ejecución del referido contrato, éste produjo unos efectos jurídicos entre las partes, que requieren ponerle fin a las relaciones obligacionales que nacieron entre las partes contratantes y que aún se mantienen vigentes, tal como lo reconocen las mismas partes, quienes afirman que el contrato no se ha liquidado y no pueden aquellas quedar atadas indefinidamente por ese vínculo contractual. Ante el incumplimiento recíproco de los contratantes, para la Sala no hay duda que las pretensiones de la demanda relacionadas en los numerales 1 a 3, no estaban llamadas a prosperar, porque una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento recíproco es que ninguno de los contratantes incurre en mora y al no estar en mora no se puede demandar la indemnización de perjuicios, tal como allí se solicita. (Artículos 1546 y 1609 del Código Civil), por lo que la Sala así lo declarará.”

**h. El plazo de 4 meses que otorga la ley a las entidades públicas, para la liquidación de los contratos no es perentorio, dicha facultad subsiste durante los dos años siguientes al vencimiento de la obligación**

**Extracto:** “En aplicación de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas jurisprudencias, sobre el plazo de cuatro (4) meses que otorga la Ley a las entidades públicas, para la liquidación de los contratos y ha dicho que este término no es perentorio, toda vez que en aplicación del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la facultad subsiste durante los dos años siguientes al vencimiento de la obligación. (...) se debe precisar, que si bien es cierto que el plazo otorgado por la ley de cuatro meses o el que se haya convenido por las partes para la liquidación de los contratos no es perentorio, no es menos cierto que éste se pueda volver perpetuo o indefinido en el tiempo, pues mal podría la administración conservar vínculos de índole contractual con personas naturales o jurídicas, que ya hayan cumplido con el objeto del contrato, se haya finalizado la labor contratada o ejecutado la obra o las concesiones, entre otros,

sin que nunca se rompa la relación jurídica que surgió con ocasión del contrato., tal como ha acontecido en el caso de autos.”

**i. Si el contratista incumple las cláusulas del contrato, los gastos en los que haya incurrido, no le serán reembolsables**

**Extracto:** “La Sala se abstiene de reconocer los gastos efectuados por la Sociedad Constructora Camarán Ltda., con ocasión de la ejecución del contrato, en razón a que los mismos en el supuesto caso que se hubiesen hechos, la parte demandante no tendría derecho al reembolso de los mismos en razón a que dichos gastos se realizaron contraviniendo lo consignado en las cláusulas del contrato de obra pública No 148/97; de otra parte no existe en el expediente prueba alguna que demuestren o justifiquen válidamente que dichos gastos se hubiesen efectuado.”

**[Sentencia de abril 13 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1998-03049-01 \(18.878\). MP.: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)**

**7. Se declara la responsabilidad del Estado por la muerte de un particular que resultó electrocutado, como consecuencia de la falta de mantenimiento de las redes de conducción de energía eléctrica.**

**Síntesis del caso:** El 11 de abril de 1995, en zona rural del departamento del Meta, un campesino falleció por electrocución, al pisar con la bicicleta en la que movilizaba, unas líneas empleadas para la conducción de energía eléctrica que días antes habían caído sobre la vía por la donde transitaba.

**a. Se declara la responsabilidad del Estado bajo el título de imputación de falla del servicio, cuando la Administración no cumple con el deber de seguridad y mantenimiento de las redes de energía eléctrica.**

**Extracto:** “Sin embargo, también ha precisado esta Sección que cuando se trate de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se presenta una falla del servicio en el entendido que la entidad, teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. (...) [C]omo la muerte del ciudadano tuvo por causa la descarga eléctrica que recibió al hacer contacto con el cable de la red pública de conducción de energía cuya permanencia en el piso obedeció a la incuria de la Electrificadora del Meta S.A., el hecho le resulta imputable a esta entidad dado que tenía a su cargo la administración, el control y el mantenimiento de dicha red. Se concluye, entonces, que la muerte del señor Farid Devia Mesa ocurrida el 11 de abril de 1995 en zona rural del municipio de Fuente de Oro es imputable a la Electrificadora del Meta S.A., a título de falla del servicio por omisión en el mantenimiento y cuidado de la línea de energía eléctrica.”

**b. Deberes jurídicos en relación con la prestación del servicio de energía eléctrica.**

**Extracto:** “El inciso segundo del artículo 28 de la ley 142 de 1994, que entró a regir el 11 de julio de ese mismo año, y que estaba vigente al momento del hecho, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, mientras que la ley 143 del mismo año, por medio de la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional señala, en su artículo 4º, que: “El Estado, en relación con el servicio de electricidad tendrá los siguientes objetivos en el cumplimiento de sus funciones: (...) Mantener y operar sus instalaciones preservando la integridad de las personas, de los bienes y del medio ambiente y manteniendo los niveles de calidad y seguridad establecidos.” De las normas citadas se deduce que existe una clara obligación a cargo de las empresas prestadoras del servicio público encargadas del suministro de energía eléctrica consistente en mantener y reparar las redes eléctricas, obligación que se dirige a evitar daños a las personas y configura un manifiesto deber de seguridad.”

**c. Reconocimiento de perjuicios morales a los hijos de crianza. Reiteración jurisprudencial.**

**Extracto:** “Frente a la pretensión indemnizatoria impetrada por el menor Dubán Darío Devia Capera quien acudió al proceso en calidad de hijo de Farid Devia Mesa hay lugar a precisar que en el expediente no aparece el registro civil de nacimiento que acredite tal calidad (...). No obstante lo anterior, en el presente caso, con las pruebas aportadas al proceso se tiene como demostrada la condición de hijo de crianza que Dubán Darío Devia Capera. (...) Así las cosas y en el entendido, que con la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Dubán Darío Devia Capera, respecto del occiso Devia Mesa y se permite inferir el dolor moral padecido por aquél, se mantendrá en esta instancia la condena impuesta a su favor, por concepto de perjuicio moral.”

[Sentencia de abril 7 de 2011. Exp. 50001-23-31-000-1997-06094-01 \(20733\). MP.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**8. Se declara el incumplimiento del Contrato No. 050 de 1991 por parte del Instituto de Desarrollo Urbano, el cual generó un desequilibrio económico para la sociedad contratista.**

**Síntesis del caso:** En virtud del Contrato No. 050 de 1991 suscrito con el IDU para el diseño y construcción del puente localizado en Bogotá en la intersección de la Avenida Boyacá con la Avenida Medellín, la entidad accionada además de adeudarle el pago por concepto de las obras adicionales, incurrió en mora de más de treinta (30) días en el pago de las cuentas periódicas por obra ejecutada, lo cual originó un desequilibrio contractual en contra de la sociedad contratista, que el IDU está obligado a restablecer.

**a. Pago de obras adicionales, necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, dentro de un contrato de obra pública a precio global.**

**Extracto:** “En el Contrato No. 050 de 1991 el contratista ejecutó obras adicionales, unas aprobadas por el IDU y otras negadas por éste por tratarse de un contrato a precio global. Por las primeras, la Interventoría y la División de Obras Civiles de la entidad solicitaron suscribir contrato adicional por la suma de \$2'088.471.64, con fundamento en que la contratista ejecutó acometidas domiciliarias para acueducto y aguas negras, necesarias para el cumplimiento del objeto contractual y cuyo pago adicional se contemplaba en las especificaciones particulares de la licitación. Como consecuencia de lo anterior, mediante Acta No. 009 de 23 de abril de 1992 la Junta Directiva del IDU autorizó adicionar el valor del contrato en \$ 2'088.471.64 y el 3 de mayo de 1992 el interventor, la contratista, el Jefe de la División de Obras Civiles y el Subdirector de Construcciones del IDU formalizaron las mayores cantidades de obra ejecutadas. Por esta razón el valor de \$2.088.471.64 aparece consignado en el estado financiero del acta de liquidación final No. 6, sin efectos de pago por falta de disponibilidad presupuestal. Por lo tanto, esta Sala habrá de ordenar su cancelación debidamente actualizada. Lo anterior porque se trata de un contrato oneroso y conmutativo en el cual la entidad pública contratante recibió a satisfacción obras en más de lo acordado, por lo que resulta procedente su reconocimiento y pago, en razón al restablecimiento del equilibrio contractual que debe regir toda relación negocial y particularmente los contratos del Estado.”

**b. Obras adicionales no indispensables ni necesarias para la ejecución del objeto contractual, no implican ruptura del equilibrio económico del contrato.**

**Extracto:** “La Sala encuentra que las obras adicionales no previstas en la licitación ni en el contrato, fueron ejecutadas por el contratista por exigencia de las empresas de servicios públicos y de un ente privado como lo es la Cámara de Comercio, sin autorización de la entidad pública contratante, por lo que no fueron pagadas. (...) Sumado a lo anterior, no se acreditó en el plenario que las obras adicionales ejecutadas por el contratista sobre las redes existentes fueran necesarias para el

cumplimiento del objeto contractual ni que tuvieran el carácter de indispensables para que fueran reconocidas, tal y como fue pactado en la cláusula sexta del contrato, referida a “OTRAS OBRAS”. (...) En consecuencia, la Sala considera que le asiste razón a la entidad pública que recurre en apelación, cuando sostiene que al encontrarse en los pliegos la prohibición expresa de ejecutar obras adicionales de ampliación de las redes existentes en materia de acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos, el contratista obró al margen de sus obligaciones contractuales. Por otra parte, el hecho de que las entidades de servicios públicos exigieran obras, ello no generaba para el contratista la obligación de ejecutarlas, pues no estaban autorizadas por la entidad contratante al no hacer parte el objeto contractual, por lo que tampoco el interventor podía avalarlas.”

**[Sentencia de abril 6 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1994-00404-01 \(14823\). MP.: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES](#)**

**9. Se absuelve de responsabilidad al Estado por la detención preventiva de una particular, al no presentarse ninguno de los supuestos en los que se funda el régimen objetivo de responsabilidad por privación injusta de la libertad y porque tampoco se demostró que la medida cautelar hubiere sido contraria a derecho.**

**Síntesis del caso:** Una particular estuvo privada de la libertad entre el 7 de mayo de 1998 y el 22 de febrero de 1999, momento en el cual quedó en libertad al haber sido absuelta en la segunda instancia del proceso penal seguido contra ella.

**a. Supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.**

**Extracto:** “De todo lo anterior, se llega a afirmar que así el artículo 68 no consagra más supuestos, aquellos no contemplados son aplicables cuando se produce un daño antijurídico, como en el evento en el que el ciudadano se ve sometido a una medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en virtud de la cual se priva de su derecho a la libertad, que posteriormente es revocada al concluirse que los elementos fácticos por los que fue investigado no permiten encontrar que constituyeron un delito alguno, supuesto que ya estaba previsto en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, pues el fundamento se radica en que la actuación judicial por medio de la cual se impuso la medida de aseguramiento compromete la responsabilidad de la administración de justicia, específicamente por haber causado un daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, lo que debe ser objeto de reparación en cabeza de la autoridad que produjo la misma. (...) Luego, no siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá que indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del in dubio pro reo. (...)De acuerdo con esta precisión, encuentra la Sala que en aplicación sistemática del artículo 90 de la Carta Política, de las hipótesis consagradas en el artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991 y en el artículo 68 de la ley 270 de 1996, cabe estudiar el caso y determinar si había lugar a reconocer a los demandantes el derecho a la indemnización de los perjuicios demandados, siempre que se haya acreditado que la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a las que se sometió a Nohelia Botero de Villanueva fue injusta, lo que será si se demuestra que fue absuelta por sentencia ejecutoriada o por providencia que haya dispuesto la terminación del proceso, bien sea porque el hecho no existió, la procesada no lo cometió, o el mismo no era constitutivo de delito.”

