



REPÚBLICA DE
COLOMBIA

**BOLETÍN
ABRIL,
MAYO Y
JUNIO DE 2018**

El Tribunal Informa



CONTENIDO	Pag.
PRESENTACIÓN	1
SECCIÓN PRIMERA	2
SECCIÓN SEGUNDA	21
SECCIÓN CUARTA	43
TUTELAS	66
EDICIÓN Y PUBLICACIÓN	72

El Tribunal Informa, es un medio de difusión de las principales providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuyo objetivo es la divulgación institucional de las interpretaciones jurídicas dadas por los magistrados de la Corporación en casos particulares, y a su vez, es una forma de rendición de cuentas de las decisiones adoptadas por el Tribunal en el ámbito de sus competencias, con la finalidad de fortalecer la cultura de la legalidad a través del conocimiento, permitir el control social de las decisiones, la visualización de los salvamentos y aclaraciones de voto como expresión democrática; reivindicando la legitimidad de la jurisdicción contencioso administrativa en un proceso de construcción colectiva de la justicia.

Desde luego, las providencias son reflejo de la contingencia y limitación humana y por eso no constituyen la última palabra, sólo son una apuesta por alcanzar un grado de civilidad en un escenario de razón pública.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD DE LA DEMANDA – Tanto las pretensiones como los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda deben guardar concordancia / EFECTOS DE LA NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL DECRETADO EN SENTENCIA – Se extiende a las situaciones jurídicas no consolidadas, esto es, aquellas que se debatían o son susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o judicial, al momento de proferir el fallo / ACTOS ADMINISTRATIVOS SUSCEPTIBLES DE CONTROL JURISDICCIONAL – Los definitivos, es decir, los que culminan la actuación administrativa y crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

Problema jurídico: *Establecer ¿si hay lugar a encontrar probados los cargos de que se acusan en contra del acto administrativo demandado y si daría lugar a declarar su nulidad?*

Extracto: “ (...) La Sala debe reiterar la posición jurisprudencial sentada recientemente, en el entendido que los efectos de la nulidad de un acto administrativo general decretado en sentencia, se extiende a las situaciones jurídicas no consolidadas, esto es, a aquellas que se debatían o son susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o judiciales, al momento de proferirse el fallo, ello en virtud de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, según el cual “la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes”. (...)

(...) Igualmente debe sustentarse que los actos administrativos susceptibles de control de legalidad ante esta jurisdicción, son los definitivos, es decir aquellos que culminan la actuación administrativa y crea, modifica o extingue situaciones jurídicas, ello de conformidad con el inciso final del artículo 50 y del artículo 138 del C.C.A., en concordancia con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, según el cual:

“(...) Son actos definitivos, aquellos que culminan la actuación administrativa de manera directa o indirecta, bien sea por decidir el fondo del asunto o por hacer imposible su continuación. (...)

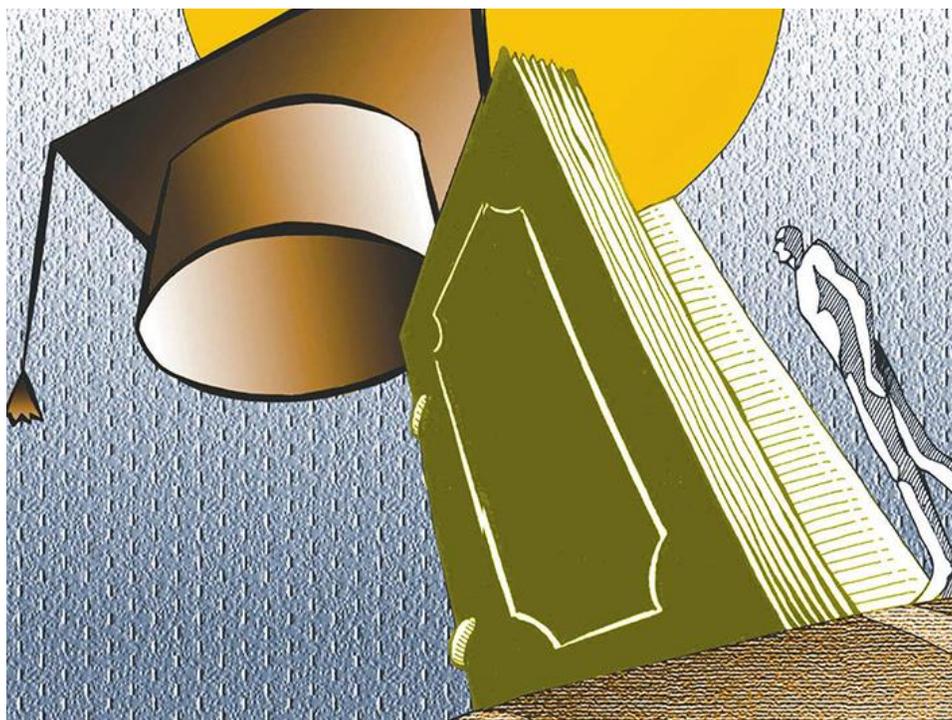
“(...) Los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones (...)”. (...)

Respecto del Decreto No. 261 del 19 de julio de 2006, acto administrativo demandado, se observa que éste tiene por objeto materializar o dar alcance al artículo 1º del Acuerdo No.195 del 26 de diciembre de 2005 del Concejo de Bogotá D.C. que reglamenta los requisitos para el funcionamiento de los hogares de paz, y que dispone la potestad del Alcalde Mayor para revocar la autorización cuando se dejen de reunir tales requisitos.

Tal situación jurídica, esto es, la potestad del Alcalde Mayor de revocar la autorización de funcionamiento de los hogares de paz, no se creó en virtud del Decreto No. 261 del 2006, sino en el Acuerdo No. 195 de 2005, motivo por el cual este aparte del Decreto no puede ser susceptible de control al no tratarse de una medida definitiva adoptada por la Administración, sino de ejecución de una facultad otorgada en otro acto administrativo. (...)

En consecuencia, al no encontrarse fundamentada la demanda en hechos, normas violadas y conceptos de violación que sustenten la presunta nulidad del Decreto No. 261 de 2006 proferido por la Alcaldía Mayor de Bogotá (ya que los argumentos de la demandante van encaminados a cuestionar el Acuerdo No. 195 de 2005, objeto de control judicial en otro proceso ante esta jurisdicción), la Sala le da plena razón a la entidad demandada, y en consecuencia, declarará próspera la excepción previa de inepta demanda, motivo por el cual se negarán las pretensiones de la demanda en la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.(...)”

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. 250002324000200800416-01, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Primera Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS ACCIÓN POPULAR / DERECHO O INTERES COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Para que se configure su vulneración se requiere del elemento subjetivo consistente en perseguir la satisfacción de intereses particulares o personales / **DERECHO E INTERES COLECTIVO A LA DEFENSA AL PATRIMONIO PÚBLICO** – Para acreditar su vulneración o amenaza se debe probar que la persona encargada de su cuidado lo haga administrando en forma negligente o ineficaz, que su destinación no haya atendido a lo previsto en la normativa y que en virtud de ello se produzca su mengua / **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO** – Se configura cuando se da el desaparecimiento de los presupuestos facticos que dieron origen a la acción popular

Problema Jurídico: *Determinar ¿si el INPEC con la apertura de la Licitación No. 002 de 2017 cuyo objeto era contratar la prestación integral del servicio de telefonía para las personas privadas de la libertad PPL – a todo costo en los establecimientos de reclusión del orden nacional ERON administrados por el INPEC vulneraron los derechos colectivos alegados por el actor popular; o si con la expedición de la Resolución No. 004580 de 4 de diciembre de 2017 se encuentra el hecho superado por carencia actual de objeto?*

Extracto: “(...) No toda infracción a la ley constituye vulneración del derecho colectivo de la Moralidad Administrativa, pues para su configuración se requiere del elemento subjetivo consistente en perseguir la satisfacción de intereses particulares o personales. (...)”

De la línea jurisprudencial transcrita (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Exp. 2004-00932 (AP), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2007, 2005-0355 (AP), C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Nota de relatoría) se puede establecer que para determinar si el derecho a la Moralidad Administrativa se encuentra vulnerado o amenazado, el juez debe verificar si los funcionarios de la administración o el particular que ejerce función administrativa han actuado conforme a los deberes que le imponen las normas y si dicha actuación se ha ceñido al cumplimiento del interés general o se ha desviado para satisfacer fines personales o favorecer los intereses de terceros, en todo caso de carácter particular, con desconocimiento de los fines y principios de interés público que animan a la administración. (...)

En suma, la lesión o puesta en peligro del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa se configura con el acaecimiento de dos circunstancias inescindibles, a saber, (i) el desconocimiento del orden jurídico (elemento objetivo) y (ii) que dicho desconocimiento se lleve a cabo con el fin de satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado (elemento subjetivo).

(...) Derecho e Interés Colectivo a la Defensa al Patrimonio Público. (...)

De la providencia transcrita (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 2005-01423 (AP), C.P. doctor Ramiro Saavedra Becerra. Nota de relatoría) se desprende que la defensa del patrimonio público tiene como propósito; por un lado, prevenir y combatir el detrimento del patrimonio público; y, por otro, su administración eficiente y responsable. (...)

(...) Se entienden como hechos lesivos del patrimonio público: (i) su administración en forma negligente o ineficiente, o (ii) que la destinación del Patrimonio Público no haya atendido a lo previsto en la normativa y en virtud de ello se haya producido su mengua.

También debe entenderse que este derecho colectivo exige un sujeto activo cualificado, esto es, quien tiene a su cargo la guarda y administración de los recursos públicos. (...)

(...) Para efectos de considerar como acreditada una amenaza o vulneración del derecho colectivo al Patrimonio Público, se debe probar que la persona encargada de su cuidado (sujeto activo cualificado) lo haya administrado en forma negligente o ineficaz; que la destinación del Patrimonio Público no haya atendido a lo previsto en la normativa; y que en virtud de ello se produzca su mengua.

(...) Derecho e Interés Colectivo a la Seguridad Pública. (...)

(...) El INPEC tomó la decisión de revocar directamente y de oficio la Resolución No. 0030902 del 25 de octubre de 2017, por medio de la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 02 de 2017, situación que va en consonancia con las pretensiones de la demanda del actor popular.

Por lo anterior, para la Sala, si bien al momento de presentar la acción popular el supuesto fáctico y móvil de la acción se circunscribía a que la Licitación Pública No. 02 de 2017 había dejado por fuera del proceso la solución de bloqueo y/o inhibición de señales telefónicas; lo que podría haber vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y la seguridad pública según lo manifestado por el actor popular.(...)”

Sentencia de 12 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [250002341000201701717-00](#), M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Primera Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERÉSES COLECTIVOS (ACCIÓN POPULAR) / DERECHO O INTERÉS COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Definición – Para que se configure su vulneración se requiere del elemento subjetivo consistente en perseguir la satisfacción de intereses particulares o personales / EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA – Definición y alcance / DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS – Servicio público de transporte - Sistema troncal de transmilenio en Soacha – El Municipio de Soacha es el responsable directo de la violación de los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos y a que su protección sea eficiente y oportuna

Problema jurídico: Determinar ¿si la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá debe ser revocada o modificada. Específicamente, la Sala determinará si las demandadas han vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa; de acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna; y los derechos de los consumidores y usuarios; por cuanto no se presta el servicio de buses alimentadores en el Municipio de Soacha, pese a la circunstancia de que a los usuarios del sistema de Transmilenio se les cobra una tarifa que incluye dicho servicio.

Extracto: “(...) El derecho o interés colectivo a la Moralidad Administrativa.

Conforme a lo previsto en los artículos 209 de la Constitución Política, 4, literal “b”, de la Ley 472 de 1998 y 3 de la Ley 489 de 1998, la Moralidad Administrativa además de ser un derecho colectivo es un principio que orienta la función administrativa “según el cual la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general”.(...)

De la línea jurisprudencial transcrita (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Exp. 2004-00932 (AP), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2007, 2005-0355 (AP), C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Nota de relatoría) se puede establecer que para determinar si el derecho a la Moralidad Administrativa se encuentra vulnerado o amenazado, el juez debe verificar si los funcionarios de la administración o el particular que ejerce función administrativa han actuado conforme a los deberes que le imponen las normas y si dicha actuación se ha ceñido al cumplimiento del interés general o si se ha desviado para satisfacer fines personales o favorecer los intereses de terceros, en todo caso de carácter particular, con desconocimiento de los fines y principios de interés público que animan a la administración. (...)

En suma, la lesión o puesta en peligro del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa se configura con el acaecimiento de dos circunstancias inescindibles, a saber, (i) el desconocimiento del orden jurídico (elemento objetivo) y (ii) que dicho desconocimiento se lleve a cabo con el fin de satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado (elemento subjetivo).

(...) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (...)

De lo anterior puede concluir la Sala que, en efecto, el Municipio de Soacha no cuenta ni ha contado, desde el inicio de la operación de Transmilenio en el año 2013, con el servicio de rutas alimentadoras, pese a que conforme a las proyecciones establecidas debe haber, al menos, ocho (8) en la actualidad.(...)

No obstante lo anterior, la Sala verificó que para el Municipio de Soacha, no se ha puesto a disposición de los usuarios, ni el servicio de rutas alimentadoras ni las nuevas pretendidas rutas complementarias, con lo cual se encuentra que, efectivamente, se vulneran los derechos e intereses colectivos de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como los derechos de los consumidores y usuarios del Sistema Transmilenio S.A. en el Municipio de Soacha. (...)

(...) Se concluye que el Municipio de Soacha es el responsable directo de la violación de los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (prestación eficiente del servicio público de transporte); y los derechos de los consumidores, por no haber adelantado las acciones que le correspondía para la puesta en marcha de la operación del sistema de alimentadores en el Municipio de Soacha, en desmedro de los usuarios que deben y tienen que servirse de este medio de transporte entre el Municipio de Soacha y la ciudad de Bogotá D.C. y viceversa.

Se advierte, además, que en la actualidad el sistema troncal de Transmilenio en Soacha presenta condiciones de sobresaturación de flujo peatonal y vehicular; y, según la propia empresa Transmilenio, con la entrada en operación de un sistema de alimentación en este municipio, se tendría un aumento en la demanda de pasajeros en el Sistema Troncal, lo que impactaría de manera directa la capacidad operativa en las estaciones de destino de viaje de los usuarios provenientes de Soacha.

Por lo anterior, se ordenará al Municipio de Soacha para que en un término no superior a un (1) meses, a partir de la notificación de la presente sentencia, emprenda las acciones tendientes a acreditar el cumplimiento de cada una de las obligaciones que el Informe Técnico Operacional del Servicio de Alimentación en el Municipio de Soacha del año 2014 le haya establecido, con el fin de que entre en operación el Sistema de Alimentadores para Transmilenio en el Municipio de Soacha; teniendo en cuenta, además, toda la normativa aplicable a la materia, con apoyo en lo previsto por los documentos CONPES 3093 de 2000, 3185 de 2002, 3404 de 2005, 3681 de 2010 que se han expedido para el Sistema Integrado del Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Municipio de Soacha como una extensión de la Troncal Norte - Quito -Sur del Sistema Transmilenio.(...)”

Sentencia de 20 de mayo de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013336035201400514-03](#), M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Segunda Instancia.

SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS (ACCIÓN POPULAR) / DERECHO O INTERÉS COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Es un principio que orienta la función administrativa / DERECHO E INTERÉS COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO – La defensa del patrimonio público tiene como propósito por un lado, prevenir y combatir el detrimento del patrimonio público ; y por otro, su administración eficiente y responsable / PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL – Aspectos fundamentales / CONSULTAS POPULARES –Tienen el carácter de derecho fundamental – Las consultas populares de los partidos y movimientos políticos cuenta con suficiente respaldo constitucional, si bien la suma destinada a la financiación de la consulta popular liberal implica un gasto este no puede ser calificado como detrimento del patrimonio en los términos previstos por el artículo 6 de la Ley 610 de 2000

Problema jurídico: *Determinar ¿si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; la Registraduría Nacional del Estado Civil; el Consejo Nacional Electoral; y el Partido Liberal Colombiano han amenazado o vulnerado los derechos e intereses colectivos a la Moralidad Administrativa, a la Defensa del Patrimonio Público y la Sostenibilidad Fiscal (sic), con motivo de la realización de la Consulta Popular del Partido Liberal Colombiano para escoger candidato a las elecciones presidenciales que se llevó a cabo el 19 de noviembre de 2017. En caso de encontrar probada la vulneración o amenaza de los derechos colectivos de que se trata, la Sala deberá determinar cuáles son los mecanismos idóneos para asegurar su protección?*

Extracto: “(...) **El derecho o interés colectivo a la Moralidad Administrativa (...)** Conforme a lo previsto en los artículos 209 de la Constitución Política; 4, literal “b”, de la Ley 472 de 1998; y 3 de la Ley 489 de 1998, la moralidad administrativa además de ser un derecho colectivo es un principio que orienta la función administrativa “según el cual la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general”. (...)”

En suma, la lesión o puesta en peligro del derecho colectivo a la moralidad administrativa se configura con el acaecimiento de dos circunstancias: (i) el desconocimiento del orden jurídico (elemento objetivo) y (ii) que dicho desconocimiento se lleve a cabo con el fin de satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado (elemento subjetivo).

(...) El derecho e interés colectivo a la Defensa del Patrimonio Público. (...)

De la sentencia transcrita (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 2005-01423 (AP), C.P. doctor Ramiro Saavedra Becerra. Nota de relatoría) se desprende que la defensa del patrimonio público tiene como propósito, por un lado, prevenir y combatir el detrimento del patrimonio público; y, por otro, su administración eficiente y responsable. (...)

(...) Para considerar acreditada una amenaza o vulneración del derecho colectivo al Patrimonio Público, se debe probar que la persona encargada de su cuidado (sujeto activo cualificado) lo haya administrado en forma negligente o ineficaz; o que la destinación del Patrimonio Público no haya atendido a lo previsto en la normativa y que en virtud de ello se produzca su mengua.

(...) El principio de Sostenibilidad Fiscal (...)

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, dentro del expediente con radicado 21.025, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, indicó lo siguiente al respecto: (...)

En conclusión: la sostenibilidad fiscal está referida a tres aspectos fundamentales: i) es un criterio financiero orientador de las ramas del poder público y busca lograr la consecución de los fines esenciales del Estado; ii) es un importante mecanismo para examinar continuamente la capacidad del Estado para atender eficientemente el gasto público social y la deuda pública, esto es, para satisfacer en el largo plazo el gasto y las obligaciones financieras, y así lograr la estabilidad macroeconómica, y iii) es una herramienta diseñada para evitar y controlar el déficit fiscal, que suele ser un obstáculo para materializar los fines esenciales del Estado.” (Resaltado fuera de texto) (...)

(...) Marco normativo de las consultas populares de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. (...)

Lo anterior (Transcripción artículo 40 numeral 2° Constitución política. Nota de relatoría) significa que las consultas populares tienen el carácter de derecho fundamental, esto es, constituyen uno de los rasgos definitorios de la forma propia del Estado social de derecho; y, además, hacen parte de la estructura de los mecanismos de participación democrática previstos en la ley fundamental. (...)

(...) Las consultas populares de los partidos y movimientos políticos cuentan con suficiente respaldo constitucional, en la medida en que tienen el carácter de derecho fundamental, hacen parte del régimen de partidos y movimientos políticos consagrado en la Constitución, se prevé su financiamiento por parte del Estado y se asigna a un órgano determinado la atribución de colaborar con los partidos y movimientos políticos en su realización. (...)

Si bien la suma destinada a la financiación de la Consulta Popular Liberal implica un gasto este no puede ser calificado como detrimento del patrimonio en los términos previstos por el artículo 6 de la Ley 610 de 2000; ni siquiera tomando en consideración la participación ciudadana en la referida consulta porque dicha circunstancia constituye, hasta cierto punto, un albur que no puede servir de base para tomar determinaciones como las que dieron vía libre a la consulta mencionada.

La suma de que se trata (\$38.888.412.901), además, se encuentra contemplada en el presupuesto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, corresponde al marco funcional de actividades de la entidad pública mencionada y si bien implica un gasto relativamente importante en el conjunto de las asignaciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, no puede aducirse la existencia de detrimento, porque se imputa a la existencia de necesidades legalmente programadas y previstas conforme a las normas orgánicas aplicables. (...)

La Sala concluye, de todo lo anterior, que las demandadas actuaron en desarrollo de una competencia legal y constitucional en la realización de la Consulta Popular del Partido Liberal Colombiano celebrada el 19 de noviembre de 2017, para escoger candidato a las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 2018 y, en tal sentido, no violaron ni amenazaron el derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público.

Finalmente, con respecto a la presunta vulneración del principio constitucional de la sostenibilidad fiscal, la Sala quiere precisar que este medio de control no ha sido previsto para examinar su eventual quebrantamiento, si bien no es descartable que dicho alegato pueda encuadrarse como una modalidad de vulneración del derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público; empero, el actor popular no ha arrojado en el presente caso argumentos nuevos sobre el particular, circunstancia que conduce a desestimar su pretensión. (...)

Sentencia de 14 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. 250002341000201701744-00, M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Primera Instancia.

SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS – Notificación electrónica está sólo quedará surtida en la fecha y hora que el administrado acceda al acto administrativo a notificar, lo cual deberá ser certificado por la administración

Problema Jurídico: *Establecer ¿si se incurrió en una violación al debido proceso de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP dentro de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio al no valorar los hechos, las normas y las pruebas allegadas al proceso?*

Extracto: “(...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011, los actos de las autoridades administrativas pueden ser notificadas por correo electrónico, siempre y cuando el administrado hubiere aceptado este medio de notificación. Señala la norma: (...)”

Adicional a lo anterior, en su inciso final la norma también señala que cuando se utilice este medio de notificación, ésta solo quedará surtida en la fecha y hora que el administrado acceda al acto administrativo a notificar, lo cual deberá ser certificado por la administración. (...)

Es cierto como lo afirmó la apelante, que el señor (...) en el derecho de petición de 18 de octubre de 2012 señaló como dirección de notificaciones y comunicaciones la Cll 37 sur No. 78C02, Bl.2, Entr.3. Apto.303 o al correo electrónico (...)@hotmail.com, lo cual se entiende como una aceptación expresa a ser notificado de manera electrónica, sin embargo, no es menos cierto que la demandante nunca tuvo conocimiento y menos certificó sobre el momento en el cual el peticionario accedió al documento que le fue enviado a su correo electrónico.

En este sentido le asistía razón a la Superintendencia de Industria y Comercio al señalar que la demandante no notificó en debida forma la respuesta al peticionario porque, al no tener constancia de que el señor (...) conoció de la respuesta, debió intentar el procedimiento de notificación establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es la notificación personal y en su defecto, la notificación por aviso. (...)

