



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 4
• Sección Primera	5 - 9
• Sección Segunda	9 - 15
• Sección Tercera	16 - 26
• Sección Cuarta	26 - 35
• Sala de Consulta	35 - 37
• Noticias Destacadas	38

## Noticias destacadas

**LA ASOCIACIÓN  
"APOYEMOS"  
RECIBIRÁ  
IMPORTANTE  
CONDECORACIÓN**

**EL CONSEJO DE  
ESTADO EXPRESA  
SUS MEJORES DESEOS  
EN ESTA NAVIDAD Y  
PARA EL PRÓXIMO  
2012**

## EDITORIAL

Con profunda satisfacción del deber cumplido, queremos agradecer la ardua, ejemplar, comprometida e insuperable labor cumplida durante el año 2011 por los funcionarios y empleados que integran nuestra querida Corporación, dedicación que sin duda permitió el cumplimiento de los objetivos y metas trazadas desde inicio del presente año y ha contribuido al enaltecimiento del Consejo de Estado frente a la comunidad nacional e internacional.

El trabajo, el sacrificio y la honestidad en el desarrollo de sus funciones son fiel muestra del compromiso inalterable del Consejo de Estado frente a la Administración de Justicia y a los ciudadanos que depositan su confianza en sus instituciones.

Finalmente aprovechamos la oportunidad para desearles a todos nuestros lectores una feliz navidad y próspero año nuevo, colmados de salud y muchas bendiciones para ustedes y sus familias.

**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. Se configura un defecto sustantivo cuando mediante la aplicación parcial de una disposición se avala la legalidad del acto administrativo que acepta la renuncia de manera extemporánea.

El actor interpone acción de tutela contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la Comisión Nacional de Televisión aceptó su renuncia por fuera del término legalmente establecido al considerar que el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, sólo le permite al trabajador abandonar su cargo sin consecuencias de carácter disciplinario, más no le otorga el derecho a permanecer en el cargo.

Para resolver la acción, la Sala consideró que la argumentación de la sentencia dictada por el Tribunal dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por el actor es reprochable, en tanto únicamente hizo alusión a una de las opciones que tiene el funcionario cuya renuncia no es aceptada en tiempo, pretermitiendo totalmente la segunda alternativa que precisamente es la invocada por el demandante, esto es, la posibilidad de continuar en su empleo si la entidad en el término de 30 días no acepta su renuncia. Se observa que la interpretación parcializada de la referida norma, atenta contra la protección laboral que la misma desea brindar, y por ende resulta desproporcionada y totalmente desfavorable para el demandante que, con fundamento en el referido artículo, sostiene que la renuncia que presentó carece de efecto y que se desconoció su derecho a permanecer en el empleo que desempeñaba, no porque ostentara una estabilidad laboral reforzada frente al mismo, sino porque la entidad no aceptó su renuncia en el término legalmente establecido. Sin lugar a dudas la interpretación realizada por el Tribunal, que por cierto tampoco expone las razones por las cuales sólo aplica una parte del artículo 113 del mencionado artículo, constituye un defecto sustantivo que tiene incidencia directa en el derecho al debido proceso.

[Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-01162-00\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**2. El Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación Municipal deben garantizar la prestación efectiva y eficiente del servicio de educación especial a la población con discapacidad o capacidades excepcionales.**

Al decidir la impugnación presentada por la Secretaría de Educación Municipal de Pasto y el Ministerio de Hacienda contra el fallo que amparó los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad en conexidad con la protección constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta y estado de indefensión, al debido proceso, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, vulnerados por la decisión de la administración territorial de suspender el servicio de educación especial a personas con discapacidad, la Sala determinó que el Estado tiene la obligación de garantizar la disponibilidad, acceso, permanencia y calidad en la prestación de los servicios educativos en igualdad; atendiendo las condiciones especiales de las personas afectadas con alguna limitación, como responsable de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución de adelantar una política de prevención, rehabilitación e integración social, para las personas con alguna disminución física, sensorial y psíquica, a quienes debe prestar la atención especializada que requieran. En este orden, el municipio no podía interrumpir sus actividades educativas, de habilitación y rehabilitación, excusándose en las observaciones que sobre la prestación del servicio hizo el Ministerio de Educación Nacional, pues el objeto de las observaciones no era la suspensión sino el mejoramiento del servicio. Señaló la Sala que no es de recibo, y por el contrario, resulta a todas luces censurable, que se discrimine a una persona al negársele el goce o el ejercicio de alguno de sus derechos por tener algún tipo de discapacidad, sin que sea de recibo la insuficiencia de recursos por parte del ente territorial. Por lo cual, considerando que en el presente asunto la Alcaldía de Pasto ha conculcado los derechos invocados en la solicitud de tutela, en especial el derecho a la educación y su permanencia, y con ello las garantías a una formación integral y a la dignidad humana de los accionantes, ordenó, al Ministerio de Educación Nacional y Municipio de Pasto - Secretaría de Educación Municipal de Pasto, se inicie y finiquiten los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que las personas antes mencionadas requieren y de aquellas que estén en similares o iguales condiciones, bien sea con la persona jurídica con quien se había contratado el servicio, o con quien reúnan los requisitos de infraestructura, logística y profesional adecuado para el efecto, hasta tanto se garantice la inclusión efectiva y acorde con sus limitaciones en las instituciones oficiales regulares.

[Sentencia del 12 de mayo de 2011, Exp. 52001-23-31-000-2011-00139-01\(AC\) MP: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

### **3. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, existe el deber de motivar la desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad**

El señor JAIRO ANTONIO HENRÍQUEZ FERREIRA, interpuso tutela contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, por cuanto incurrió en una vía de hecho al negar las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra el acto administrativo mediante el cual fue desvinculado de la Personería Distrital de Barranquilla mediante declaratoria de insubsistencia. Al decidir la solicitud de amparo del derecho al debido proceso la Sala consideró que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se desvincula un funcionario que se encuentra desempeñando un cargo de carrera en provisionalidad, el nominador tiene la obligación de expresar las razones de su retiro, es decir, que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado, lineamiento que había expresado la Corporación con anterioridad a la expedición de la sentencia cuestionada. En el caso bajo estudio se tiene que la Resolución No. 129, mediante la que el Personero Distrital de Barranquilla declaró insubsistente al señor HENRIQUEZ FERREIRA, fue dictada el 3 de junio de 2005, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, lo que quiere significar que el Tribunal accionado debió aplicar la mencionada ley al estudiar la legalidad de la resolución de desvinculación. Sin embargo, en el fallo dictado el 2 de febrero por el Tribunal Administrativo del Atlántico se afirmó que "...la resolución No. 129 del 3 de junio de 2005, fue expedida por la administración en ejercicio de la facultad discrecional con que se encuentra investida, por tratarse de un empleado nombrado en provisionalidad, que no contaba con fuero de estabilidad, y en consecuencia, podría ser desvinculado en cualquier momento, sin ninguna motivación...", por lo que resulta evidente que en dicho fallo se incurrió en indebida interpretación de la Ley 909 de 2004. En consecuencia, ordenó la Sala a dicho Tribunal que en un término no mayor a diez (10) días, dicte una nueva providencia en la que observe el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y los lineamientos expuestos por esta Corporación.

[Sentencia del 21 de julio de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00769-00\(AC\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO.](#)

## **ACCIÓN POPULAR**

**1. a) Es abiertamente lesivo del derecho a un ambiente sano el incumplimiento del deber de localizar y acondicionar oportunamente un sitio apropiado para la correcta disposición y manejo de residuos sólidos.**

Contra el Departamento del Valle del Cauca, el municipio de Santiago de Cali, el Concejo Municipal de Santiago de Cali, ENSIRVA E.S.P. y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, se interpuso acción popular por cuanto no se ha dispuesto de un sitio diferente al Relleno Sanitario Transitorio de Navarro, para la disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cali. Al resolver la impugnación presentada por los demandados contra el fallo que accedió al amparo solicitado, la Sala indicó que desde el año 1999 la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -C.V.C.-, impuso al Municipio de Santiago de Cali y a EMSIRVA E.S.P. la obligación de implementar un nuevo sitio para la disposición final de residuos sólidos en un plazo de tres años, y entre tanto, autorizó la utilización transitoria del relleno sanitario de Navarro, para evitar que el cierre definitivo de éste tenga efectos nefastos en el medio ambiente, la salubridad y seguridad públicas. Dicho término venció el 22 de diciembre de 2002, y sólo hasta el 25 de junio de 2008 fue clausurado el citado botadero, es decir, casi nueve años después de la orden dada por la C.V.C. Por esto, indica la Sala, aún cuando las pruebas evidencian que en la actualidad el hecho que motivó la demanda fue superado, en cuanto ya fue clausurado el basurero de Navarro y establecido un nuevo sitio para la disposición final de residuos sólidos, no hay lugar a revocar el fallo impugnado como lo pretenden las entidades demandadas, en consideración a que el mismo fue acertado al constatar la

vulneración de los derechos colectivos y verificar que ello se debió a la conducta omisiva de la parte demandada, que por tanto no puede ser exonerada de la responsabilidad que le fue debidamente imputada por el a quo.

**b) Para decidir sobre la renuncia al incentivo, se aplica la normatividad vigente a la fecha en que se presentó la demanda. Procede la renuncia.**

Al decidir sobre el segundo aspecto objeto de impugnación, relativo al reconocimiento del incentivo al actor popular, la Sala, reiteró que aunque el artículo 39 de la ley 472 fue derogado por la Ley 1425 de 2010, es procedente resolver el punto a la luz de la norma anterior y no de la nueva, habida cuenta de que la demanda se presentó en vigencia de aquella. En este orden, estimó la Sala que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no debió otorgar a la parte actora el incentivo económico de que trata el citado artículo 39, por cuanto ésta renunció expresamente y tal acto de disposición no está prohibido. En consecuencia revocó el fallo impugnado en cuanto al reconocimiento del incentivo.

[Sentencia del 25 de agosto de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2005-00123-01 \(AP\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ](#)

## **ACCIÓN DE GRUPO**

**1. El artículo 48, parágrafo, de la ley 472 de 1998 no determina la existencia de mandato judicial tácito entre el abogado del grupo que promueve la demanda y los demás afectados que luego se vinculen al proceso.**

Al decidir la impugnación contra el auto que negó el incidente de regulación de honorarios, promovido por la abogada demandante dentro de la acción de grupo a la cual posteriormente se vincularon mediante apoderado otros posibles afectados, la Sala consideró que en virtud del artículo 48 de la Ley 472 quien formula la demanda, *ipso jure*, representa a todos los afectados individualmente con los hechos que se alegan vulnerantes. En consonancia con ello, el artículo 49 *eiusdem* indica que la acción debe ejercerse mediante abogado y cuando se otorgue poder a varios abogados deberá integrarse un comité y se reconocerá a uno de ellos como coordinador y apoderado legal del grupo, es decir, se admite la existencia de varios apoderados. De modo que cuando uno o varios de los miembros del grupo afectado que no hacen parte del que presentó la demanda, decide intervenir y en consecuencia otorgar poder y no lo hace respecto del abogado que presentó la demanda, no está desconociendo ninguna autoría, sino ejerciendo una facultad que claramente le otorga la ley. Ahora, aunque la acción de grupo exige para su interposición la intervención de un abogado, ello no significa -como lo pretende hacer ver el impugnante- que una vez presentada la demanda de acción de grupo, todos aquellos que eventualmente concurren con posterioridad al proceso no puedan tener otro abogado y menos aún que entre estos últimos y el primero exista un mandato judicial tácito que opera por ministerio de la ley y que por lo mismo sea menester reconocerle los honorarios de su actuación hasta cuando ellos se vincularon con otro abogado. El artículo 49, inciso segundo, al prever la figura del coordinador, admite que es factible jurídicamente la pluralidad de abogados que representen a las víctimas y por lo mismo no da lugar a que se entienda que estos últimos sustituyeron al primero, o que al ingresar al proceso entrañen una suerte de revocatoria tácita de un poder que nunca fue concedido.

[Auto del 27 de octubre de 2011, Exp. AG-25000-23-27-000-2004-01163-02, MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO.](#)

## SECCIÓN PRIMERA

**1. Se anulan los actos que ordenaron la cancelación por no uso del certificado de la marca MARCEL FRANCE al haberse demostrado su uso efectivo y constante durante el período trienal que antecedió a la solicitud de cancelación.**

La señora Consuelo Plazas Lartigau, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó las Resoluciones 042072 de diciembre 24 de 2002 y 06649 de marzo 14 de 2003, con las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó la cancelación por no uso del registro de la marca MARCEL FRANCE para distinguir productos comprendidos en la clase 3 de la Clasificación Internacional de Niza

**Extracto:** El apoderado de la actora, señora CONSUELO PLAZA LARTIGAU, busca infirmar la legalidad de los actos administrativos acusados, mediante los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso la cancelación de la marca MARCEL FRANCE, allegando al proceso distintos medios de prueba para acreditar el uso real, efectivo y constante de dicha marca (...) el uso de una marca por parte de terceros bien puede hacerla un licenciataria, cumpliendo las formalidades consagradas por el ordenamiento jurídico comunitario respecto del contrato de licencia, referidas a su celebración por escrito y a su registro ante la oficina nacional competente; o bien a través de una persona autorizada. En efecto, es totalmente cierto que en el expediente no obra dicho contrato de licencia ni la evidencia de que en caso de existir el mismo haya sido registrado. Sin embargo, el hecho de que el señor MARCEL PLAZAS LARTIGAU, titular inicial del registro marcario, y posteriormente la señora CONSUELO PLAZAS LARTIGAU, como cesionaria del mismo, hayan consentido el uso y explotación de la marca a través de la sociedad COSMETIC FRANCE LTDA, de la cual el primero es socio mayoritario, hacen presumir la existencia de una autorización no escrita, que se confirma por el hecho de que la segunda haya controvertido tanto en sede administrativa como judicial, la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia del ramo dispuso su cancelación, tras negarle validez a los actos de uso y explotación de la marca adelantados por la firma anteriormente aludida. Como se dijo en páginas anteriores, si bien el contrato de licencia está sujeto a las formalidades ya mencionadas, lo real y cierto es que las normas comunitarias no establecen formalidades específicas para otro de tipo de terceros que hayan sido autorizados para usar y explotar las marcas, no siendo entonces razonable ni admisible que se desconozca el hecho cierto de la explotación, por no haberse cumplido una formalidad que el ordenamiento jurídico no consagra. En ese orden de ideas, estando debidamente demostrado en el proceso el uso efectivo y constante de la marca MARCEL FRANCE durante el período trienal que antecedió a la solicitud de cancelación formulado por la señora MARIA IVONNE HERNÁNDEZ DE PLAZAS, la Sala procederá a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados

**[Sentencia del 22 de septiembre de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2003-00312-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)**

**2. Se niega la demanda de pérdida de la investidura de un Diputado del Departamento del Quindío al no existir incompatibilidad entre el ejercicio de ese cargo y el de miembro del Consejo Superior de la Universidad del mismo ente territorial, por no tener los miembros de los Consejos Superiores de las Universidades Estatales el carácter de servidores públicos.**

La Sección Primera del Consejo de Estado confirmó la sentencia de fecha 28 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio de la cual se denegó la pérdida de investidura del Diputado del Departamento del Quindío, señor Héctor Arnulfo Polania Rivera.