**b. Detención preventiva, ejercicio legítimo de los poderes de Estado, obligación de los administrados de asumirla como una carga pública soportable.**

**Extracto:** “No debe olvidarse, como el precedente de la Sala lo señala, que el fundamento de la indemnización no está en la ilegalidad de la conducta, sino que si hay lugar a la ocurrencia e imputación de un daño antijurídico. Con otras palabras, que se produzca un daño anormal y que se grave de manera excepcional a los demandantes, lo que no quedó demostrado a tenor de las decisiones judiciales de primera y segunda instancia, siendo que en la última de las cuales no se afirmó la existencia de un claro supuesto de “in dubio pro reo”, sino de un supuesto de aquellos que no encaja en este o cualquiera de los otros en los que se funda el régimen objetivo, por lo que la carga de la parte demandante radicaba en demostrar la existencia de la falla del servicio en cabeza de la entidad demandada, lo que no se ofrece en el presente asunto. Y pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que la entidad demandada adoptó la decisión de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva a Nohelia Botero Ospina (de Villanueva), en ejercicio legítimo de los poderes reconocidos al Estado, respecto de lo cual tanto la procesada, como toda persona está obligada a asumirlo como una carga pública soportable.”

[Sentencia de abril 13 de 2011. Exp. 66001-23-31-000-2000-00095-01 \(22679\). MP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

\* Con salvamento de voto del doctor Enrique Gil Botero

**10. Se declara la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio de educación pública, al descuidar, de forma negligente, el deber de custodia que los centros educativos tienen respecto de sus alumnos, en el desarrollo de las actividades curriculares y extracurriculares por ellos organizadas.**

**Síntesis del caso:** El 3 de marzo de 1993, en el municipio de Argelia (Antioquia), falleció por ahogamiento una menor de edad, en momentos en los que participaba de una clase de natación organizada por el plantel educativo al que pertenecía, sin que éste adoptara medida de precaución alguna tendiente al desarrollo seguro de la actividad deportiva.

**a. La responsabilidad de los centros educativos frente a sus alumnos. Reiteración jurisprudencial.**

**Extracto:** “En relación con la responsabilidad de los centros educativos frente a sus alumnos, ha dicho la Sala que la custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares. En la sentencia de 7 de septiembre de 2004, la Sala hizo consideraciones sobre la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, debido a la posición dominante que ostenta el primero en razón de su autoridad, lo cual le crea no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente. Consideró la Sala en esta oportunidad, que los establecimientos educativos deben adoptar una serie de medidas de seguridad que garanticen la integridad física de los alumnos, no solo respecto de los daños que puedan causarse a sí mismos sino de aquellos que puedan ocasionar a los demás (...). Así mismo, ha reiterado la Sala que el centro educativo asume una posición de garante en relación con sus alumnos y por ende la obligación de responder por los daños que éstos sufran o causen a terceros, siendo posible su exoneración demostrando su diligencia o la existencia de una causa extraña, en virtud de lo consagrado en el artículo 2347 del Código Civil. En otros pronunciamientos hechos en casos similares relacionados con accidentes ocurridos en actividades escolares, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extreman las medidas de seguridad para evitar el peligro que éstos puedan sufrir. No obstante, en esas decisiones se ha reconocido que, inclusive en relación con alumnos menores de edad hay lugar a analizar si su conducta contribuyó igualmente a la realización del daño, para disminuir el valor de la indemnización.”

**b. El centro educativo al que pertenecía la menor víctima, obró con negligencia constitutiva de falla del servicio, al adelantar una clase de natación sin la más mínima medida de seguridad y además, en una piscina cuyas condiciones de higiene y salubridad eran deplorables.**

**Extracto:** “Considera la Sala que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la muerte de la menor Omaira Ossa Gallego es imputable al departamento de Antioquia, propietario y administrador del Liceo Departamental Santa Teresa del municipio de Argelia, porque ese daño se produjo como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio de educación, que consistieron en no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para proteger la vida e integridad física de los menores en la actividad escolar programada por el profesor de educación física. (...) Esta sucinta relación de las pruebas sobre los hechos que obran en el expediente no deja duda a la Sala sobre la responsabilidad patrimonial de la entidad demanda, por las fallas en la prestación del servicio de educación, que consistió en haber programado una clase de natación en un lugar que no contaba con las debidas seguridades; sin la presencia de persona que pudiera brindar los primeros auxilios en caso de materializarse los riesgos inherentes a esa actividad; todo ello unido a la falta de idoneidad de quien dirigía la práctica para brindar las instrucciones eficaces para evitar tales riesgos o para confrontarlos. Es claro que la institución educativa era garante de la seguridad de la menor Omaira Ossa, en cuanto fue quien programó la actividad deportiva en el horario de clases y que obró con total desconocimiento de los deberes que esa posición le imponía, porque hubo negligencia en la programación de la actividad, dado que el profesor responsable de la misma ni siquiera se cercioró de las condiciones que ofrecía la piscina, contentándose simplemente con la afirmación de algunos alumnos, menores de edad, con edades entre 14 y 15 años, a quien no podía exigírseles la previsión que no tuvo el docente; porque no se disponía ni de personal, ni elementos idóneos para brindar los primeros auxilios en caso de accidente. Fue tal la negligencia de la entidad demandada que sometió a los alumnos a un riesgo mayor al propio de esa actividad recreativa, al llevarlos a una piscina que no contaba con las más mínimas condiciones de higiene y seguridad, dado que según la descripción que de la misma hicieron los testigos, ésta era: oscura, de cemento, no tenía filtros, sólo se lavaba cada ocho días con cepillo; en ella permanecían depositadas las basuras que cayeran en la misma en ese lapso y que en caso de que lloviera para poder ver a una persona que se hallara en el fondo había que vaciarla.”

**c. El hecho de que la menor de edad supiera o no nadar, no es relevante al momento de establecer la responsabilidad de la Administración, toda vez que la niña debía atender las instrucciones dadas por su profesor, quien sí se encontraba en el deber prever los riesgos que entrañaba la actividad programada y en consecuencia, adoptar las medidas tendientes a conjurarlos.**

**Extracto:** “Considera la Sala que no son atendibles las razones expuestas por la entidad para solicitar su exoneración. Como ya se señaló se trataba de jóvenes aún de muy corta edad, que apenas había superado su niñez y que por lo tanto, no les era exigible un grado máximo de previsibilidad; además, el daño no se produjo por hecho imputable a la propia víctima, sino, se insiste, la causa eficiente del daño fue la decisión del educador de llevarlos a esa práctica deportiva, decisión a la cual no podía escapar la alumna, so pena de verse incurso en las sanciones académicas establecidas. En pocos términos, no era la alumna, sino el plantel educativo el que tenía la dirección y control de la actividad y por lo tanto, sólo al responsable de dicho plantel le es atribuible la muerte de la menor. El hecho de que Omaira Ossa supiera o no nadar, no resulta relevante para la decisión del caso concreto, porque aún personas con las mayores destrezas o habilidades en esa práctica deportiva pueden sufrir accidentes y es por ello que para dicha práctica debe contarse con elementos y personas que de manera eficaz puedan confrontar esos riesgos o prestar asistencia médica inmediata. A esto se añade que las condiciones de higiene de la piscina no permitían una adecuada observación de los alumnos que estaban nadando, circunstancia que incrementaba aún más tales riesgos, imputables, se reitera, a la entidad demandada y no a la propia víctima.”

[Sentencia de mayo 11 de 2011. Exp. 05001-23-26-000-1994-00928-01 \(18279\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

11. El Consejo de Estado decide inaplicar -artículo 4 C.P.- la decisión de disolución de Ecosalud S.A., adoptada el 29 de julio de 1996 por su Consejo Directivo -decisión contenida en el Acta 004 de esa fecha- al encontrarla contraria al artículo 336 de la Constitución.

**Síntesis del caso:** Se solicitó la declaración de nulidad de la Resolución 0799 de mayo 20 de 1999, proferida por Ecosalud S.A., mediante la cual se ordenó la apertura de la Convocatoria Pública 004 de 1999, tendiente a otorgar los derechos de explotación del juego de suerte y azar “Cuatro Cifras” en operación manual, en todo el territorio nacional. Ello con fundamento en que para la fecha de expedición del referido acto administrativo, la Asamblea General Extraordinaria de accionistas de Ecosalud S.A., ya había acordado su disolución.

a. Ecosalud S.A., como entidad descentralizada indirecta perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, no podía ser disuelta anticipadamente por la simple voluntad de sus socios, dada la función administrativa que desempeñaba, identificada con las actividades de explotación de los monopolios rentísticos, asunto reservado al legislador por expreso mandato constitucional - artículo 336 C.P.-.

**Extracto:** “La sociedad pública [Ecosalud S.A.] conformada a partir de la autorización legal contenida en los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, no podía -sin infringir abiertamente la Constitución- ser disuelta anticipadamente por la simple voluntad de sus asociados, en tanto allí se le atribuyó la explotación económica, directamente o a través de terceros, éstos últimos en calidad de operadores del arbitrio rentístico a favor de la Nación, consistente en la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes entonces existentes. El objeto social de esta entidad descentralizada indirecta no era simplemente el cumplimiento de actividades comerciales e industriales, sino la administración y explotación del monopolio rentístico previsto en la ley. Por la misma línea la Carta de 1991 ordenó que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos están sometidos a un régimen propio, cuya definición está reservada al legislador, por tanto los socios de Ecosalud S.A. no podían proceder a disolver una sociedad, cuyo objeto estaba determinado por mandatos superiores y -menos aún- hacerlo sin que existiese una entidad que sustituyera el cumplimiento de su objeto constitucional. La potestad organizatoria del Estado, en este caso concreto, supone que la supresión de la entidad así como la creación de su sucedáneo era asunto privativo del legislador. Con otras palabras, el cumplimiento de estos mandatos constitucionales y legales imponía pues una severa restricción a la voluntad de los socios de esa entidad pública, que en otros ámbitos no se encuentra. Habría que agregar que a pesar de estar constituida bajo la forma de una sociedad comercial, Ecosalud no era un simple particular. Se trataba de un organismo integrante de la estructura de la administración pública, del nivel descentralizado, encargado del ejercicio de función administrativa identificada con las actividades de explotación de los monopolios rentísticos.”

b. La supremacía de la constitución se predica también respecto de los negocios jurídicos en tanto normas jurídicas -artículo 4 C.P.-.