Como se señaló en el acápite anterior, está demostrada la violación al derecho de petición del señor (...) toda vez que en el expediente no reposa prueba de que, dentro de los quince días (15) de que trata el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 se le hubiere dado a conocer la respuesta al derecho de petición elevado el 18 de octubre de 2012.

De lo anterior bien puede afirmarse que efectivamente existió una violación al régimen de protección al usuario de los servicios de comunicaciones por parte de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP lo cual implicó la vulneración al derecho fundamental de petición del quejoso. (...)

Así las cosas, no puede decirse que la decisión de imponer una sanción no fue razonable ya que no solo existió una violación al régimen de protección al usuario, sino que además, dicha violación implicó la vulneración a un derecho constitucional fundamental en su núcleo esencial, razón por la cual se justificaba que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO adoptara las medidas sancionatorias del caso. (...)”

Sentencia de 26 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013334003201400065-01](#), M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Segunda Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD / INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO –Supuesto establecido en la Sentencia C- 355 DE 2006 / CONTROL JUDICIAL A LAS CIRCULARES ADMINISTRATIVAS – Con independencia de que su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afectan de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración, justifican su sometimiento al control de la jurisdicción / Legalidad de la Circular 043 de 2013

Problema jurídico: *Establecer ¿si en la expedición de las Circulares No. 43 de 30 de noviembre de 2012 y 001 de 8 de enero de 2014 se incurrió en la causal de nulidad por falta de competencia?*

Extracto: “(...) De lo expuesto por la Corte Constitucional (En Sentencia C-355 de 2006. Nota de relatoría) y descendiendo al caso en concreto, se tiene que la aplicación de los tres eventos que fueron despenalizados por la Corte no necesita de desarrollo legal o reglamentario para su aplicación, sin embargo, las autoridades competentes podían expedir políticas públicas encaminadas a lograr el goce efectivo de los derechos reconocidos.(...)”

(...) Es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA). (...)

(...) El hecho de carecer las circulares de efectos jurídicos directos por no crear, modificar ni extinguir situaciones jurídicas determinadas en nada impide su control judicial, no solo por ser éste un dato indiferente a la luz de los principios de supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución) y de legalidad (artículos 6, 121, 122 y 123 Ibidem) que rigen por igual las distintas expresiones de la función administrativa y que a voces del artículo 103 del CPACA sirven de motores que impulsan la actividad del contencioso (junto con la protección de los derechos), sino también –y especialmente- a la luz de las nuevas circunstancias en las que opera la Administración en la actualidad. (...)

Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con éstas ha de ser total. (...)

Es posible anular un acto administrativo que sea contrario a la jurisprudencia? La gran modificación a la Teoría del Acto Administrativo implementada por la ley 1437 del 2011 es imponer la obligación de aplicar, por parte de la autoridad administrativa, el precedente jurisprudencial. En el presente caso, la especialidad del mismo comportará a la Sala, la valoración, no solo a partir del marco normativo regulatorio que determina prestación del servicio de salud, sino además, el desarrollo jurisprudencial de un derecho fundamental adicional, no previsto por la Constitución y la ley, como es el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, reconocido a partir de la Sentencia C-355-06, que forma parte del bloque de constitucionalidad, que se aplica por sí misma, en forma directa, que no necesita de desarrollo legislativo y reglamentario, aunque sí, de un marco regulatorio necesario para su implementación. (...)

De la lectura del texto de la Circular (043 de 2013. Nota de relatoría), concluye la Sala que se trata de directrices para la correcta ejecución de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 en las instituciones prestadoras de salud a las cuales puedan acudir las mujeres que deseen interrumpir de manera voluntaria su embarazo. (...)

Para el actor, la circular debe ser anulada en consideración a que se trata del desarrollo de una sentencia de constitucionalidad de la Corte, por cuanto así se indica en su contenido. No obstante lo anterior, para la Sala, es importante determinar la naturaleza jurídica del acto demandado y su control jurisdiccional, estableciendo que (1) estamos en presencia de una circular de servicio, (2) la cual no constituye el ejercicio de la facultad reglamentaria de la ley reservada al Presidente de la República, (3) se constituye en un instrumento de administración jurídico, necesario, constitucional, acorde a las reglas de competencia de la entidad demandada, necesarias para la ejecución cabal de un derecho reconocido en una sentencia de constitucionalidad de la Corte. El derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo IVE. (...)

SECCIÓN PRIMERA

Tal como se puede observar, la Circular 043 del 2013 se ha expedido por parte de la Secretaría Distrital con competencia, determinada por la ley, lo que conlleva entonces a negar el cargo formulado por la parte demandada, por ese solo hecho.

Constituyen argumentos a favor de la postura, sin desconocer las sentencias emanadas del Honorable Consejo de Estado, los siguientes argumentos:

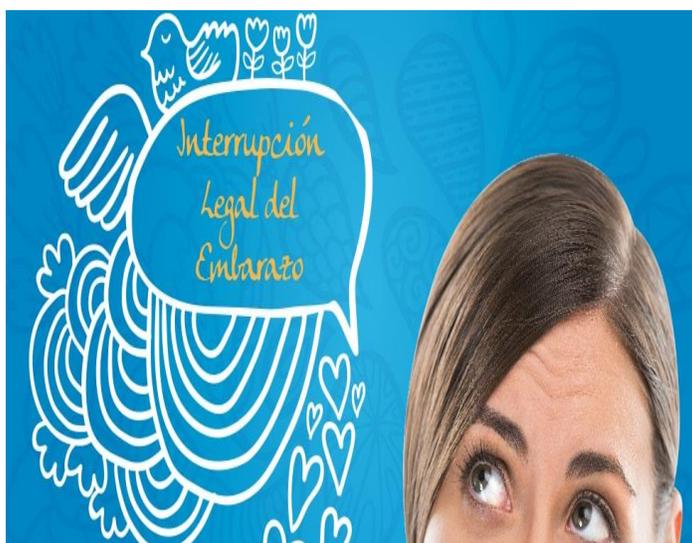
- 1°. Las circulares demandadas no son actos reglamentarios, esto es, no constituyen reglamento de la ley, en tanto que ley en sentido formal, no existe.
- 2°. Las circulares demandadas, con excepción de las reglas anuladas, no constituyen acto administrativo, pues carecen de decisión, elemento formal del acto administrativo.
- 3°. Las circulares se controlan en atención al nuevo concepto adoptado por la Sección Primera del Consejo de Estado, al indicar que toda circular de servicio es objeto de control jurisdiccional.
- 4°. El marco normativo que determina la competencia para su expedición, por tratarse de un caso absolutamente especial, sui géneris es el siguiente: (1) el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo fue reconocido por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-355-06; (2) la sentencia reconoce un derecho que es de aplicación inmediata, no requiere ley ni reglamento para su aplicación; (3) las sentencias de constitucionalidad son obligatorias para todos los colombianos; (4) los jueces deben acatar las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, en tanto forman parte del bloque de constitucionalidad; (5) las órdenes de la Corte Constitucional son obligatorias; (6) la Corte impuso las autoridades de salud adoptar las medidas necesarias para posibilitar el ejercicio de un derecho constitucional; (7) las autoridades de salud se manifiestan a través de circulares como instrumentos jurídicos de administración; (8) las autoridades del distrito obraron por lo tanto, dentro de la órbita de su competencia, por lo que serán negadas las pretensiones del actor. (...)

En la disposición transcrita (Numeral 1.2.2.2.3.2 de la Circular 043 de 2013. Nota de relatoría), la cual también fue objeto de reproche por la juez de primera instancia, encuentra la Sala que constituye una injerencia en la libertad de escogencia de la mujer ya que si bien es posible que en una misma persona, se cumpla más de una causal para practicarse un aborto, la institución prestadora de salud no debe tener ninguna injerencia en la escogencia de la causal que se invoque para practicarse una IVE. En este sentido, para que la disposición transcrita se entienda ajustada a lo dispuesto por la Corte Constitucional, debe entenderse que la escogencia de la causal para solicitar el IVE corresponde única y exclusivamente a la mujer. (...)

De la lectura del numeral 2. Objeción de conciencia de la Circular 0043 de 30 de noviembre de 2012 se observa que, contrario a lo afirmado por la a quo, en el mismo sí se establecen unas condiciones técnicas para la prestación del servicio de IVE los cuales resultan necesarios para dar aplicación inmediata a la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355-06 y que de ninguna manera exceden lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355-06.

Es de recordar que en la citada providencia, el Tribunal Constitucional señaló que los derechos reconocidos en la providencia eran de aplicación inmediata y no requerían de desarrollo legal o reglamentario alguno. En este sentido fue que se señaló en la parte final de la sentencia que los órganos competentes, de considerarlo conveniente, podrían fijar políticas públicas acordes con la decisión, lo cual, se considera que hizo la Secretaría Distrital de Salud en el numeral 2. Objeción de conciencia de la Circular 0043 de 2012 ya que en la misma se establecieron las condiciones de prestación del servicio. (...)"

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección "A", Exp. [1100133340003201500253-01](#), M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Segunda Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – El recurso de apelación debe guardar correspondencia con las cargas que fueron aducidas en la demanda y también con las consideraciones expuestas por el Juez de la primera instancia en la Sentencia – **RESPONSABLES DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA** – Sobre los adquirentes de buena fe es claro para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que el hecho de que se adquiera de buena fe, en caso de un automotor, no hace desaparecer la causal de decomiso ni exime al interesado de responder ante las autoridades aduaneras, en el evento de que la mercancía se encuentre en su poder y haya ingresado al país sin el lleno de los requisitos legales – **DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN** – La factura comercial como documento soporte

Problema jurídico: *Determinar ¿si son nulos los actos administrativos demandados, esto es, las Resoluciones No. 1-03-238-421-636-1-0003591 de 4 de junio de 2012 y No. 03-236-408-601-0863 de 24 de octubre de 2012, tomando en consideración las razones señaladas en el escrito de apelación, que conlleven a revocar la sentencia apelada?*

Extracto: “(...) De la jurisprudencia anterior (Consejo de Estado. Sección Segunda. Exp. 25000-23-25-000-2002-12297-01(3712-04) M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Nota de relatoría) se concluye que el recurso de apelación debe guardar correspondencia con los cargos que fueron aducidos en la demanda y también con las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia en la sentencia. (...)

Con base en lo anterior (Análisis de los artículos 3 y 4 del Decreto 2685 de 1999. Nota de relatoría), considera la Sala que si bien el propietario puede no ser la misma persona que realizó la importación de la mercancía, sí puede llegar a ser responsable de la obligación aduanera en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2685 de 1999 transcrito ya que esta obligación también puede recaer sobre la mercancía importada de la cual sea titular.(...)

Sobre los adquirentes de buena fe es claro para esta Corporación que el hecho de que se adquiera de buena fe, en este caso, un automotor, no hace desaparecer la causal de decomiso ni exime al interesado de responder ante las autoridades aduaneras en el evento de que la mercancía se encuentre en su poder y haya ingresado al país sin el lleno de los requisitos legales.

Finalmente, se repite, el artículo 3º del Decreto 2685 de 1999 señala como responsables de las obligaciones aduaneras, entre otros, al poseedor o tenedor de la mercancía; y si éste resulta afectado por la actuación del importador o del anterior tenedor del vehículo tiene a su favor la acción de repetición contra los mismos. (...)

Como se lee de la norma anterior, el proceso de liquidación oficial de revisión de valor se encuentra establecido en la legislación aduanera para corregir errores que se presenten en la Declaración de Importación que tengan que ver con el valor FOB, fletes, seguros, otros gastos, ajustes y valor en aduana o cuando el valor declarado no corresponda con el valor establecido por la autoridad aduanera. (...)

Es lo cierto que la declaración de importación debe contener la misma información que reposa en los documentos soportes de la misma, sin embargo, en el caso de marras, la información sobre el valor de la mercancía en la Declaración de Importación no correspondía con el valor consignado en la Factura No. 42389 que fue presentada al momento de la importación y la misma Factura que fue obtenida por la DIAN en ejercicio de sus funciones de inspección y control posterior. Dicha situación no podía ser simplemente objeto de una corrección del valor consignado en la Declaración de Importación, sino que era menester dar inicio a un proceso de definición de situación jurídica dentro del cual se pueda establecer el valor real de la mercancía y con base en ello definir los gravámenes que recaen sobre la misma. (...)

Es de señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, uno de los este documento y no otro era el que debía contener la información sobre las condiciones del negocio y en especial, el precio.

No pudo aceptarse como válida la certificación expedida por el señor (...) con la cual pretendió explicar la diferencia de precios registrada en la Factura No. 42389 aduciendo que se pactaron rubros adicionales por la compra del vehículo, porque dichos rubros a los que hace referencia no se encuentran relacionados en la factura comercial, que es el documento en el cual debía estar contenida la información.

Como se observa en la transcripción del contenido de la factura, en la misma solo se relacionó el automóvil objeto de venta y se describieron sus características, mas no, se relacionó un servicio adicional que hubiere causado la variación en el precio, razón por la cual era forzoso concluir que la Factura 42389 utilizada en el proceso de importación no correspondía a la operación de comercio exterior. (...)

Sentencia de 24 de mayo de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013334006201300122-01](#), M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Segunda Instancia.

SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SERVICIO DE ALCANTARILLADO – El gran consumidor puede solicitar el aforo de sus vertimientos – Acreditación de los medidores – Requisitos para ser avalados por la EAAB / PRECEDENTE JUDICIAL – Cambio de postura frente al tema por parte del Consejo de Estado a partir del año 2014

Problema jurídico: *Determinar ¿si se encuentran acreditados lo supuestos de hecho y de derecho que permitan a la Sala revocar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. SSPD-2012-8140182395 de 3 de octubre de 2012 expedida por la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, debido a que trasgrede normas de índole superior?*

Extracto: “(...) Como puede observarse, la norma anterior (Artículo 1.2.1.1 de la Resolución CRA 150 de 2001 y artículo 17 del Decreto 302 de 2000. Nota de relatoría) prevé la posibilidad de que el usuario solicite el aforo de sus vertimientos determinando así su nivel real, lo que para la Sala resulta ser una facultad que tiene todo usuario que se encuentre en la capacidad de instalar los equipos adecuados de medición de las descargas industriales, independientemente de que tenga fuentes o abastecimientos propios de agua, ya que el inciso 3º del artículo 1.2.1.1 de la Resolución Ibídem, establece expresamente que es gran consumidor del servicio de alcantarillado todo usuario que vierta a la red ochocientos (800) o más metros cúbicos mensuales, siendo perfectamente posible que el usuario solicite el aforo de sus vertimientos independientemente de la fuente de su abastecimiento, bien sea propio o distribuido por la empresa de acueducto, ya que la disposición no es excluyente con relación a la calidad del usuario que debe llevar a cabo esta solicitud, siendo una interpretación diferente vulneradora del principio de igualdad entre los suscriptores del servicio.(...)”

De la revisión de los antecedentes administrativos, la Sala debe poner de presente que no existe constancia de que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB hubiese realizado alguna de las anteriores obligaciones y con ello echó de menos cualquier acreditación de los medidores instalados por la empresa GASEOSAS LUX S.A. lo que se traduce en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tenía competencia para avalar el medidor del tercero con interés directo y por tanto, la diferencia en las lecturas registradas por este instrumento en el periodo de facturación del 30 de mayo al 27 de junio de 2012 no podía ordenarse ya que no existía certeza del correcto funcionamiento del instrumento a partir del informe de calibración expedido por un laboratorio acreditado por el organismo de acreditación competente.

En este sentido le asistía razón a la demandante cuando sostuvo que la entidad demandada avaló el uso de un medidor que no contaba con las condiciones técnicas requeridas por la Ley.

Así, previo a la expedición del acto administrativo acusado, para las cuentas contrato Nos. 11181895 y 10088866 para disponer la reliquidación de la factura del periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2011 al 30 de septiembre de 2011 “con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descarga industriales)” de la empresa GASEOSAS LUX S.A., en sede administrativa, la entidad de vigilancia debió exigir los informes de calibración anual del medidor y la certificación que acreditara la idoneidad de los laboratorios que hicieron la correspondiente calibración, de conformidad con el inciso 2º del artículo 159 de la Ley 142 de 1994; sin embargo, la entidad demandada optó por omitir este aspecto en la parte motiva del acto administrativo acusado, alegando la protección del derecho del usuario a que se le facturara su cobro con base en el consumo real, sin siquiera verificar que las lecturas registradas por el medidor de GASEOSAS LUX S.A. arrojaran en efecto el registro de la cantidad real de líquido vertido por el usuario al alcantarillado en el periodo de facturación, ni permitir a la Empresa de Acueducto realizar tal verificación previo a la reliquidación de las facturas ordenada por la entidad demandada.

Así las cosas, es claro para la Sala que no es cierto que los instrumentos de medición del servicio de alcantarillado instalados por la empresa GASEOSAS LUX S.A. resultaran válidos para la medición del consumo ya que si bien, podían ser instalados por la empresa y en efecto ésta podía solicitar la medición por aforo, es lo cierto que no habría regulación y esa es la razón determinante para acceder a las pretensiones de la demanda. (...)”

Sentencia de 21 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013334001201300194-01](#), M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Segunda Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR / Finalidad – Elementos necesarios para su procedencia / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO – Implica para el Estado y la totalidad de los organismos que lo componen la necesidad de la adopción de medidas de índole pasiva que permitan evitar o resarcir en el corto plazo todo tipo de daños ecológicos que se presentan en el marco ambiental del territorio nacional / DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PÚBLICAS – Definición

Problema jurídico: *Establecer ¿si por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá - Alcaldía Local de Ciudad Bolívar - Secretaria Distrital de Medio Ambiente, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR y las personas (...), existe una vulneración a los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano y a la seguridad y salubridad públicas, por permitirse la quema a cielo abierto para obtener carbón vegetal en la Localidad de Ciudad Bolívar de Bogotá D.C. – Vereda La Quiba?*

Extracto: “(...) Derecho al goce de un ambiente sano (...)

Así las cosas, el derecho al goce de un ambiente sano implica para el Estado y la totalidad de los organismos que lo componen, no sólo un deber de vigilancia y abstinencia, sino que, al propio tiempo, supone la necesidad de la adopción de medidas de índole positiva que permitan evitar o resarcir en el corto plazo todo tipo de daños ecológicos que se presenten en el marco ambiental del respectivo territorio nacional. (...)

(...) Derecho a la seguridad y salubridad públicas (...)

De los apartes jurisprudenciales transcritos (Corte Constitucional, Sentencia T-066 de 1995.; Consejo de Estado, Sección Tercera, AP-741 del 28 de noviembre de 2002. Nota de relatoría), debe entenderse este precepto de naturaleza colectiva, en relación con la salubridad pública, como la protección del derecho a la salud de la comunidad dirigida a evitar la alteración del orden público como consecuencia de que se presenten situaciones de calamidad pública o, en general, evitar o conjurar alteraciones que afecten o pongan en riesgo las condiciones de salud de una determinada colectividad y, con relación a la seguridad, como la prevención de delitos y contravenciones que afecten la vida en sociedad, lo mismo que, la prevención y superación de situaciones que atenten o pongan en peligro la integridad de las miembros de la comunidad.(...)

En lo que respecta al derecho colectivo al goce de un ambiente sano, se tiene que de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales transcritos, es claro que, el medio ambiente constituye patrimonio común, y que es obligación, no solo del Estado, sino también de los particulares, proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, esto es, existe una obligación conjunta de prevenir y controlar el deterioro ambiental. Así mismo, se tiene que las áreas de especial importancia ecológica y los recursos naturales como el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, deben ser preservados en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Frente al derecho e interés colectivo a la seguridad y salubridad públicas, al hacer referencia a la protección del derecho a la salud de la comunidad dirigida a evitar la alteración del orden público como consecuencia de que se presenten situaciones de calamidad pública o, en general, evitar o conjurar alteraciones que afecten o pongan en riesgo las condiciones de salud de una determinada colectividad y, con relación a la seguridad, como la prevención de delitos y contravenciones que afecten la vida en sociedad, lo mismo que, la prevención y superación de situaciones que atenten o pongan en peligro la integridad de las miembros de la comunidad, se observa en este caso que, se presenta vulneración al mismo, (...)

Por lo anteriormente esbozado, se observa claramente la vulneración a los derechos colectivos por parte de los particulares (...), la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaria Distrital de Ambiente y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, toda vez que, estas entidades pese a tener conocimiento de la situación de quema de madera a cielo abierto para la obtención de carbón vegetal que, en su momento se presentaba en la zona materia de discusión, y haber sido adelantados por parte de la CAR procesos sancionatorios por parte de la CAR, sin embargo, no se tiene certeza y tampoco obra prueba en el expediente, por un lado que, los procesos hayan culminado, y por otro lado que, en la actualidad la quema y/o vulneración a los derechos colectivos haya cesado o haya sido erradicada completamente, pese a encontrarse prohibida legalmente.

Respecto al derecho colectivo a la salubridad pública entendido este como la protección del derecho a la salud de la comunidad dirigida a evitar la alteración del orden público como consecuencia de que se presenten situaciones de calamidad pública o, en general, evitar o conjurar alteraciones que afecten o pongan en riesgo las condiciones de salud de una determinada colectividad, y la seguridad pública, como la prevención de delitos y contravenciones que afecten la vida en sociedad, y la superación de situaciones que atenten o pongan en peligro la integridad de las miembros de la comunidad, debe ser protegido igualmente, toda vez que, de acuerdo a las pruebas allegadas y aquí relacionadas, se presentaron queja y querrela en contra de los particulares demandados por la afectación a la vida en comunidad por las quemas irregulares de madera con el fin de obtener carbón vegetal, actos que ponían en peligro la integridad de las personas que residían en ese sector, lo que vislumbra claramente la violación a este derecho; (...)

Sentencia de 12 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [250002324000201300015-00](#), M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas – Primera Instancia.

SECCIÓN PRIMERA

HABEAS CORPUS – Definición – Casos en que procede de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – No procede cuando el accionante se encuentra prófugo y/o fugitivo de la justicia – No procede para solicitar la declaración de la extinción de la sanción y/o pena.

Problema jurídico: *¿Se debe conceder el amparo deprecado al encontrar probada la extinción de la pena del sentenciado o se debe denegar por improcedente?*

Extracto: “(...) Con base en lo anterior (Auto del 8 de julio de 2009, M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Rad. 32.184. Nota de relatoría), el hábeas corpus es un mecanismo que permite recuperar la libertad cuando ha sido perdida temporalmente de manera arbitraria o caprichosa, o cuando ilegalmente ha sido prolongada en cualquier momento del proceso, y aún después de la terminación del mismo; puesto que el operador jurídico debe estar atento para velar por la libertad de las personas a quienes se les ha restringido, de ahí que exista esta herramienta jurídica para que quien creyere estar detenido ilegalmente, pueda recuperar la libertad. (...)