**Extracto:** En relación con la violación al régimen de incompatibilidades, prevista como causal de pérdida de investidura en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, aduce el actor que el



demandado se encuentra incurso en la misma, toda vez que resultan incompatibles las funciones de Diputado con las de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío a la luz del artículo 34, numeral 3, ibídem, pues dicha disposición establece como causal de incompatibilidad la de ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo. Visible a folio 35 del cuaderno principal, se encuentra la comunicación de fecha 21 de junio de 2002, a través de la cual el Diputado demandado presenta renuncia como representante de los Ex rectores en el Consejo Superior de la Universidad del Quindío (...). A folios 33 y 34 obra la respuesta dada a un derecho de petición por parte del Rector de la Universidad del Quindío, en la que en lo pertinente se lee: "... Al numeral 1: se expide copia de la renuncia expresa y voluntaria presentada por parte del Doctor Héctor Polanía Rivera como representante de los ex rectores ante el Consejo Superior de la Universidad del Quindío, de fecha junio 21 de 2010, vacante llenada por el Doctor Horacio Salazar Montoya desde la dejación del cargo por el titular ...". Lo anterior pone de manifiesto que el actor antes de posesionarse como Diputado, renunció al cargo de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío, siendo reemplazado desde el 21 de junio de 2010 por el doctor Horacio Salazar Montoya, por lo que tampoco estaría incurso en la citada causal de pérdida de investidura, máxime si, como lo señaló el a quo y el Ministerio Público, de acuerdo con la Ley 30 de 1992, en armonía con los artículos 69 y 113 de la Constitución Política, las Universidades Estatales son entes autónomos -pues se les garantiza libertad para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de conformidad con la Ley-; son del orden territorial y no pertenecen a la estructura central o descentralizada del respectivo Departamento y, con fundamento en tales disposiciones y demás normas que regulan la materia, esta Corporación en sentencia de 24 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2003-00041, Consejero ponente doctor Darío Quiñones Pinilla), señaló que por el sólo hecho de ser miembros de un Consejo Superior de Universidad Estatal no tienen el carácter de servidores públicos.

[Sentencia del 29 de septiembre de 2011. Exp. 63001-23-31-000-2010-90250-01\(PI\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Pérdida de la Investidura](#)

**3. Son extemporáneos los cuestionamientos efectuados en el recurso de apelación por el IDU respecto del dictamen pericial rendido en el curso de la primera instancia.**

La sociedad CASA TORO S.A. presentó demanda contra los actos expedidos por el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C., en cuanto señalaron equivocada y erróneamente la superficie y el monto de la indemnización que se le debe pagar por el terreno denominado San Nicolás, ubicado en la Autopista Sur con Avenida Villavicencio de la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, objeto de expropiación.

**Extracto:** El apoderado del IDU reitera que el dictamen pericial rendido en el curso de la primera instancia adolece de graves errores de tipo técnico, al haber soslayado algunos parámetros que a su juicio son necesarios para la obtención de resultados exactos, al haber sido elaborado sin tener como mínimo un punto de partida certificado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a lo cual se suma el hecho de haberse empleado un sistema de coordenadas totalmente distinto. A propósito de ello, observa la Sala que el apoderado del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, en vez de formular algunos cuestionamientos concretos contra la Sentencia que puso fin a la primera instancia, se concentró fundamentalmente en el cuestionamiento extemporáneo de los fundamentos técnicos del dictamen pericial practicado en este proceso, pasando por alto que de acuerdo con lo previsto en el artículo 238 del C. de P. C., modificado por el artículo 1°, numeral 110 del Decreto 2282 de 1989, la contradicción del dictamen ha debido formularse en el momento procesal indicado en esa disposición (...) Nótese que las objeciones planteadas por el apoderado del IDU, ni siquiera se dirigen a cuestionar la valoración del dictamen efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, motivo por el cual la Sala concluye que los argumentos expuestos en la alzada no tienen la virtud ni la fuerza suficiente para infirmar la legalidad ni el acierto de la Sentencia impugnada.

[Sentencia del 15 de septiembre de 2011. Exp. 25000-2324-000-2004-01092-01, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

**4. a) La sentencia C-614 de 2002 excluyó la posibilidad de fundar la responsabilidad fiscal en culpa leve**

La Sección Primera del Consejo de Estado confirmó la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005, del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, mediante la cual declaró la nulidad del fallo con responsabilidad fiscal No.013-01 que la Directora de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Meta profirió contra María Laverde de Franco el 17 de diciembre de 2001; así como de la providencia de 24 de septiembre de 2002 de la Contralora Departamental que lo confirmó al decidir el recurso de apelación interpuesto en su contra; y accedió igualmente a las pretensiones resarcitorias.

**Extracto:** La Contralora Departamental confirmó el fallo con responsabilidad fiscal al decidir el recurso de apelación interpuesto en su contra, mediante providencia de 25 de abril de 2002. En la fecha en que se profirió esta última decisión la Contraloría Departamental demandada no podía fundar responsabilidad alguna en culpa leve, pues ya se había proferido la sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, mediante la cual la Corte Constitucional había excluido del ordenamiento toda pretensión de fundar la responsabilidad fiscal en esta modalidad de culpa. En consecuencia, desconoció los efectos de dicha sentencia y también los textos de los artículos 4 y 53 de la Ley 610/90, vigentes en la fecha de expedición del fallo con responsabilidad fiscal de segunda instancia, a cuyo tenor sólo podía declararse responsabilidad fiscal con fundamento en culpa grave.

**b) Los recursos por el recaudo de la estampilla Pro-cultura tienen una destinación específica: Planes de cultura, y no pueden utilizarse para la compra de pólizas para garantizar bienes / Inexistencia de responsabilidad fiscal de la Directora del Instituto de Cultura del Meta**

**Extracto:** La atribución de responsabilidad fiscal declarada en los actos acusados se fundó en el criterio de que la demandante sí pudo tomar pólizas de garantía de los bienes del Instituto de Cultura con cargo a los recursos provenientes de la estampilla pro cultura porque éstos constituían unidad de caja con los demás ingresos del Instituto de Cultura del Meta, por mandato del artículo 12 de la Ley 38/89 - Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, criterio contrario al de la demandante quien alegaba que, por mandato de la Ley 397/97, estos tenían destinación específica que impedía utilizarlas en el pago de las pólizas mencionadas. Como se advierte, si en alguna culpa pudiera incurrir el servidor público que aplica una interpretación razonable de una norma sería leve y no grave, y en el caso en estudio no sólo era razonable sino atinada, razón por la cual no podría imputársele culpa en ningún grado, pues en realidad el principio de unidad de caja que constituye un criterio general de administración de los recursos del Estado cede excepcionalmente ante la destinación legal específica de los recursos como la prevista en el artículo 38 de la Ley 397/97 (...). Este artículo fue objeto de demanda de inconstitucionalidad y fue declarado exequible mediante sentencia C- 1097 de 10 de octubre de 2001 y, de acuerdo con el mismo, su producto sólo puede destinarse al financiamiento de los planes de cultura, objeto del que no hace parte el pago de pólizas para garantizar los bienes de la entidad. Al examinar los medios de prueba que figuran en el expediente administrativo se constató que el Instituto de Cultura del Meta durante marzo y abril de 1999, época de los hechos, tuvo recursos consignados en una cuenta denominada Fondos Comunes, tal como afirmó la Contraloría. Dicha cuenta estaba destinada, en principio, a recibir las transferencias a que estaba obligado el Departamento para cubrir los gastos de funcionamiento del Instituto de Cultura del Meta, afirmación en la que concuerdan las partes. No obstante, los recursos consignados en la cuenta referida durante los meses de marzo y abril de 1999 no provenían de transferencias para gastos de funcionamiento, pues el Departamento sólo comenzó a girarlos a partir del 4 de junio de 1999 (...). De acuerdo con la afirmación de la demandante durante su indagatoria en el juicio fiscal, confirmada por la afirmación del Subdirector Administrativo del Instituto de Cultura en su declaración jurada, los recursos que se encontraban en las cuentas bancarias del Instituto

durante los meses de marzo y abril de 1999 correspondían a la estampilla pro cultura recaudada por el Departamento cuando pagaba sus cuentas, las cuales giraba luego al Instituto. A éstos recursos la Tesorería del Departamento los identificaba como “descuentos a cuentas administración central”. Los recursos derivados de las estampillas pro cultura se manejaban en la cuenta señalada porque el Subdirector Administrativo y el Tesorero consideraban, equivocadamente, que se podían utilizar para el pago de gastos de funcionamiento por unidad de caja, ante la ausencia de cualquier otro ingreso (...). Se concluye de lo anterior que ni durante los meses de marzo y abril de 1999 ni tampoco en los primeros días de mayo de 1999, la demandante, en su condición de Directora del Instituto de Cultura del Meta disponía de recursos para el pago de las pólizas de seguro que ampararan los bienes de la entidad, pues no podía utilizar para ello los de destinación legal específica provenientes de la estampilla pro cultura. Carece pues de fundamento la imputación de culpa a la demandante por no haber utilizado recursos de destinación legal específica a objetos distintos de los previstos en la ley.

[Sentencia del 20 de octubre de 2011. Exp. 50001-23-31-000-2003-00227-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

**5. Se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa porque la firma PEPSICO, INC no tiene interés para atacar los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio que negaron el registro de la marca DORI (mixta) solicitada por la sociedad Dori Indústria e Comércio de Produtos Alimenticios Ltda.**

La firma PEPSICO, INC, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó las Resoluciones números 11707 de 29 de abril de 2003, 29589 de 21 de octubre de 2003 y 33383 de 27 de noviembre de 2003, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales, respectivamente, se declaró infundada la oposición presentada por la sociedad PepsiCo, Inc. respecto del registro de la marca DORI (mixta) solicitada por la sociedad Dori Indústria e Comércio de Produtos Alimenticios Ltda. para distinguir productos comprendidos en la Clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza; *fundada* la oposición a esa misma solicitud de registro formulada por la firma Societe Des Produits Nestle S.A.; *negó el registro* de la marca DORI (mixta) a la sociedad Dori Indústria e Comércio de Produtos Alimenticios Ltda., y *resolvió los recursos* de reposición y apelación interpuestos por PepsiCo, Inc.

**Extracto:** Es claro que los actos demandados no contienen una decisión por la cual se otorgue el registro de la marca DORI - marca ésta que la sociedad PEPSICO, INC. estima confundible con las marcas notorias suyas, DORITOS (nominativas y mixtas), previamente registradas para amparar productos de la Clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza-, por lo cual no es posible interpretar que la demanda se promueve en ejercicio de la acción especial de nulidad relativa, procedente cuando se concede el registro de una marca y se considera que dicha decisión contraviene lo dispuesto en el artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, al ser irregistrable el signo solicitado por alguna de las causales que establece dicha norma. En segundo término, a partir de las consideraciones expuestas en los párrafos procedentes, es evidente que la legitimación para interponer la acción de nulidad y restablecimiento recae exclusivamente en la persona jurídica a quien afecta la decisión de la Administración de negar el registro de la marca DORI, es decir, a la sociedad Dori Indústria e Comércio de Produtos Alimenticios Ltda., y no en la sociedad aquí demandante, pues los actos demandados no lesionan directamente a ésta un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, presupuesto legal éste para incoar dicha acción. Por lo tanto, es claro que no se existe legitimación alguna para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., puesto que la decisión contenida en los actos acusados no creó, modificó o extinguió situación jurídica alguna en contra de la demandante, constituyendo lo relativo a la oposición al registro marcario apenas un acto de trámite dentro del desarrollo del procedimiento administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio, acto éste que no es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo establecido en el artículo 135 del C.C.A. Además, advierte la Sala, la finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es decidir acerca de la legalidad de



decisiones administrativas *adoptadas* por la Administración y, a partir de esa decisión, decidir sobre el restablecimiento respectivo, pero no sobre *eventuales o futuras* decisiones que aquella pueda proferir reconociendo la registrabilidad como marca del signo DORI, como, equivocadamente, lo pretende la sociedad demandante. En este caso, se reitera, no existe el registro de la marca DORI y, por ende, no es posible efectuar el cotejo marcario que propone la demanda, en la que se considera que ese signo, no registrado, es confundible con la marca registrada DORITOS.

[Sentencia del 15 de septiembre de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2004-00155-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

1. Se reconoce prima técnica por formación avanzada y experiencia calificada en la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales a empleada cuya solicitud se presentó con posterioridad a la vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, en aplicación del régimen de transición consagrado en el Decreto 1724 de 1997, que restringió los niveles susceptibles de reconocimiento

Mediante Decreto 1724 de 1997 el Presidente de la República restringió los niveles susceptibles del reconocimiento de la prima técnica al directivo, asesor, ejecutivo, dejando de lado la posibilidad de su reconocimiento en los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo, esto, sin desconocer el derecho de los empleados que en vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991 tenían derecho a gozar de una prima técnica. En efecto, el artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 estableció un régimen de transición que pretendió que los empleados a los cuales se les hubiera otorgado prima técnica, o contaran con la totalidad de los requisitos exigidos para su reconocimiento, pudieran seguir gozando de dicha prestación o les fuera concedida, aún con posterioridad a la derogatoria parcial de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, toda vez que se trataba de un derecho adquirido. Descendiendo al caso concreto, y teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, dirá la Sala que tiene razón la demandante cuando solicita en el recurso de apelación se reivindique el derecho que le asiste como beneficiaria del régimen de transición, previsto en el artículo 4 del Decreto 1724 de 1997, a gozar de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, aún cuando solicitó su reconocimiento el 11 de noviembre de 2008, esto con posterioridad a la vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

[Sentencia de noviembre 17 de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2009-00381-01\(0692-11\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

2. Se decreta nulidad del acto de aceptación de renuncia, expedido por el Instituto Nacional de Tierras, por no existir constancia de la fecha de presentación de la renuncia, la cual no constituye una presunción sino una obligación legal, y por no tener el carácter de pura y simple al dejar a la voluntad de la administración la permanencia en el cargo del empleado público

A juicio de la Sala no resulta aceptable que el mismo Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, INAT, sostenga que en el folio de hoja de vida del demandante reposa la renuncia presentada por éste, al cargo de Director Regional, código 2035, 23, de la Dirección Regional No. 7 Huila-Caquetá pero que, sin embargo, desconoce la fecha en que la misma fue radicada, en primer lugar, porque de acuerdo con los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y 113 del Decreto 1950 de 1973 el citado instituto debía tener absoluta certeza a partir de cuándo comenzada a contabilizarse el término 30 días con que contaba para decidir sobre su aceptación y, en segundo lugar, porque el cargo desempeñado por el demandante, esto es, de Dirección Regional correspondía a los de alta

dirección y manejo al interior de la entidad lo que hace suponer que su renuncia no podía pasar inadvertida como se pretende hacer ver en el caso concreto. En este mismo sentido, tampoco es de recibo el argumento del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, INAT, consignado en el escrito de contestación de la demanda, en cuanto sostiene que la renuncia presentada por el demandante fue radicada “uno cualquiera de los 30 días anteriores a su expedición”. toda vez que, no se trata de una presunción sino de obligación legal, que le asistía a la entidad, de conocer con exactitud la fecha en que el señor William Augusto Ramírez Salinas presentó su renuncia con el fin de aceptarla dentro de los 30 días siguientes, para evitar así una interrupción repentina en la prestación del servicio. Una interpretación en contrario, esto es, que las entidades públicas no tengan certeza de la fecha a partir de la cual sus empleados presentan renuncia a sus cargos, haría suponer que el acto de aceptación bien podría ser expedido por fuera del término de 30 días previsto en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, al no existir manera de contabilizar el referido término, lo que claramente invalidaría cualquier decisión que la administración adopte en relación con una renuncia de este tipo. Y, adicionalmente, porque al tenor de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, no resulta ajustado a derecho la circunstancia de que en el escrito de renuncia presentado por el demandante hubiera manifestado que dejaba a consideración del Director General del Instituto de Adecuación de Tierras, INAT, la decisión sobre su permanencia en el cargo de Director Regional, código 2035, grado 23, toda vez que, se reitera la manifestación de la voluntad de dejar un empleo público debe ser pura y simple, esto es, sin condicionamientos que “pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.”.

[Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. 41001-23-31-000-2003-00205-01\(0605-09\) MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**3. Se declara nulidad del acto de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, por no responder al criterio de razonabilidad y a los principios de moralidad y eficacia, atendiendo la idoneidad personal y profesional del demandante, de lo que se deriva la desviación de poder en su expedición**

El hecho de que dentro del año inmediatamente anterior al retiro del servicio del demandante, esto es, entre el 1 de octubre de 2002 y el 30 de septiembre de 2003, se registren cerca de sesenta y seis (66) anotaciones positivas referidas a su condición profesional, ejercicio de mando, competencia administrativa y desempeño permite concluir que, la permanencia del demandante como Mayor de Infantería no resultaba inconveniente para el Ejército Nacional toda vez, que oficiales de tan altas calidades personales y profesionales son los que se esperan integren las filas de los cuerpos castrenses del país con el único fin, de garantizar el cumplimiento de la finalidad que la misma Constitución Política le ha asignado al Ejército Nacional, a saber, la defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional, así como del orden constitucional vigente (artículo 217 de la Constitución Política). Considera la Sala que la decisión de retirar del servicio al demandante no sólo no estuvo acorde a los fines previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó proporcional a los hechos que supuestamente le sirvieron de causa dado que, como quedó visto, en la proximidad de su retiro sólo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional. Así mismo, debe decirse que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan a la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, en la medida en que el retiro del servicio de un oficial del Ejército Nacional, cuyas calidades personales y profesionales, se repite, son reconocidas por la misma administración no resulta acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que, como en el caso concreto, no sólo afecta los derechos particulares del señor Mario Alberto Cañas Ortega sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares del país. Concluye la Sala que en la decisión de retiro del servicio del demandante, se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no

tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

[Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. 68001-23-31-000-2004-00753-01\(0779-11\) GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**4. Se decreta nulidad del artículo 2 del Decreto 2432 de 2001, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, que señaló los requisitos de acceso al cargo del Comisario de Familia por carecer de competencia.**

Quiere decir que conforme a la normatividad y jurisprudencia que se analizaron, se pueden efectuar las siguientes conclusiones: 1. Es competencia del Congreso de la República, establecer el régimen de requisitos y calidades que deben reunir los empleados públicos. 2. Dicha facultad no puede delegarse a otro órgano estatal diferente del Presidente de la República de manera transitoria y siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 150-10 de la Constitución Política. 3. El artículo 298 del Decreto 2737 de 1989 no viola el artículo 125 de la Constitución Política y para la fecha de expedición del acto acusado (7 de diciembre de 2001) se encontraba vigente. 4. La Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios no derogaron en forma expresa, ni tacita el Decreto Ley 2737 de 1989. 5. El Alcalde Municipal de Medellín carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el Decreto Ley 2737 de 1989, para acceder al cargo de Comisario de Familia. En el presente caso el Alcalde Municipal de Medellín profirió el Decreto No. 2432 de 7 de diciembre de 2002 y en artículo 2° modificó los requisitos para acceder al cargo de Comisario de Familia, los cuales ya estaban previstos en el Decreto Ley 2737 de 1989, es decir, que dicho cargo es de creación legal, por tanto el Alcalde carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el precitado Decreto Ley.

[Sentencia 4 de agosto de 2011, Exp. 05001-23-31-000-2003-01973-01\(1843-10\). MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad](#)

**5. Desviación de poder en la expedición del acto de retiro por supresión del cargo de empleado de carrera, por tener un mejor derecho a la reincorporación frente a empleado en provisionalidad**

Está probado que el demandante ostentaba derechos de carrera en el cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 16, así como las diferentes calificaciones satisfactorias de las cuales fue objeto. La Administración conforme al Oficio de 15 de noviembre de 2002 le comunicó al demandante dada la protección constitucional y legal derivada del derecho de estar escalafonado en Carrera Administrativa, podía optar por ser incorporado o percibir la indemnización y a pesar de que el actor el día 18 del mismo mes y año, le comunicó al Director General de la CAR que optaba por ser incorporado, la Entidad procedió a indemnizarlo, haciendo caso omiso a su solicitud, teniendo en cuenta que existían plazas en se habían designado funcionarios en provisionalidad (39), los cuales no gozaban de un mejor derecho. La Administración debió vincular en la nueva planta de personal, a los empleados que gozaran del régimen de Carrera Administrativa, sin que pudieran ocuparlos con provisionales pues, si bien, el nominador tiene la potestad de seleccionar a quienes ocupan las plazas existentes en la reestructuración, no puede olvidarse que éstas deben ser suplidas por los empleados con mejor derecho, como el que ostenta el actor.

[Sentencia 6 de octubre de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2003-01392-01\(2429-10\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad](#)

**6. Para que se dé la vinculación al Fondo Nacional del Magisterio no se requiere que el docente se encuentre nombrado en propiedad, basta una relación legal y reglamentaria, como es el caso del nombramiento en interinidad para tener tal calidad, por lo que se ordenó el pago de las cesantías definitivas al demandante por todo el tiempo laborado.**

La razón por la cual se desecharon más de 20 años de servicio al momento de liquidarle las cesantías definitivas al actor, fue la de que durante esos años se desempeñó como docente “*interino*” y no bajo un nombramiento en propiedad. Dice la parte demandada que la Ley 91 de 1989 señala que serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional o de las entidades territoriales, “(...) *quiere decir, de acuerdo a lo estipulado por el Estatuto Docente, que estén inscritos en el escalafón docente, sean designados para un cargo en propiedad y tomen posesión del mismo. (Artículo 27 del Decreto 2277 de 1979)*”. La Sala no puede convalidar la anterior afirmación por no ser acertada la argumentación que la sustenta, pues en ninguna parte la Ley 91 en cita exige la condición de estar nombrado en propiedad para determinar quienes son o no afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Nótese que la norma siempre se refirió a que la afiliación dependía única y exclusivamente de que los docentes se encontraran “vinculados”, calificativo cuyo significado está estrechamente relacionado con el verbo “vincular” que según la Real Academia de la Lengua traduce, en derecho, *Sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador*. Y según la publicación de Gerard Cornu “Vocabulario Jurídico” de 1995, “vincular” es “*Hacer nacer una relación de derecho*”. En esas condiciones, y si se tiene en cuenta que una de las formas de vincularse a la administración pública es la legal y reglamentaria que está precedida de un nombramiento y una posesión, bastaba con que al momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, el docente tuviera una relación laboral con la Administración, precedida de las formalidades antes descritas para poder considerarse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En sentido lato el auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el **vínculo** entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley. Es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad.

[Sentencia del 17 de agosto de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2004-00269-01\(1446-06\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

#### **7. La reestructuración de pasivos no puede dar lugar al desconocimiento de sanción por mora en el pago de cesantías definitivas**

Las obligaciones preexistentes a la celebración del acuerdo de reestructuración de pasivos no se desconocen, sino que se ATIENDEN y se sujetan a rebajas, a disminución de intereses, a plazos o a prórrogas, pero en ningún momento se permite que el deudor insolvente las desatienda, las desconozca o peor aún, se auto absuelva de ellas. Si lo hace con la excusa de ser la única forma de poder reconocer todas sus acreencias, se estaría aprovechando, irónicamente, de su situación crítica financiera y llevaría a que frente a su acreedor obtenga una posición dominante que no se compadece con el espíritu de la figura de saneamiento económico que contiene la Ley 550, en tanto no garantiza la equidad en el acuerdo. Comparando lo que se relaciona en el pago que se efectuó el 3 de abril de 2007, con la liquidación definitiva de sus cesantías en el año 2000, es fácil inferir que esta obligación causada antes del Acuerdo, estuvo sujeta a disminución de intereses. Pero por ningún lado se observa que la obligación causada antes de la celebración del Acuerdo, consistente en la sanción por la mora en el pago de las cesantías definitivas de la actora de conformidad con la Ley 244 de 1995, hubiera sido pagada, simplemente fue desconocida por la Administración. Así las cosas, y de conformidad con las consideraciones que preceden, la entidad territorial demandada quedó obligada a pagar la indemnización moratoria que la actora solicita desde el 7 de marzo de 2001 hasta

la fecha en que se realizó el pago total de dicha acreencia, tomando como tal el 3 de abril de 2007, como ya se indicó.

[Sentencia de 15 de septiembre de 2001, Exp. 27001-23-31-000-2008-00060-01\(2005-09\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

8. Se declara la nulidad de la Resolución 2015 de 2 de junio de 2005, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, *“por medio la cual se definen responsabilidades y orientaciones para la evaluación del período de prueba de los docentes y directivos docentes que se rigen (sic)”*, lo anterior por cuanto el Gobierno Nacional desbordo el ámbito de competencia al modificar una ley orgánica con una norma de inferior categoría, siendo potestad únicamente del legislador ordinario o extraordinario dicha modificación.

Ahora bien, respecto del numeral 8, del artículo 5 de la Ley 715 de 2001, la Corte Constitucional al realizar el estudio de exequibilidad del artículo 5 de la Ley 715 de 2001, lo declaró inexecutable, al considerar que no se le puede atribuir al Presidente de la República la función de dictar normas generales y abstractas sobre la evaluación del desempeño del personal docente y directivo docente, las cuales conforme a disposiciones constitucionales deben ser expedidas por el legislador ordinario o extraordinario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 114, 125 y numeral 23 del artículo 150 de la Constitución, que por tanto resultan vulnerados. Dado que la Resolución demandada fue expedida con posterioridad a la declaratoria de inexecutable del numeral 5.8 de la Ley 715 de 2001 en el cual se fundamenta, esto es el 2 de junio de 2005, no podía ser utilizada como fundamento para su expedición. De acuerdo con lo anterior, es claro que con la expedición de la Resolución 2015 de 2005, el Ministerio de Educación Nacional, sustituyó al legislador en una materia que la Carta Política en sus artículos 114, 125 y 150 numeral 23 reserva expresamente al Congreso y desborda así el ámbito de la potestad reglamentaria, que está limitada a la precisión y especificación de los elementos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación de la ley. Como lo ha sostenido la jurisprudencia la función que cumple el Gobierno con el poder reglamentario, es la complementación de la ley, en la medida en que se trata de una actualización y enfoque a las necesidades propias para su eficaz ejecución y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. La Resolución 2015 de 2005 introduce modificaciones sustanciales a la estructura del Decreto Ley 1278 de 2002, puesto que modifica los principios y la finalidad que la orienta, al regular el procedimiento de evaluación de los docentes y directivos docentes nombrados en período de prueba sin tener competencia.

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

[Sentencia de 27 de octubre de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2005-00230-00\(9863-05\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

9. Se declara la nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto 1810 del 3 de agosto de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, *“Por el cual se establece la Planta de Personal del Comisionado Nacional para la Policía”*, dado que el Gobierno Nacional no podía excluir mediante un Decreto Reglamentario, del régimen prestacional establecido en los Decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2000 al personal civil perteneciente a la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, pues se atribuyó una competencia reservada a la Ley.

No existe ninguna posibilidad de que los servidores de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, no fueran personal civil, en consideración a que las únicas personas no uniformadas que no podían tener tal carácter, pertenecientes al Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, eran las contempladas en el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 1214 de 1990, que disponía: *En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades*



*administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo.* Al no tener la oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional ninguna de esas calidades, es decir, establecimiento público, empresa industrial o comercial del Estado, sociedad de economía mixta o unidad administrativa especial, adscritas o vinculadas, a sus empleados no podía más que considerárseles, personal civil. En consecuencia, de conformidad con el artículo 189, numeral 14 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional no tenía competencia para determinar, como lo hizo, el régimen prestacional de los empleados de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía, potestad que es propia del Congreso de la República, según se desprende del artículo 150 numeral 19 de la misma Carta Política. En consecuencia, no podía el Gobierno Nacional mediante un decreto reglamentario, excluir del régimen prestacional establecido en los Decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2000, al personal civil perteneciente a la oficina del Comisionado Nacional para la Policía, pues se atribuyó una competencia reservada a la Ley. Se anularán, los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994.

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

[Sentencia de 27 de octubre de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2008-00008-00\(0029-08\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

**10. No se declara la nulidad de los del Decreto No. 926 de 23 de marzo de 2007 “Por el cual se modifica el artículo 11 del Decreto 3454 de 2006”, expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro del Interior y de Justicia, puesto que el concurso notarial cumple con la finalidad de seleccionar a quienes demuestren mayor mérito para acceder a la Carrera Notarial**

La Ley 588 de 2000 reglamentó de manera por demás general, el ejercicio de la actividad notarial, disponiendo que el nombramiento de los Notarios en propiedad debe hacerse mediante Concurso; razón por la cual el Decreto Reglamentario No. 3454 de 2006, tuvo que determinar, ante su ausencia, la estructura del Concurso Notarial, para lo cual estableció cada una de sus fases dentro de las cuales como etapa final, se encuentra la conformación de la Lista de Elegibles, que debe hacerse, con los puntajes finales obtenidos por los concursantes, que resultan de la sumatoria de todas las calificaciones obtenidas en las distintas fases del Concurso y que tal como lo señala su artículo 11, deben ser puntajes mayores a 75 puntos. Como se puede advertir, ante la generalidad y la abstracción de la cual se encuentra provista la Ley, el Gobierno Nacional estaba plenamente facultado para, en ejercicio de su potestad reglamentaria de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Magna, disciplinar la Carrera Notarial, precisando aquellos detalles que viabilizaran la adecuación de la ley a las cambiantes circunstancias a las que se sujeta su aplicación, entre las que se encuentra, la fijación del puntaje mínimo para conformar la Lista de Elegibles, tal como en efecto tuvo ocurrencia con la expedición del Decreto No. 3454 de 2006, que lo fijó en 75 puntos, que luego fue modificado por el Decreto acusado en 60 puntos. Encuentra la Sala, que el Concurso Notarial, tal como fue estructurado, cumple con la finalidad de seleccionar a quienes demuestren mayor mérito para acceder a la Carrera Notarial y el hecho de que se fije un puntaje mínimo, implica que no toda aquella persona que concurra al mismo acreditando el cumplimiento de los requisitos, puede integrar dicha Lista de Elegibles, porque, debe importar el puntaje que obtiene en las diferentes etapas del proceso de selección.

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

[Sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2007-00073-00\(1423-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad.](#)

11. El cargo de Director Ejecutivo Seccional de administración judicial del Distrito de Santa Rosa de Viterbo al ser de libre nombramiento y remoción, no requería de que estuviera vacante para designar una nueva Directora Seccional y hacer uso de la facultad discrecional para el retiro del servicio del demandante.