**Extracto:** “En tal virtud, la ruptura entre en el Acta 004 de 29 de julio de 1996 del Consejo Directivo de Ecosalud S.A., sesionando en calidad de Asamblea General de Accionistas, en el sentido de ordenar la disolución de Ecosalud y el artículo 336 constitucional es, a juicio de la Sala, ostensible, por lo que no se tiene camino distinto que optar por la disposición constitucional, en acato a la regla prevista en el artículo 4 de la Constitución Política. Este precepto constitucional retoma la ya centenaria institución del derecho colombiano con arreglo al cual se impone la aplicación constitucional preferente aún frente a disposiciones estatutarias de sociedades públicas y sus reformas, como en el caso sometido a estudio de la Sala, cuando quiera que éstas en tanto normas jurídicas (*lex contractus o lex inter partes*, art.1602 C.C.) resulten incompatibles con la Carta. De



acuerdo con la teoría normativa del negocio jurídico, éste al igual que la ley es fuente de derecho objetivo, en tanto los particulares tienen el poder de crear normas jurídicas. La Corte Suprema de Justicia de vieja data ha puesto de presente que el postulado de la normatividad de los actos jurídicos se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él. Y como ya se indicó la disolución proveniente de decisión de los asociados se sujeta, con arreglo a lo prescrito por el artículo 219 del C.Co., a las reglas previstas para la reforma del contrato social. Se trata, entonces, claramente de una disposición contractual que constituye ley para los asociados. Si el artículo 4 superior perentoriamente pregona la supremacía de la Constitución en tanto fuente del ordenamiento jurídico y si la Constitución como norma de normas define nuestro sistema de fuentes -y como tal es la primera de las normas de producción- (Kelsen), es claro que dicho mandato no sólo se predica de leyes o de normas jurídicas proferidas por autoridades regulatorias, sino también de disposiciones societarias (los contratos son leyes para las partes) incluso si su ámbito es *prima facie* restringido. En consecuencia, si una decisión adoptada por los accionistas en una asamblea general (sea una sociedad privada, pública o mixta) repugna -como sucede en el sub examine- con lo dispuesto por la Carta Política, se impone la aplicación de esta última. La oposición grave u ostensible de un negocio jurídico no puede pasar inadvertida para el juez, quien en eventos como éste debe recurrir a lo prescrito en el artículo 4 superior y así garantizar la unidad y coherencia del sistema de fuentes, que imprime la Constitución. El principio *pacta sunt servanda* que subyace como pivote de las relaciones jurídicas contractuales no puede esgrimirse como fuente de derecho, cuando en forma abierta desafía mandatos superiores contenidos en la Carta. En consecuencia, para la Sala en este caso habrá de inaplicarse la reforma estatutaria adoptada en la asamblea general de accionistas en cita para, en su lugar, dar aplicación a la Constitución Política.

[Sentencia de 27 de abril de 2011, Exp. 11001-03-26-000-1999-00045-01\(16763\), MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**12. Se declara la responsabilidad parcial del Estado, por la falta de previsión y de medidas de seguridad en la organización de espectáculos públicos.**

**Síntesis del caso:** El 9 de agosto de 1998, en el municipio de San Lorenzo (Nariño) falleció un particular al ser atropellado por una motocicleta que participaba de una competencia de velocidad, auspiciada por dicho ente territorial con colaboración de la Policía Nacional, frente a la cual no se adoptaron las medidas de seguridad pertinentes.

**a. La Administración compromete su responsabilidad a título de falla del servicio, cuando se producen daños como consecuencia de falencias en la organización de espectáculos públicos.**

**Extracto:** “Así pues, debido a la improvisación de la aludida competencia de motocicletas, no fue posible planificar y menos adoptar medida de precaución y/o seguridad alguna tendiente a garantizar la vida e integridad tanto de los espectadores como de los competidores, como por ejemplo realizar el despeje de los vehículos automotores que se encontraban parqueados en la vía por donde se iba a desarrollar la competencia, no se instalaron vallas ni cintas de seguridad que impidieran el paso de los peatones a la vía, máxime si se tiene en cuenta que los vehículos en competencia podían alcanzar velocidades superiores a los 120 kilómetros por hora; la única medida en ese sentido fue la persuasión realizada por los pocos efectivos policiales para tratar de impedir el paso de los espectadores a la vía, no obstante la cantidad de agentes de la Policía en la localidad resultaba insuficiente para controlar de manera adecuada a los concurrentes al espectáculo público. (...) Por consiguiente, dicha falla en el servicio, derivada de las mencionadas omisiones, comprometen la responsabilidad de las entidades demandadas respecto del daño por cuya indemnización se demandó y, en consecuencia, generan para ellas la consecuente obligación de repararlo.”

b. Si se establece que la culpa de la víctima es concausa del daño, se impone la reducción del monto de la indemnización, en la proporción de su participación.

**Extracto:** “(...) para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (...) Ahora bien, en relación con la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, en el caso sub examine, si bien es cierto que se configuró una falla en el servicio, también lo es que la conducta imprudente de la víctima contribuyó a la producción del resultado, de suerte que la condena impuesta por el a quo en la sentencia impugnada efectivamente debía reducirse en un 50%. (...) Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible con fundamento en el concurso del hecho de la víctima responde a una razón de ser específica, es decir, que la víctima hubiere contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte del perjuicio no deviene antijurídico y, por ende, no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable.”

c. El carácter compensatorio del perjuicio moral implica que su tasación la lleva a cabo el juzgador en su prudente juicio, con fundamento en las circunstancias de cada caso.

**Extracto:** “La tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la aflicción y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.”

[Sentencia de abril 7 de 2011. Exp. 52001-23-31-000-1999-00518-01 \(20750\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

## SECCIÓN CUARTA

1. a) La sobretasa al consumo de gasolina nace en el momento en que se enajena el combustible, enajenación que comprende el propósito de consumo en un determinado lugar

Se decide la legalidad de los actos administrativos que determinaron oficialmente la sobretasa al consumo de gasolina motor por los periodos gravables 8 al 12 de 2002 y 1 al 8 de 2003 dentro del Distrito Capital por las ventas efectuadas por la actora como distribuidora mayorista de gasolina motor.

**Extracto:** La sobretasa a la gasolina motor y al ACPM fue autorizada a los municipios, distritos y departamentos por la Ley 488 de 1998 (artículo 117). En el Distrito Capital, para el periodo discutido, la sobretasa estaba prevista en el Decreto 352 de 2002, el cual estableció, de acuerdo con el artículo 118 de la Ley 488 de 1998, el hecho generador. De acuerdo con las anteriores disposiciones, si bien la sobretasa a la gasolina tiene por hecho generador el consumo del combustible, la obligación tributaria surge o se causa no en el momento del consumo sino cuando el distribuidor mayorista, importador o productor enajena el producto al distribuidor minorista o al consumidor final; o cuando el distribuidor mayorista o productor lo retira para su autoconsumo. El legislador previó ese momento de causación porque a partir de allí se sabe en qué lugar se va a consumir el combustible de acuerdo con el despacho que se haga de la gasolina y el destino que tenga. Por eso, es obligación del distribuidor minorista especificar al distribuidor mayorista el destino final del producto, porque es en esa jurisdicción donde se realizará el hecho generador. En todo caso, el impuesto se causa antes de que tenga lugar el consumo de la gasolina, es decir, la obligación tributaria nace en el

momento en que se enajena el combustible, enajenación que comprende el propósito de consumo en un determinado lugar. Por ello, no es necesario que se lleve a cabo el consumo final de la gasolina o el ACPM para que nazca la obligación de declarar y pagar el tributo. Por todo lo anterior, a juicio de la Sala el hecho de que la Administración Distrital hubiera establecido que la gasolina corriente y extra enajenada por la actora a los distribuidores minoristas con destino final: Soacha, se vendió y consumió en Bogotá y la sobretasa fue pagada por los bogotanos, es una circunstancia cuya responsabilidad no puede recaer en cabeza de la sociedad actora, que conforme a las normas de causación, declaración y pago, cumplió con la obligación legal y formal de declarar y pagar el gravamen.

**b) La Causación de la sobretasa al consumo de gasolina está a cargo del responsable de la declaración y pago del tributo y el hecho generador es el consumo de dicho combustible un momento diferente al hecho generador del mismo**

La Ley 488 de 1998 y el Decreto Distrital 352 de 2002 establecen una serie de responsabilidades a diferentes sujetos que participan según el momento del proceso de venta, distribución y consumo de la gasolina motor y del ACPM. Si bien, el hecho generador de la sobretasa es el consumo de esos combustibles y quienes satisfacen la obligación sustancial finalmente son los consumidores, la ley ha previsto un momento de causación diferente al momento en que sucede el hecho generador, de manera que si quien participa en la causación del tributo cumple con su responsabilidad, como en este caso el distribuidor mayorista, no puede la Administración endilgarle una responsabilidad no sólo por un hecho posterior, sino que depende exclusivamente de un tercero, en este caso el distribuidor minorista, que cambió de destino de consumo del combustible y no le informó ese hecho al responsable de la declaración y pago del impuesto dentro de una determinada jurisdicción. Además, como lo ha señalado la Sala en cuanto a la causación y hecho generador del impuesto al consumo de cigarrillos y de licores, no se puede trasladar la causación del tributo al momento en que se verifica *efectivamente* la distribución y el consumo, pues ello contradice la regulación legal del impuesto en cuanto al sistema de liquidación y recaudo del tributo.

[Sentencia de 7 de abril de 2011. Expediente 25000-23-27-000-2006-00994-01\(17780\) M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**2. a) Mientras el contribuyente no demuestre el pago de las obligaciones sobre los ingresos que pretende deducir como causados “fuera del municipio”, serán gravados en el territorio donde se presentó la declaración**

Se decide la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales el Municipio de Santiago de Cali incrementó la base gravable del ICA declarado por el año gravable 2003, con el consecuente aumento del impuesto e imposición de sanción por inexactitud.

**Extracto:** El artículo 32 de la Ley 14 de 1983 coincide en su texto con los artículos 195 del Decreto 1333 Código de Régimen Municipal y 1° del Acuerdo Municipal N° 035 de 1985, que para la ciudad de Cali ordena: “El impuesto de Industria y Comercio y su complementario de Avisos y Tableros recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan o realicen directa o indirectamente en el municipio de Santiago de Cali, por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos”. A su vez el Decreto 3070 en su artículo 1° ordena a todos los sujetos pasivos del ICA, llevar registros contables separados por cada municipio donde ejerzan actividades industriales, comerciales y de servicios con el fin de establecer claramente la base gravable en cada uno de ellos, y, el artículo 28 del Acuerdo 035 permite deducir los ingresos obtenidos en territorio diferente, siempre que se acredite “Haber pagado los impuestos de industria y comercio fuera de Cali...” De acuerdo con dichas normas, avaladas por jurisprudencia de la Sala, mientras el contribuyente no demuestre el pago de las obligaciones sobre los ingresos que pretende deducir como causados “fuera del municipio”, serán

gravados en el territorio donde se presentó la declaración analizada. Es claro que la normativa separa cada una de las actividades de las que se deriva el ingreso gravado con ICA y para ello, define la “Actividad Industrial” en los artículos 34 de la Ley 14 de 1983 y 2° del Acuerdo 35 de 1995 y la diferencia de la “Actividad Comercial”, definida por los artículos 35 de la misma Ley y 3° del Acuerdo 035 de Cali.