(...) De otra parte, es del caso destacar que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que cuando hay un proceso judicial en trámite, la acción de hábeas corpus no puede utilizarse con ninguna de las siguientes finalidades: a) sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad, b) reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación establecidos como mecanismos legales idóneos para impugnar las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal, c) desplazar al funcionario judicial competente, y d) obtener una opinión diversa –a manera de instancia adicional– de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.

Así, precisó dicha Corporación que la acción de hábeas corpus no puede desplazar el debate que debe darse al interior del proceso y frente al juez competente, en relación con los aspectos jurídicos y probatorios.(...)

(...) Siendo el habeas corpus un mecanismo que permite recuperar la libertad cuando ha sido perdida temporalmente de manera arbitraria o caprichosa, o cuando ilegalmente ha sido prolongada, al no estar el (...) actualmente detenido y/o arrestado por parte de ningún agente público o privado, sino que, se encuentra prófugo y/o fugitivo de la justicia, es más que evidente que la presente acción no tiene vocación de prosperidad, pues, no hay restricción ni prolongación arbitraria, caprichosa o ilícita de la libertad de quien por su propia voluntad ha escapado y/o evadido de la autoridad, por ende, en este caso, la acción constitucional de hábeas corpus es improcedente. (...)

En consecuencia, como quiera que este mecanismo excepcional de protección no opera para sustituir el trámite legal ordinario de una solicitud de extinción de la sanción y/o pena ni para desplazar al funcionario judicial competente para decidir sobre ella ni de los posibles recursos legales con los que cuenta el actor, se concluye que, en este caso, la acción constitucional de hábeas corpus es improcedente, pues, pues, no puede involucrarse al juez de hábeas corpus en ese asunto dada la subsidiariedad de la acción, característica que implica que dicho trámite constitucional no desplaza los espacios propios del proceso penal, ni tampoco supone una instancia adicional y/o tercera instancia de las decisiones que allí se suscitan.(...)

(...) Debe advertir el Despacho que, la acción de hábeas corpus fue instituida única y exclusivamente para la defensa del derecho fundamental a la libertad, por lo tanto, el derecho constitucional fundamental al debido proceso no admite protección a través de este mecanismo judicial, pues, para ello se dispuso de la acción de tutela. (...)

Sentencia de 17 de mayo de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [250002341000201800523-00](#), M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas – Primera Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR – Elementos necesarios para la procedencia e improcedencia de la acción popular para proteger derechos e intereses de carácter real y subjetivo que no tienen la calidad de colectivos sino de individuales comunes a un grupo de personas

Problema jurídico: *Determinar ¿si se presentó una vulneración de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa o a la defensa del patrimonio público por una presunta servidumbre de tránsito en un predio de propiedad del Colegio Divino Salvador?*

Extracto: “(...) En el caso en estudio, por parte alguna aparece acreditada la naturaleza de bien de uso público, del espacio objeto de debate (Transversal 77 No 162 – 80). Por el contrario, de las pruebas antes mencionadas, se tiene que se trata aún de un predio de naturaleza privada

Analizando las normas antes transcritas (Artículo 8 del Acuerdo 001 de 2009, artículo 3 del Decreto 101 de 2010, artículo 38 del Decreto 1421 de 1993, artículo 4º del Acuerdo 018 de 1999 y artículo 5º de la Ley 99 de 1993. Nota de relatoría), se tiene que, no se encuentra enmarcada en ninguna de las funciones alguna que corresponda a la “asunción legal de la servidumbre” pretendida por la parte demandante, apoyando la misma en uno de los hechos de la demanda, al manifestar que, “ninguna entidad estatal se quiere hacer cargo de la servidumbre de tránsito”, cuando la adecuación de esa vía al no ser cedida al Distrito Capital le compete al Colegio Divino Salvador por ser el propietario de la misma.

La afirmación anterior sustentada en lo establecido en el Código Civil que preceptúa que, le compete directamente al particular velar por el estado de la vía así sea de uso público, ya que es el titular de la misma. (...)

Como se puede observar, tanto los hechos como la pretensión están dirigidas a la protección de un derecho e interés de carácter real y subjetivo, que en este caso sería la servidumbre, el cual no protege a la comunidad en general, sino solamente a un grupo determinado y/o determinable de personas, en este caso, propietarios del Colegio Divino Salvador, que aun cuando sea presentada invocando la violación de derechos colectivos, es de carácter subjetiva y no colectiva. En consecuencia, la acción popular resulta improcedente para tal fin, razón por la cual, prospera esta excepción igualmente.

Lo anterior, toda vez que, los propietarios del Colegio demandante buscan la adecuación de una vía que, legalmente le corresponde a ellos por ser los titulares y propietarios de la misma.

Respecto a la diferencia entre los derechos e intereses colectivos y los derechos individuales comunes a un grupo de personas, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de abril de 2002, expediente No. 05001-23-31-000-2001-2012-01(AP-0388), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, manifestó:

“No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.

(...)

El solo hecho de que un daño afecte a un número plural de personas no hace procedente la acción popular, ya que ésta depende de la naturaleza del derecho que ha sido afectado (derecho o interés colectivo). (...)

Sentencia de 28 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [250002341000201601727-00](#), M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas – Primera Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL ELECTORAL / REGIMÉN DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR—Principios y estructura / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD—Facultad de carácter excepcional—Presupuestos / LA ALTERNACIÓN – Naturaleza – Frecuencia - Obligatoriedad

Problema jurídico: *Determinar lo siguiente: ¿a) si se vulneró el artículo 125 de la Constitución Política porque según el actor no es justificada la aplicación de la figura de la provisionalidad en contra del principio constitucional de carrera; b) si se vulneraron los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto 274 de 2000 en tanto que para la fecha de expedición del acto de nombramiento demandado al parecer existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de primer secretario de relaciones exteriores que habían cumplido su periodo de alternancia, y que por tanto se encontraban disponibles para ser nombrados en el cargo impugnado; c) si se trasgredió el artículo 3 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011 puesto que al parecer el acto demandado carece de una parte motiva que sustente el nombramiento en provisionalidad, hecho que según el demandante lo torna en ilegal por desconocer el principio de publicidad y, d) si existe falsa motivación en el acto administrativo demandado?*

Extracto: "(...) La condición especial y concreta para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de dicha facultad es que no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular en los cargos en concreto que se van a proveer, caso en el cual se podrán realizar nombramientos o designaciones provisionales de personas no inscritas en la carrera, esto es, personas externas a esta. (...)

(...) La finalidad que se le ha atribuido a los nombramientos en provisionalidad como facultad excepcional del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio lo que constituye una situación especial que permite el nombramiento transitorio de personas que no son de carrera, mientras se surte el procedimiento necesario y legalmente establecido para su provisión en propiedad o periodo de prueba pero, además, el mismo estatuto permite que funcionarios allí inscritos puedan ocupar esas vacantes como expresión de los derechos de carrera. (...)

(...) Como bien lo ha establecido el Consejo de Estado, se hace necesario tener como requisitos para acudir a la provisionalidad cuando: "... (a) los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el periodo de alternación; o, (b) cuando éstos, a pesar de estar cumpliendo el periodo de alternación en el exterior, no han cumplido el periodo de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000." (...)

(...) La alternación como exigencia especial ha sido establecida con el fin de desarrollar los principios de eficiencia y especialidad con el propósito de garantizar que los funcionarios cumplan con sus funciones tanto en la planta interna (servicio interno) como externa (exterior) en lapsos o periodos de cambio o variación sucesivos, la cual es obligatoria y en caso de renuencia acarrea como consecuencia una causal de retiro de la carrera y del servicio, estos lapsos de alternación son contabilizados a partir de que el funcionario toma posesión del cargo o asume sus funciones en el exterior. (...)

Por lo tanto de conformidad con este criterio jurisprudencial (Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 25000-23-41-000-2013-00227-01, CP Dra. Lucy Jeannette Bermúdez. Además de las sentencias del Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de junio 3 de 2010, expediente 11001-03-28-000-2009-00043-00, CP Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, y sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta de 4 de marzo de 2004, expediente. No. 11001-03-28-000-2003-0012-01, CP Dr. Reinaldo Chavarro Buriitá, entre otras. Nota de relatoría) reiterado se tiene que no basta que haya un funcionario que esté inscrito en carrera diplomática y consular para impedir el nombramiento excepcional (provisional) sino que, además, debe tener una condición imprescindible consistente en que haya cumplido con los periodos de alternación precisados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 pues, de esta forma se entiende que el funcionario tiene disponibilidad para ser nombrado en el cargo que se encuentre vacante. (...)

(...) Para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de la facultad especial de nombrar provisionalmente los cargos vacantes se debe observar, en primer lugar, que los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado sus periodos de alternancia, como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014, y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo lugar, acudir a quienes se encuentren prestando el servicio en el exterior y que han superado los doce (12) meses en la respectiva sede, para ser designados excepcionalmente, considerando los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2015 y 19 de octubre de 2017; ahora, si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, que no hay ningún funcionario en una de estas dos situaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá acudir a la provisionalidad ante la necesidad y urgencia de la prestación del servicio pero sin desconocer el régimen de carrera diplomática y consular existente en el Decreto Ley 274 de 2000. (...)

(...) En suma para que proceda un nombramiento provisional se debe tener en cuenta lo siguiente: a) que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60), b) que si existen no estén en disponibilidad de ocupar el cargo vacante, es decir i) que ocupan cargos de menor jerarquía en el escalafón y no han culminado su periodo de alternación (artículo 37) y, ii) que a pesar de estar cumpliendo su periodo de alternación en el exterior, no hayan cumplido 12 meses de servicio en la sede respectiva (parágrafo artículo 37), directriz jurisprudencial esta última que acoge ahora esta Sala de Decisión a partir de los recientes pronunciamientos judiciales de la Sección Quinta del Consejo de Estado antes comentados. (...)

(...) Como ampliamente se explicó, según el actual criterio jurisprudencial fijado sobre la materia por la Sección Quinta del Consejo de Estado para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera hacer uso de su facultad especial de nombrar provisionalmente los cargos vacantes se debe observar, en primer lugar, que los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado sus periodos de alternancia como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014, y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo término, acudir a quienes se encuentran prestando su servicio en el exterior y que han superado los doce (12) meses en la respectiva sede para ser designados excepcionalmente, considerando los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2015 y 19 de octubre de 2017; ahora, si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, que no hay ningún funcionario en una de estas dos situaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá acudir a la provisionalidad ante la necesidad y urgencia de la prestación del servicio pero sin desconocer el régimen de carrera diplomática y consular existente en el Decreto Ley 274 de 2000. (...)

(...) En conclusión, si bien la alternación es una figura que busca turnar a los funcionarios inscritos en este régimen de carrera entre el exterior y la realidad nacional lo cierto es que quien esté cumpliendo el periodo de alternación en el exterior puede ser nombrado en otra sede en el exterior, siempre y cuando haya cumplido el término de doce (12) meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 lo cual ha sido desconocido por el Ministerio de Relaciones Exteriores al expedir el Decreto 5001 de 4 de julio de 2017. (...)"

Sentencia de 12 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección "B", Exp. 250002341000201701273-00, M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez – Primera Instancia.

SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LA EXPROPIACIÓN POR VÍA JUDICIAL – No existe en el ordenamiento jurídico una norma que prohíba que fracasada una actuación administrativa para ordenar la expropiación por vía judicial no pueda adelantarse otra con posterioridad – La orden administrativa dirigida a iniciar la expropiación por vía judicial no tiene naturaleza sancionatoria

Problema jurídico: *Establecer ¿a) Si es o no legalmente procedente expedir un nuevo acto administrativo para ordenar la expropiación por vía judicial cuando, según lo manifestado por la parte actora, en oportunidad anterior la jurisdicción civil ya había rechazado la demanda de expropiación por presentación no oportuna una vez expedidos los actos que ordenaban inicialmente la expropiación, y que por lo tanto no es posible expedir unos nuevos actos administrativos para volver a ordenar la expropiación por vía judicial ya que ese preciso aspecto no está autorizado por la ley. b) Si respecto de los actos administrativos demandados operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria regulada en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 y en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011?*

Extracto: “(...) Por consiguiente, el hecho de que por razón de la derogatoria del inciso quinto del artículo 25 de la Ley 9 de 1989 actualmente para volver a iniciar un procedimiento administrativo de expropiación por vía judicial se deben adelantar las etapas previas a la oferta de compra, como lo es el avalúo comercial, también tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1420 de 1998 en cuanto preceptúa que el avalúo solo tiene vigencia de un (1) año. (...)”

En consecuencia no resulta lógica ni fundada en derecho la posición del demandante según la cual en el evento de frustrarse por alguna determinada razón, esto es, de no materializarse en un primer intento o actuación la decisión de expropiación por vía judicial ya no le es posible a la administración acudir a una nueva actuación con esa misma finalidad, porque admitir esa hipótesis significaría por ejemplo, caprichosa e indebidamente, que a pesar de necesitar el Estado un determinado inmueble para los fines de reforma urbana (vgr. para construir o ampliar una vía, construir un centro educativo, construir un centro hospitalario, facilitar una vía de acceso a personas con limitación física, etc.) ya no lo podría hacer porque debería primar el interés privado del propietario sobre el interés público que debe realizar el Estado, y que el inmueble se torna de modo absoluto e indefinido en “inexpropiable”. (...)”

Como se desprende del texto transcrito esta norma se aplica, única y exclusivamente, a los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, vale decir en aquellos que tienen por contenido y alcance jurídicos hacer efectivo el ius puniendi del Estado mediante la imposición de una sanción por motivo de la comisión de una infracción, aspecto este que en modo alguno ocurre en este caso concreto ya que en los actos acusados no se impuso sanción alguna sino que, se dio una orden administrativa dirigida a iniciar la expropiación por vía judicial de un determinado inmueble la cual no tiene naturaleza sancionatoria sino, simplemente hacer uso legítimo de una potestad constitucional y legal para acceder a un bien de propiedad de un particular, quien, en cumplimiento del principio de primacía del interés general debe ceder a tal necesidad por motivos de utilidad pública o interés social. (...)”

Sentencia de 28 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [250002341000201600920-00](#), M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez – Única Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL – Cuando se trata de una conducta permanente y continua para efectos de determinar la caducidad de la acción fiscal el término de los 5 años debe empezar a contarse desde el último hecho o acto / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Naturaleza jurídica – Características – Independencia y autoría de la acción fiscal / DETRIMENTO AL PATRIMONIO DEL ESTADO – La tercerización o intermediación

Problema Jurídico: En esta la primera instancia consiste en determinar lo siguiente:

- a) Si para el momento de expedirse los actos administrativos demandados había operado la caducidad de la acción fiscal.
- b) Si la Contraloría General de la República incurrió en extralimitación de competencias y de la función pública...
- c) Si se vulneró el principio de congruencia...
- d) Si se vulneró el debido proceso...
- i) Si no existe responsabilidad fiscal por ausencia de daño a los recursos públicos.
- j) Si se presentó o no una conducta gravemente culposa como presupuesto de la responsabilidad fiscal
- k) Si no existe responsabilidad fiscal por ausencia de nexo causal.
- l) Si hubo ausencia de los supuestos para determinar la responsabilidad solidaria en el proceso de responsabilidad fiscal.

Extracto: De la citada norma (artículo 9 de la Ley 610 de 2000. Anota la Relatoría) se desprende, fácilmente, que la acción fiscal caducará si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, resaltándose que ese término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización y, para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

Lo expuesto demuestra que... se trató de una conducta permanente y continuada durante los meses de febrero de 2007 a marzo 2008, por tanto para efectos de determinar la caducidad de la acción fiscal en este caso concreto el término de 5 años debe empezar a contarse desde el último hecho o acto el cual corresponde al 31 de marzo de 2008, por tanto la acción fiscal caducaba el 31 de marzo de 2013 si hasta esa fecha no se profería el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal...

Como se desprende de la citada norma (artículo 14 de la Ley 610 de 2000. Anota la Relatoría), por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de implicados y si se estuviera adelantando más de una actuación por el mismo asunto se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas, resaltándose que los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente, aspecto este que, como se analizó, se aplicó en debida forma en este caso concreto.

En ese contexto normativo y jurisprudencial (Artículo 1 y 4 de la Ley 610 de 2000 y sentencia C-338 de 2014. Anota la Relatoría) es claro que la Contraloría General de la República tiene la competencia constitucional y legal para determinar la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares que manejan y administran recursos públicos a través del respectivo proceso de responsabilidad fiscal cuando con su proceder doloso o culposo se afecte o lesione el patrimonio del Estado, con el objetivo de lograr el resarcimiento de ese daño, no de imponer ningún tipo de sanción

En ese sentido la entidad demandada se encuentra facultada para indagar, investigar, decretar, recaudar y valorar el material probatorio y adoptar una decisión de resarcimiento si a ello hay lugar con fundamento en el ordenamiento jurídico sin que esas actuaciones puedan considerarse como usurpación de funciones de otras entidades ya que, la finalidad de la acción fiscal es declarar la responsabilidad fiscal cuando a ello hubiera lugar para efectos de recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio.

De igual forma debe precisarse que la acción fiscal es de carácter independiente y autónomo, sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera otro de los órganos que componen las Ramas del Poder Público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía.

Asimismo se resalta, como lo expuso la Corte Constitucional, que la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo ya que, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria que busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal, por tanto es una responsabilidad independiente y autónoma distinta de la disciplinaria, la penal o la sancionatoria en general que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos, en ese sentido puede existir una concurrencia de responsabilidades, con las disciplinarias, penales y sancionatorias.

Las citadas normas interpretadas de manera conjunta y sistemática ponen en evidencia que pagar recursos parafiscales a una IPS que se comprometió a través de un contrato a prestar directamente los servicios de salud sin estar habilitada para ello y, que su vez constituyó alianzas estratégicas a través de uniones temporales con otras IPS que sí estaban habilitadas para prestar los servicios de salud entregándoles un porcentaje del 75,9 del total de los ingresos recaudados por capitación y el 24.1% para ella, se considera como una tercerización o intermediación por la falta de participación de la IPS que contrata lo cual comporta un detrimento al patrimonio del Estado susceptible de ser investigado y resarcido por razón de dársele a tales recursos un uso y aplicación no autorizados.

Como se desprende de los citados antecedentes jurisprudenciales..., el vencimiento del término de indagación previa o preliminar *mutatis mutandi* referido al procedimiento de responsabilidad fiscal no implica la pérdida de competencia para actuar por parte del órgano de control y tampoco esa circunstancia se encuentra prevista como causal de invalidez o nulidad de la actuación administrativa, más aún si se tiene en cuenta que la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal es la protección del patrimonio del Estado el cual es inalienable e imprescriptible.

Sentencia de 21 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección "B", Exp. [250002341000201501667-00](#), M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez – Sentencia de Primera Instancia.

SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL ENCARGO –Contenido, alcance, término legal no puede superar los 6 meses

Problema jurídico: *Determinar: ¿(i) si la norma cuyo cumplimiento se predica contiene un mandato, claro, expreso y exigible respecto de la entidad accionada y en consecuencia (ii) si el Ministerio del Trabajo incumplió lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 909 de 2004?*

Extracto: “(...) Ahora bien, la figura del encargo como situación administrativa, se encuentra prevista para aquellos eventos en los que i) se haya convocado a concurso de méritos; ii) mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa y; iii) por un término que no podrá ser superior a seis (6) meses; por cuanto a través de ella se busca garantizar la continuidad de la prestación del servicio, sin desconocer las disposiciones de acceso y permanencia a la carrera administrativa, en virtud del mérito. (...)”

(...) Se advierte que el Ministerio del Trabajo ha venido realizando encargos por seis (6) meses, cumplidos los cuales, se realizan prórrogas sucesivas, mientras son cubiertos los empleos a través de concurso de méritos, lo cual implica un incumplimiento del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, pues dicha norma es expresa al indicar que los nombramientos en encargo no pueden ser superiores a dicha temporalidad, con propósito de garantizar la provisión del empleo por el mérito, por expresa disposición constitucional, el reconocimiento a la carrera administrativa, el acceso al empleo público y la igualdad como forma de limitar la provisionalidad. (...)”

En conclusión, respecto de la aplicación del artículo 24 de ley 909 de 2004, se vislumbra de los elementos probatorios obrantes en el asunto, que el Ministerio del Trabajo, aun cuando da un alcance en favor de la carrera administrativa al encargar a personal en propiedad que ingresó por mérito a la entidad, excede el término legal previsto, en una perspectiva monolítica y no rotativa por lo que su cumplimiento es parcial, al realizar nombramientos en encargo de seis (6) meses, posterior a lo cual se formulan prórrogas sucesivas, siendo procedente conminarle para que en lo sucesivo dé cumplimiento al precepto normativo en su integridad; así mismo, teniendo en cuenta que actualmente el Ministerio del Trabajo cuenta con 564 empleos de carrera administrativa pendientes de ser provistos mediante concurso de méritos a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se les instará a efectos de que adelanten los trámites articulados que correspondientes para la provisión de los mismos en los términos constitucional y legalmente previstos. (...)”

Sentencia de 30 de abril de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [250002341000201800333-00](#), M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón – Primera Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL REVISIÓN DE TEXTOS DE CONSULTAS POPULARES / LA CONSULTA POPULAR – Definición, objetivo y efectos - Delimitación de asuntos susceptibles de consulta y restricción competencial del pueblo – Carácter imperativo – Control Judicial de los actos administrativos que materializan los pronunciamientos populares – La consulta popular si es precedente en asuntos ambientales

Problema jurídico: *¿Se debe declarar la constitucionalidad de la consulta popular convocada por la Alcaldía de Cogua al encontrar que cumple con todos los presupuestos constitucionales y legales o se debe declarar su inconstitucionalidad al encontrar falencias en su trámite o en la pregunta no cumple con los requisitos de claridad y lealtad?*

Extracto: "(...) De conformidad con lo previsto en el artículo 79 Constitucional, se debe garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan llegar a afectar el ambiente. Por su parte, el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, dispone que cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular. (...)

(...) Dada la connotación ambiental y de ordenamiento territorial, conforme a la jurisprudencia constitucional y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Protección a los Derechos Humanos (referida en el considerando 3.4.), el asunto consultado, no sólo es susceptible de participación ciudadana sino también relevante, especialmente por cuanto la Corte Constitucional ha reconocido que la actividad minera genera impactos en la función del ordenamiento territorial, su planeación y reglamentación de los usos del suelo; siendo éstas, competencias administrativas asignadas a las entidades territoriales (en los distintos órdenes), aunque con sujeción a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, previstos en el artículo 27 de la Ley 1454 de 2011. (...)