Se indica en el libelo, que la actuación desplegada por la Administración también desconoció lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 270 de 1996, como quiera que la conformación de la terna por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de la nueva Directora Seccional, debía estar precedida de la vacante a proveer; situación imposible de configurar en el caso sub-lite, en tanto que para la fecha en que fue conformada la terna y designada la nueva Directora Ejecutiva, el actor aún permanecía en el cargo. Para resolver la acusación planteada, es necesario tener en cuenta que la citada disposición hace parte del Capítulo II del Título VI de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que se encarga de regular, exclusivamente, lo concerniente a la “Carrera Judicial” cuyo campo de aplicación se circunscribe a regular el ingreso en los cargos de Magistrados de los Tribunales y de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Jueces y empleados que por disposición expresa de la ley “no sean de libre nombramiento y remoción” (Artículo 158). Ello conduce a despachar desfavorablemente el cargo propuesto, en tanto que el empleo ocupado por el demandante, al hacer parte de la especie excluida de la regulación, no era necesario que se encontrara vacante para que el nominador hiciera uso de la facultad discrecional.

[Sentencia de 15 de septiembre de 2011, Exp. 15001-23-31-000-1996-16460-01\(2247-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

12. El dictamen médico proferido en virtud de un auto de mejor proveer, debe ser puesto en conocimiento de las partes para que realicen las objeciones que se pudieran tener, y así no quebrantar el derecho al debido proceso.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, mediante dictamen No. 7231 de 31 de octubre de 2008, determinó que el accionante tenía una pérdida de la Capacidad Laboral del 50.01%. Para arribar a esta conclusión, se tuvo en cuenta el manual previsto por el Decreto 917 de 1999. Ahora bien, teniendo en cuenta el recurso de alzada interpuesto por el accionante y el hecho de que el Acta proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, fue la prueba determinante para el *A quo* al momento de adoptar la decisión, y que la misma no se puso en conocimiento de ninguna de las partes con el objetivo de que manifestaran las objeciones que pudieran tener; este Despacho, mediante Auto para mejor proveer de 4 de noviembre de 2010, ofició a la mencionada Junta para que valorara nuevamente la incapacidad del actor, relacionada con los hechos que fueron objeto de calificación por las autoridades médicas de la Policía Nacional, “*teniendo en cuenta, igualmente, las objeciones efectuadas por el actor, mediante el recurso de apelación, al Dictamen presentado por dicha junta*”. Además, se reitera que la entidad accionada no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción frente al dictamen No. 7231 de 31 de octubre de 2008, suscrito por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, por lo cual se quebrantaría el derecho constitucional al debido proceso si en esta oportunidad se convalidara dicha prueba para acceder a las pretensiones del accionante.

[Sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2003-00008-01\(0977-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**1. El Consejo de Estado decidió no declarar la responsabilidad extracontractual del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora, por el no levantamiento de las medidas cautelares de embargo y secuestro impuestas sobre el predio denominado “Santa Teresa” gravado con el impuesto de valorización por la construcción del Distrito de Riego “EL ZULIA”**

La sentencia de primera instancia no condenó a la entidad demandada al considerar que no había prueba de la existencia del daño antijurídico debatido, decisión que protestó el demandante para quien, al existir una falla en el servicio, se debía necesariamente declarar la responsabilidad de la demandada a pesar de no haberse probado los perjuicios reclamados, caso en el cual -aduce el actor- el juez debe decretar las pruebas de oficio o proceder a condenar en abstracto.

**El daño antijurídico no se acreditó porque la medida cautelar sobre el inmueble del demandante no lo imposibilitó de ejercer sus derechos sobre él. La solicitud de decretar pruebas de oficio para acreditar el daño deviene improcedente**

**Extracto:** “No existe prueba que demuestre que se hubiese apartado al demandante de la tenencia del inmueble, ya que no se practicó la diligencia de secuestro sobre el predio “SANTA TERESA” u otro de propiedad de SERGIO ALFONSO GALLEGO RODRIGUEZ. (...) se tiene que la medida cautelar decretada sobre el inmueble de propiedad del demandante no imposibilitó a su propietario de ejercer sus derechos sobre él, razón por la cual pudo seguir percibiendo sus frutos naturales o, como se probó en este caso, los cánones de arrendamiento correspondientes al contrato a que se hizo referencia con anterioridad. (...) en el caso materia de estudio no se allegaron elementos probatorios que permitieran evidenciar el daño antijurídico alegado por la parte demandante, ha de concluir la Sala que no se reúnen los presupuestos para derivar la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada, sin que exista necesidad de entrar a estudiar el elemento de la imputabilidad, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia. (...)El demandante solicitó en el escrito de alzada que se decreten las pruebas de oficio pertinentes para la demostración del daño. Ha de decir la Sala que tal facultad entregada por la ley a la judicatura, no significa la sustitución por el juez de la carga que le corresponde a la parte demandante de probar los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, conforme a los mandatos del artículo 177 del Código de procedimiento Civil.”

**[Sentencia de octubre 19 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1996-03040-01 \(18.897\). MP. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**2. El Consejo de Estado decidió no declarar responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por el daño ocasionado al demandante como consecuencia del hurto de dinero y de un arma de su propiedad, realizado por unos asaltantes que vestían prendas de uso privativo de la entidad, en hechos ocurridos el 19 de febrero de 1993, en la vía que de Pitalito conduce a Palestina en el departamento del Huila**

Decide la Sala si en el caso concreto está demostrado el daño alegado en la demanda y si el mismo es imputable al Ministerio de Defensa-Policía Nacional, establecerá cuál es el régimen jurídico de imputación de responsabilidad aplicable, valorará las pruebas aportadas para establecer si el hurto fue cometido con armas reglamentarias de la Policía Nacional o si por el contrario será necesario determinar si el daño alegado por el actor es imputable a la Policía Nacional, a título de falla del servicio.

La utilización de uniformes privativos de la fuerza pública que usaban los asaltantes no compromete la responsabilidad de la entidad demandada. La falla del servicio alegada por la parte demandante no se configuró

**Extracto:** “En lo relacionado con (ii) la utilización de prendas de uso privativo de la entidad demandada, la Sala observa que en el proceso se demostró debidamente que las personas que cometieron el hurto el 19 de febrero de 1993, estaban vestidas con uniformes de la Policía Nacional, pues así lo narran en forma reiterada y unívoca los testigos que rindieron testimonio dentro del trámite de autos, situación que, además, quedó demostrada con los medios de prueba recaudados durante el trámite penal adelantado por las autoridades correspondientes. (...) debe decirse que ese hecho, por sí solo, no es suficiente para endilgar responsabilidad a la entidad demandada, pues el uniforme policial no representa los actos de la institución policial, a menos de que sea utilizado por alguno de los miembros activos de dicha entidad en ejercicio de las funciones relacionadas con la prestación del servicio de policía. Además, el uniforme policial no es un elemento que sea intrínsecamente peligroso para la comunidad y para que pueda predicarse la falla del servicio de la entidad en relación con la custodia de ese tipo de elementos, es necesario demostrar que incurrió en alguna omisión en el ejercicio de esa guarda, o que permitió la utilización de esos elementos para la perpetración de actos ilícitos. En el caso concreto, no se evidenció que los comandantes del Distrito Policial de Pitalito tuvieran algún indicio de que podría ocurrir un atraco con la utilización de uniformes de uso oficial de la Policía Nacional y, además, el 19 de febrero de 1993 se dispuso que el ex agente Bernardo Manrique, quien había sido retirado del servicio, debía presentarse ante el comandante del distrito policial para hacer entrega de las prendas de dotación, por lo que no es posible predicar la existencia de una falla del servicio por parte de la entidad demandada en la guarda de los aludidos elementos.”

[Sentencia de noviembre 22 de 2011. Exp. 41001-23-31-000-1994-07911-01 \(22.935\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURTH. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**3. Se declara que en el contrato de obra No. 0178 de 1987, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la Sociedad Topco S.A, no se rompió el equilibrio económico contractual al no encontrarse probado que hubo una alteración anormal y significativa de los valores de los insumos propios de la obra y que esa variación alteró la ecuación financiera del contrato**

El contrato que dio origen al presente proceso fue celebrado en el año 1987, bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, su objeto contractual era la construcción del sector Monterrey-Tauramena-Aguazul, de la carretera Aguazul Villanueva. La parte demandante pidió que se declarara que se rompió el equilibrio económico y sus adiciones porque la fórmula de ajuste de precios prevista en su cláusula octava no conservó durante el plazo convenido el valor inicial de los precios unitarios.

**a. El contrato estatal y el mecanismo de reajuste de precios para el cumplimiento de las obligaciones para su ejecución final**

**Extracto:** “Mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución. Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.”

**b. El fenómeno de la conmutatividad y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal**

**Extracto:** “El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.”

**c. Debe probarse que la variación de precios causó un impacto negativo en la ecuación financiera del contrato que no pudo contrarrestar la fórmula pactada**

**Extracto:** “En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación la demandante sostiene que a partir del Acta No. 55 la fórmula estipulada empezó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, razón por la cual los precios unitarios comenzaron a decrecer mientras que la prestación del contratista se mantuvo igual tal como lo hizo evidente los índices de precios al consumidor publicados por el DANE. Sin embargo, no hay probanza alguna que demuestre el incremento anormal de los insumos propios de la obra que fue contratada tales como el asfalto, el recebo, la arena, la gravilla, el cemento, los salarios, la gasolina, el A.C.P.M., la maquinaria y el equipo, etc., y mucho menos existe prueba de que, habida cuenta de las alzas inusitadas de estos factores, la fórmula pactada resultó inane para contrarrestar los efectos de esos anormales incrementos. (...) no hay demostración alguna de que hubo una alteración anormal y significativa de los valores de los insumos propios de la obra y que esa variación causó un impacto negativo en la ecuación financiera del contrato que no pudo contrarrestar la fórmula pactada. Esta orfandad probatoria sobre estos aspectos esenciales determina la improsperidad de las pretensiones de la demanda y como así lo decidió el Tribunal la sentencia apelada debe confirmarse.”

**d. El principio de la buena fe objetiva debe imperar en todos los acuerdos contractuales**

**Extracto:** “El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Estos preceptos, a no dudarlos, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual. En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales. (...) La Sala encuentra contrario a la buena fe objetiva el que la parte demandante pretenda apartarse de lo convenido contractualmente para que con fundamento en el IPC, un índice diferente al pactado y que no guarda relación directa con el objeto comercial, se le reajusten los precios por el sólo hecho de verlo más favorable a sus intereses, sin consideración a los de la otra, toda vez que no fue motivo



de su preocupación demostrar que los factores del índice acordado sufrieron incrementos anormales que alteraron gravemente el equilibrio financiero e hicieron inoperante la fórmula prevista, razón por la cual se le condenará en costas de ésta instancia.”

[Sentencia de junio 22 de 2011. Exp. 85001-23-31-000-1998-00070-01 \(18.836\). MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

4. Se declara administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF -, de los perjuicios ocasionados por el estado de desnutrición de un menor a quien se retiró de su núcleo familiar y retornarlo en peores condiciones falleciendo posteriormente. Se ordena pagar perjuicios morales y se decretan medidas de justicia restaurativa

Decide la Sala si se encuentra probado que el menor José Antonio Cargallo Cabrera sufrió de manera permanente de desnutrición crónica mientras estuvo bajo el cuidado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y si el daño es imputable en el plano causal y jurídico a la entidad demandada.

**a. El daño antijurídico se encuentra acreditado**

**Extracto:** “De acuerdo con los distintos medios de convicción que integran el acervo probatorio, resulta posible establecer que el menor José Antonio Carballo Cabrera sufrió de manera permanente -al menos durante los años 1993 y 1994- de desnutrición crónica, estado de salud que nunca fue superado, inclusive mientras estuvo en manos del ICBF en centros especializados o en los hogares sustitutos designados por éste. Está de igual forma probado que el niño José Antonio Carballo Cabrera murió el 29 de noviembre de 1994, por un paro cardiorrespiratorio e insuficiencia respiratoria, daño éste que no hace parte de la litis y, por consiguiente, la Sala se abstendrá de analizar cuál fue su causa y si es o no imputable a la Administración Pública. Por tal motivo, se insiste, el daño que se debate en este litigio se refiere al estado de desnutrición avanzado alegado por los actores en el libelo demandatorio y que se enrostra a la institución demandada. Ahora bien, en el asunto sub examine, el daño alegado, esto es el estado de desnutrición crónico o avanzado del menor José Antonio Carballo Cabrera, es imputable en el plano causal y jurídico a la entidad demandada.”

**b. El daño antijurídico causado al menor durante la ejecución de la medida de protección es imputable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

**Extracto:** “Esta Corporación ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado -vía acción o pretensión de reparación directa-, por los daños irrogados a menores o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección. (...) resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables. En el caso sub examine, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada está compelida a reparar la lesión antijurídica padecida por los demandantes. (...) el daño antijurídico está constituido por el estado de desnutrición crónica con que entregó el ICBF al niño José Antonio Carballo Cabrera a su padre, bajo la modalidad de hogar biológico. Para la Sala el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada (...) De las pruebas que se allegaron al proceso resulta que el ICBF intentó situar al menor en centros de atención especializada pero ante su agresividad y la falta de adaptación a esas instituciones decidió modificar la medida de protección por la del hogar biológico, cuando el informe social producido por funcionarios de la misma entidad demostraba que el padre no contaba con los recursos económicos y sociales para atender en debida forma al menor José Antonio, dadas sus condiciones físicas (desnutrición crónica) y psicológicas (retraso lingüístico y psicomotor). En ese orden de ideas, el ICBF incurrió en una falla del servicio al haber retornado a su entorno familiar al niño José Antonio Carballo Cabrera sin que previamente se hubiera estabilizado su condición física,

pues el hecho de decretar la medida de hogar biológico y, por lo tanto, de entregar una subvención económica a favor de su padre no garantizaba que se superara el estado de riesgo, peligro o amenaza para sus derechos.”

**c. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incurrió en una falla del servicio, porque no mejoró de manera alguna la condición del menor durante el tiempo de desarraigo de su núcleo familiar quien murió mientras se encontraba en su hogar biológico**

**Extracto:** “Le asiste razón al recurrente cuando señala que la falla del servicio o “culpa” -como la denomina- residió en que el ICBF no mejoró en modo alguno la condición del menor José Antonio Carballo Cabrera durante el período en que lo desarraigó de su núcleo familiar. De igual forma, del acervo probatorio se tiene que el señor José Antonio Carballo Guamanga recibió a su hijo José Antonio y que éste falleció encontrándose vinculado a su familia bajo la medida de protección de hogar biológico; no obstante, no acreditó que su deceso se hubiere producido por descuido de su padre o en virtud del proceso de desnutrición avanzado, razón por la cual no es posible aceptar los argumentos de defensa que están encaminados a radicar exclusivamente en cabeza del demandante el estado físico del menor y su posterior fallecimiento. Asimismo, advierte la Sala que luego de que el ICBF impuso al niño un desarraigo que comprendió su estadía en las ciudades de Bogotá, Garzón y Pitalito, optó por modificar el instrumento de protección y retornar al menor en el año 1994 en las mismas o peores condiciones en las cuales fue retirado de su hogar, sin que se evidenciara mejoría alguna en su estado físico y psicológico. (...) Para la Sala los instrumentos probatorios que integran el plenario resultan demostrativos de la incontestable falla del servicio en que incurrió la entidad demandada (...) La anterior panorámica no deja de causar asombro a la Sala, puesto que llaman poderosamente la atención hechos como los que se juzgan, comoquiera que la entidad que tiene a su cargo la protección integral de la infancia y la adolescencia somete a un niño -que ha sido maltratado por su padrastro con la presunta anuencia de su madre, y cuyo padre no cuenta con los recursos necesarios para brindarle un adecuado e idóneo sostenimiento- a un éxodo lejos de su único ser querido, es decir su padre, durante casi un año, para con posterioridad retornarlo en similares o peores condiciones a las que lo retiró de su núcleo familiar.”