**b) Sólo la diligencia de inspección tributaria exige que se suscriba y se de traslado de un acta**

Es claro que las normas citadas exigen la elaboración de un Acta que cierre la Inspección Tributaria, dentro de la cual puede estar incluida, aunque no necesariamente, la inspección contable, y que dicha acta se incorpore a los actos administrativos, o se dé traslado de ella al contribuyente. No obstante, este no es el caso, ya que no fue practicada inspección tributaria alguna, sino que, mediante auto de verificación se revisó la documentación, se ordenaron los cruces con terceros y se recaudaron las pruebas pertinentes, procedimiento autorizado por la normativa vigente, tanto nacional como municipal. Por lo anterior, no era procedente suscribir ni dar traslado de acta alguna, ya que esta exigencia solo es obligatoria cuando se ha ordenado Inspección Tributaria.

[Sentencia del 3 de marzo de 2011. Expediente 76001-23-31-000-2008-00488-01 \(18409\) M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**3. a) La adición de ingresos por consignaciones bancarias procede cuando existe indicios graves de la existencia de valores propios consignados en cuentas**

Se estudia la legalidad de los actos que modificaron la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al quinto (5) bimestre de 2000, y le determinó la suma de \$1.333.031.444 por impuesto y una sanción por inexactitud de \$ 59.181.400.

**Extracto:** Del artículo 755 del Estatuto Tributario antes de ser modificado por la Ley 863 de 2003 se infiere que dentro de los presupuestos para que aplique la presunción legal allí prevista, está referida a la existencia de indicios graves de los cuales pueda deducirse que los valores consignados en cuentas propias, cuentas de terceros o en cuentas no registradas en la contabilidad, corresponden a ingresos derivados de operaciones realizadas por el contribuyente, esto es, a ingresos propios. Las cuentas bancarias a que se refiere la Administración de Impuestos son aquellas que figuran a nombre del contribuyente y utilizadas para consignar sus propios ingresos pero que no corresponden a las registradas en la contabilidad, estando obligado. Esta presunción admite prueba en contrario y la demandante en la instancia jurisdiccional no aporta pruebas que desnaturalicen o dejen sin sustento el acervo probatorio recopilado por el ente fiscal para la aplicación de la presunción.

**b) Solo cuando la contabilidad goce de veracidad y exactitud en los valores declarados los documentos privados no requieren ser autenticados para ser valorados por la administración**

La Administración o el interesado podrán recolectar o aportar los medios de prueba a su alcance o de los terceros con los que efectuó las transacciones que consideren conducentes para llevar al convencimiento de la existencia o no de dicha obligación, correspondiéndole al funcionario competente estimar el valor probatorio correspondiente. Señala el demandante que en su decisión, la Administración no aplicó lo dispuesto por el Decreto 2150 de 1995, mediante el cual se prohíbe a las autoridades administrativas exigir autenticación en los documentos. El Decreto 2150 de 1995, suprime y reforma normas, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Entre las supresiones se encuentra la prohibición para exigir los documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente. Lo anterior significa, que no es posible con base en el Decreto 2150 de 1995 exigir documentos autenticados, pero no se puede dejar de lado lo dispuesto por el artículo 767 del Estatuto Tributario. Según la norma, para que un documento privado, tenga valor probatorio, debe presentarse previamente ante notario público o ante otra autoridad administrativa, y sólo será legítimo a partir de la fecha en que conste dicha presentación. De acuerdo con los documentos aludidos por el demandante, a través de los cuales pretende probar unos hechos que fueron desvirtuados con la inspección tributaria, cruce de información con terceros,

diligencia de registro en las instalaciones de la empresa y con el informe de la Fiscalía General de la Nación, la Sala considera que solo podrían ser valorados por la Administración sin el requisito de la autenticidad cuando la contabilidad goce de veracidad y exactitud en los valores declarados, para el caso en el impuesto sobre las ventas del quinto (5) bimestre de 2000, es decir constituye medio de prueba fehaciente. No obstante, como quiera que en el caso concreto no puede predicarse la idoneidad de la contabilidad, correspondía al demandante cumplir con las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil

**Sentencia de 24 de marzo de 2011. Expediente 66001-23-31-000-2005-00804 - 01 (16481) M.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

**4. a) No proceden los beneficios fiscales por donaciones cuando éstas se utilizan en forma fraudulenta para beneficiar a los donantes**

Se analiza el régimen tributario aplicable a las entidades sin ánimo de lucro y si el Club Deportivo UNAB cumple los requisitos para que el beneficio neto o excedente reciba el tratamiento de exento.

**Extracto:** La Sala advierte que el demandante participó en las transacciones anotadas, con el único fin de ir en contra de los intereses del fisco. Pero si ello no fuera suficiente, las sociedades Terpel de Occidente, Sociedad Portuaria de Barranquilla, Cañaveral S.A., Grasas Inversiones S.A., Protabaco, Terpel de la Sabana, Supertiendas y Droguería Olímpica, Terpel del Norte, Terpel de Bucaramanga, Planta Terminal Dist. Productos de Petróleo, Casa Luker, Oleaginosas Las Brisas S.A., Terpel Antioquia y Terpel del Sur, tuvieron derecho a deducir de la renta el 125% del valor de la donación, y con la compra y venta de los TIPS, como se anotó, una utilidad exenta del impuesto de renta. Al demandante en esta etapa procesal y dada la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos, le correspondía desvirtuar la afirmación frente a los beneficios improcedentes a favor de los donatarios que planteó la Administración Tributaria. En la demanda no presentó pruebas que sirvieran de respaldo para refutar que las donaciones no se recibieron con el fin de favorecer al grupo de donantes, contrario a lo anterior, la demandada en el transcurso del proceso de determinación, y ahora ante la jurisdicción aportó todas las pruebas que le permiten a esta Sala, afirmar que con las operaciones de compra y venta de TIPS se benefició a los donantes.

**b) La destinación del beneficio neto o excedente debe ser aprobada por la Asamblea antes de la presentación de la declaración de renta**

El término exento indica beneficiado en razón de circunstancias especialmente señaladas por la ley, que para el caso de las entidades sin ánimo de lucro, implica que las actividades estimuladas fiscalmente junto con la destinación del beneficio neto o excedente deben estar previamente aprobadas por la Asamblea u órgano directivo que haga sus veces. Acorde con lo señalado en la norma transcrita, considera la Sala que la destinación total y los plazos adicionales del beneficio neto o excedente deben ser aprobados por la Asamblea General o máximo órgano directivo, previamente a la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del respectivo período gravable en que se obtuvo el beneficio neto o excedente. El legislador exige que la destinación del beneficio neto o excedente sea aprobado previamente a la presentación de la declaración del impuesto, así como que el pago de los aportes parafiscales se efectúe antes de la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable en que se obtuvo el beneficio neto o excedente, es decir, distingue la declaración a la que se refiere. La presentación de la declaración es un deber del contribuyente, en la que se manifiesta la ocurrencia de hechos generadores de la obligación tributaria sustancial. Debe ser presentada cumpliendo las formalidades previstas para cada caso y con el lleno de los requisitos señalados para cada impuesto declarado, conforme lo disponen los artículos 596, 599, 602 y 606 del Estatuto Tributario. El artículo 574 del Estatuto Tributario, en el numeral 1°, establece la obligación de los contribuyentes, de presentar la declaración anual del impuesto sobre la renta y complementarios, cuando de conformidad con las normas vigentes estén obligados a declarar.

**c) Si el libro de actas no fue registrado en la DIAN antes de la ocurrencia de los hechos económicos, no podrá aceptarse para probar situaciones que afectan la determinación del beneficio neto o excedente**

En cuanto al Libro de Actas, registrado en las oficinas de la DIAN el 28 de febrero de 2005, se precisa, que cuando la Ley así lo exija, para que puedan servir de prueba los libros deben estar registrados previamente a su diligenciamiento, ante las autoridades competentes en el lugar del domicilio principal. (Código de Comercio -Decreto 2649/1993). Según el artículo 9 del Decreto 124 de 1997, para todos los contribuyentes sometidos al régimen tributario especial, el libro de actas constituye el soporte y prueba de las decisiones tomadas por la Asamblea General, o el órgano directivo que haga sus veces. También ordena que se debe registrar conjuntamente con los demás libros de contabilidad de conformidad con las normas legales. La contabilidad, como el conjunto de procedimientos que revelan la situación patrimonial de un ente económico, que a través de libros debidamente registrados y de comprobantes externos e internos suministra la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de sus negocios ha sido reconocida por la legislación tributaria como medio probatorio a favor del contribuyente, siempre que muestre fielmente los registros y el movimiento de ventas y compras, y que, de otra parte, sea comprensible, útil y en ciertos casos comparable, conforme lo ordena el artículo 4 del Decreto 2649 de 1993, que define dichas cualidades en los siguientes términos: - La información es comprensible cuando es clara y fácil de entender. - La información es útil cuando es pertinente y confiable. - La información es pertinente cuando posee valor de realimentación, valor de predicción y es oportuna. - La información es confiable cuando es neutral, verificable y en la medida en la cual represente fielmente los hechos económicos. - La información es comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes. Dentro de este contexto, si el libro de actas no fue registrado antes de la ocurrencia de los hechos económicos, no podrá aceptarse para probar situaciones que afectan la determinación del beneficio neto o excedente. Por ello, no puede la Sala valorar el Acta No. 5 del 20 de diciembre de 2004, por cuanto su elaboración y registro en la DIAN fue posterior a la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2003.

**d) Los egresos procedentes para la determinación del beneficio neto o excedente son los realizados en el período gravable que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro deben cumplir los presupuestos esenciales, además de los especiales que se establecieron para su procedencia**

Se evidencia del contenido de los artículos 357, 358 y 359 del Estatuto Tributario que se trata de un proceso especial de depuración de la renta, en el cual el resultado final arroja no una renta líquida gravable como lo sería en contribuyentes sometidos al régimen tributario ordinario, sino un beneficio neto o excedente propio de entidades sin ánimo de lucro. Los ingresos a tomar para la determinación del beneficio neto o excedente son los ordinarios y extraordinarios del período gravable, siempre y cuando sean susceptibles de producir un incremento neto en el patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro. En lo que se refiere a los egresos, el artículo 4 del Decreto 124 de 1997, vigente para la época de los hechos investigados, establece que los procedentes son aquéllos realizados en el respectivo período gravable, siempre y cuando cumplan las siguientes condiciones: Que constituyan costo o gasto y tengan relación de causalidad con los ingresos. Los egresos realizados con ocasión de las actividades comerciales deberán ser necesarios y proporcionados de acuerdo con cada actividad. Que los egresos que no tienen relación de causalidad con los ingresos, o que no sean necesarios y proporcionados, se destinen directamente a las siguientes actividades: salud, educación formal, cultura, deporte aficionado, investigación científica o tecnológica, ecología y protección ambiental, o a programas de desarrollo social. Así, causalidad, necesidad y proporcionalidad con las actividades productoras de renta son condiciones *sine qua non* para la procedencia de los egresos y que se rigen por el principio de taxatividad, en cuanto es la propia Ley la que los autoriza, de manera que los conceptos a los que el legislador tributario no les ha dado esa connotación, se entienden excluidos. En conclusión, el reconocimiento de los egresos procedentes

para la determinación del beneficio neto o excedente son los que cumplan las condiciones legales, por lo que, se reitera, que para que procedan, se deben cumplir los presupuestos esenciales, además de los especiales que se establecieron para su procedencia. Significa esto, que los egresos procedentes son aquellos realizados en el período gravable que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro. La relación de causalidad con los ingresos se mide en función de que la entidad sin ánimo de lucro debe incurrir en el egreso con el fin de producir el ingreso, y en función de la realización del objeto mismo.