(...) Sin importar la escala territorial, una consulta popular no aprueba o desaprueba directa e inmediatamente una norma legal o infralegal, en tanto la determinación popular no tiene la entidad de expedir ni derogar leyes, solo manifiesta la voluntad para que una Corporación Pública posteriormente en un acto independiente tome una decisión que viabilice la manifestación del electorado;

(...) Los actos jurídicos que emiten las autoridades con ocasión de la consulta popular son susceptibles de control jurisdiccional; (...)

(...) Si bien es cierto que existen en la Constitución Política de Colombia, disposiciones que privilegian la posición de la Nación en la determinación de las políticas de explotación de recursos naturales, también lo es que en la misma carta normativa se consagran, de un lado, los principios de autonomía, descentralización y subsidiariedad, de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, y de otra parte los principios de coordinación y concurrencia que se deben observar en la distribución de las competencias entre la Nación, los Departamentos, Municipios y Distritos. (...)

(...) El derecho a la participación en asuntos ambientales que ostentan los ciudadanos en los distintos niveles (local, departamental y nacional) no es absoluto, en tanto se encuentra condicionado al respeto, garantía y protección de la esencia del derecho que se democratiza (ambiente sano). No en vano el artículo 79 Constitucional establece que: (...)

(...) Así las cosas, se advierte que las decisiones ambientales de importancia, como aquellas relacionadas con el uso, explotación y aprovechamiento del subsuelo no pueden adoptarse de forma centralizada, sino que exigen la participación de los entes territoriales, en desarrollo de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, que definen el contenido de la autonomía territorial y su relación con el principio de unidad nacional. (...)

En efecto, la Corte Constitucional ha concluido que el ejercicio de la competencia que le corresponde a las autoridades nacionales mineras respecto de la explotación de recursos naturales del subsuelo, confluye con otras competencias asignadas a las entidades territoriales de diverso orden, como la de definir los usos del suelo. Esto quiere decir que las comunidades locales no tienen la potestad legal de decidir qué se hace con el subsuelo, porque ese es del Estado que, en este caso, es unitario. Pero como sí tienen la facultad constitucional de ordenar el uso del suelo, entonces poseen el derecho a intervenir en los eventos en los que el Estado toma la decisión de favorecer una actividad minera en su territorio.

Así las cosas, la naturaleza del asunto, al involucrar la órbita de competencias de las autoridades municipales podía ser sometido a consulta popular. (...)

Se reitera, que en los términos expuestos por la jurisprudencia constitucional y establecidos en la Declaración de Río de 1992, la consulta popular sí es procedente en asuntos ambientales, y resulta principalmente significativa cuando los residentes potencialmente afectados tienen la oportunidad de participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que podría llegar a afectar el ambiente o la salud. (...)"

Sentencia de 03 de mayo de 2018, Sección Primera, Subsección "B", Exp. [250002341000201800311-00](#), M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón – Única Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD PREVIA DE MECANISMO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA / CONTROL JUDICIAL DE LA CONSULTA POPULAR – Características – Concepto previo como requisito sine qua non de la consulta popular – Límite temporal para realizar la consulta popular luego de la emisión del concepto favorable de la Corporación pública

Problema jurídico: *Establecer ¿si en la consulta popular de Tabio se observó y garantizó en su integridad el procedimiento previsto en las Leyes Estatutarias (134 de 1994 y 1757 de 2015) o si por el contrario existe algún vicio procedimental que impida continuar con el estudio sustantivo de constitucionalidad?*

Extracto: “(...) Y la Subsección A de esta Sección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que:

“(...) El examen de constitucionalidad que debe adelantar el tribunal contencioso administrativo abarca aspectos tanto de forma (“la regularidad del procedimiento”) como sustantivos (“la compatibilidad material -de la consulta- con la Constitución”), elementos que afirman el papel del tribunal contencioso administrativo en tanto juez de constitucionalidad de los mecanismos departamentales, distritales, municipales y locales de participación ciudadana”. (...)

(...) De conformidad con lo previsto en la Ley 134 de 1994 (artículo 53), en la consulta popular de carácter municipal, el Alcalde debe solicitar un concepto previo (sobre la conveniencia de la consulta) al Concejo Municipal, a quien le remitirá el texto que se someterá a la decisión del pueblo, acompañado de una justificación y de un informe sobre la fecha probable de su realización. Adicionalmente prevé la referida disposición normativa que si el concepto que emite el Concejo es desfavorable, el Alcalde no podrá convocar la consulta, por lo que ha de interpretarse que el concepto a que hemos venido haciendo referencia, constituye un requisito sine qua non de la consulta popular. (...)

Lo anterior conduce a la Sala a advertir un vicio procedimental insubsanable en el trámite de convocatoria a la Consulta Popular, por cuanto el concepto que emitió el Concejo Municipal de Tabio en el Acta N°063 del 2 de noviembre de 2017, aunque era favorable, no habilitaba al Alcalde para proseguir con el trámite de convocatoria de consulta por cuanto como se expuso supra, la Corporación Pública no conoció del texto que iba a ser puesto a consideración del pueblo, ni discutió la temática de las instalaciones de torres y líneas de alta tensión, ni los efectos que las mismas traerían al ambiente y a la destinación del municipio, se itera, el debate que realizó el Concejo se limitó al proyecto de líneas de transmisión CHIVOR – CHIVOR II- NORTE BACATÁ, y en dicho discusión no se conoció ni analizó la pregunta. (...)

De otra parte, destaca la Corporación que aún cuando se reconociera la idoneidad del concepto emitido por el Concejo Municipal de Tabio, la Consulta Popular, adolecería de un vicio procedimental adicional por inobservancia del límite temporal previsto en el literal c) del artículo 33 de la Ley 1757 de 2015, según el cual, con posterioridad a la emisión del concepto favorable de la Corporación Pública no podrán transcurrir más de tres meses para la realización de la consulta popular y en el sub lite el concepto se expidió por el Concejo Municipal el 2 de noviembre de 2017, en tanto el asunto se sometió a control judicial (revisión previa de constitucionalidad), sólo hasta el 8 de mayo de 2018, es decir 6 meses y seis días después de surtido el trámite ante la Corporación Pública, por lo que el término de tres meses para la realización de la consulta se encuentra más que superado.

En suma, tras advertir que existen vicios procedimentales insubsanables en el trámite de la consulta popular, dada la consecuencia jurídica de imposibilidad de convocatoria por inexistencia de concepto favorable del Concejo, prevista en el artículo 53 de la Ley 134 de 1994, y el vencimiento del término consagrado en el literal c) del artículo 33 de la Ley 1757 de 2015 para su realización, se declarará inconstitucional y en consecuencia la Sala se encuentra relevada de realizar el análisis sustantivo.(...)”

Sentencia de 21 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [250002341000201800495-00](#), M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón – Primera Instancia.



SECCIÓN PRIMERA

MEDIO DE CONTROL DE ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / LA LIBRANZA – Obligaciones del empleador o entidad pagadora – Consecuencias para el empleador o entidad pagadora que incumple con sus obligaciones – Trámite en caso de que el beneficiario de la libranza cambie de empleador o entidad pagadora

Problema jurídico: *Determinar ¿si (i) la norma cuyo cumplimiento se predica contiene un mandato, claro, expreso y exigible respecto de la accionada; (ii) si ¿SUBRED INTEGRADA DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E incumplió lo dispuesto en la Ley 527 de 2012, respecto de la ejecución de libranzas suscritas entre funcionarios del Hospital Santa Clara en el año 2016? y (iii) si como consecuencia del análisis, debe revocarse, modificarse o confirmarse la sentencia de primera instancia ?*

Extracto: “(...) De la lectura de los artículos 6 y 7 de la Ley 1527 de 2012, se evidencia que: i) regulan las obligaciones del empleador o entidad pagadora en aquellos casos en los que un empleado, contratista, afiliado o pensionado suscriba de manera voluntaria autorización de libranza con una entidad operadora a través de documento que establezca las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos; ii) establecen consecuencias para el empleador o entidad pagadora que de manera injustificada se niegue a cumplir con dichas obligaciones y; iii) prevé el trámite que debe adelantarse en caso de que el beneficiario de la libranza cambie de empleador o entidad pagadora.(...)”

De estos (Artículos 6 y 7 de la Ley 1527 de 2012. Nota de relatoría), como se indicó *supra* se regulan las obligaciones del empleador o entidad pagadora en aquellos casos en los que un empleado, contratista, afiliado o pensionado suscriba de manera voluntaria autorización de libranza con una entidad operadora a través de documento que establezca las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos.

En esta medida, dados los efectos del Acuerdo 641 de 2016 se predica que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E al absorber a la E.S.E SANTA CLARA, se constituye en el nuevo empleador o entidad pagadora a cargo de quien radican las obligaciones adquiridas por ésta con los respectivos asalariados, contratistas, afiliados o pensionados vinculados a ésta, de manera que le es exigible el cumplimiento de los artículos 6 y 7 de la Ley 1527 de 2012 transcrita.

Así las cosas, es claro que contrario a lo manifestado por la juez de primera instancia la norma invocada como fundamento de la presente acción ha sido incumplida por la entidad demandada, de manera injustificada, como quiera que ésta no ha efectuado ningún pronunciamiento concreto respecto de los descuentos que fueron solicitados por la Cooperativa demandante pese a que las personas referidas autorizaron expresamente los descuentos de sus mesadas y/o salarios; pronunciamiento que debe darse en los términos exigidos por la norma cuyo cumplimiento solicita el demandante. (...)”

Sentencia de 13 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “B”, Exp. [110013336034201800073-01](#), M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón – Segunda Instancia.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REAJUSTE ESPECIAL DEL 50% EN PENSIÓN / CONGRESISTA – Régimen pensional de los Congresistas anterior a la Ley 4 de 1992 – Reajuste pensional especial para pensionados con anterioridad a la Ley 4 de 1992 es del 50% y no del 75% - Accede parcialmente a pretensiones de la demanda.

Problema jurídico: *¿Si la pensión de la cual es beneficiaria la señora (...), reconocida al amparo de las normas anteriores a la Ley 4ª de 1992, debía reajustarse en cuantía del 75% del último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en 1992, o en cuantía del 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los congresistas para el momento de la entrada en vigencia del Decreto 1359 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994?*

Extracto. “Régimen pensional de los congresistas anterior a la Ley 4ª de 1992. El artículo 7º de la Ley 48 de 1962, incorporado como artículo 56 en el Código de Régimen Departamental, determinó:....8...9 Por su parte, la Ley 19 de 1987, “por medio de la cual se modifica el artículo 23 de la Ley 33 de 1985”, precisó:.....Conforme la citada normativa, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, en concordancia con las demás normas mencionadas, consagraba el derecho pensional para los servidores de carácter nacional, en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y previo cumplimiento de 20 años de servicios y 50 años de edad reajuste . (...) Reajuste pensional especial para pensionados con anterioridad a la Ley 4 de 1992.....El reajuste de que tratan los artículos 17 del Decreto 1359 de 1994 y 7º del Decreto 1293 de 1994 es especial, por una sola vez, y exclusivamente para quienes con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, se hubieren jubilado como congresistas, y que en este caso como quedó establecido, el señor (...) (Q. E. P. D.) reunió los requisitos en esa calidad.(...) Sin embargo, posteriormente la Alta Corporación mediante la Sentencia SU-975 de 2003 modificó su tesis respecto al porcentaje y expuso, luego de efectuar un análisis de la situación diferenciadora de congresistas pensionados antes y después de la Ley 4ª de 1992, así como de magistrados de Altas Cortes pensionados antes y después de la misma norma, que el reajuste especial al que tenían derecho los ex congresistas y ex magistrados es del 50% de las pensiones a que tenían derecho los congresistas para el año 1994 y no del 75%, como se había considerado en tiempos pretéritos.(...)Lo adoptado en el criterio unificado del Consejo de Estado, se reiteró en la sentencia del 4 de agosto de 2010, vale decir, que el reajuste especial dispuesto para las pensiones de los ex congresistas pensionados con anterioridad a la Ley 4ª de 1992, es del 50 % y no del 75%, pues ese porcentaje resulta más que razonable dada su finalidad; y además, porque una cosa es el porcentaje de la cuantía de la pensión, y otra, el porcentaje para el reajuste de las pensiones.(...) Por lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de la Resolución 1711 de 30 de diciembre de 1994, en cuanto al porcentaje del reajuste especial ordenado, ya que el que corresponde es del 50% y no del 75%; la nulidad total de las resoluciones 000416 de 2 de abril y 1760 de 30 de diciembre de 1996 y la nulidad parcial de la Resolución 0949 de 4 de agosto de 2008, en cuanto a la cuantía de la pensión a sustituir, toda vez, que la misma debe corresponder al reconocimiento pensional efectuado más el reajuste especial del 75% de lo que devengaba un congresista a partir del 1º de enero de 1994; y en consecuencia, se ordenará al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON, reajustar la pensión de jubilación reconocida al señor (...) (Q. E. P. D.) y sustituida a la señora (...), con el reajuste especial en el 50%, al tenor de los artículos 17 del Decreto 1359 de 1993 y 7º del Decreto 1293 de 1994, a partir del 1º de enero de 1994. Sin embargo, la efectividad del pago ordenado se hará a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia”.

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “B”, Exp. 201307017 M.P. Dr. Alberto Espinosa Bolaños – Primera Instancia.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO EN CESANTÍAS / FONPREMAG – Docente Nacional – Normatividad Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5 – El proceso de expedición, remisión, aprobación, ejecutoria y pago del acto administrativo que reconoce cesantías es de 85 días hábiles – Confirma parcialmente fallo que accedió a pretensiones de la demanda.

Problema jurídico: *¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria como consecuencia jurídica por el pago tardío de cesantías parciales con destino a estudio, de conformidad con lo establecido en la Ley 1071 de 2006?*

Extracto: "... el artículo 2º de la Ley 1071 de 2006, que regula el pago de cesantías, expresamente indicó, que son destinatarios de esa ley "los miembros de las Corporaciones Públicas, **empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro". (...) Sin embargo, la misma Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado con Ponencia de idéntica Consejera, Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia de cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017) dentro del proceso radicado No. 73001-23-33-000-2014-00416-01(3640-15), retomó la posición jurisprudencial inicial, esto es, reconocer la indemnización moratoria una vez vencidos los 65 o 70 días siguientes a la radicación de la solicitud de la cesantía, bien sea parcial o definitiva. (...) Así las cosas, este cuerpo colegiado retomará lo dispuesto por su superior; empero, pese a que la jurisprudencia referenciada indica un término de 15 días para proyectar el acto administrativo de reconocimiento y otros 45 días para efectuar el pago, lo cierto es que esta Sala de decisión, en aras de salvaguardar el debido proceso que revisten las actuaciones en sede administrativa, encuentra que el **Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005** "por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones", contempla el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:...(...) (...) En ese orden, si bien es claro que la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es extensiva a los servidores públicos docentes, también lo es, que por la misma naturaleza del reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas, a cargo de las secretarías de educación al cual se encuentra vinculado el docente y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, éstos tienen una regulación especial que necesariamente debe tenerse en cuenta para esos efectos, como es el trámite consagrado en el precitado Decreto 2831. Así las cosas, de las pruebas que obran en expediente esta Sala observa que la demandante radicó su petición de liquidación de cesantías parciales con destino a estudio el **30 de agosto de 2012**, por lo que la Secretaría de Educación de Bogotá tenía hasta el **20 de septiembre** de ese mismo año (*15 días hábiles*) para elaborar el acto administrativo de reconocimiento y remitirlo a la Fiduciaria la Previsora, para que esta, a su vez, impartiera o no su aprobación, término que fenecía el **11 de octubre de 2012** (*15 días hábiles*); de allí debe adicionarse el periodo de ejecutoria del acto administrativo, que para el caso de autos es de diez (10) días en atención a que la solicitud de liquidación y pago de la cesantía parcial fue radicada el 30 de agosto de 2012 cuando ya había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011, es decir, que a partir del **26 de octubre de 2012** la entidad administradora de los recursos contaba con 45 días hábiles para para cancelar esta prestación social, los cuales vencieron el **3 de enero de 2013**. Ahora, entendiendo que el término para efectuar el pago de las cesantías expiraba el **3 de enero de 2013**, lo cierto es que la entidad lo realizó hasta el **1 de agosto de 2013**, por lo que hay lugar a ordenar el pago de la sanción moratoria; sin embargo, el periodo a reconocer será el comprendido entre el **4 de enero de 2013** (*día siguiente al vencimiento de los 85 días*) y el **31 de julio de 2013** (*día anterior al que se efectuó el pago*), debiendo reconocerse **208 días por concepto de sanción moratoria** por el pago tardío de las cesantías parciales para estudio, por lo que se modificará en ese sentido la providencia apelada".

Sentencia de 24 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección "B", Exp.11001333502020140039301 M.P. Dr. Alberto Espinosa Bolaños – Segunda Instancia.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO Y PAGO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – Normatividad – Aplicación de la Ley 33 de 1973 y Ley 12 de 1975 que para otorgarse la pensión de sobreviviente el causante debía contar con 20 años de servicio al momento de su deceso – Niega aplicación retrospectiva de la Ley en el caso concreto y confirma fallo que niega pretensiones de la demanda.

Problema jurídico: *¿Si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor (...) (q.e.p.d), acaecido el 13 de marzo de 1992, conforme a las previsiones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993 ?.*

Extracto. “Normatividad.. Conforme a lo anterior, se tiene que los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968 “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, preveían:....De las citadas normas, se diferencia claramente entre la “pensión de sobrevivientes”, hoy contemplada en el artículo 48 Ley 100 de 1993 y la “sustitución pensional”, figuras que tienen rasgos propios claramente definidos, pues, las mismas cubren contingencias o situaciones de hecho disímiles, en tanto, la primera, se configura en los eventos en los que un afiliado al sistema, esto es, quien no tiene la condición de pensionado, por no cumplir con los requisitos legales para el efecto, fallece y, previa verificación del cumplimiento de determinados requisitos creados por la ley, asegura que su núcleo familiar no se vea afectado por dicha situación. Mientras que la segunda, esto es, la “sustitución pensional”, surge cuando, quien fallece ya ostenta la condición de pensionado, de tal forma que no estamos ante un nuevo derecho del que son titulares los familiares del pensionado, sino de uno preexistente que se transfiere o se sustituye a los correspondientes beneficiarios. Debe precisarse también, que en las normas a las que se ha hecho referencia, tan solo se contemplaba la posibilidad de percibir la respectiva mesada pensional por el término de dos (2) años subsiguientes a la muerte del causante, derecho que se extendía únicamente al cónyuge del difunto y a sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez. (...) Así las cosas, concluye la Sala que la situación jurídica de la demandante se debe regir por las normas anteriormente analizadas. Lo anterior, habida cuenta que es la fecha de la muerte la que marca el régimen jurídico aplicable para efectos de suceder el derecho prestacional; en este orden, como quiera que el deceso del señor (...) (q.e.p.d) se produjo el 13 de marzo de 1992, le son aplicables a sus beneficiarios las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, bajo las cuales, solo había lugar a la pensión de sobrevivientes, si el pensionado fallecía antes de cumplir la edad cronológica para acceder a la pensión de vejez o jubilación, pero habiendo completado el tiempo de servicio consagrado en la Ley. Así pues, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, reguló la pensión de vejez y en su artículo 1° dispuso, en cuanto al requisito de tiempo de servicio, que se debía acreditar un mínimo veinte (20) años, ya sean continuos o discontinuos. ..No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2013, Rad. 2007 01611, MP Luis Rafael Vergara Quintero, rectificó la posición que se había adoptado en los anteriores pronunciamientos, así: *Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887. (...)* Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1° de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior. Acorde con lo anterior, la Sala acogerá el precedente vertical anterior, dictado por el Consejo de Estado con fines de unificación jurisprudencial para negar la aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993, pues, se reitera, la situación jurídica de la demandante debe regirse por las normas vigentes al momento de la causación del derecho que, tratándose de una pensión de sobrevivientes, es en el momento del fallecimiento del señor (...) (q.e.p.d)...Precisado lo anterior, debe señalarse que no se cumplen los requisitos establecidos en las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 para otorgarse la pensión de sobrevivientes, habida cuenta que el causante del derecho no contaba con 20 años de servicios al momento de su deceso, tiempo exigido por la Ley 33 de 1985, régimen pensional vigente para el momento en que acaeció el trágico hecho. Por consiguiente, encuentra la Sala que los actos administrativos acusados deben mantenerse incólumes, como quiera que no se encuentra vicio de legalidad alguno, imponiéndose confirmar la sentencia de primera instancia”.

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. 201500495 M.P. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Normatividad Aplicable – Aplicación Ley 33 de 1985 – Régimen de Transición – Primacía de la realidad sobre las formalidades – Inaplicación sentencia SU-230 de 2015.

Problema jurídico: “ ¿Si la accionante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales percibidos en dicho lapso?”

Extracto: “ El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo Sistema de Seguridad Social en pensiones para quienes a su entrada en vigencia, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.(...) Ahora bien, teniendo en cuenta que la demandante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, (30 junio de 1995, pues se trata de un servidor público del nivel Distrital), contaba con más de 35 años de edad, toda vez que nació el 11 de noviembre de 1952, está amparada por el régimen de transición de la norma *ibídem*, por lo tanto, es beneficiaria del régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985, que reguló la pensión de jubilación ordinaria de la siguiente forma:...Así entonces, conforme a los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y, primacía de la realidad sobre las formalidades, la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, es que la misma no contiene una lista taxativa de los factores a tener en cuenta en la base de la liquidación pensional, razón por la cual, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional, todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte, atendiendo a la definición de salario contenida en la Ley 50 de 1990 y al Convenio 095 de la OIT aprobado por Colombia. (...) De otra parte, en lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, según el cual, el ingreso base de liquidación es “*el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión*”, la Sala considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiaria del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33 de 1985., en virtud del principio de inescindibilidad que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones que regulan un mismo asunto. Sin embargo, excepcionalmente, en casos que por favorabilidad resulta más beneficioso aplicar el promedio de los últimos diez (10) años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa. (...) Por lo tanto, la accionante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, período comprendido entre el 22 de enero de 2013 y el 22 de enero de 2014, incluyendo como factores salariales: sueldo, retroactivo sueldo, prima de antigüedad, retroactivo prima de antigüedad, auxilio de alimentación, retroactivo auxilio de alimentación, ajuste auxilio de alimentación, 1/12 parte de la bonificación, 1/12 parte de la prima de servicios, 1/12 parte de la prima de vacaciones, 1/12 parte de la prima de navidad, a partir del 23 de enero de 2014, día siguiente a la fecha en que se retiró del servicio.(...) la prima de navidad y la prima de vacaciones ...fue voluntad del legislador que constituyeran factor para la liquidación de las pensiones, como lo disponen los literales f) y k), del artículo 45, del Decreto 1045 de 1978.Frente al reconocimiento por permanencia y su ajuste, se precisa que estos factores no se pueden incluir en la reliquidación de la pensión de jubilación, como equivocadamente lo dispuso el *a quo*, por cuanto el mismo fue creado mediante el Acuerdo 276 de 27 de febrero de 2007, lo cual contraviene el Acto Legislativo No. 01 de 1968, que prohibió a las entidades territoriales crear emolumentos salariales, norma reiterada en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución de 1991, según el cual, esta atribución le corresponde al Congreso de la República, en concurrencia con el Gobierno Nacional. En consecuencia, la sentencia de primer grado será modificada en este aspecto. Respecto a la bonificación por recreación, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, establece que dicho concepto no constituye factor salarial para efectos prestacionales. Adicionalmente, esta jurisdicción ha precisado que esta bonificación no se erige como contraprestación directa frente al servicio prestado por el empleado, sino por el contrario, lo que persigue es el desarrollo de un aspecto importante de la vida del servidor, como lo es la recreación. Teniendo en cuenta esto, la jurisdicción la ha catalogado como una prestación social que, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión. Sobre las vacaciones y su retroactivo, la Sala adopta el criterio expuesto por el H. Consejo de Estado, en el sentido de que no es posible incluirlas en la base de liquidación de la pensión, toda vez que, no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales”.