**d. La entidad demandada transgredió la dimensión objetiva de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad del menor que se encontraba bajo el cuidado de la entidad demandada. Con fundamento en el principio de reparación integral se decretan medidas de justicia restaurativa y garantías de no repetición**

**Extracto:** “La Sala advierte que se transgredió la dimensión objetiva de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad del menor José Antonio Carballo Cabrera, toda vez que con el comportamiento del ICBF no sólo no se superó el estado de peligro y abandono en que se encontraba aquél, sino que, por el contrario, se generó más trauma al menor, quien, al final, retornó con su padre en idénticas o peores condiciones de las que fue extraído con fundamento en la medida de protección. En consecuencia, la actitud del ICBF desconoció la protección constitucional especial y reforzada que cobija a los niños y niñas de país, máxime si José Antonio contaba con una doble garantía constitucional en virtud de su condición de niño y de discapacitado. En efecto, los derechos fundamentales trascienden la esfera individual y subjetiva, pues se ha reconocido que también contienen un plano axiológico u objetivo que está dirigido o encaminado a impedir que transgresiones a éstos se vuelvan a producir, razón por la cual es preciso disponer medidas adicionales de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal respectivo. (...) en el caso concreto se desconoció la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad del niño José Antonio Carballo Cabrera, pues la medida de protección, instrumento en principio idóneo para garantizarle de sus derechos fundamentales se tornó inocua en virtud del comportamiento de la entidad demandada que lejos de asumir una posición dinámica y activa para procurar de manera efectiva la recuperación del menor optó por devolverlo al lado de su padre en las mismas condiciones de desnutrición avanzada y crónica que las iniciales al momento de decretar el estado de abandono y peligro del menor. Por lo tanto, con fundamento en el principio de

reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), la Sala decretará las siguientes medidas de justicia restaurativa, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos: Como medida de no repetición (...) como garantía de no repetición (...) como medida de satisfacción (...) La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino al Tribunal Administrativo del Huila, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.”

**[Sentencia de junio 23 de 2011. Exp. 41001-23-31-000-1994-07893-01 \(20.324\). MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**5. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte de un ciudadano, ocasionada por miembros del CTI con arma de dotación oficial, en hechos ocurridos el 19 de noviembre de 1995 en la ciudad de Medellín**

Decide la Sala si entidad demandada es responsable por los hechos en los que resultó muerto el señor Horley de Jesús Restrepo Molina, en desarrollo de un operativo adelantado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación, o si por el contrario el daño no resulta imputable a la acción de sus agentes, toda vez que ni en la investigación penal ni disciplinaria se logró identificar el autor del homicidio ni la procedencia del proyectil que causó el deceso, aunado a que el operativo se ajustó a las previsiones legales.

**La entidad demandada es responsable por los perjuicios causados a los demandantes, por el desarrollo del operativo adelantado por los miembros del CTI, en ejercicio de sus funciones y con armas de dotación oficial. Vale aclarar que la demandada vulneró la cadena de custodia**

**Extracto:** “la Sala observa con extrañeza que en las piezas procesales remitidas al plenario de la investigación penal no obra inspección ocular en el sitio de los hechos, que hubieran permitido recuperar evidencias, tales como vainillas o cartuchos, con miras a establecer el uso de las armas, el tipo de armamento percutido y la procedencia de los proyectiles y, en consecuencia, se echa de menos el estudio de balística. Así mismo, resulta extraño que algunos testimonios refieran que el vehículo en el que se desplazaban los efectivos no tenía placa, mientras que el Fiscal Seccional 175 de Medellín pudo establecer -al inspeccionar el automotor- la número OM-54-39, pero no refiere si se cumplió la cadena de custodia a la que la demandada tendría que haber sometido el automotor. Huelga concluir, en consecuencia, la vulneración de la cadena de custodia a que estaba obligada la demandada, tratándose de un vehículo objeto de investigación penal y disciplinaria. Ahora, sin perjuicio de las falencias antes observadas, lo cierto es que fue en desarrollo de un operativo adelantado por miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones y con sus armas de dotación oficial, que el señor Restrepo Molina resultó muerto, en hechos de que la entidad accionada no da cuenta porque el informe y los testimonios no infunden credibilidad. Así lo hizo conocer el Director del CTI al confirmar la realización del operativo y la participación de los agentes Efraín Hoyos Ramírez, Hugo Antonio Benavides Orozco, Elkin de Jesús Rodríguez Porras, Diego Cadavid Becerra y Miguel Ángel Tafur Ospina. De conformidad con lo expuesto, la Sala considera procedente declarar la responsabilidad de la parte demandada, condenándola al pago de los perjuicios causados a los demandantes”

**[Sentencia de septiembre 14 de 2011. Exp. 05001-23-26-000-1996-01929-01 \(21.059\) MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**6. Se declaró patrimonial y solidariamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación, por los daños ocasionados con la privación injusta de la libertad de un ciudadano, quien fue capturado por el grupo UNASE por ser sospechoso del delito de extorsión y haber sido absuelto por el Juzgado de Instrucción de Orden Público de Medellín, al comprobarse que no cometió el hecho punible que se le imputó**

Decide la Sala si la detención del señor Luis Alberto Mejía Rendón por miembros del grupo UNASE de la Policía Nacional, se ajustó a las funciones y a los procedimientos establecidos ó si la responsabilidad recae sobre la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad a la que fue sometido el sindicado por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa

#### **a. Acreditación del daño antijurídico**

**Extracto:** “se tiene que el daño antijurídico se encuentra establecido, puesto que el señor Luis Alberto Mejía Rendón, estuvo privado de la libertad desde el 6 de diciembre de 1991, día en que fue capturado por miembros del Grupo UNASE, hasta el 24 de junio de 1992, fecha en la que se le notificó la decisión de cesación del procedimiento. En ese orden de ideas, el actor padeció una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no estaba en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se lo impone. Así mismo, está probado que en el proceso penal se ordenó la cesación del procedimiento en favor del demandante, al considerar que el señor Mejía Rendón no había cometido el hecho punible del que se le acusaba.”

#### **b. El presente caso se rige por régimen de daño especial por privación injusta de la libertad**

**Extracto:** “es claro que el asunto *sub examine*, debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate, se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación. (...) Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. (...) cuando se absuelve al procesado porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa. Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. (...)en concordancia con lo que se viene explicando, que se aplique un precepto legal en forma retroactiva, sino que los supuestos contenidos en el artículo 414 de esa normativa, se encuentran incorporados al régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, y siempre que ellos se presenten, ya sea que se trate de hechos ocurridos antes, durante o después de la vigencia del decreto 2700 de 1991, se estaría frente a un régimen de daño especial, como quiera que en estos casos debe prevalecer la justicia material (...)como en el presente caso los hechos ocurrieron antes de la vigencia del decreto ley 2700 de 1991, debe aplicarse el título de imputación del daño especial para definir así la responsabilidad de la administración pública.”

#### **c. El daño ocasionado al actor es imputable de manera solidaria al Ministerio de Defensa - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación**

**Extracto:** “el Ministerio de Defensa - Policía Nacional- en el recurso de apelación señaló que la captura se llevó a cabo en cumplimiento de las leyes y de la constitución, que les impone velar por la vida, bienes y honra de los ciudadanos, evento en el que, si no cumple con esos postulados responde por omisión, de lo anterior concluyó que el Grupo UNASE actuó debidamente legitimado y que no le asiste responsabilidad alguna en los hechos, lo contrario implicaría que esa entidad siempre sería condenada, por acción o por omisión. Ante esta circunstancia, es necesario advertir que las instituciones públicas deben dar cabal cumplimiento a sus funciones, pero si en el desarrollo de las mismas, se causa un daño a un ciudadano que no tiene el deber de soportar, éstas deberán

responder, máxime si se trata del bien jurídico de la libertad, caso en el cual no será suficiente para exonerarse de responsabilidad probar que se actuó en forma prudente, diligente y en cumplimiento de sus deberes, sino que deberá acreditar que se trató de una fuerza mayor, del hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, aspectos que no fueron probados en el *sub judice* por el Ministerio de Defensa, motivo por el cual esa entidad también es llamada a responder por los daños ocasionados al actor. De otra parte, la Rama Judicial, en la impugnación indicó que el proceso penal que se tramitó contra Luis Alberto Mejía Rendón no llegó a la etapa de juicio, de allí que el daño le es imputable a la Fiscalía General de la Nación, quien tiene autonomía administrativa y financiera, independiente a la del Consejo Superior de la Judicatura. Frente a este motivo de inconformidad, es preciso determinar quien tenía la representación de los Despachos Judiciales que profirieron las decisiones, para la fecha de presentación de la demanda. En efecto, se tiene que la medida de aseguramiento de detención preventiva contra el actor, fue proferida por el Juzgado de Instrucción de Orden Público de Medellín, el mismo que declaró la cesación del procedimiento a su favor, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional al resolver la consulta de esa providencia. De conformidad con el artículo transitorio 27 de la Constitución Política, los Juzgados de Instrucción de Orden Público pasaron a formar parte de la Fiscalía General de la Nación (...) a partir del 30 de noviembre de 1991, fecha de expedición del decreto 2699, el Fiscal General de la Nación representa igualmente a todos los Despachos Judiciales que entraron a formar parte de esa entidad, entre ellos los Juzgados de Orden Público. (...) se tiene que le asiste razón a la Rama Judicial, quien no es la entidad que debe responder por los daños ocasionados al señor Luis Alberto Mejía Rendón, sino la Fiscalía General de la Nación.”

**[Sentencia de octubre 19 de 2011. Exp. 05001-23-26-000-1994-02193-01 \(19.151\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**7. El Consejo de Estado decidió no declarar responsable al Instituto de Seguros Sociales, por la atención prestada a una paciente que fue remitida a la Fundación Valle de Lili, por presentar peritonitis terciara. La Sala de la Sección Tercera no encontró probada la ocurrencia del hecho que se imputaba a la entidad demandada**

Decide la Sala si la Nación - Ministerio de Salud y el Instituto de Seguros Sociales - Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali (Valle del Cauca), son patrimonialmente responsables por los perjuicios ocasionados como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas practicados a la señora ADRIANA RENGIFO YOCUÉ, así como las complicaciones posteriores a éstas, que según los demandantes, causaron una patología que le significó un estado de invalidez absoluta por la pérdida del 80% de su capacidad laboral.

**La parte demandante no aportó prueba idónea sobre la prestación de los servicios médicos suministrados a la paciente por parte del Instituto de Seguros Sociales. La historia clínica aportada por la Fundación Valle de Lili, no puede modularse sistemática y armónicamente con otras pruebas que permitan realizar una labor de valoración y ponderación de la prueba a partir de un hecho indicador que conduzca a una conclusión respecto de los supuestos fácticos que sirvieron de fundamento a las pretensiones de la demanda**

**Extracto:** “al proceso fue aportada la fotocopia auténtica de la historia clínica de la paciente elaborada por la Fundación Valle de Lili, correspondiente al período en que esta Institución le brindó atención, sin embargo, en relación con la prestación de los servicios médicos que le dispensó el Instituto de Seguros Sociales no existe información alguna ni prueba idónea - historia clínica - a través de la cual se pueda verificar cuáles fueron los diagnósticos iniciales, tratamientos recibidos, complicaciones presentadas, en fin, el historial que enseñe cuál fue la atención recibida por la demandante cuando consultó por la dolencia de la que inicialmente conocieron los médicos de la institución. (...) La omisión en el envío del documento indicado, a pesar de haber sido solicitado y de encontrarse en poder de la entidad demandada, constituye un indicio en contra del Instituto de Seguros Sociales pero que no es suficiente para derivar responsabilidad de dicha entidad. De otra



parte, la historia clínica allegada al proceso por la Fundación Valle de Lili, único registro sobre la atención clínica dispensada, no puede modularse sistemática y armónicamente con otras pruebas que permitan realizar una labor de valoración y ponderación de la prueba a partir de un hecho indicador que conduzca a una conclusión respecto de los supuestos fácticos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda y dentro del proceso no existe prueba alguna a partir de la cual pueda construirse un indicio en relación con la ocurrencia del hecho dañoso; (...) resulta necesario señalar que el Instituto de Seguros Sociales fue claro y oportunamente informó sobre la imposibilidad de ordenar la realización de una valoración por parte de la Junta Regional de Invalidez, pues bajo las circunstancias y con el propósito que se requería, se afectaba indebidamente el presupuesto de la entidad toda vez que dicha valoración únicamente procede para actos en los que se pretende definir la pérdida de la capacidad mencionada con fines prestacionales; a pesar de lo anterior, la parte demandante a quien le incumbía probar el hecho de la disminución, no agotó otros posibles medios de prueba para demostrar el hecho, simplemente se limitó a allegar una resolución de reconocimiento de pensión por invalidez, documento que no puede ser valorado como prueba por haber sido aportado fuera del término legal previsto para ello. (...) no existe ningún elemento de prueba válidamente aportado al proceso del cual se pueda concluir, sin hesitación alguna, que el hecho imputable a la administración, por cuya indemnización se reclama, haya ocurrido como consecuencia de una falla en la prestación del servicio por parte del Instituto de Seguros Sociales; de tal suerte que la falla alegada resulta ajena a la administración.”

[Sentencia de septiembre 29 11 de 2011. Exp. 76001-23-31-000-1995-02740-01 \(19.257\). MP. GLADYS AGUDELO ORDÓNEZ \(E\). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**8. El Consejo de Estado decidió no declarar la responsabilidad patrimonial del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por los daños y perjuicios alegados por los demandantes por la pérdida de un cultivo hidropónico de fresas. La instrucción y asistencia fue suministrada por un funcionario de la entidad demandada**

A finales del año 1992 los demandantes instalaron un cultivo hidropónico de fresas, en un local ubicado en el municipio de Tibasosa, Boyacá, el cultivo fracasó ocasionándoles daños económicos, quienes no sólo perdieron la inversión que hicieron, sino que además, no lograron obtener las ganancias que esperaban con la venta de los frutos. El cultivo se instaló con la asesoría técnica de un funcionario del SENA quien fue designado por la entidad para dictar el curso y brindarles esa asesoría

**a. No se configuró la falla del servicio alegada por los demandantes por la entidad cumplió con los deberes a su cargo, relacionados con la instrucción brindada**

**Extracto:**“ Está demostrado que el SENA brindó instrucción práctica a los demandantes para la instalación del montaje de cultivos hidropónicos de tomate y fresa, en el municipio de Tibasosa, como parte del curso teórico-práctico sobre cultivos hidropónicos que la entidad les dictó en Sogamoso; que además de la instrucción para la instalación del cultivo, la entidad también les brindó algunos insumos, como herbicidas; que sirvió como intermediaria para la compra de los estolones (tallos); les dio recomendaciones para la solución de los problemas que presentó el cultivo, ante las consultas que le formularon los propietarios de los mismos e inclusive, que el señor Jesús Ramírez, por iniciativa propia, les colaboró en la solución del problema de agua que padecieron con el préstamo de una electrobomba. (...)La parte práctica del curso no implicaba la obligación de adelantar un proyecto, aunque la entidad motivara a quienes asistían al curso para que así lo hicieran, con la ventaja de que se les apoyaría en la instalación del mismo, pero esto no implicaba, ni una asistencia permanente del instructor, ni mucho menos el deber de la entidad de garantizar un resultado. El acierto de esa actividad dependía de otros factores externos, que la entidad demandada no podía controlar. (...) se considera que la entidad cumplió los deberes a su cargo, relacionados con la instrucción que brindó a los demandantes en el curso de cultivos hidropónicos y que el apoyo que les ofreció al implementar el proyecto de cultivos de tomate y fresas correspondió a las obligaciones propias de la instrucción práctica. Por lo tanto, la entidad demandada no incurrió

en falla del servicio alguna por no haber dispuesto la presencia de un funcionario del SENA para asistir a los demandantes durante el desarrollo de los cultivos.”