[Sentencia del 14 de abril de 2011. Expediente 68001-23-31-000-2007-00392-01 \(17872\) M.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. La nulidad de los artículos 3, 4 y 5 del Acuerdo No. 032 de 1998, ni el Acuerdo 088 de 2001 ni el Decreto reglamentario se pueden interpretar en el sentido de que se pretendió desconocer las situaciones jurídicas que se consolidaron en vigencia del Acuerdo anulado, esto es el Acuerdo 32 de 1998 que declaró la Sala en sentencia del 9 de noviembre de 2001, no afectó la validez de las declaraciones bimestrales que por concepto de impuesto de industria y comercio presentó la actora en su oportunidad

Se estudia si la declaración de nulidad de los artículos 3, 4 y 5 del Acuerdo No. 32 de 1998 afectó la validez de las declaraciones bimestrales que por concepto de impuesto de industria y comercio presentó la actora y si, en consecuencia, está obligada a pagar la sanción impuesta por no presentar la declaración anual, en los términos del Acuerdo 088 de 2001 y el Decreto 0125 de 2002, éste último dictado luego de que la actora hubiera presentado las declaraciones bimestrales y pagado el impuesto.

**Extracto:** La Sala considera que la nulidad de los artículos 3, 4 y 5 del Acuerdo No. 032 de 1998, que declaró la Sala en sentencia del 9 de noviembre de 2001, no afectó la validez de las declaraciones bimestrales que por concepto de impuesto de industria y comercio presentó la actora en su oportunidad. En efecto, en la sentencia del 9 de noviembre de 2001, la Sala declaró la nulidad del artículo 3 del Acuerdo 032 de 1998, porque el municipio, al adoptar el impuesto de industria y comercio en su jurisdicción, debió acatar las definiciones de período y base gravable contenidas en la Ley 14 de 1983 y en el Decreto 3070 de 1983. Según la Ley y el Decreto el período gravable del impuesto de industria y comercio es anual. Habida cuenta de que el Acuerdo demandado lo fijó en bimestral, la Sala decidió anularlo. Los efectos de ese fallo son “ex nunc”, esto es hacia futuro, por las siguientes razones: El artículo 4 del Código Civil dispone que “Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. Por eso, el carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar. Cuando se habla de Ley, debe tenerse en cuenta que la Ley puede entenderse en sentido material y en sentido formal. La primera acepción atiende al criterio orgánico, según el cual, ley es aquella regulación expedida por el órgano legislativo. La segunda, atiende al criterio material, según el cual, ley es toda norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos dictada por órganos distintos del legislativo. En ese contexto, el Acuerdo 032 de 1998 es ley en sentido material y, por eso, reguló, en su oportunidad, con carácter general, entre otros aspectos, los atinentes del impuesto de industria y comercio. Ahora bien, todo acto administrativo de carácter general, como acto regla, crea las condiciones para que surjan las situaciones jurídicas particulares y, por eso, el acto general siempre se debe concretar en hechos o en actos jurídicos, entre estos, los actos administrativos particulares que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, por eso mismo, particulares y concretas. En esta medida, los hechos y los actos son la condición para que se aplique la situación general prevista en el acto general y abstracto. En otras palabras, el hecho o acto que beneficia o perjudica a un sujeto jurídico es siempre finalmente el hecho o acto particular, que estará basado en una norma: ley strictu sensu o ley lato sensu. Ni el Acuerdo 088 de 2001 ni el Decreto reglamentario se pueden interpretar en el sentido de que se pretendió desconocer las situaciones jurídicas que se consolidaron en vigencia del Acuerdo anulado, esto es el Acuerdo 32 de 1998 (art. 3). El Acuerdo y el Decreto se deben interpretar como una oportunidad que se otorgó a los contribuyentes para presentar la

declaración y pagar el impuesto en un plazo mayor. De tal manera que, sólo eran aplicables para el que no hubiera cumplido todavía con la obligación fiscal. Por el contrario, si el contribuyente acreditó el cumplimiento de la obligación fiscal, lo pertinente era dar por cumplido el deber y no como lo entendió el Municipio, porque eso implica desconocer de bulto los hechos acaecidos, la fuerza de un acto jurídico del particular realizado al amparo de una norma que se reputaba válida.

**[Sentencia del 23 de febrero de 2011. Expediente 76001 23 31 000 2005 02192 01 \(17139\) M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)**

**6. a) Antes de la expedición del Decreto 807 de 1993 la administración no tenía la facultad para sancionar por no declarar el impuesto de industria y comercio y la administración debía expedir emplazamiento y no un pliego de cargos**

Se establece si la Fundación Cardio Infantil - Instituto de Cardiología es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, o si, por el contrario, se encuentra cobijada por la no sujeción prevista en el literal d) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983. Dependiendo de lo anterior, la Sala establecerá si era procedente imponer a la demandante sanción por no declarar el ICA por las vigencias discutidas, y si para hacerlo debía proferirse previamente un pliego de cargos.

**Extracto:** El artículo 60 numeral 2º del Decreto Distrital 807 de 1993 estableció la sanción por no declarar el impuesto de industria, comercio, avisos y tableros equivalente “al diez por ciento (10%) de las consignaciones o ingresos brutos del período al cual corresponda la declaración no presentada, o al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración presentada por dicho impuesto, la que fuere superior. ” El aparte subrayado fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2000, expediente 10870, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié. Luego, el artículo 60 del Decreto 807 ibídem fue modificado por el Decreto 422 del 22 de junio de 1996, en el que en relación con la sanción por no declarar, fijó su equivalencia en el diez por ciento (10%) de las consignaciones o ingresos brutos del período al cual corresponda la declaración no presentada, o al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración presentada por dicho impuesto, la que fuere superior. Al igual que ocurrió con el artículo 60 del Decreto 807 de 1993, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de noviembre de 2006, expediente 15163, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié, declaró la nulidad del numeral segundo del artículo 60 del Decreto 422 de 1996, por las mismas razones acogidas en la sentencia del 10 de noviembre de 2000. De tal manera que antes de la expedición del Decreto 807 de 1993, la Administración Distrital no contaba con la facultad de sancionar la omisión en la presentación de la declaración tributaria del impuesto de industria y comercio, ya que el Acuerdo 21 del 1983 sólo preveía la práctica de liquidación de aforo y la imposición consecencial de una sanción equivalente al doble del impuesto a cargo. Posteriormente a las declaratorias de nulidad de los artículos 60 del Decreto 807 de 1993 y 422 de 1996, el Concejo de Bogotá, D.C. expidió el Acuerdo 27 del 24 de mayo de 2001, por medio del cual adecuó el régimen sancionatorio en materia impositiva para el Distrito Capital, y en su artículo noveno consagró la sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio, equivalente al al cero punto uno por ciento (0.1%) de los ingresos brutos obtenidos en Bogotá D. C. en el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al cero punto uno por ciento (0.1%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración presentada por dicho impuesto, la que fuere superior; por cada mes o fracción de mes calendario de retardo desde el vencimiento del plazo para declarar hasta la fecha del acto administrativo que impone la sanción. Y, en el caso de no tener impuesto a cargo, la sanción por no declarar será equivalente a uno punto cinco (1,5) salarios mínimos diarios vigentes al momento de proferir el acto administrativo por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, contados a partir del vencimiento del plazo para declarar. El anterior artículo fue recogido por el artículo 33 del Decreto 362 de 2002, por medio del cual se actualizó el procedimiento tributario de los diferentes impuestos distritales. Ahora bien, cabe anotar que no era necesario el pliego de cargos como acto previo a la imposición de la sanción por no declarar, como erróneamente lo consideró la demandante, ya que, conforme al artículo 103 del Decreto 807 de 1993, en concordancia con los artículos 715 y 716 del Estatuto Tributario, en el caso



de la sanción por no declarar, el acto previo es el emplazamiento, sin que la ley hubiera previsto como requisito adicional la expedición del pliego de cargos.

**b) Las actividades de industria y comercio de entidades hospitalarias están sujetas al gravamen de ICA**

La Sala observa que la Administración calculó la sanción a partir del valor de todos los ingresos que recibió la Fundación durante los períodos objeto de discusión, sin discriminar si estos correspondían o no a actividades de salud. Por lo tanto, la liquidación de la sanción por no declarar impuesta en los actos acusados debe ser modificada, en el sentido de excluir de la base los ingresos obtenidos por la prestación de servicios de salud, y mantener los ingresos obtenidos por las demás actividades desarrolladas por la Fundación. Hechas las anteriores precisiones, la Sala considera que el cargo de apelación propuesto por la demandada procede parcialmente, en la medida que, como quedó establecido, la Fundación demandante sí es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, pero no sobre la totalidad de los ingresos que percibió durante los períodos gravables, sino sobre los ingresos que recibió por el desarrollo de actividades industriales y comerciales, distintas a la prestación de servicios de salud. De tal manera que la sanción por no declarar debió calcularse sobre la totalidad de los ingresos gravables, y no sobre la totalidad de los ingresos brutos recibidos por la Fundación.