Sentencia de 17 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. 201600171 M.P. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRATO REALIDAD – SENA – Contrato prestación de servicios Instructor del SENA– Reglas que rigen el contrato de prestación de servicios – Jurisprudencia – Cotizaciones a seguridad social en salud y pensión.

Problema jurídico: “ ¿Si está o no viciado de nulidad el acto administrativo demandado, oficio n°. ... por medio del cual el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, negó al demandante, señor (...), la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral, y el consecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales, en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados en el periodo comprendido entre 1997 y 2012.?”

Extracto. “Las reglas que rigen el contrato de prestación de servicio...La ley autorizó esta modalidad de vínculo de los particulares como personas naturales, con la administración pública, únicamente para los fines previstos en la norma, es decir, para cumplir actividades que no puedan llevarse a cabo con el personal de planta de la entidad o cuando se trate de cumplir funciones que no estén asignadas a dicho personal, más no puede llegar a interpretarse que esta modalidad es la autorizada cuando el personal de planta sea insuficiente para cumplir funciones propias de dicho personal, puesto que en tal evento, la obligación administrativa es la ampliación de la planta de personal para cubrir tales requerimientos, o acoger cargos temporales en ella, como lo autoriza la Ley 909 de 2004....Ahora bien, respecto de la base sobre la cual se debe liquidar el monto de las prestaciones sociales y demás derechos laborales reconocidos a título de restablecimiento del derecho, cuando se demuestra la existencia de la relación laboral, el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de febrero de 2016, precisó lo siguiente:....Criterio que fue adoptado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, en la cual se concluyó que....(...), De lo anterior se infiere que el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer que “el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”, en consideración a que no fue factible tener en cuenta en ese específico caso, el empleo de planta, dado que la remuneración de los docentes oficiales se reconoce de acuerdo al grado en que se encuentren inscritos en el escalafón. Es decir, que cuando se demuestre que las funciones asignadas al “*contratista*” son las mismas que las de un empleado de planta y que se ejecutaron en igualdad de condiciones, la base para liquidar las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales, será el salario básico del cargo de planta. (...) En el caso concreto...(...)Dado que se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que el SENA vinculó al demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, para encubrir la naturaleza real de la labor que ella desempeñó.(...) Por todo lo anterior, la Sala debe dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, habida cuenta que fueron acreditados los elementos que tipifican una verdadera relación de tipo laboral, al encontrarse desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral en el *sub examine*, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la contraprestación y la continuada subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad. ..Es procedente acceder a la pretensión primera de la demanda, esto es declarar la nulidad del oficio n°. 2-2015-022805 del 29 de mayo de 2015, por medio del cual el Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, negó al demandante la solicitud radicada el 14 de abril de 2015, de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales.....a título de restablecimiento del derecho, se accederá parcialmente a la pretensión segunda, de declarar la existencia de la relación laboral entre el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA y el actor, del 7 de marzo de 1997 al 9 de abril de 2012. Circunstancia que no le otorga al demandante la calidad de empleado público durante dicho lapso. **Sobre las cotizaciones a seguridad social en salud y pensión.** debe darse aplicación a las previsiones de la ley 100 de 1993, artículo 17 (modificado por la ley 797 de 2003), en virtud del cual, “Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.”, base de liquidación que para el caso concreto es el valor mensual de lo pactado por concepto de honorarios. De la normativa analizada resulta que, la entidad demandada deberá pagar al demandante el valor correspondiente al 8.5% de la cotización mensual al sistema de salud, en caso de que él lo haya pagado al sistema, liquidado sobre el valor mensual de lo pactado por concepto de honorarios.”

Sentencia de 16 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “C”, Exp.11001333501120150077501 M.P. Dra. Luz Myriam Espejo Rodríguez - Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ REAJUSTE SALARIAL Y PENSIONAL – PRIMA DE ACTIVIDAD / PRIMA DE SERVICIOS – Decreto 1214 de 1990 personal civil incorporado a los Institutos de Salud creados mediante el Decreto 1301 de 1994.

Problema Jurídico: *¿Si la resolución ... mediante la cual se reconoció a la demandante la pensión de jubilación sin tener en cuenta la asignación básica prevista en el decreto 3062 de 1997 y las partidas computables contempladas en el decreto 1214 de 1990; y (ii) oficio n.º..., a través del cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con la asignación básica dispuesta en la ley 352 de 1997 y el decreto 3062 de 1997 y con la inclusión de las partidas establecidas en el artículo 102 del decreto ley 1214 de 1990, están o no viciados de nulidad por los cargos expuestos en la demanda, o por los que encontrare este Tribunal demostrados?"*

Extracto: “..En otras palabras, se les respetaron los derechos adquiridos, puesto que, del texto de las normas citadas se infiere con absoluta claridad que en la asignación básica mensual reconocida y pagada a los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se incorporó el valor de la diferencia mensual que llegare a resultar a su favor por concepto de prima de actividad, prima de alimentación, subsidio familiar y demás primas mensuales que percibían en el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional en virtud del decreto ley 1214 de 1990.(...) Se concluye entonces con absoluta claridad que la incorporación de la demandante a la planta de personal de la Dirección de Sanidad Militar, ajustada a la nomenclatura y clasificación especial establecida en el decreto ley 092 de 2007 para el sector defensa, no le significó una desmejora salarial, porque se le mantuvo el valor que venía devengando por concepto de asignación básica en el salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional. Tan es así que en los años posteriores, la asignación básica correspondiente al empleo del nivel profesional grado 12 del régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, es igual a la que se fijó para el cargo de servidor misional en sanidad militar código 2-2 grado 12 del régimen salarial de los empleados civiles del sector defensa. Lo anterior se representa así:...No se presentó desmejora salarial alguna con ocasión de la incorporación de la demandante a la planta de personal de la Dirección de Sanidad Militar, ajustada a la nomenclatura y clasificación especial establecida en el decreto ley 092 de 2007 para los empleados civiles del sector defensa, al cual pertenecen los empleados de la Dirección General de Sanidad Militar. (...) Así las cosas, no es procedente ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con la asignación básica establecida en el régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional para el cargo de asesor grado 12...,La demandante considera que se deben incluir en la base de liquidación de la pensión, todos los emolumentos de que trata el artículo 102 del decreto ley 1214 de 1990, en particular la prima de actividad (49.5%) y la prima de servicios (15%). ..Se probó que por medio de la resolución n.º. 626 del 08 de marzo de 2010 el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional, reconoció y ordenó pagar una pensión mensual de jubilación a favor de la demandante, equivalente al 75% del último salario devengado (sueldo básico y 1/12 prima de navidad), a partir del 30 de noviembre de 2009, en aplicación de las reglas previstas en el decreto ley 1214 de 1990 (artículos 98 y 102), en consideración a que ella prestó sus servicios al Ministerio de Defensa durante 20 años, 4 meses y 21 días, incluida la diferencia laboral.La Sala encuentra demostrado que la administración acató el mandato de la ley 352 de 1997 y del decreto 3062 de 1997, y respetó los derechos laborales de la demandante, porque le reconoció la pensión de jubilación con plena aplicación del régimen prestacional regulado en el título VI del decreto ley 1214 de 1990 del cual hacen parte los artículos 98 y 102.Si bien es cierto el artículo 102 del decreto ley 1214 de 1990 establece que en la base de liquidación de las pensiones de jubilación y demás prestaciones sociales, se deben computar las partidas de sueldo básico, prima de servicio, prima de alimentación, prima de actividad, subsidio familiar, auxilio de transporte y duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, también lo es que tales emolumentos no hacen parte del régimen prestacional del título VI, sino del régimen salarial consagrado en el título III del ese estatuto, mismos que le fueron compensados e incorporados en la asignación básica cuando fue vinculada al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares. Es así que de conformidad con el artículo 4º del decreto 171 de 1996 para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales (como la pensión de jubilación) se encuentran incluidas dentro de la asignación básica mensual de la actora el salario básico, la prima de actividad, la prima de alimentación y demás primas mensuales que devengó en el Ministerio de Defensa Nacional. Esto quiere decir que al incluir en la base de liquidación de las prestaciones sociales (como la pensión de jubilación) de la demandante, la asignación básica, se computaron la prima de actividad, la prima de servicios y demás primas mensuales de carácter salarial que percibió como empleado civil del Ministerio de Defensa en virtud del decreto ley 1214 de 1990, porque dichas partidas fueron compensadas e incorporadas en esa asignación básica mensual. Ordenar computar tales emolumentos en esta vía judicial, equivale a reconocer un doble pago por el mismo concepto. En ese orden de ideas se concluye con meridiana claridad que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento jurídico y deben permanecer incólumes.

Sentencia de 13 de junio de 2018, Sección Segunda Subsección “C” , Exp.25000234200020160423800 M.P. Dra. Luz Myriam Espejo Rodríguez –Primera Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADO PROFESIONAL DECRETO 4433 DE 2004, DECRETO 1794 DE 2000 –Salario mínimo incrementado en un 60% de acuerdo con el Decreto 1794 de 2000 y aplicación del 60% a esta suma – Del régimen aplicable a los soldados voluntarios.

Problema Jurídico: “ ¿ Si CREMIL debe: (i) reliquidar la asignación de retiro del demandante con base en la asignación de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en virtud del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; y (ii) cómo se debe calcular la asignación de retiro, en cuanto a la forma de incluir la prima de antigüedad como factor de liquidación ?”

Extracto: “Del régimen aplicable a los soldados Profesionales...El Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en su artículo 1° señala:...Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)” (Resaltado y Subrayado fuera de texto)...Se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios como Soldado Regular desde el 25 de junio de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1993, inició su labor como Soldado Voluntario a partir del 01 de diciembre de 1994, y en atención al Decreto 1794 de 2000, el 01 de noviembre de 2003 pasó a ser Infante de Soldado Profesional, esto es, ingresó a las Fuerzas Militares en vigencia de la Ley 131 de 1985....Como se señaló en el marco normativo y jurisprudencial, el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 dispuso “quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”...De acuerdo con lo señalado observa la Sala que el demandante cumple con el anterior supuesto, como quiera que desde el 1° de noviembre de 2003 pasó a ser Soldado Profesional, esto es, para el 31 de diciembre de 2000 era Soldado Voluntario y, como tal, debió aplicársele el incremento a su salario en un 60%. Por ende, ese salario fue el que debió ser tenido en cuenta en el cálculo de la asignación de retiro del actor, y no el de un salario mínimo incrementado en un 40%, como lo hizo la demandada, en atención a la excepción del régimen de transición aplicable a quienes de Soldados Voluntarios pasaron a Soldados Profesionales. Así las cosas, es necesario inaplicar parcialmente el artículo 13, numeral 13.2.1. Del decreto 4433 de 2004, en cuanto remite al inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, para efectos de como salario base de liquidación es el establecido en el inciso 2° de la misma norma, que es el aplicable al actor en virtud del régimen de transición del cual es beneficiario. Ahora bien, sobre el objeto de la litis cabe precisar que los Soldados que ingresaron como Voluntarios y ejercían como tales al 31 de diciembre de 2001, que expresaran su interés en vincularse como Profesionales, debían asumir en su integridad el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1794 de 2000. Este mismo régimen contempla, para los soldados que hicieran esa transición, que devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). Quienes se vinculen como Soldados Profesionales a partir del 1° de enero de 2000 percibirán un salario mínimo legal vigente incrementado en un cuarenta por ciento (40%). Así mismo, se ha reconocido que el salario es la contraprestación por el servicio prestado, en tanto que las prestaciones sociales tienen como fundamento solventar las necesidades del trabajador y de su familia ante diferentes situaciones. Al efecto la H. Corte Constitucional ha explicado los conceptos de salario y prestación social de la siguiente manera. (...)Así las cosas, salario y prestaciones sociales son conceptos diferentes, por lo cual no se puede sostener que sea válido desmejorar el primero para, en su lugar, reconocer las segundas..Ahora bien, respecto al porcentaje de la prima de antigüedad dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el demandante afirma que CREMIL calcula la asignación de retiro sumando al salario básico el 38.5% de la prima de antigüedad y sobre ese resultado aplica el 70% señalado en la norma, y que con ello se afecta doblemente dicha partida, cuando lo correcto es liquidar la prestación aplicando al salario básico el 70% y sobre ese resultado sí proceder a sumar el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad. (...)Efectivamente, la mencionada norma no ofrece ninguna confusión respecto a la liquidación de la asignación mensual de retiro del demandante, esto es, que el porcentaje del 70% indicado en la citada norma se aplica únicamente al salario mensual, y al resultado obtenido se le suma el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, por lo tanto, considera la Sala que CREMIL al liquidar la asignación de retiro interpretó de manera errada lo consagrado en la norma mencionada y perjudicó los intereses económicos del demandante, teniendo en cuenta que, tal como lo afirmó el actor, al hacer la liquidación como lo hizo la demandada implicó una afectación indebida de dicha partida porque al 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad le aplicó el 70%, que no corresponde a lo previsto en la norma. Por lo anterior, es pertinente confirmar el fallo recurrido”.

Sentencia de 18 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “ F ” , Exp.25307333375320150013601 M.P. Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCENTIVOS RECONOCIDOS A EMPLEADOS DE PLANTA DE LA DIAN A SUPERNUMERARIOS – Régimen legal Supernumerarios DIAN – Normatividad – Jurisprudencia – Confirma fallo que niega pretensiones de la demanda.

Problema Jurídico: “ ¿Si, i) ¿por las características de la relación laboral que el señor (...) ha sostenido con la entidad accionada en condición de supernumerario, concretamente por desempeñar las funciones de manera prolongada, debe equipararse íntegramente a un empleado designado en un cargo de planta de la Institución? En caso afirmativo, habrá de definirse si, ii) ¿a pesar de estar destinado al personal de planta de la entidad, la parte actora tiene derecho a: (i) la nivelación salarial con fundamento en el Decreto 618 de 2006 y posteriores, así como al pago de (ii) los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional?”

Extracto: El régimen legal de los Supernumerarios de la DIAN. (...) Ahora bien, la figura de los *supernumerarios* fue regulada en el Decreto 1042 de 1978, artículo 83, de la siguiente manera: ...En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores. (Subrayado inexequible, Corte Constitucional, Sentencia C - 401 de 1998). Al respecto sobre la vinculación de los supernumerarios la Corte Constitucional en sentencia C - 401 de 1998 estableció que: Y en consecuencia, la Corte Constitucional en dicha providencia concluyó que: “En razón de lo anterior, la Corte desestima el primer cargo de inconstitucionalidad aducido en la demanda, según el cual la vinculación de empleados supernumerarios en la Administración Pública, desconoce las normas constitucionales que consagran la carrera administrativa”. (...) Se tiene entonces que el accionante estuvo vinculado a la DIAN como supernumerario a partir del 6 de febrero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2011; se desempeñó como ya se dijo en el acápite de hechos probados en el: (i) Grupo interno de trabajo postal y envíos urgentes de la división de Gestión de Control Carga; (ii) Grupo interno de trabajo de control de garantías de la división de gestión de la operación aduanera; (iii) Despacho de la División de Exportaciones de la Administración Especial de Aduana (...) El accionante fue vinculado mediante los siguientes actos administrativos: ... En la parte considerativa de los mencionados actos administrativos quedaba consignado que: “... de acuerdo con el artículo 154 de la Ley 223 de 1995, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales puede vincular supernumerarios para el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando”... Por lo anterior, se concluye entonces que el accionante se vinculó a la DIAN para atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando y el ejercicio de actividades transitorias como supernumerario y empleado temporal, pero no como empleado de carácter permanente. Si bien ha desarrollado actividades ejercidas por el personal de planta, este hecho no implica que se pueda asimilar a los demás funcionarios de planta de la entidad. (...) Ninguna de las normas relacionadas en el acápite anterior, en el estado social de derecho que nos rige, otorga fuero de estabilidad en el empleo a los supernumerarios más allá de la generada por el plazo de vencimiento estipulado en esta clase de vinculación. El Decreto 765 de 2005 reconoce que los supernumerarios son una clase empleo de la DIAN, pero no por ello gozan de la estabilidad, derechos y prestaciones establecidas para los empleados de planta; finalmente, debe recordarse que el Decreto 1072 de 1999, señaló los requisitos, procedimiento y remuneración de los supernumerarios. Ahora bien, contrario a lo sostenido por la parte actora, no hay lugar a la aplicación del principio constitucional previsto en el artículo 53 superior sobre la “*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos procesales en las relaciones laborales*”, en la medida que la vinculación como supernumerario del accionante a pesar de ser consecutiva, lo fue para la ejecución del cargo en la forma previamente fijada por la entidad y libremente aceptada por el interesado y sus funciones fueron ejercidas de manera temporal y en el caso *sub examine*, específicamente para el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando, tal como fue considerado en los actos de nombramiento, hecho no desvirtuado por la parte actora. (...) De otra parte, el accionante también viene reclamando el pago de los incentivos pagados a los empleados de planta de la entidad; sobre este asunto, el Consejo de Estado se pronunció a través de la acción de nulidad radicada bajo el No. 11001-0325000-2012-00159-00 en la que declaró la constitucionalidad de los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, que consagran solo a favor de los empleados de planta, los incentivos por desempeño grupal, o en fiscalización y cobranzas y nacional, al no encontrar fundado el cargo de violación al derecho a la igualdad, ni de los artículos 25 y 53 de la Carta Política, que sustentaba la acción de nulidad contra el mentado cuerpo normativo... Por lo tanto, y en atención al criterio reiterado por el Consejo de Estado y dado que el accionante estuvo vinculado en la DIAN como supernumerario y no en el ejercicio de un cargo de planta, no es dable acceder al pago de los incentivos solicitados. Por último, no es procedente la nivelación salarial solicitada por el accionante, toda vez que la aplicación del Decreto 618 de 2006 solo es posible para empleados de carácter permanente, situación que no ostenta el demandante, pues la calidad con la que se vinculó, esto es, el de supernumerario, predica una vinculación temporal o transitoria, por lo cual no es procedente dicha nivelación”.

Sentencia de 26 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “E” , Exp. [11001333501720140055901](#) M.P. Dr. Jaime Alberto Galeano Garzón – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON INCLUSIÓN DE LA BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN ESTABLECIDA EN EL DECRETO 610 DE 1998 – Resulta judicialmente inviable la aplicación del Decreto 610 de 1998 a situaciones jurídicas consolidadas con antelación a la entrada en vigencia del mismo – Jurisprudencia – inaplicación del principio de favorabilidad .

Problema Jurídico: *¿Si el señor (...), tiene derecho a que se le reliquide y pague la pensión de jubilación con la inclusión de la bonificación por compensación, establecida en el Decreto 610 de 1998, aun cuando su derecho pensional se consolidó con antelación a la entrada en vigencia del citado decreto, esto es, adquirió el estatus jurídico de pensionado el día 15 de julio de 1993?”.*

Extracto: “**Resulta jurídicamente inviable la aplicación del Decreto No. 610 de 1998 a situaciones jurídicas consolidadas con antelación.** Por regla general, el efecto de la ley en el tiempo conlleva su aplicación inmediata, hacia el futuro y la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva; esta última circunstancia resulta plausible únicamente si la misma norma así lo estipula. En términos de la Corte Constitucional: *“Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva”* (Negrilla y subrayado fuera del texto).(…) En el *sub examine* se evidencia que el demandante en ningún momento percibió la bonificación por compensación, y no podía hacerlo debido a que **cuando la norma entró en vigencia, el actor hacía más de cinco (5) años que percibía la pensión de jubilación**; asimismo, no existe norma que establezca que la citada bonificación debe ser cancelada a su favor, toda vez que el Decreto No. 610 de 1998 no previó efectos retroactivos, en consecuencia, se rige por la regla general conforme la cual sus efectos se surten hacia el futuro y por lo tanto, no benefician al actor. **No hay lugar aplicar el principio de favorabilidad, como quiera que este supone el conflicto entre varias normas vigentes, que regulan un mismo supuesto de hecho con diferente consecuencia jurídica.** Finalmente, hay lugar a estudiar el principio de favorabilidad, pues según afirma el demandante, en el *sub iudice* hay lugar aplicar el Decreto No. 610 de 1998, toda vez que este reconoce un factor salarial adicional para liquidar su pensión de jubilación. A su vez, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, preceptúa: *“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de **normas vigentes** de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”*. Dé tal forma, que el principio de favorabilidad supone el conflicto entre dos o más normas de distinta o idéntica fuente, **vigentes** al momento en que se configure el derecho o cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, privilegiando aquella que resulta más favorable para el trabajador. Así pues, en el presente caso resulta inadmisibles la aplicación del Decreto No. 610 de 1998, en virtud del principio de favorabilidad, como quiera que dicho cuerpo normativo no se encontraba vigente a la fecha de consolidación del derecho pensional del demandante; en tal medida, la única norma que podía definir el derecho pensional del actor es el Decreto 1214 de 1990, como efectivamente aconteció. Corolario de lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que le asiste razón a la entidad accionada al solicitar se deniegue la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Luis Alejandro Riaño Medina con la inclusión de la bonificación por compensación establecida en el Decreto No. 610 de 1998, tal como así se declarará por la Sala. **RECAPITULACIÓN.** Hay lugar a denegar las súplicas de la demanda, como quiera que: El demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado el día 15 de julio de 1993, derecho pensional reconocido a través de la Resolución No. 14258 de 16 de diciembre de 1993, en tanto que la bonificación por compensación fue creada a través del Decreto No. 610 de 1998, sin que haya lugar a dar aplicación retroactiva a este cuerpo normativo. El demandante tenía la expectativa legítima de hacerse acreedor a la nivelación contemplada en el parágrafo único del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992; no obstante, tal prebenda no se consolidó ante la inexistencia de regulación por parte del Gobierno, lo que aconteció hasta el año 1998, fecha en la cual el demandante ya se había retirado del servicio activo y su situación jurídica era la de pensionado. En el presente caso resulta inadmisibles la aplicación del Decreto No. 610 de 1998 en virtud del principio de favorabilidad, como quiera que dicho cuerpo normativo no se encontraba vigente a la fecha de consolidación del derecho pensional del demandante; en tal medida, la única norma que podía definir el derecho pensional del actor es el Decreto 1214 de 1990, como efectivamente aconteció”.