**b. No se tuvo certeza de la causa de la pérdida de los cultivos y no hay lugar a imputar el daño sufrido por los accionantes como consecuencia de dicha pérdida**

**Extracto:** “no puede construirse un indicio de responsabilidad en contra de la entidad demandada por la pérdida de los cultivos de los demandantes, a partir de la verificación del hecho de que aquélla les brindó asistencia técnica para la instalación y manejo de los cultivos. Por el contrario, si se revisa la hoja de vida del instructor, se aprecia su idoneidad en el tema y en consecuencia, lo que podría construirse sería una prueba indirecta sobre la ausencia de esa responsabilidad. (...) el demandante no sólo recibió asistencia técnica del instructor del SENA Jesús Ramírez, sino también de terceras personas y por lo tanto, aún suponiendo que la causa del daño de sus cultivos estuviera relacionada con la modificación físicoquímica del agua, no resulta posible en el caso concreto tener certeza sobre cuál fue el técnico que hizo esas recomendaciones. (...) no se acreditó en el expediente cuál fue la causa de la pérdida de los cultivos de los demandantes. (...) la entidad demandada cumplió las obligaciones de instrucción teórico práctica que contrajo al ofrecer el curso de cultivos hidropónicos al cual asistieron los demandantes. Por lo tanto, no puede ser atribuida la pérdida de los cultivos a la omisión del señor Jesús Ramírez de brindarles asistencia, ni a errores en la instrucción teórico práctica, porque, se insiste, al no haber sido determinada la causa de la pérdida de los cultivos, no hay lugar a concluir que esa causa estuviera relacionada con las recomendaciones que éste les brindó. En síntesis, como no está demostrado con los medios de prueba que obran en el expediente que en la instrucción teórico-práctica que brindó el SENA a los demandantes se hubiera incurrido en fallas del servicio que fueran la causa de la pérdida de los cultivos hidropónicos de fresa de éstos, no hay lugar a imputar a la entidad demandada el daño que sufrieron como consecuencia de dicha pérdida.”

[Sentencia de noviembre 15 de 2011, Exp. 15001-23-31-000-1995-05783-01 \(20.198\). MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**9. Se declara administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario - INPEC-, por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la muerte de un ciudadano ocasionada por un recluso que se fugó de la cárcel de Lorica en hechos ocurridos el 5 de noviembre de 1996, el interno cometió el homicidio con el arma de dotación oficial que robó a un guardián en su huida del centro penitenciario**

Corresponde determinar a la Sala si el INPEC, debe responder por los perjuicios inflingidos por la muerte del señor Pedro Antonio Fuentes Gómez, causada por un individuo que se fugó de la cárcel de Lorica, ya que su evasión del centro carcelario tuvo origen en una presunta omisión en la vigilancia y seguridad de la penitenciaría, quien además se apropió del arma de dotación de uno de los guardianes y la utilizó para perpetrar el crimen.

**Se configuró una falla del servicio, por la omisión de los deberes de vigilancia y custodia por parte de los guardianes del centro penitenciario, que no impidieron la fuga del recluso, presentándose un indebido funcionamiento del servicio carcelario**

**Extracto:** “Alegó el impugnante la existencia de una falla del servicio, que atribuye a la violación de los deberes funcionales de vigilancia y custodia por parte de los guardianes que no impidieron la fuga del recluso, y que él califica de desidia o descuido y por consiguiente, indebido funcionamiento del servicio carcelario. En relación con este argumento debe precisarse que en eventos como el que aquí se analiza, el Consejo de Estado ha considerado que el título de imputación aplicable es la falla del servicio y efectivamente, ella en el presente caso estaría determinada por la omisión de la autoridad pública en el cumplimiento de sus deberes funcionales, de tal manera que es preciso para acreditar su existencia que se confronte el contenido obligacional fijado por las normas para los funcionarios

que cumplen la labor de custodia y vigilancia de los reclusos, con el grado de cumplimiento de los mismos, por parte de quienes estuvieron relacionados con los hechos. (...) se tiene que los deberes funcionales y prohibiciones que cobijan a quienes ejercen la labor de guarda, vigilancia, custodia y seguridad en los establecimientos carcelarios están contenidos en los artículos 44 y 45 de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario, modificado por la Ley 415 de 1997 y la Ley 504 de 1999 (...) tomando en consideración este marco normativo aplicable a quienes prestan servicios de vigilancia y custodia de los reclusos, amén de otras normas complementarias como las que tipifican las faltas disciplinarias gravísimas atribuibles a dichos servidores públicos, se puede inferir la especial exigencia en su cumplimiento, dadas las repercusiones que puede tener su inobservancia. En efecto, en el caso de los deberes de vigilancia y custodia en materia penitenciaria y carcelaria, no sólo encontramos los que son ejercidos respecto de los reclusos, tendientes a garantizar su seguridad y el mantenimiento del orden al interior del centro de reclusión, sino además existe *“un servicio público prestado por el Estado a la ciudadanía en general consistente en garantizar su seguridad mediante la vigilancia y custodia de aquellas personas cuyo comportamiento puede representar una amenaza para el conglomerado social”*obedece a la defensa del interés general. De acuerdo con éste, se debe tener en custodia, en centros penitenciarios, a personas cuyo comportamiento represente una amenaza para la sociedad. Así las cosas, el desconocimiento de tales deberes es evidenciado con la fuga, ya que en condiciones normales ella no se produciría de no haberse presentado previamente la omisión que la permitió, razón por la cual el Estado está llamado a responder.”

[Sentencia de noviembre 15 2011. Exp. 23001-23-31-000-1997-08934-01\(21.768\). MP. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

## SECCIÓN CUARTA

### 1. a) A los conceptos de la Dian se les aplica el principio de irretroactividad de los actos administrativos

Se decide los siguientes aspectos: i) Si la DIAN desconoció la doctrina oficial de la entidad en las actuaciones demandadas; ii) Si es procedente el IVA descontable que solicitó la parte actora en la declaración del impuesto sobre las ventas del tercer bimestre del año 2004, originado en los pagos hechos por pólizas de salud, prestación de servicios jurídicos y de servicios de búsqueda de personal de la compañía.

**Extracto:** Con respecto al carácter vinculante y los efectos de los conceptos emitidos por la DIAN, esta Sección ha reiterado que “los conceptos que en ejercicio de las funciones expide la División de Doctrina Tributaria de la Dirección de impuestos Nacionales, constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la entidad” y, “aunque no son obligatorios para los contribuyentes, si son un criterio auxiliar de interpretación.” También ha considerado que aquellos conceptos jurídicos que son capaces de modificar o crear una situación jurídica en cabeza del contribuyente, son considerados actos administrativos, susceptibles de control judicial. Por ende, al tener tal carácter, se les aplica la regla general de irretroactividad de los actos administrativos; es decir, sólo producen efectos jurídicos hacia el futuro, una vez se han hecho públicos. En el presente caso la demandante reclama el desconocimiento de la aplicación del Concepto DIAN número 81763 del 22 de septiembre de 2006. Sin embargo, es claro que no sólo para el momento en que la actora presentó la declaración del IVA que se discute (22 de septiembre de 2004), sino para el momento en que empezó la etapa de discusión con el requerimiento especial (16 de agosto de 2006), el concepto aún no había sido expedido, razón por la que mal podría solicitarse su aplicación en dichos momentos.

### b) Los pagos de honorarios por la prestación de servicios jurídicos son expensas necesarias porque coadyuvan directa o indirectamente en la productividad de la empresa

Para la Sala, estos pagos hechos por la demandante tienen relación de causalidad con la actividad que desarrolla la empresa, pues son gastos que coadyuvan directa o indirectamente en la productividad de la misma. Se consideran expensas necesarias, porque forzosamente se deben hacer para atender los diferentes requerimientos que demanden el ejercicio de la actividad de la compañía y son normalmente acostumbrados en las empresas que ejecutan actividades como las que desarrolla la demandante. De tal forma que sí se reúnen los presupuestos del artículo 488 del E.T., para tener derecho a los impuestos descontables que en ellos se originaron.

**c) No es descontable el iva pagado por la prestación del servicio de búsqueda de ejecutivos cuando la prueba no especifica el objeto del servicio**

La Sala le da la razón a la DIAN al haber rechazado el IVA descontable originado en este pago, toda vez que de la prueba que aportó la actora no es posible inferir el objeto del servicio. En efecto, la demandante allegó la factura de venta número 0414 del 14 de mayo de 2004, en la que sólo se describe: "HONORARIOS PROFESIONALES". De esta descripción no se desprende el objeto del servicio prestado, razón por la que no es posible verificar si el gasto se subsume en los artículos 107 y 488 del E.T. Por lo tanto, no se acepta el IVA descontable originado en dichos pagos.

[Sentencia de 6 de octubre de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2008-00155-01\(17885\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## **2. La sola presentación de la facilidad de pago no suspende la causación de intereses de mora**

Se determina si se ajustan a derecho los intereses de mora causados a cargo de la actora, desde el momento en que solicitó la facilidad de pago de los tributos aduaneros adeudados hasta la fecha en que dicha facilidad fue otorgada por la Administración.

**Extracto:** los contribuyentes tienen que cumplir con sus obligaciones tributarias dentro de los plazos fijados por el Gobierno Nacional y, por ende, el retardo, tardanza o incumplimiento de esta obligación implica la causación de intereses de mora; intereses que sólo se suspenden en el evento previsto en el artículo 634-1 ET, aplicable en materia aduanera por remisión expresa del artículo 543 del Decreto 2685 de 1999. Esto indica que la regla general es que el no cumplimiento oportuno de las obligaciones tributarias causa intereses de mora con cargo al contribuyente o responsable, independientemente de que en casos como el presente, se haya solicitado una facilidad de pago; figura que de manera alguna pretende privilegiar el pago tardío de los tributos y sin que pueda inferirse que la sola presentación de la facilidad de pago suspende la causación de intereses de mora. Sobre este punto la Sala observa que la concesión de la facilidad de pago es una *facultad* de la Administración de Impuestos y, por lo tanto, la sola presentación de la solicitud de facilidad de pago no implica *per se* que ésta deba ser concedida inexorablemente por la DIAN, como tampoco que los intereses de mora se suspendan, pues estas consecuencias o efectos no están legalmente consagrados. En efecto, no debe perderse de vista que lo que origina los intereses moratorios es el incumplimiento o cumplimiento tardío de las obligaciones a cargo del contribuyente, responsabilidad que no puede ser trasladada a la Administración, máxime si se tiene en cuenta que, en este caso, la DIAN le ha otorgado dos facilidades de pago al contribuyente para que pague sus obligaciones fiscales pendientes respecto de los proyectos UT-I, UT-II y UT-III, pese a lo cual, en ambas oportunidades, la sociedad ha incumplido con los términos de las facilidades otorgadas. La Sala reitera que el otorgamiento de una facilidad de pago es una decisión potestativa de la Administración y no está sujeta a plazos. Tampoco puede ser de recibo un argumento que pretenda convertir el incumplimiento del contribuyente en una carga o responsabilidad para la Administración, cuando de una parte, no existe norma que determine que el término para decidir sobre una solicitud de facilidad de pago configure causal para suspender el cobro de intereses moratorios, ni en el caso, se advierte una conducta del demandante que demuestre una clara intención de ponerse al día con sus

obligaciones pendientes de pago a pesar de las oportunidades que le han sido otorgadas por las oficinas de impuestos, a las que pretende culpar por su incumplimiento.

[Sentencia del 1 de septiembre de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2005-02422-01 \(17904\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**3. El trámite de verificación y comprobación de los TIDIS no crea un nuevo requisito en materia del pago de la obligación tributaria, por tanto, el beneficiario deberá tener en cuenta este trámite al momento de aplicar el título al pago de tributos**

La Sala analizará las normas que regulan el pago como forma de extinguir la obligación tributaria, para establecer si la solicitud de aplicación de títulos, presentada por el contribuyente, puede tenerse como pago de la declaración de retención en la fuente

**Extracto:** De conformidad con las pruebas recaudadas, es claro que el contribuyente pretendió pagar la retención en la fuente mediante un título de devolución de impuestos (TIDIS), medio de pago legalmente autorizado para el pago de tributos, de conformidad con el artículo 806 del Estatuto Tributario. En el caso de la redención del título, ésta se concreta cuando se imputa el valor del título para pago de impuestos, el cual se realiza un día hábil después de presentada la solicitud de aplicación de títulos. Este trámite se acredita con la copia de los recibos de pago de impuestos. Teniendo en cuenta el trámite señalado, no se puede confundir la emisión del título con la aplicación del mismo, dado que la primera corresponde a la expedición del título, que es por la que se genera un certificado de depósito en el que se deja constancia de los valores depositados y su titular, y en razón de la segunda, la entidad financiera sustrae estos valores de la subcuenta del beneficiario para transferirlos a la cuentas del Estado. En el sub examine se encuentra que, si bien el contribuyente presentó la solicitud de aplicación de títulos el día 14 de septiembre de 2006, omitió tener en cuenta que el trámite de verificación y comprobación de los mismos se surtía hasta el día siguiente de presentada, situación que le fue informada desde el mismo momento en que suscribió el contrato de mandato con Bancolombia, el 12 de septiembre de 2006, en el que se dejó constancia de que conocía el reglamento del Depósito Centralizado de Valores de Colombia Deceval S.A. y aceptaba los términos del contrato de agencia de transferencia, suscrito entre Bancolombia y Deceval, los cuales le indicaron que la solicitud del certificado de valores en administración para el ejercicio de derechos patrimoniales, debe presentarse en *Bancolombia un día hábil antes del día en que se aplicará el valor nominal indicado en el certificado de pago de impuestos nacionales*. El anterior trámite administrativo no crea un nuevo requisito en materia del pago de la obligación tributaria, pues éste es independiente de aquél, dado que se refiere a la forma de redimir un título que se encuentra en custodia y administración en una entidad de depósito de valores, en virtud de un contrato celebrado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, institución financiera que se encuentra autorizada legalmente para establecer mediante reglamento el trámite de su administración. Además, dicho procedimiento no contraría la normativa en materia del pago de los tributos, la que se circunscribe a que el pago se realice dentro del plazo y momento estipulados, obligación sustancial que radica en el contribuyente. La ley no limitó las formas de pago. Por ende, éste puede ser efectuado en efectivo, cheque, cheque de gerencia, tarjeta de crédito, TIDIS, entre otros. La forma en que se lleva a cabo la verificación que exige la entidad financiera, no se encuentra regulada en el Estatuto Tributario, sino que hace parte de la práctica comercial. Aunado a lo anterior, si el beneficiario pretendía aplicar el TIDIS al pago de obligaciones tributarias, debió prever que debía someterse al proceso de verificación de la entidad financiera, el cual es necesario para la redención del título, y no puede efectuarse de manera inmediata, teniendo en cuenta la naturaleza del documento, su cuantía, y el número de beneficiarios que maneja la institución financiera, lo que implica la verificación de que los títulos no hayan sido aplicados, que el valor que se solicita corresponde al que se encuentra abonado en cuenta, y que la solicitud presentada está suscrita por la persona que está legitimada para el efecto. Lo anterior con miras a impedir los posibles fraudes que podrían cometerse por la aplicación indebida de los títulos. con la simple solicitud de la aplicación de los títulos, no se transfirieron a las cuentas oficiales del Estado los



dineros adeudados por concepto de la obligación tributaria, en tanto que dicha solicitud estaba sometida a una revisión previa, de la cual se podría generar: i) que el contribuyente desistiera de la petición, ya sea para aplicar ese título a otros menesteres, o porque decidió negociarlos, ii) que como resultado de la verificación se encontrara que no había saldos, o que la persona que solicitó la aplicación no estaba legitimada, o iii) Que ya se hubiera efectuado la aplicación del título. En ese sentido, sólo con la aplicación de TIDIS se materializa el pago del impuesto. Antes no se ha realizado el movimiento de cuenta del beneficiario a las arcas del Estado que permita la configuración del pago. Lo anterior no desconoce el principio de buena fe, sino que es el resultado de la aplicación de las normas legales que regulan la materia, que debían ser observadas por el contribuyente al momento de la presentación de su liquidación privada; por lo demás, empresa sólida, respetable y con tal trayectoria que no puede justificar, del modo como lo hizo, la omisión en que incurrió. Teniendo en cuenta que no se discute la fecha de vencimiento de presentación de la declaración tributaria, esto es, el 14 de septiembre de 2006, y encontrándose probado que el pago se realizó el 15 de septiembre de 2006, es evidente que el pago que correspondía, no se hizo dentro del término previsto por la ley para ese propósito.

[Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2008-00040 01\(17559\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**4. a) Tratándose de la actividad comercial, para efectos del impuesto de industria y comercio, el contribuyente debe probar que los ingresos que percibe no son gravados porque tienen un origen extraterritorial**

Se decide la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales el Distrito Capital de Bogotá incrementó la base gravable del ICA declarado por la actora por los bimestres 1° al 5° del año gravable 2005, con el consecuente aumento del impuesto e imposición de sanción por inexactitud

**Extracto:** El artículo 44 del Decreto 352 de 2002, precisamente refiriéndose a las actividades comerciales y de servicios, que el contribuyente tiene la carga de probar que los ingresos que de ellas provengan no deben ser gravados en Bogotá, porque tienen un origen extraterritorial. Entonces, la prueba no debe versar sobre la compra de los equipos, ni sobre el mantenimiento, las reformas o actualizaciones que se les hicieron, ni menos al lugar del domicilio del contribuyente, sino a demostrar plenamente el origen del ingreso, o sea, el lugar donde se acordó la venta, se entregaron los bienes enajenados y se percibió el precio, que en últimas es el resultado del ejercicio de la actividad comercial. Esto significa, que más que circunscribir la realización de la “*actividad comercial*” al domicilio principal del contribuyente, lo que procede es establecer el “*Domicilio de ejecución de los contratos*”, concepto que necesariamente se traduce en aplicar la ejecución de la actividad misma a la jurisdicción que el sujeto pasivo del ICA utiliza para lograr la consolidación de los negocios de los cuales deriva su ingreso, actividad que puede ejercerse en las jurisdicciones municipales, o fuera de las fronteras del país.

**b) No hay sanción por inexactitud cuando existe diferencia de criterios respecto al lugar donde debe pagarse el ICA por actividades comerciales**

No existe una norma que precise dónde debe entenderse realizada la actividad comercial y por ello, la jurisprudencia y la doctrina han adoptado criterios para resolver dicha duda, dando lugar a múltiples controversias sobre la territorialidad del ICA en el caso de que el declarante ejerza la citada actividad. Es entonces posible que el actor, por tener su domicilio principal en Cota y efectuar algunas actividades que hicieron posibles sus ventas, haya interpretado que la actividad comercial que dio origen a los ingresos gravados se hubiera llevado a cabo en dicho municipio, si se considera que QUINTEC declaró y tributó por ICA sobre los valores que consideró gravados en ese municipio, lo que demuestra la ausencia de intención fraudulenta con el fisco. Lo anterior hace ver que para la

actora, como lo argumentó en la demanda, el domicilio comercial de su empresa se encuentra en Cota, lugar donde está establecida la sociedad, y es allí donde debe tributar, mientras que para la entidad demandada, la jurisdicción del tributo se encuentra en el Distrito Capital, lugar donde se materializan efectivamente las ventas de mercancía y por tanto, se realiza la actividad comercial, y que, aunque ésta última sea la posición correcta de acuerdo con las pruebas aportadas, las dos constituyen interpretaciones válidas para efectos de que se configure la diferencia de criterios y por tanto, no sea procedente la sanción por inexactitud, dado que, además, los hechos y cifras que aparecen declarados son completos y verdaderos

[Sentencia del 29 de septiembre de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2009-00046-01 \(18413\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**5. a) No está gravada con el impuesto de industria y comercio el hecho de que el INVIAS permita el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios en el Municipio de Palmira**

En los términos del recurso de apelación que interpuso el Municipio de Palmira, la Sala definirá los siguientes aspectos: i) Si es procedente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y, ii) Si la actividad de permitir el uso de la malla vial del Municipio de Palmira por parte del INVÍAS es una actividad gravada con el impuesto de industria y comercio y, por tanto, si se debe liquidar sobre el monto de la contribución recaudada a título de peaje.

**Extracto:** En un principio el municipio emplazó a la parte actora para que pagara el impuesto por la realización de la actividad de “mantenimiento de la infraestructura vial dentro del territorio del Municipio de Palmira”, y, luego, en las liquidaciones oficiales cambió su argumentación, para gravar el “cobro del uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios en el municipio de Palmira.” Es decir, no existe correspondencia entre los argumentos de los emplazamientos y la de los actos liquidatorios. En todo caso, conforme a las liquidaciones de aforo queda claro que para el municipio demandado constituye una actividad gravada con el impuesto de industria y comercio el hecho de que el INVIAS permita el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios en el Municipio de Palmira. Para la Sala, esa actividad no está gravada con el impuesto de industria y comercio. El Decreto 2171 de 1992 define al Instituto Nacional de Vías - INVIAS, como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte. Conforme con ese decreto, al INVIAS le corresponde ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras, y entre algunas de sus funciones están: ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia; elaborar en conjunto con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia y, recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia, exceptuando las carreteras, puentes y túneles entregados en concesión. Con respecto a la naturaleza jurídica del “peaje”, la Corte Constitucional explicó que consiste en la “tasa” o retribución que el usuario de una vía pública paga por su utilización, con el fin de garantizar la existencia y el adecuado mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura vial que haga posible y eficiente el transporte terrestre. Con fundamento en las normas y doctrina expuesta, la Sala considera que la función de *permitir el uso de la infraestructura vial* que al INVIAS le corresponde mantener en buen estado, por ley, constituye un servicio, pero no un servicio análogo a los que alude el artículo 36 de la Ley 14 de 1983. Es más bien un servicio público, tanto por la entidad que lo presta, como por el interés general que representa. Si bien el artículo 36 de la Ley 14 de 1983 establece de manera enunciativa y no taxativa, los servicios que pueden ser gravados con el impuesto de industria y comercio, cuando alude a que se pueden gravar servicios análogos a los listados en esa norma, debe entenderse que se refiere a servicios semejantes o similares.

**b) Los peajes no están gravados con el impuesto de industria y comercio**

La Sala ha dicho que el recaudo y administración de peajes no constituye, por sí mismo, una actividad comercial o de servicio gravada con el impuesto de industria y comercio, en reciente sentencia también precisó que son las actividades de “construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra”, que realizan terceros a favor del Estado en desarrollo de contratos como por ejemplo el de concesión, son actividades mercantiles, porque se enmarcan como tal dentro de las actividades que regula el Código de Comercio. En tal sentido, dijo que la actividad de construcción total o parcial de obras, puede enmarcarse perfectamente en la Ley 14 de 1983 como una actividad de servicios, en la medida que el artículo 36 contempla la construcción como una actividad de servicios y, las actividades de explotación o conservación total o parcial de obras, como una actividad mercantil, en la medida que el artículo 35 contempla la explotación de vías y de otro tipo de infraestructuras, como actividades mercantiles, pero cuando son ejecutadas por terceros distintos del Estado. Para la Sala no está gravado con el impuesto lo que recibe la Nación a título de peajes, porque si bien la acción de permitir el uso de las vías públicas puede encajar en la noción de servicio, lo cierto es que ese servicio, se reitera, se presta como parte de los deberes que le corresponde cumplir para la consecución de los fines del Estado. Pero, además, la Nación recibe los ingresos a título de tasa, es decir, a título de ingreso corriente de la Nación de carácter no tributario, que se cobra con fundamento en el artículo 338 de la Constitución Política y de la Ley 105 de 1993, como recuperación de los costos de los servicios prestados y de la inversión en actividades de construcción, rehabilitación y conservación de los proyectos de infraestructura vial nacional.

**c) No procede la solicitud de devolución de dineros embargados cuando no se ha iniciado el proceso de cobro coactivo**

La devolución de dineros embargados no es procedente, porque la medida de embargo no se tomó en los actos administrativos demandados. La medida de embargo se debe tomar con posterioridad a éstos, pues es presupuesto de cualquier proceso de cobro administrativo coactivo, la preexistencia del título ejecutivo, esto es, de los actos administrativos que determinan el impuesto e imponen la sanción. Por tanto, no se puede restablecer un derecho que, cuando se expidieron los actos demandados, aún no se había supuestamente afectado. Por las mismas razones, el pago de la obligación fiscal es una circunstancia que ocurre con posterioridad a los actos demandados, no con anterioridad a los mismos, pero ocurre, en principio, por mera liberalidad de quien efectúa el pago, pues, en tanto esté en discusión la legalidad de tales actos, la parte actora puede abstenerse de efectuar el pago. Es más, iniciado un proceso de cobro coactivo, si se demanda la nulidad de los títulos ejecutivos, ese hecho constituye excepción contra el mandamiento. De manera que, quien voluntariamente decide pagar la obligación tributaria determinada oficialmente y discutida ante la jurisdicción, podrá reclamar la devolución de lo pagado, cuando mediante sentencia se declare la nulidad de los actos demandados. Pero, en todo caso, debe darse la oportunidad a la Administración Tributaria para hacer la devolución. Por lo tanto, la orden de devolución de dinero que impartió el a quo, de manera genérica sin aludir a ninguna cuantía, ni mucho menos a la pretendida, carece de fundamento legal, toda vez que no se hizo en consideración a hechos probados sino a que supuso que el INVIAS pudo haber hecho ciertos pagos o que el Municipio le habría hecho un embargo.

**[Sentencia del 27 de octubre de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2001-05579-01 \(17298\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)**

**6. a) No es procedente solicitar la devolución del pago de lo no debido cuando está en trámite la liquidación oficial de corrección a instancia del propio contribuyente**

Se determina si la Administración hizo bien en abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo respecto de la solicitud de devolución del IVA implícito pagados en las declaraciones de importación presentadas por la parte actora en los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2002.

**Extracto:** Encuentra la Sala, que la sociedad Eli Lilly Interamerica Inc. incurrió en error cuando presentó la solicitud de devolución del IVA implícito, pues era necesario, que previo al trámite de devolución, contara con la liquidación oficial de corrección expedida por la autoridad aduanera, competente. En efecto, la Sala observa que, el 28 de julio de 2005, la sociedad demandante presentó la solicitud de devolución del IVA Implícito pagado con las declaraciones de importación que la parte actora presentó en los meses de julio a diciembre de 2002 sin cumplir los requisitos para la devolución de los tributos aduaneros, entre otros, la liquidación oficial de corrección por corresponder a un pago en exceso. Esta circunstancia motivó a que la División de Recaudación y Cobranzas negara la petición, pues la demandante no contaba con el acto administrativo que reconociera la suma a devolver; situación conocida por la sociedad, ya que el 5 de julio de 2005 solicitó a la Administración Especial de Aduana de Bogotá la expedición de la liquidación oficial de corrección para las mismas declaraciones de importación. Es claro que en ausencia de la liquidación oficial de corrección, la Administración debió abstenerse de resolver sobre la solicitud de devolución hasta tanto no se decida lo relacionado con la liquidación de corrección en consideración a que éste es un requisito inherente al trámite de devolución por pago en exceso. Por su parte, la demandante debía esperar a que la Administración Especial de Aduanas resolviera sobre la solicitud de corrección de las declaraciones de importación para luego proceder a solicitar la devolución del pago en exceso. En consecuencia, no era posible adelantar simultáneamente los dos procedimientos, como lo hizo la sociedad demandante, puesto que la solicitud de liquidación oficial de corrección era presupuesto necesario para surtir el trámite de la devolución del pago en exceso. Por eso, la Administración aduanera hizo bien en negar la solicitud de devolución del IVA Implícito pagado con las declaraciones de importación presentadas en los meses de julio a diciembre de 2002.

[Sentencia del 16 de septiembre de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00142-01 \(17176\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**7. No es alegando la existencia de un contrato de mandato verbal como se prueba el derecho a deducir del impuesto de renta las donaciones realizadas, sino mediante documentos de fecha cierta que demuestren la realidad del pago**

Se decide si está probado en el expediente que el giro de la donación la efectuó la Sociedad Colsanitas S.A. y no la Clínica Colsanitas S.A., con el fin de determinar quien podía solicitar la deducción por la donación al Club Deportivo Fundación Sanitas Internacional OSI.

**Extracto:** El contrato de mandato es consensual, puede conferirse por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 2149 del Código Civil, con excepción de los casos en que la ley expresamente exige alguna solemnidad especial para su constitución. Tratándose de mandato sin representación, conforme al artículo 2177 del Código Civil, el mandatario puede, en ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre. En consecuencia, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrata, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Sin embargo, según lo ha enseñado la doctrina y la jurisprudencia: "...el mandato siempre es representativo. Otra cosa es que el mandatario actúe frente al tercero sin revelar su calidad y contrate en su propio nombre, pero en cumplimiento del mandato conferido, y no por ello deja de representar al mandante. Lo anterior, porque la esencia del mandato es la gestión del mandatario a nombre del mandante, de tal suerte que al contratar con un tercero está cumpliendo con la obligación que se deriva del contrato de mandato, cual es la realización de uno o varios negocios jurídicos para el mandante, por ello, la contratación que hace en su propio nombre es representativa, por cuanto esta cumpliendo con el mandato. Para la Sala, cuando el artículo 125 del Estatuto Tributario señala que Los contribuyentes del impuesto de renta que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios dentro del país, tienen derecho a deducir de la

renta el valor de las donaciones efectuadas durante el año o período gravable, evidencia que son los “contribuyentes” titulares del beneficio fiscal quienes deben demostrar que pagaron las donaciones que pretenden deducir. De esta forma, no es alegando la existencia de un contrato de mandato verbal como se prueba el derecho a deducir del impuesto de renta las donaciones realizadas, sino mediante documentos de fecha cierta que demuestren la realidad del pago, el donante y el beneficiario. El artículo 125 del Estatuto Tributario expresamente exige que el donante (contribuyente) es quien debe acreditar el derecho al beneficio fiscal pretendido.