**c) Las IPS gozan de la exención prevista en el literal d) del numeral 2° del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, en cuanto dispone que no están sujetos al impuesto de industria y comercio “(...) los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud”**

A efectos de garantizar la eficiencia del servicio, del artículo 185 de la Ley 100 de 1993 se deriva que las instituciones prestadoras de servicios de salud deben prestar esos servicios conforme con las reglas de la libre competencia y dentro del mercado de servicios de salud. Precisamente porque se parte del presupuesto de que, además del servicio público de salud, existe un mercado de servicios de salud, el parágrafo de la norma citada dispone que estas instituciones deben contar con un sistema contable que permita registrar los costos de los servicios ofrecidos, independientemente de que se presten en cumplimiento del plan obligatorio de salud. Como puede apreciarse, a diferencia de lo previsto para las entidades promotoras de salud, a las que se les exige manejar en cuentas independientes del resto de rentas y bienes, el ingreso por concepto de la UPC, a las entidades prestadoras de servicios de salud sólo se les exige registrar los costos de los servicios ofrecidos. Lo anterior tiene su razón de ser porque, en estricto sentido, quienes perciben como ingreso la unidad de pago por capitación son las entidades promotoras de salud. No obstante, como las entidades prestadoras de servicios de salud son las que prestan los servicios de salud por encargo de las empresas promotoras de salud, servicios que se retribuyen con la UPC, con sujeción a los mecanismos de pago que para el efecto se pacten, es pertinente concluir que los ingresos que perciben las instituciones prestadoras de servicios de salud, en la medida que fueron destinados a la prestación de los servicios de salud pública, también son ingresos que forman parte de los recursos de la seguridad social. En ese contexto, para la Sala, las IPS gozan de la exención prevista en el literal d) del numeral 2° del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, en cuanto dispone que no están sujetos al impuesto de industria y comercio “(...) los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud”. En ese orden de ideas, la Sala considera que cuando el literal d) del No. 2 del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 dispone que no están sujetos al impuesto de industria y comercio “...los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud”, debe entenderse que en la actualidad se refiere al servicio público de salud cuya prestación debe garantizar el Estado a través de las instituciones que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral y, especialmente, de las empresas promotoras de salud y de las instituciones prestadoras de servicios de salud, en ambos casos, de naturaleza pública, privada o mixta, en desarrollo del plan obligatorio de salud.

[Sentencia del 3 de marzo de 2011. Expediente: 25000-23-27-000-2007-00243-01\(17459\) M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**7. a) El demandante puede aportar con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pruebas diferentes a las presentadas ante la Administración o que no fueron practicadas por ésta**

Se determina si es procedente la adición de ingresos, si se deben aceptar las deducciones por salario, por arrendamiento y por intereses y demás gastos financieros y si la imposición de las sanciones por inexactitud y por irregularidades en la contabilidad se ajustó a derecho.

**Extracto:** En primer lugar el hecho de que la actora hubiera allegado con ocasión de la acción contenciosa documentos contables que no fueron presentados ante la Administración y que los mismos hubieran sido tenidos en cuenta tanto por el dictamen pericial como por el Tribunal, no es un hecho que impida valorarlos en el proceso. Como lo ha considerado la Sala reiteradamente, no se pueden descartar las pruebas que han sido decretadas y practicadas debida y oportunamente ante la Jurisdicción, aunque sean diferentes a las recaudadas ante la Administración, o que no fueron practicadas por la misma Administración, pues de lo contrario, sería desconocer el objeto de la Jurisdicción y la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La demanda de nulidad y restablecimiento de derecho debe contener, entre otros aspectos, la petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer, conforme con el artículo 137 [5] del Código Contencioso Administrativo. Si las pruebas están en su poder, las debe acompañar con la demanda según lo establece el artículo 139 ibídem. Es decir, las pruebas que solicitan los demandantes en la demanda y que son decretadas por el Tribunal, son regular y oportunamente allegadas al proceso, de manera que deben ser valoradas por el juzgador al momento de decidir, conforme con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo. En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho una de las posibilidades con las que cuenta el administrado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, es aportando nuevas o mejores pruebas que las arrimadas en sede administrativa, pues legalmente no existe ningún impedimento para que no se puedan estimar pruebas diferentes a las valoradas por la Administración. Además, es carga de las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (artículo 177 Código de Procedimiento Civil).

**b) El indicio en contra del contribuyente por la no presentación de los libros de contabilidad requiere que la Administración los haya solicitado y éste no los haya presentado**

Si bien es cierto, el artículo 781 del Estatuto Tributario dispone que el contribuyente que no presente sus libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad cuando la administración lo exija, no podrá invocarlos posteriormente como prueba en su favor y tal hecho se tendrá como indicio en su contra y que se desconocerán los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos, salvo que el contribuyente los acredite plenamente, sobre el alcance de esta disposición, la Sala ha señalado que para que tal indicio tenga ocurrencia se requiere que la Administración haya exigido la presentación de libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad en relación con costos, deducciones, descuentos o pasivos que se estén investigando, y que el contribuyente no los hubiera presentado. La consecuencia es el desconocimiento de los conceptos correspondientes. Sin embargo, la norma establece que no se desconocerán si el contribuyente los acredita plenamente. En este caso la demandada no demostró que esos elementos probatorios fueron requeridos o exigidos por la Administración y la sociedad no los hubiere aportado. Como lo dijo la Sala en sentencia del 30 de abril de 2009, la prohibición de invocar esos documentos posteriormente como prueba a favor del contribuyente, se refiere a una conducta evasiva del mismo, la cual no se probó que se hubiera dado. Es más, según el Acta parcial de visita de inspección tributaria del 13 de abril de 2005, los funcionarios visitantes verificaron el contrato de arrendamiento del local 314 y los comprobantes de egreso.

**c) No hay lugar a rechazar la deducción por gastos de arrendamiento porque el contrato no está autenticado en el mismo año de la solicitud de la deducción**

El requisito que exigió la DIAN de que el mencionado contrato tuviera una fecha de autenticación en el mismo año de la solicitud de la deducción, es una exigencia no prevista legalmente para la procedencia del gasto, ni para la validez de un contrato de arrendamiento. Además, según la liquidación de revisión, para el rechazo de este concepto la DIAN se remitió a los mismos fundamentos para el rechazo expuesto en la glosa de intereses y demás gastos financieros, en el que citó los artículos 632 y 771-2 del Estatuto Tributario, sin embargo de estas normas no se desprende la obligación pretendida por la DIAN. En efecto, el artículo 632 del Estatuto Tributario, consagra la obligación de los contribuyentes de conservar informaciones y pruebas para efectos del control de los tributos por un término mínimo de cinco años y el artículo 771-2 ibídem, dispone que para la procedencia de costos y deducciones se requiere de facturas con el cumplimiento de los requisitos legales. Además la demandada en el recurso de apelación señaló que el fundamento legal del rechazo fue el artículo 283 del Estatuto Tributario, sin embargo esta norma no es aplicable a la presente partida pues establece los requisitos para la aceptación de las deudas, concepto muy diferente al pago de un contrato de arrendamiento.

**d) La falta de prueba sobre la realización de los costos da lugar a la sanción por inexactitud**

En relación con la interpretación de esta norma, la Sección había sostenido de manera reiterada que ni por controversias de interpretación, ni por falta de pruebas era pertinente aplicar la sanción. Que si los rechazos obedecían a falta de prueba -contable o no- o a defectos formales en su comprobación debía hacerse un examen analítico y probatorio y establecerse la falsedad, inexistencia, simulación, etc., de los costos, gastos y demás partidas objeto de glosa oficial, puesto que entre otros, la sanción estaba prevista en el evento de que el contribuyente solicitara costos, deducciones, pasivos, etc., en los que no hubiera incurrido efectivamente de los cuales derivara un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor. Sin embargo, recientemente la jurisprudencia de la Sala ha tenido por criterio que la falta de prueba sobre la realidad y procedencia de las partidas declaradas no es motivo para no aplicar la sanción por inexactitud. En efecto, en sentencia del 28 de junio de 2010, la Sala consideró que la falta de prueba sobre la realización de los costos, significaba la inclusión en la declaración de costos inexistentes que daban lugar a un menor impuesto a pagar, conducta que era sancionable en virtud del artículo 647 del Estatuto Tributario. Así mismo, mediante sentencia del 19 de agosto de 2010, la Sala señaló que generaba la sanción por inexactitud la conducta del contribuyente de incluir en la declaración, como deducciones, partidas frente a las cuales no se demostró su realidad y procedencia, que afectaron la base gravable y dieron lugar a un menor impuesto a cargo. En esa oportunidad advirtió que no era necesario que la Administración estableciera que los gastos fueron irreales, pues lo cierto era que fueron solicitados como deducción, sin demostrar su procedencia; máxime cuando correspondía al contribuyente desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos. Posteriormente, en el caso fallado en la sentencia del 14 de octubre de 2010, la Sala estableció que ni en sede administrativa ni judicial la sociedad demandante había logrado respaldar contablemente la existencia de un pasivo registrado en la cuenta PUC 2355, no obstante el requerimiento de la DIAN. Que en ese contexto, se concluía que, de conformidad con el artículo 647 del E.T., era procedente la sanción por inexactitud impuesta por la DIAN, por haberse incluido en la declaración pasivos inexistentes. La anterior posición jurisprudencial guarda correspondencia con la sentencia C-571 de 2010 por medio de la cual, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “*datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurado*” contenida en el artículo 647 del Estatuto Tributario

**e) Cuando no se puede probar la realidad de los ingresos procede la sanción por irregularidades en la contabilidad**

Según los actos demandados, la DIAN impuso la sanción porque se dieron las siguientes causales del artículo 654 del Estatuto Tributario: “d) Llevar doble contabilidad e) No llevar los libros de

contabilidad en forma que permitan verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones”. Y con base en el artículo 655 del mismo estatuto, señaló que sin perjuicio del rechazo de los costos, deducciones y demás conceptos que carezcan de soporte en la contabilidad, o que no sean plenamente probados de conformidad con las normas vigentes, aplicó la sanción por libros de contabilidad del medio por ciento (0.5%) del Para la Sala, la decisión del Tribunal se confirmará, pues de la contabilidad de la actora no se pudo establecer la realidad de los ingresos obtenidos por la venta de divisas, sino que fue necesario determinarlos con base en los testimonios de las sociedades que compraron las divisas. El artículo 654 en su literal e) establece como causal para la imposición de la sanción que no se lleven los libros de contabilidad en forma que permitan verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos, que fue precisamente lo que ocurrió en relación con los ingresos de la sociedad. La norma no establece la obligatoriedad de demostrar por parte de la Administración la responsabilidad subjetiva del agente o la culpabilidad, como lo pretende la sociedad. Este caso se trató de la existencia de una contabilidad que no cumplió con los requisitos legales de suministrar, para efectos tributarios, específicamente para el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2002, la historia clara, completa y fidedigna de los negocios de la sociedad en cuanto a los ingresos por venta de divisas, como factor necesario del impuesto, como lo ordenan las normas legales (artículos 48 y 50 del Código de Comercio). Para la Sala, la decisión del Tribunal se confirmará, pues de la contabilidad de la actora no se pudo establecer la realidad de los ingresos obtenidos por la venta de divisas, sino que fue necesario determinarlos con base en los testimonios de las sociedades que compraron las divisas. El artículo 654 en su literal e) establece como causal para la imposición de la sanción que no se lleven los libros de contabilidad en forma que permitan verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos, que fue precisamente lo que ocurrió en relación con los ingresos de la sociedad. La norma no establece la obligatoriedad de demostrar por parte de la Administración la responsabilidad subjetiva del agente o la culpabilidad, como lo pretende la sociedad. Este caso se trató de la existencia de una contabilidad que no cumplió con los requisitos legales de suministrar, para efectos tributarios, específicamente para el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2002, la historia clara, completa y fidedigna de los negocios de la sociedad en cuanto a los ingresos por venta de divisas, como factor necesario del impuesto, como lo ordenan las normas legales (artículos 48 y 50 del Código de Comercio).