Sentencia de 26 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “E”, Exp.25000232500020110104902 M.P. Dr. Jaime Alberto Galeano Garzón –Primera Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Inmunidad de jurisdicción – Llamado en garantía Organización Internacional para las Migraciones – OIM – Pago de prestaciones sociales y otros en idénticas condiciones como fueron reconocidas al personal de planta que prestó atención a víctimas de desplazamiento forzado – Los organismos internacionales pueden ser llamados a juicio por tribunales locales cuando se encuentran comprometidos derechos laborales y prestaciones de Connacionales – Confirma auto que accede al llamamiento en garantía

Problema Jurídico: *¿Si debe o no ser tenida como llamada en garantía la OIM dentro del proceso de la referencia?*

Extracto: Sea lo primero advertir que en 1951 se creó la OIM, que tiene como objetivo “cerciorarse de una gestión ordenada y humana de la migración; promover la cooperación internacional sobre cuestiones migratorias; ayudar a encontrar soluciones prácticas a los problemas migratorios; y ofrecer asistencia humanitaria a los migrantes que lo necesitan”. La OIM inició misiones en Colombia desde 1956, cuyo trabajo estaba encausado a apoyar, a partir de su experiencia como la principal organización intergubernamental, el flujo migratorio en el interior y exterior del país.(...)En atención a lo anterior la Corte Constitucional ha limitado la inmunidad de jurisdicción de los agentes extranjeros y organismos internacionales que se encuentran dentro de Colombia, entre otros, en el ámbito de la jurisdicción laboral...En este orden de ideas, es claro que en época actual la jurisprudencia sostiene que el principio de inmunidad jurisdiccional **restringida** está en sintonía con los postulados normativos contenidos en la Constitución Política de 1991, pues, tal proceder, encuentra su razón de ser en la necesidad de velar porque los organismos de derecho internacional cumplan sus objetivos con independencia, respetando siempre la soberanía e independencia de los Estados, siendo ello así, este principio no riñe con la intervención de las autoridades judiciales colombianas del orden laboral cuando su proceder esté relacionado con la protección de los derechos de los habitantes del país. (...) Descendiendo al caso concreto, se tiene que la señora (...) en ejercicio del presente medio de control pretende se condene al ICBF a pagarle las prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás emolumentos dejados de percibir por el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013, en los mismos términos y condiciones que se le reconocieron al personal de planta de la entidad que prestó, al igual que ella, atención a víctimas de desplazamiento forzado. (...)Muestra el expediente también que la señora (...) suscribió con la OIM diversos contratos de prestación de servicios entre el 10 de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013. De dichos documentos se extrae también que los contratos se produjeron en el marco del desarrollo de diversos Convenios de Cooperación celebrados entre el ICBF y la OIM. De la lectura de los convenios se colige que dentro de las obligaciones de la OIM está la de contratar bajo sus procedimientos el personal para el desarrollo de los convenios y **la de resolver las controversias que se presenten con los contratistas**. Corolario de lo expuesto, no hay duda en que se cumple el requisito exigido por el artículo 225 del C.P.A.C.A., en cuanto exige la existencia de un derecho contractual para que el llamamiento en garantía sea procedente, pues del examen de los Convenios de Cooperación celebrados entre el ICBF y la OIM se advierte que en ellos se consignó de forma expresa que, se repite, dentro de las obligaciones de la OIM está la de contratar bajo sus procedimientos el personal para el desarrollo de los convenios **y la de resolver las controversias que se presenten con los contratistas**. No teniendo como objeto el presente proceso nada distinto a dirimir un litigio formulado por uno de los profesionales que contrató la OIM para desarrollar los Convenios de Cooperación suscritos con el ICBF. (...) Ahora, en cuanto a la falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alegada por la OIM en virtud del principio de inmunidad de jurisdicción que la ampara, se debe decir que esto no es de recibo porque, como se dijera, la Corte Constitucional **ha aceptado que los organismos internacionales pueden ser llamados a juicio por tribunales locales cuando se encuentran comprometidos derechos laborales y prestaciones de connacionales**, como ocurre en el caso que en este momento ocupa la atención de esta Corporación. Así pues, es procedente acceder al llamamiento en garantía propuesto por el ICBF, en consecuencia debe confirmarse el auto proferido el 20 de octubre de 2016 por el Juzgado Once (11) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.”.

Auto de 20 de junio de 2018, Sección Segunda Subsección “C”, Exp.11001333501120160022901 M.P. Dr. Carlos Alberto Orlando Jaquel – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES - Ex servidor del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad DAS con inclusión de la prima de riesgo como factor salarial – Jurisprudencia / PRIMA DE RIESGO – Inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 por ser contrario a los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas – Confirma fallo que accedió a pretensiones de la demanda

Problema jurídico. ¿. Si al demandante, le asiste o no derecho para reclamar la reliquidación y pago de las prestaciones sociales con la inclusión de todos los factores salariales, devengados durante el último año de prestación de servicios, incluida la prima de riesgo como factor salarial, o si por el contrario, como lo afirma la entidad demandada, el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

Extracto: De la prima de riesgo. La prima de riesgo con base en la cual señala el demandante, debieron haberse liquidado las prestaciones sociales, tiene origen en el artículo 4° del Decreto 1933 de 1989, que estableció el régimen prestacional para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, así: *“Artículo 4. PRIMA DE RIESGO. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica. Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público»*... Ahora bien, el Consejo de Estado en principio negaba la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial al estar consagrada expresamente, como un factor no salarial en el Decreto 2646 de 1994, no obstante, dicha tesis fue replanteada con posterioridad en sentencia de unificación de 1° de agosto de 2013, radicado N°. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), Sección Segunda, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, donde este órgano de cierre estableció: *“Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.* Por lo anterior, conforme lo expuso por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, la prima de riesgo si constituye factor salarial toda vez que las características de su génesis, causa y objeto, son propias del concepto de salario. En efecto, es evidente que se trata de una remuneración legal, habitual y periódica (mensual), reconocida por el empleador (DAS), a sus trabajadores como contraprestación directa del servicio prestado en forma personal en el ejercicio de las funciones para las cuales fueron vinculados actividades de alto riesgo.(...) En atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos aceptados por la entidad accionada y constatados por el Tribunal, se destaca que:....De lo anterior se advierte que el demandante laboró para el Departamento Administrativo de Seguridad como detective 208-06, desde el 19 de julio de 2005 al 31 de diciembre de 2011, donde devengó habitual y periódicamente la prima especial de riesgo, como retribución directa por los servicios prestados pero la entidad empleadora liquidó las prestaciones sociales sin incluir la prima de riesgo como factor salarial de liquidación. Observa la Sala que el acto administrativo demandado por medio del cual se negó la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial de liquidación, es contrario a las normas Constitucionales y legales que reglamentan el concepto de salario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Por lo tanto, se concluye que contrario a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994 el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta, la prima de riesgo reconocida y pagada a los ex empleados del DAS, sí es salario a la luz de lo establecido en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 2646 de 1994, en concordancia con el Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, interpretación que se ajusta al mandato del artículo 93 de la Constitución que llama a interpretar las normas de derecho interno conforme a los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en este caso el artículo 1° del Convenio 095 de la OIT sobre la protección del salario. Así las cosas, se deberá inaplicar el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, con el fin de reconocer la prima especial de riesgo como factor salarial computable para la liquidación de las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al demandante cuando prestaba sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)”.

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “B”, Exp.11001333500820140027401 M.P. Dr. Luis Gilberto Ortégón – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INSUBSISTENCIA – Conductor en cargo de provisionalidad – Jurisprudencia – Motivación del acto de insubsistencia de empleos en provisionalidad – Notificación por conducta concluyente

Problema jurídico: ¿Si al señor (...), le asiste razón jurídica para reclamar a la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el reintegro al cargo que venía desempeñando en dicha institución, comoquiera que la declaratoria de insubsistencia se realizó, según el actor, con falsa motivación y desviación de poder?”

Extracto: “Del tema en particular la Corte Constitucional, en sentencia SU 917 de 16 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, sostuvo:...En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. (...) Frente a la insubsistencia de los cargos en provisionalidad la posición de esta Sala y de la jurisprudencia precitada en el acápite normativo, es clara en establecer que dichos actos deben encontrarse debidamente motivados, situación que acontece en el caso sub-examine, del plenario obra Acuerdo N° 0013-14, a través de la cual, la Rama Judicial del Poder Público, Coordinación de Juzgados Penales del Circuito Especializados de Bogotá, motivo su decisión de declarar insubsistente el cargo del señor (...9, por razones de mejora en el servicio, de la siguiente forma:...La controversia gira entonces, en torno a sí la motivación efectuada por la accionada en el acto acusado es legal o si existe falsa motivación, en este punto de la controversia es pertinente aclarar que la parte accionante alega como razones de inconformismo, que los actos acusados adolecen de argumentos reales y legales con violación al debido proceso, en razón a que, no existen motivos expresos como la ineficiencia del servicio o alguna causal que justificara la desvinculación. Y que con su desvinculación no se mejoró el servicio.(...)Al respecto, la Sala no comparte el criterio expuesto por el señor Castro Padilla, toda vez que la motivación expresada por la entidad accionada en el acto acusado guarda relación con el material probatorio del plenario, pues se observa que el actor por su incumplimiento en las funciones tuvo reiterados llamados de atención y requerimientos que fueron verbales y por escrito, aunado que las ausencias que se alegan dentro del plenario, las cuales fueron injustificadas; se señaló también un incumplimiento en la realización de las funciones y en los reemplazos realizados (por vacaciones y licencia de paternidad), donde se evidenció una mayor efectividad en la labor. (Anexo 2 y 4 de pruebas).Con relación a la presunta violación al debido proceso que alega la parte demandante en el recurso de apelación, por considerar que para tomar una decisión de insubsistencia bajo las conductas en que se basó la administración, **tenía que mediar un proceso disciplinario** que le hubiera dado la oportunidad de oponerse y controvertir los cargos que le impusieron, está Sala advierte que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha indicado que no se requiere que se inicie un proceso disciplinario para desvincular al empleado judicial, pues la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción es independiente de la acción disciplinaria, teniendo en cuenta que este tipo de proceso carece de la virtualidad de conferir la relativa inamovilidad en su empleo a un funcionario de libre nombramiento y remoción. Por otro lado, dentro de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la parte demandante aduce que existió una indebida notificación del Acuerdo 0014-14 de 3 de marzo de 2014, alegando que le vulneraron el derecho a la defensa y contradicción, al respecto esta Sala comparte lo expuesto por el a quo en cuanto el acto administrativo que declara la insubsistencia fue notificado debidamente dando la oportunidad al demandante de ejercer la oponibilidad sobre el mismo, ahora bien, en cuanto al Acuerdo 014-14 este no modificó la decisión de fondo, lo que hizo fue adicionar el numeral cuarto aduciendo que era procedente la reposición en la decisión tomada, empero el 3 de julio de 2014 el actor solicitó copia del acto que lo declaró insubsistente y la adición, es decir, que a esta fecha ya tenía conocimiento del contenido de las dos decisiones, por lo que la notificación se realizó por conducta concluyente, de conformidad a lo establecido en el artículo 72 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece: **“Artículo 301. Notificación por conducta concluyente....**De conformidad con la norma transcrita se debe entender que el señor (...) al 3 de julio de 2014, día en que elevó petición al centro de servicios, ya tenía conocimiento del contenido del acuerdo que aduce, no se notificó en debida forma, por lo que esa falencia quedó subsanada.(...)”**Conclusión.**-En el curso del proceso quedó acreditado que la desvinculación del actor no obedeció a persecuciones laborales o debido a intereses particulares, sino que el acto se profirió, con el fin de garantizar el buen servicio, nombrando a una persona que se demostró ejercía las labores impuestas de una manera oportuna, y como quiera que no es el nominador el llamado a demostrar en qué sentido quiso mejorar el servicio, para el caso, esta carga probatoria le corresponde es al funcionario retirado, situación que no ocurrió en el caso bajo examen”.

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “B”, Exp.11001333502620140057601 M.P. Dr. Luis Gilberto Ortega Ortega – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN UGPP / DECRETO 546 DE 1971 – Liquidación con el 75% de la asignación más elevada del último año de servicio – Régimen de transición – Jurisprudencia – Inaplicación de la sentencia C-230 de 2015 y SU-365 de 2017 – Confirma fallo que accedió a pretensiones de la demanda

Problema jurídico: *¿Determinar, teniendo en cuenta los presupuestos fácticos que aparecen probados en el proceso y la normatividad que resulta aplicable al demandante, si le asiste o no derecho, a que la entidad demandada le efectúe una nueva liquidación de la pensión de vejez, con la asignación más elevada en la que además se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio?*

Extracto: Conforme a lo expuesto por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Sala concluye, además de lo dicho, que en este caso tampoco es procedente aplicar las sentencias de unificación de tutela, que se han citado, de la Corte Constitucional, entre ellas la SU-230 de 2015 y la SU-365 de 2017, en razón a que debe prevalecer la decisión adoptada en el fallo de unificación de la Sección Segunda de 4 de agosto de 2010, mientras esté surtiendo efectos como unificación propia de la materia legal de que se ocupa esta sentencia, que no es una materia constitucional directamente aludida. Por esto, constituye un precedente jurisprudencial de obligatorio acatamiento para este Tribunal, en cuanto se refiere al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. De lo contrario se estaría desmejorando este régimen de transición pensional, entre otras, porque cuando en sentencia de constitucionalidad se analizó el artículo 10 del CPACA, ésta fue clara al resolver que solo obligaban sus sentencias de unificación en cuanto interpretaran una norma o principio constitucional y ahora se está interpretando unos incisos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por razones como las anteriores no es procedente la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-365 de 2017, en lo que tiene que ver con el cálculo del IBL que afecta el monto de la mesada pensional adquirido por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Reliquidación Pensional. Para la Sala, es claro lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Ley 546 de 1971, en cuanto prevé que los empleados pertenecientes a la Rama Judicial y al Ministerio Público, que cumplan 55 años de edad si son hombres, o 50 años si son mujeres, y presten sus servicios a estas entidades por veinte años continuos o discontinuos, de los cuales 10 lo hayan sido a las mismas, tendrán derecho a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicios. Por tanto, esta norma constituye un régimen especial de pensiones que prevalece sobre la Ley 33 de 1985, Estatuto General de Pensiones de los Empleados Oficiales y sobre la Ley 100 de 1993, que debe ser aplicada siempre que se cumplan los requisitos enunciados en la misma... En este orden de ideas, se tiene que el actor prestó sus servicios en la Rama Judicial, entre el 1° de septiembre de 1979 hasta el 30 de junio de 2012, siendo su último cargo el de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados cargo que ostenta en provisionalidad cumpliendo así el requisito de laborar a dicha entidad por diez (10) años. Por lo tanto, tiene derecho a que se aplique en su favor lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, esto es, que la liquidación de la pensión debe efectuarse calculando el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, es decir, dentro del período comprendido entre el 30 de junio de 2011 y el 30 de junio de 2012... Así mismo, deberá computarse el porcentaje que por mes corresponda a los factores anuales, sin que sea factible computar unos factores de un mes de dicho período y agregar unos diferentes de un mes distinto del otro período, como lo ha indicado el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, se tendrán en cuenta las doceavas partes que por mes corresponda a los factores no mensuales, conforme a la certificación aportada al proceso, en consonancia con lo establecido en por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado. Así mismo, se ordenará el reconocimiento y pago de la diferencia que resultará entre la mesada pensional establecida en la resolución de reconocimiento pensional, con el valor de la nueva reliquidación pensional, con los ajustes e incrementos de ley. En consecuencia, los actos acusados fueron proferidos con desconocimiento de los derechos laborales consagrados en los artículos 2, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, y por falta de aplicación a la ley, al omitir considerar el concepto integral de Salario prescrito en el Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo, aprobado por la Ley 54 de 1962. Por lo mismo, como están incursos en causal de nulidad, quedó desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba, razón suficiente para declarar su nulidad y acceder a ordenar una nueva liquidación de la pensión al demandante, confirmando la sentencia apelada de acuerdo a los argumentos expuestos”.

Sentencia de 3 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. [11001333502720130075101](#) M.P. Dr. Cerveleón Padilla Linares – Primera Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADO PROFESIONAL – Inclusión Prima de Navidad – CREMIL – Normatividad aplicable a los Miembros de la Fuerza Pública – Decreto 4433 de 2004 artículo 13 – Inaplicación por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 – Debe computarse la prima de navidad en su 1/12 parte en la Asignación de Retiro – Revoca fallo que niega pretensiones en su lugar accede a pretensiones.

Problema jurídico: ¿Establecer, teniendo en cuenta los presupuestos fácticos probados en el proceso, la normatividad que resulta aplicable al caso y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, si le asiste o no derecho al actor a que sea reajustada su asignación de retiro con la inclusión de la doceava parte (1/12) de la prima de navidad a la que dice tener derecho?.

Extracto: “Así, en cuanto a la inclusión dentro del ingreso base de liquidación de la asignación de retiro en estudio de la partida **prima de navidad en su doceava parte (1/12)**, el Decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, en su artículo 13, establece: **“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: Oficiales y Suboficiales: 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. 13.2 Soldados Profesionales: 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto. Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”** (Destaca la Sala). De lo anterior, se colige que la prestación “prima de navidad” que solicita el actor sea incluida en su doceava parte en la liquidación de su asignación de retiro, no se encuentra enunciada como partida básica computable determinada para la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, conforme lo dispone el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 en cita, el cual sólo contempla para este grupo de individuos, el salario mensual y la prima de antigüedad.(...) No obstante, el demandante solicita dicha prestación sea incluida en la reliquidación de su asignación de retiro, en virtud de su derecho fundamental a la igualdad, ya que a los Oficiales y Suboficiales retirados sí se les liquida dicha prima como partida computable; ante lo cual debe decirse que la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional, como la contenida en la sentencia **SU-339/11**, con ponencia del H. Magistrado Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, ha dicho sobre la aplicación de este derecho fundamental, lo siguiente: (...) De tal manera que, según lo dicho por la jurisprudencia, la materialización del derecho fundamental a la igualdad representa para sus titulares la posibilidad de no ser sujeto de un trato diferenciado e injustificado o, en otros casos, de obtener un trato igual pese a encontrarse en una situación especial de hecho que amerite un trato diferente; en otras palabras, de no tener un trato por parte de los poderes o autoridades públicas que devenga en una conducta discriminatoria o desigual frente a un par suyo. Por lo anterior, considera la Sala, que la trascrita disposición contiene un trato discriminatorio frente a los soldados profesionales, pues no se advierte ninguna razón válida para que el Gobierno Nacional haya incluido la “prima de navidad en su doceava parte (1/12)” como partida computable en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales y, a su turno, se haya excluido dicho emolumento para la liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, quienes conforman el rango más bajo de la estructura militar piramidal y, por esta condición, demandan un mayor nivel de protección del Estado. Por tanto, visto el citado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en su integridad, se deduce que existe una omisión involuntaria del legislador o del Gobierno Nacional, en relación con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en mención, dentro del ingreso base de liquidación de la asignación de retiro para este personal, ya que en el parágrafo del mismo es claro que se excluyen las partidas no previstas en todo este artículo, es decir, esta exclusión no puede ser entendida como de la prima de navidad, sino “de las **demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones,...**” (se resalta); expresión que debe ser interpretada de la manera más favorable al actor, de preferencia a la desfavorable que excluiría también dicho emolumento, siendo que el artículo en mención no prohíbe taxativamente que esta prestación social le sea desconocida a los soldados profesionales como computable para su asignación de retiro. Refuerza lo anterior, que el artículo 13 superior, consagra que todas las personas deben tener el mismo trato por las autoridades, imponiéndose al Estado la obligación de dispensar un trato diferenciado, en términos positivos, a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. En este orden, el ordenamiento constitucional solamente admite tratos diferenciados, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) si la medida apunta a un fin constitucionalmente válido, b) si el trato es necesario o indispensable y c) si realizado el test de proporcionalidad en estricto sentido, se encuentra que no se sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. Por consiguiente, al no advertirse alguno de los eventos señalados por la precitada jurisprudencia constitucional, ni mucho menos encontrarse fundamento legal que justifique el trato negativo que se le dio a los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, al excluirse a aquellos (soldados profesionales) la duodécima parte (1/12) de la prima de navidad en su asignación de retiro (que si se incluye para los oficiales y suboficiales), esta Sala decisoria, en virtud del artículo 4° de la Constitución, considera que en el sub examine, debe inaplicarse por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y, en consecuencia, la renombrada “prima de navidad en su doceava parte (1/12)”, se computará en para la liquidación de la asignación de retiro del actor. Así las cosas, esta Sala decisoria se apartará de lo considerado y decidido por el juez de primera instancia en la sentencia recurrida, por lo que se **revocará** la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. 11001334251220170017801 M.P. Dr. Cerveleón Padilla Linares – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN – LEY 33 DE 1985 – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN debe liquidarse con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios – Régimen legal pensional aplicable a la situación de la demandante – Jurisprudencia – Aplicación precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional o sea el 75% del promedio de los aportes de los 10 últimos años y los factores del artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 – Revoca fallo que accedió a pretensiones y en su lugar niega súplicas de la demanda.

Problema Jurídico: “ ¿ Si las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición, deben liquidarse de conformidad con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma disposición, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta o en los últimos 10 años de servicios y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, conforme a lo dispuesto en las sentencia C-258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, o si por el contrario, se debe calcular con base en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, entendida en los términos de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de Agosto de 2010, que ordenaba incluir todos los factores salariales devengados por el empleado público durante su último año de servicios, previo descuentos de los aportes, como lo solicita la parte actora?”