**Sentencia del 23 de junio de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2005-01335 01 (17383) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

**8. a) El hecho generador del impuesto de industria y comercio lo determina la actividad desarrollada y no la naturaleza jurídica de la entidad**

Se decide la legalidad de los actos mediante los cuales se impuso a la FUNDACION SOCIAL, sanción por no presentar la declaración del impuesto de industria, comercio, avisos y tableros por los periodos primero, segundo y tercero del año 2003.

**Extracto:** El hecho generador del impuesto de industria y comercio y, por ende, de la obligación de declarar y pagar el gravamen, lo constituyen las actividades que ejecute el sujeto pasivo dentro del territorio del distrito capital de Bogotá, y no la naturaleza jurídica de la entidad que realice las actividades gravadas; por lo tanto, independientemente de que se trate de una persona natural o jurídica, de una sociedad de hecho o de una entidad sin ánimo de lucro, el hecho que determina la sujeción al gravamen es que se realice cualquier actividad que pueda ser calificada como industrial, comercial o de servicios. De otra parte tampoco exige la norma, como lo refiere la demandante, que la actividad se ejerza de manera profesional, habitual o continua, esto es, que esa sea la actividad a la que se dedica el contribuyente; a la que se refiere su objeto social; lo que allí se expresa es que ésta se haga de forma permanente u ocasional, vale decir, que puede ejecutarse simultáneamente con otras actividades, lo que excluye la habitualidad como requisito para ser responsable del tributo.

**b) Los ingresos percibidos por concepto de la inversión en activos y la venta de los mismos, por una entidad cuyo objeto social es la ejecución de actividades de beneficencia, no se encuentran gravados porque no se dedica a las actividades a que alude el numeral 5° del artículo 20 del Código de Comercio**

La Sección, en la Sentencia 18263 del 19 de mayo de 2011 que decidió la controversia entre las mismas partes por los periodos 5° y 6° del año 2002, en relación con los ingresos percibidos por los conceptos anotados, señaló, en primer lugar, que los ingresos percibidos por concepto de la inversión en activos y la venta de los mismos, por una entidad cuyo objeto social es la ejecución de actividades de beneficencia, no se encuentran gravados porque no se dedica a las actividades a que alude el numeral 5° del artículo 20 del Código de Comercio, referidas a “La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones”. Se señaló en esa oportunidad que por tratarse de la enajenación de acciones que la fundación poseía, en este caso en las sociedades Inversiones Reacol e Imusa, su importe no puede ser gravado con ICA por expresa determinación del artículo 42 del Decreto 352 de 2002, tal como ha sido avalado por la jurisprudencia de la Sala. En las sentencias mencionadas, dijo la Sección que para establecer la naturaleza de fijo o movable de un bien, no solo se atiende a la forma de contabilización de la inversión, sino que debe mirarse la intención en su adquisición, de manera que si la intención es su enajenación en el giro ordinario o corriente de los negocios de la sociedad serán activos movibles, pero si la intención es que permanezcan dentro del patrimonio del ente societario, serán activos fijos.



**c) Los dividendos de las inversiones por método de participación patrimonial, registrados, no pueden integrar la base para imponer la sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio**

La Circular Conjunta 009 de 1996 de las Superintendencias de Sociedades y de Valores define, en el numeral 1, el método de participación patrimonial como el procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, que se constituirá en su subordinada o controlada, inicialmente al costo ajustado por inflación, para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que le corresponda según su porcentaje de participación. Así mismo, el numeral 13 de la circular citada, relacionado con los aspectos fiscales, dispone que los ingresos o gastos derivados de la aplicación del método de participación patrimonial deben tratarse fiscalmente de acuerdo con las normas sobre la materia aplicables a cada contribuyente. En lo relacionado con los ingresos, se señala que las participaciones o dividendos recibidos de la subordinada, en efectivo, que correspondan a períodos en los que aplicó el método de participación patrimonial, reducen el costo de la inversión, hasta el monto en que su costo fue afectado. En caso contrario, deben ser reconocidos como ingresos del período en el cual se decretan. En la Sentencia 16864 del 5 de noviembre de 2009, la Sección manifestó que "... el registro de las inversiones en subordinadas por dicho método de contabilización no tiene incidencia tributaria y por sustracción de materia, no resulta aplicable el decreto 2336 de 1995, que reglamenta expresamente el citado artículo 272. Por consiguiente, los dividendos y participaciones recibidos se someten a las normas generales que regulan la materia". Tal como lo señala la Sala en el primero de los apartes subrayados, el método de participación patrimonial es un método esencialmente contable que no tiene incidencia en materia fiscal; en el segundo, reitera lo dispuesto en el numeral 13 de la Circular, esto es, que los ingresos o gastos derivados de la aplicación del método se someten a las normas tributarias que regulan la materia, en este caso, las disposiciones que regulan el ICA. Quiere decir esto que no existe aún una verdadera realización fiscal del ingreso, la que ocurre solamente en el momento en que la empresa subsidiaria o controlada abona efectivamente los dividendos o participaciones, y la controlante los recibe; es decir, que aunque los mencionados dividendos fueron registrados, aún no han sido abonados, circunstancia que configura el hecho generador del ICA en el evento de los dividendos por método de participación. De lo anterior se colige que los dividendos de las inversiones por método de participación patrimonial, registrados, no pueden integrar la base para imponer la sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio

**d) Para que los honorarios por asesorías jurídicas no formen parte de la base para liquidar la sanción por no declarar impuesto de industria y comercio, se debe demostrar que las asesorías fueron prestadas en relación con actividades inherentes a la beneficencia**

El Decreto 1421 de 1993, Estatuto del Distrito Capital, definió en su artículo 154 las actividades gravadas; en lo relacionado con las actividades de servicio señaló que son todas las tareas, labores o trabajos ejecutados por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien los contrata, que genere contraprestación en dinero o en especie y que se concreten en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual. Visto el certificado de la Cámara de Comercio de la Fundación, se observa que ésta podrá prestar toda clase de servicios y productos necesarios o convenientes para el desarrollo de su objeto y cumplimiento de sus fines; por lo tanto, la actividad de prestación de servicios no se ejecuta de manera principal, sino de manera complementaria. Sin embargo, dado que una vez cuestionada la declaración tributaria corresponde al contribuyente probar los hechos que le dan derecho a un beneficio tributario, correspondía a la actora demostrar que los honorarios recibidos fueron originados en asesorías y consultorías prestadas en relación con actividades inherentes al objeto social de la Fundación, esto es, relacionadas con la actividad de beneficencia. Ni en sede administrativa ni en la jurisdicción tal circunstancia fue probada, por lo que la Sala considera

procedente incluir estos ingresos dentro de la base gravable del impuesto de industria y comercio, para efectos de liquidar la sanción por no declarar.

[Sentencia del 29 de septiembre de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2009-00071-01\(18287\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## SALA DE CONSULTA

**1. La unidad administrativa especial de aeronáutica civil -AEROCIVIL- es la competente para conocer y aprobar o improbar las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves.**

A esa conclusión llegó la Sala al definir el conflicto positivo de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con la finalidad de establecer cuál de estas entidades tiene la competencia para adelantar las actuaciones administrativas referentes a la integración, mediante un contrato de riesgo compartido (Joint Venture), entre las empresas aéreas AIRFRANCE S.A., DELTA AIRLINES INC., KLM CIA. HOLANDESA DE AVIACIÓN y ALITALIA LÍNEAS AÉREAS ITALIANAS S.P.A.

Dice el auto:

“El artículo 8° en cita, en concordancia con el artículo 10 de la misma ley [1340 de 2009], establece por vía general el deber que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio de dar aviso a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, cuando se trate de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de integración proyectada.

El párrafo señala que la AEROCIVIL conserva su competencia. ¿Cuál competencia? Se entiende que es la establecida para la autoridad aeronáutica en el artículo 1866 del Código de Comercio, el cual preceptúa: “Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo”.

Como se advierte, el citado párrafo dispone que la AEROCIVIL “conservará su competencia” y además la complementa y extiende “para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes” en diversos tipos de contratos, entre los cuales se encuentra el de “explotación conjunta” de servicios aéreos. Y, además, de manera expresa señala que comprende los convenios entre explotadores “que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo”.

El punto en discusión que origina el presente conflicto consiste en determinar si el citado párrafo establece o no una excepción a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia. La respuesta debe ser afirmativa si se atiende a la interpretación de la Corte Constitucional en su sentencia C- 277 del 12 de abril de 2011.

(...)

En el caso concreto, la Sala observa que el aludido contrato de riesgo compartido (Joint Venture) constituye una operación comercial entre las mencionadas aerolíneas (o explotadores de aeronaves) consistente en una “explotación conjunta”, de manera que está claramente comprendido en la enumeración de contratos que trae el párrafo del artículo 8° de la ley 1340 de 2009, así como también en la del artículo 1866 del Código de Comercio. Por consiguiente, siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional [sentencia C-277 de 2011], se tiene que dicha operación de integración

empresarial se encuentra dentro del campo de competencia de la AEROCIVIL, en virtud de una excepción a la regla general según la cual la SIC es la autoridad nacional de protección de la competencia.

Si bien pudieran existir algunos detalles de la operación que podrían ser de competencia de la SIC, por no estar comprendidos dentro de la enumeración de contratos de las citadas normas, según lo señala el representante legal de DELTA AIR LINES, lo cierto es que al constituir el mencionado contrato una explotación conjunta de servicios aéreos, este factor determina suficientemente la competencia de la autoridad aeronáutica, para conocer y analizar todos los aspectos relativos al estudio y valoración de todos los elementos atinentes a la operación conjunta de servicios aéreos, incluida, por supuesto, la protección de la competencia.”

**[Conflicto de competencia de 18 de noviembre de 2011. Exp. 11001-03-06-000-2011-00047-00\(C\) MP. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA](#)**

**2. El reconocimiento de la pensión de jubilación corresponde a las Cajas o Fondos para sus afiliados que al 1 de abril de 1994 hubiesen cumplido con los requisitos para obtener el derecho.**

Así lo señaló la Sala al definir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Instituto de Seguros Sociales, en el que se determinó que corresponde resolver la solicitud de pensión de jubilación a la entidad en la que el servidor público estaba cotizando al momento de cumplir los requisitos para obtener la pensión de jubilación; en el caso en estudio, se trata del Instituto de Seguros Sociales porque el trabajador para la fecha en la cual cumplió con los requisitos para obtener la pensión se encontraba cotizando a ese instituto, razón por la cual es esa entidad la encargada de resolver la solicitud de pensión de jubilación.

Dice el auto:

“De acuerdo con esta norma [artículo 1° del decreto 2527 de 2000], serán las respectivas Cajas o Fondos los encargados de hacer el reconocimiento de la pensión de jubilación a quienes al 1° de abril de 1994 hubiesen cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión. Como a esa fecha el solicitante no tenía los requisitos para hacerse al derecho, el Fondo consideró que carecía de competencia para otorgarle la pensión, afirmando que dicha obligación correspondía al Instituto de Seguros Sociales.

Es de anotar que de acuerdo con la documentación que reposa en el expediente, desde que se implementó el sistema de la ley 100 de 1993, el señor Miguel Ángel Ortiz Suárez siempre estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales, incluso cuando se encontraba laborando para la Caja Agraria. Además, vale la pena señalar que para el 1° de abril de 1994, contaba con 44 años de edad y 19 años de servicio, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición.

Asimismo el artículo 6 del Decreto 813 de 1994 “por el cual se reglamenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993” señaló que corresponderá el reconocimiento de pensión de jubilación a la Caja, Fondo o Entidad de Previsión a la cual el servidor público estuviera afiliado al momento de cumplir los requisitos para pensionarse.”

**[Conflicto de competencia de 2 de noviembre de 2011. Exp.11001-03-06-000-2011-00036-00\(C\) MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO](#)**

**3. La función consultiva de la Sala de Consulta del Consejo de Estado está atribuida únicamente en relación con el Gobierno Nacional.**

Así lo recordó la Sala al estudiar un conflicto negativo de competencias suscitado entre la Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia y la Gobernación de Antioquia, pero presentado como una solicitud de concepto.

Dice el auto:

“El presente asunto se plantea respecto de dos dependencias pertenecientes al Departamento de Antioquia, una de las cuales, la Gobernación, es superior jerárquico y administrativo de la otra, Secretaría de Salud y Protección Social de Antioquia, por lo que no se dan los presupuestos necesarios para que se configure un conflicto de competencias administrativas, esto es, no hay dos entidades en conflicto, sino dos dependencias de una misma entidad, que por lo demás no pertenece al orden nacional sino departamental.

Adicionalmente, la solicitud que presenta la Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia no se formula a título de un verdadero conflicto de competencias administrativas sino, como lo señala la Gobernación de Antioquia, de una solicitud de concepto.

Frente a lo cual basta recordar que de conformidad con lo establecido en el art. 98 del C.C.A. modificado por el numeral 1o del artículo 38 de la ley 270 de 1996, en concordancia con el art. 115 de la Constitución Política, la función consultiva del Consejo de Estado, está atribuida a esta Sala únicamente en relación con el Gobierno Nacional, y que no puede conceptuar sobre asuntos que le propongan entidades no comprendidas en el ámbito de su competencia.”

[Conflicto de competencia de 27 de octubre de 2011. Exp. 11001-03-06-000-2011-00070-00 \(C\) MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**LA ASOCIACIÓN “APOYEMOS”  
RECIBIRÁ IMPORTANTE CONDECORACIÓN**

La Organización Cultural y Social de la Justicia de lo Contencioso Administrativo “Apoyemos”, conformada por las esposas de los Consejeros y ex-Consejeros de Estado, recibirá la Condecoración ORDEN DE LA DEMOCRACIA EN EL GRADO DE CRUZ DE COMENDADOR.

Este homenaje lo realizará el Congreso de la República el próximo miércoles 14 de diciembre a las 2:30 PM. en el Salón Boyacá del Capitolio Nacional, como reconocimiento a los 25 años de labores que cumplió la Organización Cultural y Social de la Justicia de lo Contencioso Administrativo.

Es importante destacar que la Asociación “Apoyemos” fue fundada por las esposas de los Consejeros y ex-Consejeros de Estado para prestar servicios de bienestar y ayuda a los funcionarios de escasos recursos que laboran en la Jurisdicción Contencioso Administrativa del país. Son socias las esposas de los Magistrados y ex-Magistrados, las Consejeras y ex-Consejeras de Estado, al igual que las Magistradas y ex-Magistradas de los Tribunales Administrativos del país.

Los Estatutos de la organización establecen que la Presidenta de la Organización debe ser la esposa del Presidente del Consejo de Estado y por lo tanto es la doctora Alexandra Baquero Neira, esposa del doctor Mauricio Fajardo Gómez, quien recibirá el galardón que le otorgará el Congreso de la República.

**EL CONSEJO DE ESTADO EXPRESA SUS MEJORES  
DESEOS EN ESTA NAVIDAD Y PARA EL PRÓXIMO 2012**

Al culminar sus labores del año 2011, el Consejo de Estado quiere expresar los más sinceros deseos de felicidad y unión para esta Navidad y un 2012 colmado de éxitos y triunfos.

Que la paz y la prosperidad reinen en todos los hogares, trayendo positivismo y esperanza en estas fiestas.

**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**

Relatoría 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.