[Sentencia del de febrero de. Expediente 25000-23-27-000-2007-00164-01 \(17708\) M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**8. a) EN LAS TERMOCÉLICAS, LOS PAGOS POR TASAS AMBIENTALES RETRIBUTIVAS Y COMPENSATORIAS SON DEDUCIBLES EN EL IMPUESTO DE RENTA RENTA POR CONSTITUIR COSTO O DEDUCCION RELACIONADO DIRECTAMENTE CON LA GENERACION O COMERCIALIZACION DE ENERGIA**

Se decide sobre la legalidad de la determinación oficial del impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la sociedad TERMOFLORES S.A. E.S.P. por el año gravable de 2002. Concretamente se analizará si son procedentes los costos y deducciones declarados por concepto de los pagos de las contribuciones a la CRA, al DADIMA, al FAZNI, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y al Ministerio de Minas; si proceden las deducciones solicitadas por la actora que no están respaldadas con facturas, y si procede la sanción por inexactitud reducida.

**Extracto:** En la sentencia del 27 de octubre de 2005 consideró que los pagos realizados a la Corporación Autónoma Regional del Atlántico y al Departamento Administrativo del Medio Ambiente del mismo departamento constituían un costo o erogación directamente relacionado con la actividad que desarrollaba la sociedad (generación y comercialización de energía) y, por lo tanto, también cumplían los presupuestos del artículo 107 del E.T. para ser considerados como expensas necesarias. Lo anterior porque tales contribuciones tenían origen en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Decreto 1933 del 4 de agosto de 1994 cuyos supuestos normativos cumplía la sociedad. En el presente caso, los pagos efectuados por la actora correspondieron a las tasas

retributivas y compensatorias consagradas en los artículos 42 y 66 de la Ley 99 de 1993, y para aceptarlos como deducción se sigue el criterio expuesto. Tales erogaciones tienen por objeto resarcir de algún modo “la utilización directa o indirecta de la atmósfera, el agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas”. También pretenden compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables. La sociedad demandante tiene por objeto social la generación y comercialización de energía eléctrica. En consecuencia, los pagos de las tasas en mención encuadran dentro de los presupuestos de las expensas necesarias, según lo previsto en el artículo 107 del E.T. pues están relacionados con el objeto social de la misma y resultan indispensables para la actividad que realiza.

**b) LOS PAGOS DE LAS CONTRIBUCIONES A LA CREG Y A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS SON DEDUCIBLES EN RENTA EN SU CALIDAD DE APORTES PARAFISCALES POR CONSTITUIR EROGACIONES OBLIGATORIAS**

Ahora bien, en cuanto a los pagos de las contribuciones a la CREG y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, la Sala acoge el criterio expuesto en la sentencia del 13 de octubre de 2005, reiterada en varias oportunidades, que analizó la deducibilidad del pago de la contribución a la Superintendencia de Sociedades. La Sala ha considerado que tales contribuciones son aportes parafiscales porque están dirigidos a un grupo o sector socio-económico representado por las sociedades comerciales sometidas a su vigilancia y control, y aunque son tributos obligatorios no participan de las características de las tasas ni de los impuestos. Estas contribuciones están destinadas a brindar servicios o beneficios especiales a las sociedades obligadas al pago, y lo recaudado no entra a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Conforme con el criterio expuesto, las contribuciones parafiscales cumplen los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, como quiera que hacen parte de los egresos que por disposiciones legales son de carácter obligatorio y los deben asumir las personas jurídicas. En consecuencia, forman parte de los gastos por administración de los entes económicos. Si bien no tienen una relación directa con el ingreso obtenido en desarrollo de su actividad, puesto que para obtenerlos no se requiere de su pago, es evidente que sí forman parte de las expensas necesarias que a manera de gasto o deducción deben cumplir los entes económicos. Las anteriores razones permiten concluir que el pago de las contribuciones señaladas guarda relación de causalidad con la actividad productora de renta de la actora, esto es, con el objeto social de la contribuyente como generadora y comercializadora de energía eléctrica, ya que forma parte de las expensas necesarias que a manera de gasto o deducción debe asumir conforme a los artículos 85 de la Ley 142 de 1994; 42 y 66 de la Ley 99 de 1993 y 81 de la Ley 633 de 2000. Es decir, se da la relación entre la causa (gasto) y el efecto (producción del ingreso o de la renta).

**c) LAS CUENTAS DE COBRO, CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO, COMPROBANTES DE EGRESO Y LAS ORDENES DE PAGO NO SON ACEPTABLES COMO PRUEBA DE LOS COSTOS Y DEDUCCIONES AL ESTAR PREVISTO PARA ELLO LA FACTURA CON REQUISITOS LEGALES**

Para el Tribunal, como las cuentas de cobro, los contratos de arrendamiento, los comprobantes de egresos, las órdenes de pago y las facturas electrónicas contenían toda la información que señalaba el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, como nombre del vendedor, identificación, descripción de los bienes o servicios, fecha de operación y valor, se debían aceptar como prueba de las deducciones y, además, porque estaba probada la realidad del pago con los comprobantes de egreso. Para la Sala el Tribunal no debió aceptar estas partidas, porque para la procedencia de los costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, el artículo 771-2 del estatuto Tributario señala que se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) del artículo 617 del Estatuto Tributario. Que cuando no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que pruebe la respectiva transacción que da lugar a costos, deducciones o impuestos

descontables, deberá cumplir los requisitos mínimos que legalmente se establezcan. Por su parte, el artículo 618 ibídem, modificado por la Ley 488 de 1998, establece la obligación a cargo de los adquirentes de bienes corporales muebles o de servicios, de exigir las facturas o documentos equivalentes y de exhibirlas cuando el fisco las exija. En estos casos, en que no es obligatorio expedir factura, el artículo 3 del Decreto 3050 de 1997 dispuso que el documento soporte es el expedido por el vendedor o por el adquirente del bien y/o servicio, y que debe contener: apellidos y nombre o razón social y NIT de la persona o entidad beneficiaria del pago o abono; fecha de la transacción; concepto; valor de la operación, y discriminación del impuesto generado en la operación, para el caso del impuesto sobre las ventas descontable. Tales requisitos no se aplican para la procedencia de impuestos descontables correspondientes a la retención asumida en operaciones realizadas con responsables del impuesto sobre las ventas del régimen simplificado. De acuerdo con las disposiciones citadas y en relación con el requisito de las facturas para la procedencia de los costos y deducciones, la Sala ha considerado que no es una mera formalidad. Lo anterior por cuanto esta exigencia tiene como finalidad, no sólo servir de fuente de información para el control del recaudo de los impuestos, sino para establecer, con certeza, la existencia y transparencia de las transacciones económicas que dan lugar a las deducciones. De acuerdo con lo anterior, como lo ha considerado la Sala, la norma establece una tarifa legal probatoria, de manera que para la procedencia de los costos y deducciones solicitados por un contribuyente debe presentarse la factura que los respalde. Para la Sala, la exigencia del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, no significa una interpretación literal de la norma en perjuicio de los contribuyentes, o que una duda probatoria se hubiera resuelto a favor del fisco, pues como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia mencionada, la exigencia constituye un presupuesto para la configuración de un derecho sustancial y no una mera formalidad. De manera que si la deducción o costo no está respaldado con una factura que reúna los requisitos previstos en la norma, en el caso en que ésta deba expedirse, el contribuyente no tiene derecho a la deducción solicitada, no porque se considere inexistente, sino porque no goza de la prerrogativa para solicitarla.

[Sentencia del 27 de enero de 2001, Expediente 25000-23-27-000-2006-01323-01-16890. M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Aclaración de voto del Dr. Hugo Fernando Bastidas](#)

**9. a) EN LOS CONTRATOS JOINT VENTURES DE TELECOM LA DIAN DEBE RESPETAR LAS CONSECUENCIAS FISCALES DE LOS PACTOS PRIVADOS Y NO PRETENDER EXIGIR QUE DECLARE COMO INGRESOS LOS RECIBIDOS POR LAS ASOCIACIONES CON LOS CUALES SUSCRIBIO CONTRATOS**

Se decide sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la DIAN modificó la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, por el año gravable de 1999. Concretamente la Sala analizará, si procede la adición de ingresos por los contratos de Joint Venture que el Tribunal anuló; si son procedentes las deducciones por diferencia de renta presuntiva, por amortización de diferidos y por timbre pagado, que el Tribunal aceptó, y si son procedentes las sanciones por libros de contabilidad y por inexactitud, que el Tribunal levantó. Y conforme con el recurso de apelación de la parte demandante, la Sala establecerá si es procedente la deducción por amortización de diferidos en la partida que el Tribunal no aceptó.

**Extracto:** Para la Sala la conclusión de la entidad no se encuentra fundamentada jurídicamente, pues, según las estipulaciones contractuales, se observa que además de señalar la fracción de los ingresos que le corresponderían a cada uno, se determinó, también, la forma de establecer la proporción en que las partes contratantes participarían en las utilidades o pérdidas que generara la gestión conjunta, así como la forma de liquidación de las mismas, conforme con el artículo 10 literal c) de la Ley 37 de 1993. Es decir, aunque el contrato no señalara expresamente un porcentaje para el reparto de utilidades, a juicio de la Sala, si estableció los parámetros con los cuales los asociados y Telecom participarían de las utilidades o pérdidas. De acuerdo con lo anterior, para la Sala, la DIAN no podía concluir, con base en el artículo 10 de la Ley 37 de 1993, que los ingresos obtenidos por la prestación del servicio público se entendían percibidos exclusivamente por Telecom. Tampoco podía

dar por sentado que todos los ingresos percibidos por esos contratos fueron exclusivos de la actora, por el hecho de que Telecom fuera el prestador del servicio público y conservara la titularidad con todos los derechos y obligaciones que ello conllevaba, pues en virtud de los convenios esa suposición quedaba desvirtuada, como se vio, en el entendido de que los asociados eran titulares de los ingresos en el porcentaje estipulado. Además, nada tiene que ver que los asociados no intervinieran en la relación jurídica que se creaba entre los usuarios y la entidad estatal, pues se trataba de dos relaciones diferentes que, para efectos fiscales, no tenían ninguna incidencia. La titularidad del prestador del servicio a que se refiere el artículo 10 de la Ley 37 de 1993, en concordancia con el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, se refiere no sólo a la titularidad que el Estado tiene frente a la prestación de los servicios públicos (artículo 365 de la Constitución Política) sino a la responsabilidad que adquiere la empresa frente al usuario, como prestadora del servicio, la cual no puede considerarse extendida a la titularidad y responsabilidad de los impuestos que en cabeza de otras personas o entidades consagra la ley, por la realización de un hecho generador. Para la Sala no es claro cómo los convenios que suscribieron los asociados con Telecom estaban perjudicando los intereses fisco colombiano, puesto que la DIAN no sólo no demostró de qué forma se presentaba este perjuicio, sino que, en todo caso, se vio que cada asociado recibía ingresos con ocasión del desarrollo de los contratos de la prestación de servicio público, y la DIAN podía determinar la realización del hecho generador del impuesto de renta en cabeza de ellos, así como establecer el impuesto a cargo por ingresos de fuente nacional, conforme con el artículo 24 del Estatuto Tributario. Se observa, así mismo, que en los convenios se dejó establecido que “los impuestos, derechos, tasas, contribuciones que se causen con ocasión del contrato estarán a cargo y serán cancelados por la parte que dé origen a los mismos. En caso de que se causen por las dos partes, se asumirán por montos iguales”. No se trata tampoco que la Administración pueda restringir o alterar las consecuencias fiscales de los pactos privados. Para la Sala los hechos económicos realizados en virtud de convenios particulares tienen unos efectos tributarios, que no son negociables ni modificables. Son los que consagra la ley. De manera que si, en este caso, Telecom tuvo unos ingresos en virtud de los convenios suscritos para la prestación del servicio de telecomunicaciones, los cuales estuvieron debidamente contabilizados y probados, no había razón para considerar que debía incluir ingresos que no eran propios, sino de otros entes que, en asociación con la actora, desarrollaron el contrato de prestación de servicios.