Extracto: “RÉGIMEN LEGAL PENSIONAL APLICABLE A LA SITUACIÓN DE LA DEMANDANTE:A la demandante le fue reconocida su pensión bajo el amparo del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se observa en la Resolución No. 053537 del 14 de diciembre de 2006 visible a folios 2 – 4 del expediente, liquidándose la prestación con el 75% del promedio de lo cotizado los últimos 10 años de servicios. Frente a la aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 se ha generado una controversia respecto de la forma de entender cómo se deben calcular las pensiones de jubilación de quienes se encuentran beneficiados por dicho régimen.(...) **Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del cuatro (4) de Agosto de dos mil diez (2010)** Expediente No. 250002325000200607509 01, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, recoge las posiciones sobre cómo debía entenderse la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993:...En conclusión, según este fallo debe entenderse que la Ley 33 señaló que la cuantía de la pensión equivale a aplicar una tasa del 75% al IBL del último año de servicios, y que este último debe entenderse como la totalidad de los factores salariales percibidos, aun cuando sobre ellos no se haya cotizado o ni siquiera estén en la lista a que se refiere la norma en comento. Igualmente, que ésta es la manera de establecer la pensión para los beneficiarios del régimen de transición.(...)Para el caso concreto, se observa que la parte demandante se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto le era aplicable la norma anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, pues nació el 1 de abril de 1951 y prestó sus servicios al Estado por más de 20 años (*en la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá desde el 1 de noviembre de 1975 al 1 de agosto de 1985 y del 5 de febrero de 1993 al 28 de febrero de 2007 y en la Empresa Social del Estado Hospital San Antonio de Sesquile desde el 24 de abril de 1991 al 4 de febrero de 1993*), **cumpliendo el status pensional el 1 de abril de 2006**, lo que le permite gozar del beneficio anteriormente aludido. Ahora bien, en el escrito de demanda la parte actora solicita la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios, comprendido entre el 1 de marzo de 2006 al 28 de febrero de 2007 los cuales fueron los siguientes: **asignación básica, factores de antigüedad, dominicales y festivos, horas nocturnas, sobresueldo, bonificación por servicios, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación.** No obstante lo anterior, en aplicación del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional al cual se hizo alusión en acápite precedente, y teniendo en cuenta que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en materia pensional, a la demandante le faltaban más de 10 años para consolidar el derecho a la pensión, la cuantía de dicha prestación económica corresponde al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, incluyendo para tal efecto los factores que señala el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 que dispuso lo siguiente: (...) En efecto, al confrontar el acto administrativo de reconocimiento pensional (Resolución No. 053537 del 14 de diciembre de 2006), se observa que la entidad liquidó la prestación con el 75% de los factores salariales sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años de servicios, razón por la cual, a juicio de la Sala, el acto administrativo acusado por medio del cual se le negó la reliquidación a la demandante con todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios se encuentra ajustado a derecho. Así las cosas, y como quiera que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios, la Sala procederá a revocar el fallo apelado que accedió a las pretensiones de la demanda”.

Sentencia de 2 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “C” , Exp. [25269333300120140081101](#) M.P. Dr. Samuel José Ramírez Poveda – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN LEY 33 DE 1985 Y ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 – Régimen de transición – Jurisprudencia – Aplicación de la Sentencia SU-230 de 2015 y C-258 de 2013 – IBL Aplicando la anterior jurisprudencia – Revoca fallo que accedió a pretensiones de la demanda y en su lugar niega pretensiones

Problema jurídico: *¿Determinar si las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición, deben liquidarse de conformidad con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma disposición, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta o en los últimos 10 años de servicios y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, conforme a lo dispuesto en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, o si por el contrario, se debe calcular con base en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, entendida en los términos de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de Agosto de 2010, que ordenaba incluir todos los factores salariales devengados por el empleado público durante su último año de servicios, previo descuentos de los aportes, como lo solicita la parte actora?”.*

Extracto: “De igual forma, ésta Sala de Decisión venía dando aplicación a la tesis del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de Agosto de 2010, en la forma indicada por la Sala Sexta de Revisión de la H. Corte Constitucional, en la sentencia T-615 de 2016, en la cual se reiteró el papel de la Corte como intérprete y guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución Política, pero precisando que el precedente jurisprudencial debe ser anterior a la decisión donde se lo aplique y a casos semejantes, y se concluyó que las autoridades accionadas no desconocieron el nuevo precedente porque las sentencias fueron dictadas antes que fueran proferidas las sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015 y el derecho pensional se había consolidado con antelación a la expedición de estas providencias judiciales. La anterior disparidad de criterios provocó pronunciamientos encontrados entre las subsecciones de este Tribunal, lo que ocasionó que el H. Consejo de Estado como superior jerárquico de esta jurisdicción en sede de tutela dejara sin efectos varios fallo, en los que se acataba la orden de la Corte Constitucional, y ante la necesidad de poner fin a tal controversia, el máximo órgano de lo contencioso dictó nueva sentencia de unificación el 25 de Febrero de 2016, en la que reiteró lo dicho el 4 de Agosto de 2010. No obstante, dicho fallo fue revocado mediante sentencia de tutela del 15 de Diciembre de 2016, por la Sección Quinta en la que ordenó proferir una nueva decisión atendiendo las reglas jurisprudenciales de las Sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, quedando excluida del ordenamiento jurídico la sentencia de unificación del 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.(...) Para el caso concreto, se observa que la parte demandante se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto le era aplicable la norma anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, pues nació el 27 de diciembre de 1953 y prestó sus servicios al Estado desde el 1 de agosto de 1978 al 31 de marzo de 2013, cumpliendo el status pensional el 27 de diciembre de 2008, fecha en que cumplió los 55 años de edad y 20 de servicios, lo que le permite gozar del beneficio anteriormente aludido. Ahora bien, en el escrito de demanda la parte actora solicita la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios, comprendido entre el 1 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2013, los cuales fueron los siguientes: *sueldo básico, subsidio de transporte, auxilio de recreación, prima de servicios, de vacaciones y de navidad*. No obstante lo anterior, en aplicación del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional al cual se hizo alusión en acápite precedente, y teniendo en cuenta que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en materia pensional, a la demandante le faltaban más de 10 años para consolidar el derecho a la pensión, la cuantía de dicha prestación económica corresponde al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, incluyendo para tal efecto los factores que señala el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 que dispuso lo siguiente:...(…) En este punto, advierte la Sala al confrontar el contenido del acto administrativo que finalmente reliquidó la pensión de vejez de la actora (Resolución GNR 18115 del 21 de enero de 2016), que en la prestación pensional a ella reconocida se estableció el monto de la liquidación con una tasa de reemplazo del 79.66% del promedio de los factores sobre los cuales cotizó los últimos 10 años de servicio, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siendo que su pensión debió ser calculada con el 75% sobre el promedio mensual de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios conforme al artículo 21 de la ley 100, lo que quiere decir que la forma como la entidad le liquidó la pensión, le resulta más favorable puesto que lo fue en un porcentaje superior. Así las cosas, y como quiera que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante su último año de servicios como lo dispuso el a quo, sino con el 75% del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años y exclusivamente los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994, la Sala procederá a revocar el fallo apelado que accedió las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se negarán las pretensiones”.

Sentencia de 6 de junio de 2018, Sección Segunda Subsección “C”, Exp.11001333500720160036701 M.P. Dr. Samuel José Ramírez Poveda – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA MESADA CATORCE – Policía Nacional – Pensión de Jubilación reconocida a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional según Decreto 1214 de 1990 – Mesada adicional de junio o mesada 14 de que trata la Ley 100 de 1993 artículo 142 – Confirma fallo que niega pretensiones de la demanda.

Problema jurídico: ¿ Si la actora en su calidad de beneficiaria de la pensión concedida como ex integrante del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio o mesada 14?

Extracto: “Pensión de jubilación reconocida a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional según el Decreto 1214 de 1990. El Decreto 1214 de 1990, “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, en cuanto al reconocimiento de la pensión a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, dispuso: “Artículo 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO....De la norma citada, se colige que para acceder a la pensión de jubilación los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional deben acreditar veinte (20) años de servicio continuo sin importar la edad...**Mesada adicional de junio o mesada 14 que trata la Ley 100 de 1993.**La Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció una mesada adicional pagadera a mediados de junio en los siguientes términos: “**ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS...**Ahora bien, **el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005**, estableció: “...Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo **no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.** Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento...” **–Negrilla y subrayado fuera de texto–** (...) La Sala advierte que cuando el Acto Legislativo 01 de 2005 reguló el tema de las mesadas adicionales, determinó que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia de dicho acto, no podían recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, es decir, se refirió a **todas las personas**, sin hacer salvedad alguna, de manera que esta norma de rango constitucional eliminó del mundo jurídico toda mesada adicional, sea que estuviese regulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 o en cualquier régimen especial y solo dejó a salvo a aquellas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011. En ese orden de ideas, quienes adquieran el derecho a pensionarse a partir del 25 de julio del 2005, **indistintamente del régimen pensional al que pertenezcan**, únicamente percibirán trece (13) mesadas pensionales, con excepción de quienes obtengan una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos, los cuales tendrán derecho a catorce (14) mesadas, pues así lo previó el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.(...) Así pues, el Legislador observó el caso de los miembros de la Fuerza Pública y no hizo salvedad alguna con respecto a que éstos no estuviesen incluidos en la previsión constitucional que limitó el número de mesadas pensionales. (...) Conforme a la Resolución No. 00043 del 15 de enero de 2013, el Subdirector General de la Policía Nacional reconoció a la actora una pensión de jubilación a partir del **31 de octubre de 2012**, fecha en la que fue retirada del servicio oficial, adquiriendo el status pensional un mes antes, esto es el **30 de septiembre de 2012**. Además, se acreditó que la Entidad demandada reconoció a la demandante la referida prestación en cuantía de **\$1.645.006,44**. En suma, observa la Sala que la actora configuró el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del mismo año y que el monto de la pensión para el año 2012 fue inferior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes, razón por la que hubiera podido tener derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada 14 reclamada; sin embargo, de conformidad con el parágrafo transitorio 6º del denominado Acto, la pensión debió haberse causado antes del 31 de julio de 2011, lo que en el caso concreto no sucedió, pues como se señaló la demandante obtuvo su status el 30 de septiembre 2012, fecha en la que cumplió los veinte (20) años de servicios que exige la norma especial para acceder a la pensión de jubilación. Por lo anterior, la Sala concluye que si bien el Acto Legislativo 01 de 2005, mantuvo vigente el régimen pensional especial de la Fuerza Pública, tal prerrogativa no incluye el derecho a devengar la mesada 14 para ese grupo de servidores, razón por la cual se impone confirmar la sentencia de primera instancia”.

Sentencia de 11 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “F” , Exp. [11001333500920140060301](#) M.P. Dra. Patricia Salamanca Gallo. – Segunda Instancia.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TOPE PENSIONAL – Congreso de la República – La sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional y la orden de reajuste de las mesadas pensionales al tope de 25 SMLMV – Acto legislativo 01 de 2005 – Niega pretensiones de la demanda

Problema jurídico: *¿Si en atención al debido proceso el demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea pagada en los montos en que se venía cancelando antes del 1º de julio del año 2013, fecha en la que se dio aplicación al tope pensional de 25 SMMLV ordenado en la sentencia C-258 de 2013?*

Extracto: “La Sentencia C-258 del 2013 de la Corte Constitucional y la orden de reajuste de las mesadas pensionales al tope de 25 SMLMV. El Acto Legislativo 01 del 2005 en su artículo 1, modificó el artículo 48 de la Carta Política, es así como estableció ciertos requisitos para el acceso a la pensión; y límites a las pensiones reconocidas con cargo a recursos públicos, así: **Artículo 1º.** *Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:...* **Parágrafo 1º.** *A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública. (...)*” La Corte Constitucional, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, profirió la sentencia C-258 de 2013, en ella el Alto Tribunal decidió declarar, de una parte, la inexecutable de las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el inciso 1º del referido artículo 17, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su párrafo; y de otra, la executable condicionada de las restantes expresiones, todo lo anterior por considerar que desconocía los principios de equidad y sostenibilidad fiscal al establecer frente a los Congresistas una medida de discriminación positiva injustificada, en tanto les permitía acceder a pensiones con “condiciones favorables y desproporcionadas”. En torno al tema de estudio, ordenó:...(…) En suma, la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que las mesadas pensionales reconocidas bajo el régimen de la Ley 4ª de 1992, no podían superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a partir del 1 de julio de 2013, siendo obligación de las autoridades administrativas, realizar el respectivo reajuste, de forma automática; y sin necesidad de efectuar ningún tipo de reliquidación. La parte actora considera que se configuró una vulneración del derecho fundamental al debido proceso con la expedición de la Resolución No. 0443 del 12 de julio de 2013, mediante el cual el Director General de FONPRECON ordena realizar el reajuste de la mesada pensional al monto de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.(…) Así las cosas, el procedimiento administrativo previo que echa de menos la parte actora, para realizar el reajuste de la pensión, no es necesario, pues se ordenó que se realizara en forma automática, encaminada a dar cumplimiento a una norma constitucional; y a evitar que se perpetuara una vulneración a los principios de sostenibilidad financiera, solidaridad, igualdad y universalidad que deben regir el sistema de seguridad social, de acuerdo con la reforma contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005.(…) Ahora bien, advierte la Sala que el procedimiento administrativo de lesividad, solo resultaría necesario en los casos que la Administración observe un posible abuso del derecho, o un fraude a la ley, los cuales deben ser debidamente probados. En estos casos, la Corte Constitucional expresamente indicó que era necesario garantizar el debido proceso de los pensionados en el marco de los procedimientos administrativos adelantados por la entidad para revocar los actos administrativos proferidos por ésta. Sin embargo, ésta no es la situación jurídica del actor, toda vez que en el caso analizado no se ha efectuado una reducción abrupta de las mesadas pensionales debido a la posible configuración de un abuso del derecho o de un fraude a la ley, pues, tal y como se ha señalado, FONPRECON dio estricto cumplimiento a la orden que requería reajustar todas las mesadas pensionales al tope constitucional y legal vigente. Por otra parte, si bien el actor hace referencia a sentencias de tutela proferidas por el Consejo de Estado en las que se ha accedido a la protección al derecho al debido proceso de algunos pensionados del Congreso, por cuanto, FONPRECON no agotó un procedimiento previo para disminuir el monto pensional al veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la Sala advierte que en la más reciente de ellas 19 de septiembre de 2016, (rad.2013-4281-01), contrario a lo afirmado en el escrito de demanda, el Alto Tribunal fue claro en indicar que “... (...) Así las cosas, el Consejo del Consejo de Estado modificó su posición, por lo que, actualmente se encuentra en consonancia con la posición pacífica que ha tenido sobre el punto la Corte Constitucional. En suma, no es posible predicar una vulneración del derecho fundamental al debido proceso en el caso analizado, toda vez que FONPRECON dio estricto cumplimiento a la orden de reajustar las mesadas pensionales en veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con el tope previsto en el Acto Legislativo No. 01 de 2005; y que la Resolución No. 0443 de 12 de julio de 2013 constituyó un acto de cumplimiento de la Sentencia C-258 de 2013, que ordenó el reajuste automático de las mesadas pensionales a partir del 1 de julio de 2013. Por todo lo anterior, la Sala concluye que FONPRECON actuó debidamente, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda”

Sentencia de 11 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “F”, Exp. 11001333571720160595400 M.P. Dra. Patricia Salamanca Gallo – Primera Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RETIRO DEL SERVICIO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS – Ejército Nacional – Teniente Coronel – Normas y precedente jurisprudencial aplicable – Decreto 1790 de 2000 – Requisito para oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares sea retirado por llamamiento a calificar servicios – Confirma fallo que niega pretensiones de la demanda

Problema jurídico: “ ¿Establecer si el acto administrativo que retiró del servicio activo al demandante, en su calidad de Teniente Coronel, en forma temporal y con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios, se ajusta a derecho, o si por el contrario se produjo con falsa motivación y desviación de poder; y si tiene derecho a ser reintegrado al cargo en el cual se desempeñaba antes de ser retirado del servicio activo o en otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración y consecuentemente a que se le paguen los emolumentos salariales y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha del retiro, hasta que se cumpla la sentencia que ordene el reintegro?”.

Extracto: “Normas y precedente jurisprudencial aplicable. El retiro del servicio para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares está normado por el Decreto Ley 1790 de 2000, con el siguiente tenor literal: ...Es así que una de las causales de retiro temporal del servicio y con pase a la reserva, es el **llamamiento a calificar servicios**, el cual se encuentra definido en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, en los siguientes términos: **“Artículo 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.** (Modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006.) *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro*”. Teniendo en cuenta las normas citadas, se puede concluir que son requisitos para que un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares sea retirado por llamamiento a calificar servicios, haber reunido los requisitos para hacerse beneficiario de la asignación de retiro y mediar el concepto previo favorable dado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.(...)En ese sentido, es claro que, tanto Oficiales como Suboficiales del Ejército Nacional pueden ser retirados mediante el llamamiento a calificar servicios por razones del servicio y de manera discrecional por el Gobierno Nacional, siempre que exista una recomendación previa de la Junta Asesora del Ministro de Defensa o del Comité de Evaluación, retiro que no implica una sanción o castigo, sino que tiene como finalidad la renovación de los cuerpos armados, teniendo en cuenta la estructura piramidal de las Fuerzas Militares.(...)Ahora bien, argumenta el demandante que los actos de retiro deben estar expresamente motivados, pues se desconoció que el cargo que ocupaba no era de libre nombramiento y remoción.(...) Al respecto, debe indicar la Sala que este argumento no es de recibo, pues si bien, la Corte Constitucional ha reiterado la necesidad de motivar los actos de retiro del servicio o de insubsistencia, lo ha hecho en el análisis de empleados en provisionalidad, situación distinta a la del demandante, sin embargo, lo cierto es que, la propia Corte ha dejado claro **que tratándose de personal uniformado, la motivación expresa es exigible cuando el retiro se ha producido por voluntad del Gobierno Nacional y no cuando es producto del llamamiento a calificar servicios**, y así lo plasmó en sentencia SU-091 de 2016...(...)Al respecto, recuerda la Sala que, con el llamamiento a calificar servicios “*lo que se pretende es la renovación generacional de la estructura de mando de la Institución*”, la cual “*solo puede ser ejercida cuando el miembro de la Fuerza Pública ha laborado durante un mínimo de años (...) que le garantice el acceso a una asignación de retiro, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa (...)*” (T-265-2013), finalidad que fue plasmada tanto en el acto de retiro como en la recomendación emitida por la Junta Asesora.(...) Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, para la Sala el acto administrativo demandado no se encuentra incurso en causal de nulidad y por el contrario atendió los requisitos en la ley para el retiro por llamamiento a calificar servicios, pues cumplió con los requisitos de tiempo y recomendación, previstos en la norma, dado que el demandante ya cuenta con el tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro y además se realizó la recomendación por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. Adicionalmente, el demandante no cumplió con la carga probatoria legal y jurisprudencialmente exigida que permita inferir o que indique que el acto demandado se utilizó como instrumento de discriminación o abuso de poder... Finalmente, se debe tener presente el demandante que, la figura del llamamiento a calificar servicios, no es un castigo o sanción encubierta, sino una manera decorosa de terminar la carrera militar y una facultad legítima para renovar el personal de la Fuerza Pública, garantizando la dinámica de la carrera militar, dada su estructura piramidal, En ese sentido, encuentra la Sala que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, razón por la cual se confirmará la sentencia impugnada.

Sentencia de 31 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “D” Exp. [11001333501120120028301](#) M.P. Dr. Israel Soler Pedroza – Segunda Instancia

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO SARGENTO MAYOR – IPC – Normas que regulan la materia Ley 238 de 1995 – Revoca fallo que negó pretensiones de la demanda y en su lugar accede a las pretensiones de la demanda reajustando la Asignación de Retiro con base en el IPC

Problema jurídico. *¿Si el actor tiene derecho a que su asignación de retiro, como miembro de la Fuerza Pública sea reajustada con sujeción al IPC del año anterior respectivo, para los años 1997 a 2004, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por efectos del parágrafo 4° adicionado al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 por la Ley 238 de 1995 “?.*

Extracto: “Considera esta Sala de acuerdo con los argumentos expuestos por la parte actora, tanto en el libelo demandatorio como en el recurso de alzada, que lo que pide es que su asignación de retiro sea liquidada teniendo en cuenta como base de liquidación la misma que la Caja de Retiro viene aplicando para las asignaciones de retiro de los Sargentos Mayores para los años 1997 a 2004.(...) Al respecto, precisa la Sala que la normativa que regula la materia dispone lo siguiente: **Él artículo 169 del Decreto 1211 de 1990** indica que la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se debe reajustar conforme al principio de oscilación; a su turno, **el artículo 279 de la Ley 100 de 1993**, excluyó de la aplicación de dicho régimen general, entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. No obstante lo anterior, la **Ley 238 de 1995** que adicionó el Parágrafo 4° al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 podrían acceder al beneficio previsto en el artículo 14 *ibidem*, que previó el reajuste de las pensiones, teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC, por aplicación del principio de favorabilidad. El Consejo de Estado se ha pronunciado de manera uniforme frente al reajuste de las asignaciones de retiro, y ha reiterado hasta la actualidad la misma posición en la materia, desde la sentencia hito de la Sala Plena de la Sección Segunda de fecha 17 de mayo de 2007, Radicado interno No. 1479-09, con ponencia del Dr. Jaime Moreno García, afirmando, que para los miembros de la Fuerza Pública **resulta más favorable que el reajuste de la asignación de retiro para el período comprendido entre el 1° de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2004 se efectúe con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y no atendiendo el principio de oscilación.** (...) Ahora bien, como quiera que en el plenario quedó demostrado que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante (30 de octubre de 1995) se hizo durante el periodo en el que tuvo vigencia la aplicación del método de reajuste con la variación porcentual del IPC (1995 - 2004), se debe determinar, a partir de un análisis comparativo, si para los años en los que correspondía el incremento respectivo de la asignación de retiro del señor Jorge Enrique Lancheros Vargas fue mayor o no a la variación porcentual del IPC respecto del reajuste en aplicación del principio de oscilación, teniendo en cuenta el grado del actor....Visto lo anterior, no queda duda que **debe practicarse el reajuste de las mesadas pensionales para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004**, con la respectiva incidencia en los años posteriores a 2004, pues se ha demostrado que durante tales años le fue reajustada su asignación de retiro con base en el principio de oscilación, que resultó ser inferior al IPC. En ese sentido se revocará la decisión impugnada y se ordenará el reajuste mencionado”.