**b) LA DEDUCCION POR EXCESO DE LA RENTA PRESUNTIVA NO PUEDE RECHAZARSE POR NO CONTABILIZARSE EN CUENTAS DE ORDEN SIEMPRE QUE SE PUEDA VERIFICAR SU ORIGEN EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS**

Esta deducción por exceso de renta presuntiva es un beneficio que sólo tiene efectos tributarios. Por tal razón no se registra en las cuentas del balance. La prueba de la existencia de un exceso de renta presuntiva está dada por las declaraciones de renta. De manera que si la actora demostró el exceso de renta presuntiva en la declaración del año gravable 1997, y tenía dos años para solicitar la deducción, lo podía hacer por los años 1998 y 1999, como en efecto ocurrió. La DIAN no discutió que la actora no pudiera solicitar la deducción por exceso de renta presuntiva ajustada por inflación, ni que el porcentaje del ajuste no fuera lo correcto, lo que ha cuestionado es su falta de registro en cuentas de orden. Sin embargo, desde el punto de vista contable, las cuentas de orden son cuentas de control en las que se registran las partidas conciliatorias entre las cuentas fiscales y contables, y si bien, de acuerdo con el PUC, en el Código 82 se deben registrar las diferencias existentes entre el valor de las cuentas de naturaleza activa según la contabilidad, y las de igual naturaleza utilizadas para propósitos de declaraciones tributarias, dentro de las cuales están conceptos tales como diferencias entre costo contable y fiscal, pérdidas fiscales por amortizar y exceso entre renta presuntiva y renta líquida por amortizar, para la Sala, la falta de registro contable en esas cuentas, no implica la pérdida del beneficio tributario. Como quedó probado en el proceso con las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios presentadas por la actora por los años gravables 1997 y 1998, la declaración de renta de 1997 arrojó un exceso de renta presuntiva sobre la renta líquida de \$55.437.851.000, la cual era deducible dentro de los dos años siguientes. El PAAG para el año gravable 1998 fue de 15.69%, de manera que aplicado el porcentaje a la suma indicada arrojó un ajuste de \$8.689.198.714 y, por ende, un valor ajustado de \$64.136.049.714, del cual

solicitó en la declaración de renta del año 1998 la suma de \$55.437.851.000, y quedó pendiente por solicitar el saldo. Al saldo restante, no pedido, se le aplicó el PAAG del año 1999, que fue de 9.63%, lo cual dio como resultado un ajuste de \$837.636.536 y, por ende, un saldo de exceso de renta presuntiva ajustada por inflación pendiente de solicitar por \$9.535.835.250, como en efecto lo pidió. Por lo tanto, y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, para la Sala, la DIAN no puede, contra la evidencia de las cifras, presumir que el exceso de renta presuntiva del año gravable 1997 la llevó toda en el año 1998, o que la actora aplicó ajustes por inflación a una suma que no existía, pues las declaraciones de renta de los años 1997 y 1998, son elementos de juicio suficientes para acreditar que sí hubo exceso de renta presuntiva, y la forma en que se efectuaron las deducciones de ese exceso y de los ajustes por inflación a los mismos. Por esta razón se confirma en este punto la decisión del Tribunal.

**c) SE DEBE ACEPTAR LA DEDUCCION POR EL IMPUESTO DE TIMBRE PAGADO CUANDO EL CERTIFICADO EXPEDIDO POR EL AGENTE RETENEDOR ES SUFICIENTE**

La DIAN rechazó la deducción del impuesto de timbre por valor de \$4.729.580, por cuanto en el certificado del Banco de Bogotá, entidad con la cual la actora celebró un contrato de prestación de servicios, no se demostraba lo que se pagó, ya que conforme con el artículo 381 del Estatuto Tributario, los certificados de retenciones deben contener, el concepto y cuantía de la retención efectuada. Pues bien, para la Sala, la decisión del Tribunal se ajustó a derecho, puesto que de acuerdo con la prueba visible a folio 24147 de los antecedentes, el certificado expedido por el Banco Bogotá es suficiente para acreditar el derecho a la deducción. Así mismo el artículo 519 *ibidem*, vigente para el año gravable 1998, fecha de firma y legalización del contrato, establecía una tarifa del impuesto de timbre del 1% sobre los instrumentos públicos y documentos privados. De acuerdo con el documento mencionado, el Banco de Bogotá, como agente retenedor del impuesto de timbre, certificó que le retuvo a la actora el 23 de febrero de 1999 el 50% del impuesto de timbre causado en contrato firmado y legalizado en diciembre de 1998, para conformación, integración y puesta a disposición de red especializada de telecomunicaciones, según reza textualmente la descripción. Consta igualmente que el valor del contrato fue de \$945.916.087,02. De manera que aplicada la tarifa vigente para la fecha de firma del contrato del 1% (Ley 383 de 1997) y dividido en el 50%, da como resultado el valor solicitado por la actora en la declaración de renta. Si bien es cierto que la tarifa del impuesto de timbre a partir del año gravable 1999 fue del 1,5% (Ley 488 de 1998), en este caso, la retención se aplicó en 1999, pero por la suscripción de un contrato en diciembre de 1998. A juicio de la Sala, desestimar esta prueba en contra del contribuyente por el hecho de que no aparece expresamente la cuantía retenida, es desconocer las demás informaciones que contiene el certificado, del cual se puede, validamente, establecer cuál fue el impuesto efectivamente pagado. Además, la insuficiencia en la certificación del agente retenedor, no puede ir en perjuicio de la contribuyente que tiene derecho a la deducción. Se confirma en este aspecto la sentencia apelada.

**d) LA DEDUCIBILIDAD DE LA AMORTIZACION DE LOS DIFERIDOS NO QUEDA AL LIBRE ALBEDRIO DEL CONTRIBUYENTE SINO QUE DEBE HACERSE POR LOS METODOS DE LINEA RECTA, REDUCCION DE SALDOS U OTRO METODO DE RECONOCIO VALOR TECNICO AUTORIZADO POR LA DIAN**

De acuerdo con las anteriores disposiciones, la Sala observa que el valor de las inversiones que tuvo la actora en los contratos de *joint venture*, a que se refieren los actos demandados, podía ser amortizado por la actora durante el término de esos contratos hasta el momento de la transferencia, lo cual no fue negado por la DIAN. Lo que la DIAN cuestionó es que la actora afectó la renta de 1999 con la amortización de diferidos de años anteriores, lo cual no sólo violaba las normas de causación de las deducciones y del principio de asociación, sino que no se cumplía con los requisitos del artículo 143 citado, de dividir en cuotas el importe de la amortización para ser solicitada en el respectivo ejercicio fiscal, lo cual, a juicio de la Sala, está ajustado a derecho. En efecto, el artículo 142 del Estatuto Tributario establece que lo deducible es una proporción, y el artículo 143 señala que cuando se termine el negocio o actividad se puede amortizar la totalidad de la inversión, pero antes se deben hacer los ajustes pertinentes. Esto indica que durante el negocio o actividad se debe



ir amortizando conforme con los métodos que señala la norma, es decir, proporcionalmente, y sólo al final se hacen los ajustes para deducir la parte de amortización que faltó. Pero no como lo pretende la actora, y según lo señaló en el recurso de reconsideración, que era una decisión subjetiva, del criterio del obligado a llevar libros de contabilidad, la manera de concebir la incidencia de los diferidos en su operación. Dijo que la ley no obligaba a dividir en cuotas iguales, ni que en ningún momento preveía que fuera por el sistema de línea recta o de cualquier otra naturaleza. Para la Sala, basta la lectura del artículo 91 de la Ley 223 de 1995, que modificó el artículo 143 del Estatuto Tributario, para considerar que la norma sí estableció que esa amortización no quedaba al libre albedrío de los obligados a llevar contabilidad, sino que debía hacerse por los métodos de línea recta o reducción de saldos, o mediante otro de reconocido valor técnico autorizado por la DIAN, ninguno de los cuales probó la actora que realizó. De manera que, conforme lo decidió el Tribunal, Telecom no podía afectar la renta de 1999 con deducciones que debieron solicitarse en otros periodos gravables, de acuerdo con los métodos de amortización que debió aplicar para amortizar las inversiones en que incurrió en virtud de los contratos *joint venture* y los ajustes a los mismos.

[Sentencia del 10 de febrero de 2001. Expediente 25000-23-27-000-2002-01622- 01-16887. M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO.](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SERÁ PRESENTADO EN CARTAGENA**

Con mucho éxito se han venido desarrollando los eventos de difusión del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El último de ellos tuvo lugar en Popayán, donde las distintas conferencias pudieron observarse en directo, por teleconferencia.

En esta oportunidad la sede elegida es la Universidad San Buenaventura de Cartagena, donde los próximos 2 y 3 de junio se reunirán Consejeros de Estado, Miembros de la Comisión de Reforma, académicos y otras personalidades del orden nacional, con el objetivo de dar a conocer los elementos esenciales del nuevo Código Contencioso Administrativo, los retos para su implementación y su incidencia en el mejoramiento de la gestión pública.

**CONSEJO EDITORIAL**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Presidente  
**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**  
Vicepresidente

**Sala de Gobierno**

**Marco Antonio Velilla Moreno**  
Presidente Sección Primera  
**Víctor Hernando Alvarado A.**  
Presidente Sección Segunda  
**Enrique Gil Botero**  
Presidente Sección Tercera  
**Martha Teresa Briceño de V.**  
Presidente Sección Cuarta  
**Mauricio Torres Cuervo**  
Presidente Sección Quinta  
**Augusto Hernández Becerra**  
Presidente Sala de Consulta

**Reseña fallos**

Relatoria Consejo de Estado

**Coordinación General**

- **Hugo Álvarez Rosales**  
Secretario Privado 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 **BOLETIN CONSEJO DE ESTADO**, opción **CONSULTAR**, abra el último boletín dando clic sobre [Ir al Boletín](#) y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: [boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)