Sentencia de 5 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “D” , Exp. [11001333501020130032301](#) M.P. Dr. Israel Soler Pedroza –Segunda Instancia.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN GRACIA – Normas que regulan la pensión gracia Ley 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 – Normatividad -Jurisprudencia – Pensión Gracia – Presupuestos actuales de reconocimiento – Confirma fallo que accede a pretensiones de la demanda

Problema jurídico: *¿ Determinar si la parte actora tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia que depreca, para lo cual la Sala deberá dilucidar si prestó sus servicios como docente territorial o nacionalizada antes del 31 de diciembre de 1980, y si los tiempos de servicio prestados como docente interina son computables para esos efectos?*

Extracto. “Análisis Normativo y Jurisprudencial –Pensión Gracia – Presupuestos Actuales de Reconocimiento. La pensión denominada “gracia” es una pensión vitalicia de jubilación de carácter especial, creada por la Ley 114 de 1913, originalmente, “*como un estímulo a la labor docente en un país con alto grado de analfabetismo*”, en favor de los maestros de escuelas primarias oficiales que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de veinte (20) años, siempre y cuando, cumplieren con los requisitos exigidos en el artículo 4º de esa norma, así: ...**Vinculación como docente territorial o nacionalizado anterior a 31 de diciembre de 1980:** sobre el particular, fue allegada certificación expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, de la cual se obtiene que la actora fue nombrada como docente interina, para los períodos comprendidos entre el 2 de noviembre de 1977 y 30 de noviembre de 1977, y del 13 de agosto de 1984 al 20 de septiembre de 1984....Por ende, es patente que la señora (...) se encuentra dentro del supuesto de hecho de que trata el literal A, numeral 2º, del artículo 15 de la Ley 81 de 1989, y por tal razón, es beneficiaria del régimen de transición allí previsto, por lo que cuenta con la posibilidad de causar la pensión gracia, siempre y cuando cumpla con el lleno de los requisitos legales. **Edad pensional (50 años):** de acuerdo con la copia simple de la cédula de ciudadanía de la actora, visible a folio 2 del plenario, se tiene probado que nació el 29 de noviembre de 1958, por lo que es dable concluir que cumplió 50 años de edad el 29 de noviembre de 2008.**Conducta:** la Sala vislumbra que el requisito consistente en observar buena conducta y haberse conducido con honradez y consagración en los empleos que ha desempeñado se encuentra satisfecho, como quiera que la UGPP no probó ni señaló alguna situación en contrario que pudiera ser valorada por esta Corporación. **Tiempo de servicios - Prohibición de doble asignación del orden nacional (al menos 20 años de servicio docente cuyos pagos laborales no provengan de la Nación):** recordando la naturaleza de los tiempos de servicios exigidos como requisito para acceder a la pensión gracia, de conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial realizado, tenemos que el docente no debe haber recibido, durante al menos 20 años de servicio, otra recompensa de carácter nacional, pues se reitera, la pensión gracia es una prestación especial, una “gracia” que se otorga únicamente a aquellos docentes que cumplen con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 114 de 1913 que continúan vigentes.(...) Entonces, conforme al artículo 15, numeral 2º de la Ley 91 de 1989 y al cumplimiento de la totalidad de los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913 y demás concordantes; **quienes siendo territoriales o nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1980 interrumpieron la prestación de sus servicios por renuncia o por cualquier otra causa y posteriormente ingresaron al servicio educativo con una expectativa respecto de éste beneficio, deben completar el tiempo de servicios exigido para tal efecto bajo vinculación de carácter territorial.** (...)Por ende, con el fin de verificar si la señora (...) cumple con el requisito de 20 años de servicios como docente territorial, la Sala procederá a examinar el carácter y origen de financiación de las vinculaciones de la actora: Sobre el particular, debe decirse que a folio 4 vto., del plenario puede apreciarse certificación expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá de la cual se deriva que la demandante trabajó en calidad de docente territorial al servicio del Distrito de Bogotá desde el 2 de noviembre de 1977 al 30 de noviembre de 1977, y del 13 de agosto de 1984 al 20 de septiembre de 1984, para un total de 68 días, y el pago de sus servicios se efectuó con recursos propios del Distrito. Luego, si para causar el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación gracia es necesario acreditar, al menos, 20 años o 7300 días de servicio docente, y si el tiempo computable acumulado hasta el 20 de septiembre de 1984 sumaba 68 días, corresponde ahora a la Sala determinar, a partir de la vinculación como docente en propiedad que tuvo lugar a partir del 23 de julio de 1993, en qué fecha la demandante acumuló 7300 días de servicio docente computable, tal como sigue: (...)Por consiguiente, esta Corporación encuentra que la señora (...) reunió 20 años, o lo que es equivalente, 7300 días de servicio computables para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, el **12 de mayo de 2013.** Así las cosas, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales, tanto como la conjunción de los requisitos de edad y tiempo de servicios, la Sala Mayoritaria estima que a la demandante le asiste derecho para que le sea reconocida y pagada una pensión de jubilación gracia, a partir del **12 de mayo de 2013**, fecha de adquisición del status de pensionada por cumplimiento del tiempo de servicios”.

Sentencia de 11 de mayo de 2018, Sección Segunda Subsección “F”, Exp.11001334205020160018901 M.P. Dr. Luis Alfredo Zamora Acosta – Segunda Instancia.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Reliquidación asignación de retiro de acuerdo al artículo 4 de la Ley 131 de 1985 y el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y la Prima de Antigüedad de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 – Soldado profesional – Normatividad - Jurisprudencia – Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios y profesionales – Confirma fallo que accedió a pretensiones de la demanda

Problemas jurídicos: *¿i. Determinar si el señor (...) tiene o no derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada con fundamento en la asignación básica establecida en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 y el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir: teniendo como base una asignación básica igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y no en un 40% como fue reconocido, y ii. Dilucidar la manera en que debe ser computada la prima de antigüedad dentro de la asignación de retiro del actor, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?*

Extracto: “Régimen salarial aplicable a los soldados voluntarios y profesionales. El Gobierno Nacional dispuso la creación del servicio militar voluntario a través de la Ley 131 de 1985, con el fin de vincular como soldados voluntarios a todos aquellos que luego de prestar el servicio militar obligatorio manifestaran la voluntad de seguir perteneciendo a la Fuerza Pública. Como retribución de los servicios de los soldados voluntarios, el artículo 4º de la norma en referencia estableció una “*bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario*”. (...) **Salario base de liquidación en la asignación de retiro de los soldados profesionales que se desempeñaron como soldados voluntarios...** Sea lo primero señalar que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 “[...] la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquidará teniendo en cuenta los siguientes factores y cuantía: ...“(...) **Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: (...)13.2 Soldados Profesionales:13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto (...)**...Por consiguiente, la Sala armoniza las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 y la directriz dictada en el pronunciamiento citado en el párrafo que inmediatamente antecede, ejercicio luego del cual es posible concluir que la asignación de retiro de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, debe ser liquidada con fundamento en el salario mensual establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es: en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Lo anterior, sin que sea necesario que el soldado retirado haya solicitado el reajuste de su asignación en actividad o que el Ejército Nacional hubiere pagado o no la cantidad que en derecho correspondía. (...) Descendiendo al *sub examine*, y de acuerdo con la copia de la hoja de servicios visible a folio 7 del plenario, esta Corporación encuentra probado que el demandante **fue vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario a partir del 20 de abril de 1996**, mediante Orden Administrativa de Personal núm. 1080 de 31 de mayo de 1996. De la misma documental, se obtiene que **el actor conservó la condición de soldado voluntario hasta el 31 de octubre de 2003**, y que **a partir del 1º de noviembre de 2003 fue incorporado como soldado profesional** del Ejército Nacional, por Orden Administrativa de Personal núm. 1175 de 20 de octubre de 2003. Igualmente, de dicha probanza se deriva que el señor (...) permaneció en servicio activo como soldado profesional hasta el **16 de enero de 2015**, siendo retirado a través de **Orden Administrativa de Personal núm. 2515 de 26 de diciembre de 2014**. Entonces, es dable concluir que el actor quedó cobijado por la excepción prevista en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en virtud de la cual “*quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)*”, razón por la cual, le asiste derecho para que su asignación de retiro sea reconocida incluyendo en la base de liquidación el salario mensual que le correspondía en servicio activo, es decir: un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Prima de Antigüedad (...) Entonces, establecida la premisa de orden mayor, debe indicarse que encontrando probada la calidad de soldado profesional del demandante, le es plenamente aplicable el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en los precisos términos indicados en precedencia, de manera que tiene razón jurídica para que su prestación sea reliquidada incluyendo la totalidad del 38.5% del salario, correspondiente a la prima de antigüedad, y no el 70% de dicho concepto, como lo hizo la accionada. En consecuencia, toda vez que la sentencia de primer grado se encuentra en consonancia con las directrices legales y jurisprudenciales que fueron expuestas en precedencia, y que el *A quo* aplicó con acierto dichas premisas al caso específico que se juzga, y como quiera que no se observa mérito alguno en los argumentos que sustentan la alzada, se impone para la Sala mantener el sentido y alcance de la decisión judicial recurrida.

Sentencia de 12 de abril de 2018, Sección Segunda Subsección “F”, Exp. 11001333503020170001401 M.P. Dr. Luis Alfredo Zamora – Segunda Instancia

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO / EL IMPUESTO DE REGISTRO – Hecho generador, sujeto pasivo, casación y base gravable – Ecopetrol es sujeto pasivo del impuesto de registro al ser una sociedad de economía mixta

Problema Jurídico: *Determinar, conforme a los cargos de nulidad formulados, ¿(i) si fueron expedidos con infracción del régimen legal aplicable; (ii) si incurren en falsa motivación, y (iii) si es procedente la devolución solicitada como pago de lo no debido y el reconocimiento de intereses corrientes y moratorios sobre dicha suma?*

Extracto: “(...) De conformidad con la norma transcrita el hecho generador contiene dos presupuestos, i) estar en presencia de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares, y ii) que tales actos, de conformidad con las disposiciones legales, deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio; y en cuanto al sujeto pasivo debe tenerse en cuenta que sólo son los particulares quienes se encuentran sujetos a dicho gravamen, por lo que se excluyen a las entidades públicas, tal como fue aclarado por el inciso 2º del artículo 3º del Decreto Reglamentario 650 de 1996 (...)

Conforme la citada norma (Artículo 1 de la Ley 1118 de 2006. Nota de relatoría) y los hechos expuestos en la demanda, Ecopetrol en el 2007 adelantó una primera ronda del programa de emisión y colocación de acciones, cuyo resultado según lo informado, consistió en la colocación de la totalidad de las acciones ofrecidas, las cuales equivalieron al 10.1% del capital accionario de la empresa, siendo adquiridas por 482.941 personas naturales y jurídicas no estatales; así, para la Sala se dio cumplimiento al artículo 1º de la Ley 1118 de 2006, es decir, que una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de qué trata la Ley en comento a favor de particulares, Ecopetrol quedó organizado como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte que desde el momento en que se dispuso la colocación de las acciones a favor de particulares, mutó la naturaleza jurídica de la entidad, de manera que a partir de ese momento para todos los efectos no puede ser considerada como una entidad pública, sino como una sociedad de economía mixta. (...)

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, esta Corporación advierte que el certificado expedido por el revisor fiscal de Ecopetrol, que se radicó con el objeto de ser registrado, da cuenta de un aumento del capital suscrito de esta sociedad, esto es, incorpora un derecho apreciable económicamente en favor de una sociedad de economía mixta; aunado a lo anterior, el aumento de dicho capital suscrito fue propiciado por la compra de acciones por parte de personas naturales y jurídicas no estatales, es decir, de derecho privado. (...)

En ese orden de ideas es procedente concluir que, con la colocación de las acciones por parte de Ecopetrol, dicha sociedad se organizó como una sociedad de economía mixta de carácter comercial y se benefició de una capitalización efectuada por particulares, razón por la cual, el certificado expedido por el revisor fiscal el 4 de marzo de 2008 presentado en la Cámara de Comercio de Bogotá para ser registrado causó el impuesto de registro en cabeza de Ecopetrol convirtiéndolo en sujeto pasivo del impuesto de registro.

Por otra parte la Sala advierte en cuanto a la liquidación del impuesto de registro efectuada por la Cámara de Comercio de Bogotá en razón al aumento del capital suscrito, informado a través del certificado del revisor fiscal de Ecopetrol, que está sujeto al impuesto de registro y que se causa como un acto con cuantía sobre el 100% del valor de la capitalización por parte de particulares, conforme al inciso segundo del artículo 229 de la Ley 223 de 1995, como el literal c) del artículo 8 del Decreto 650 de 1996, pues son claros en que el impuesto debe cobrarse en proporción al capital que aporten los particulares, y al haberse acreditado que el capital suscrito en su totalidad es de personas particulares, es sobre ese monto sobre el cual se debía efectuar la liquidación, tal como lo realizó la entidad demandada.

De conformidad con lo anterior, al haberse evidenciado que se configuró el hecho generador del impuesto de registro y que Ecopetrol ostenta la calidad de sujeto pasivo del mismo, permite concluir a la Sala que el pago efectuado por concepto del impuesto de registro, que fue solicitado en devolución por la sociedad actora y que motivó la expedición de los actos acusados, no constituye un pago de lo no debido, en razón a que el pago realizado si tiene causa legal definida en los artículos 226, 227, 228 y 229 de la Ley 223 de 1995, así como en el Decreto Reglamentario 650 de 1996 y el artículo 153 de la Ley 488 de 1998, por lo que lo procedente es negar las pretensiones de la demanda. (...)

Sentencia de 18 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. 250002337000201400320-00, M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DECLARACIONES DE IVA – Término de firmeza – Término para corregir las declaraciones tributarias de manera voluntaria – Para que los contribuyentes puedan enmendar los errores cometidos en las declaraciones privadas pueden realizar correcciones dentro de 1 o 2 años siguientes al vencimiento del término para declarar, según la finalidad de la corrección – El procedimiento especial establecido en el artículo 43 de la Ley 462 de 2005 para la corrección de omisiones o errores de imputación de saldo a favor se sujeta al procedimiento establecido en el artículo 589 del Estatuto Tributario

Problema Jurídico: *Establecer: ¿(i) si los actos demandados incurren en desconocimiento e indebida interpretación de la normatividad aplicable, y por ende en falsa motivación, (ii) si vulneran el debido proceso y el principio de seguridad jurídica, y (iii) si es predicable la configuración de enriquecimiento sin causa por parte de Administración?*

Extracto: “(...) El término de firmeza de las declaraciones de IVA (...)”

Conforme la norma en cita (Artículo 714 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), las declaraciones tributarias adquieren firmeza 2 años después del vencimiento del término para declarar, si la Administración tributaria no ha expedido requerimiento especial, y si la declaración tributaria se presentó de forma extemporánea, el término se contabiliza a partir de la fecha de su presentación; de tal forma que una vez transcurrido el término de firmeza la liquidación privada se torna inmodificable para la Administración y para el contribuyente.(...)

Conforme la jurisprudencia transcrita (Sentencia del 19 de mayo de 2016, Sección Cuarta, H. Consejo de Estado, exp. 2013-00675-01 (21185). Nota de relatoría), el término de firmeza de las declaraciones de IVA es de 2 años, contados a partir de la fecha del vencimiento del término para declarar el impuesto de renta del mismo año gravable. (...)

De las normas transcritas (Artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría) se advierte que los contribuyentes, responsables o agentes retenedores podrán corregir sus declaraciones tributarias; debiendo precisarse que dichas correcciones pueden aumentar el impuesto a cargo y disminuir el saldo a favor, o disminuir el impuesto a pagar o aumentar el saldo a favor, y en ambos casos la contabilización de los términos se inicia a partir de la fecha de vencimiento del plazo para declarar, de tal forma que si la corrección tiene como fin aumentar el impuesto a pagar, el término es de 2 años y si es para disminuirlo o aumentar el saldo a favor es de 1 año, frente a esta última corrección la Administración debe proferir liquidación oficial de corrección dentro de los 6 meses siguientes a la presentación de la solicitud en debida forma, de tal manera que no se haga el proyecto de corrección sustituirá la declaración inicial. Es decir, la corrección de la declaración, implica la presentación de la solicitud dentro del año siguiente al vencimiento del término para declarar, anexando con ella proyecto de corrección.

Se debe precisar, que en el caso del término de corrección sucede igual que el término de firmeza para las declaraciones tributarias privadas, y es que una vez transcurrido no se podrán solicitar más correcciones, así como tampoco se entiende que los términos se reanudan o corren nuevamente dependiendo del sentido de la corrección solicitada, es decir, si la primera corrección a la declaración inicial es aumentando el impuesto a pagar y luego se hace corrección disminuyendo el impuesto a pagar, los términos no se contabilizarán nuevamente, de la misma manera la norma no plantea un límite de correcciones lo que posibilita al contribuyente presentar varias correcciones, siempre y cuando se hagan dentro del término señalado. (...)

Conforme los precedentes jurisprudenciales citados y los artículos 588 y 589 del E.T., para que los contribuyentes puedan enmendar los errores cometidos en las declaraciones privadas pueden realizar correcciones dentro de 1 o 2 años siguientes al vencimiento del término para declarar, según la finalidad de la corrección (disminuir o aumentar el monto a pagar), términos que encuentran como límite dos escenarios: (i) el vencimiento del plazo para corregir, que implica no tener como válidas las correcciones posteriores; y (ii) el término de firmeza de las declaraciones privadas, que al operar torna en inmodificable la declaración para la administración y el contribuyente; por lo que, en sentido lógico, las correcciones o solicitudes presentadas con posterioridad al término de firmeza no surten ningún efecto legal, pues de acuerdo a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el artículo 714 del E.T no condicionó el término de firmeza a los términos de corrección o solicitud de corrección. (...)

Conforme la jurisprudencia en cita (Sentencia del 5 de diciembre de 2011 del Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente No. 11001-03-27-000-2009-00011-00(17545). Nota de relatoría) la ley tributaria establece un procedimiento para corregir los errores cometidos en las declaraciones tributarias con el objeto de liquidar un menor impuesto a cargo o en mayor saldo a favor, sin que el término para ello sea indefinido, sino que como lo señala el artículo 589 del E.T. debe surtirse dentro del año siguiente al vencimiento del plazo para presentar la declaración; por lo tanto, siguiendo la tesis de la Alta Corporación, dicha norma debe ser aplicada de forma armónica con el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, por cuanto en el caso de la corrección prevista en dicha norma se tiende a disminuir el valor a pagar o aumentar el saldo a favor con la corrección de la imputación del saldo a favor.

Por lo tanto, siguiendo el derrotero de la sentencia transcrita, contrario a lo afirmado en la demanda, el procedimiento especial establecido en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 para la corrección de omisiones o errores de imputación de saldos a favor se sujeta al procedimiento establecido en el artículo 589 del E.T., en el entendido que la solicitud de corrección se debe presentar, conforme la norma referida, dentro del año siguiente al vencimiento del término para presentar la declaración en la cual se pretenda imputar el saldo a favor, o dentro del año siguiente a su corrección. (...)

Se debe precisar que, tal como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia transcrita, la expresión el cualquier tiempo descrita en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 no puede interpretarse en el sentido indefinido, por lo tanto, al establecer límites la Administración Tributaria a través de los Conceptos Nos. 059295 del 14 de julio de 2006 y 039724 del 29 de mayo de 2007, los cuales son sustento de los actos demandados, ratificó el procedimiento establecido en una disposición legal, cuya aplicación constituye una garantía para el administrado y supone la obligación de cumplir la norma que la establece; debiendo precisarse que la intención de la Ley 962 de 2005 no fue modificar la obligación sustancial del contribuyente, por lo tanto, se reitera que para la corrección de las declaraciones tributarias que disminuyen el valor a pagar o que aumenten el saldo a favor del contribuyente, existen las normas especiales que regulan dicho procedimiento; las cuales deben aplicarse dentro de términos precisos establecidos en la ley, aplicados en la misma forma tanto como para el contribuyente como para la Administración.

Conforme lo expuesto, la solicitud de corrección presentada por la sociedad actora fue extemporánea, por cuanto, la corrección descrita en el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, como en el presente caso, está condicionada a que se realice dentro del término establecido en el artículo 589 del Estatuto Tributario, es decir, dentro del año siguiente al vencimiento del término para presentar la declaración en que se pretende imputar el saldo a favor, o dentro del año siguiente a su corrección, situación que no aconteció en el presente caso, sin que ello constituya vulneración al debido proceso o al principio de seguridad jurídica y mucho menos enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración. (...)

Sentencia de 04 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. 250002337000201400507-00, M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA TRIBUTARIA – Idoneidad – Oportunidad para allegar pruebas – Presunción de veracidad – Prueba testimonial – Indicios en contra del contribuyente / SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN – Requisitos que debe cumplir el contribuyente para la configuración de la sanción reducida

Problema jurídico: *Establecer: ¿(i) si hubo una adecuada valoración de las pruebas allegadas en vía administrativa y hallazgos sustento de los actos; (ii) si fueron expedidos con desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso; (iii) si era procedente la adición de ingresos liquidados en los actos acusados por concepto de cotizaciones, recibos de caja, facturas y presunción de ingresos por omisión de registros de compras, y el desconocimiento, entre otras deducciones, de pasivos, costos de venta, gastos operacionales de administración, gastos operacionales de venta y retenciones, y en esa medida si los actos fueron debidamente motivados, (iv) y si era procedente la sanción por no enviar información y si respecto de la misma el acto estuvo debidamente motivado; (v) si era procedente la sanción por inexactitud impuesta en los actos acusados?*

Extracto: “(...) El Consejo de Estado en cuanto a la carga de la prueba en materia tributaria, sostuvo: “(...) en ejercicio de la facultad de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico, la carga probatoria se invierte automáticamente a cargo del contribuyente en dos eventos: cuando la DIAN solicita una comprobación especial o cuando la ley exige tal comprobación (...)”. Es decir, la demandante tenía la obligación de aportar las pruebas que desvirtuaran la existencia de los ingresos que sustentaron la adición de ingresos brutos operacionales. Sin embargo, se reitera, no existió esfuerzo probatorio del demandante.

Conforme lo expuesto, no milita prueba a proceso aportada por la demandante que desvirtúe los valores determinados por la DIAN como adición de ingresos, por lo tanto, como quiera que la contribuyente, teniendo la carga probatoria, no demostró la improcedencia de las glosas efectuadas, resultaba procedente conforme las pruebas recaudadas por la Administración, incrementar los ingresos de la contribuyente por concepto de recibos de caja y facturas no contabilizadas; debiendo precisarse que en este caso la contabilidad de la demandante no constituye plena prueba de conformidad con el artículo 774 del E.T., pues fue desvirtuada por la Administración; máxime cuando la misma parte actora reconoció las inconsistencias de sus registros contables, sin que hubiere acreditado que los ajustes contables que indica realizó implicarán las sumas que fueron adicionadas por la entidad demandada; sin que únicamente los testimonios recepcionados hayan despojado a los asientos contables de la eficacia probatoria que la ley le ha otorgado cuando se llevan en debida forma (art. 772 E.T.), circunstancia que no ocurre en el presente caso, en primera medida porque la contabilidad de la demandante no se llevó en debida forma, y porque la determinación de adición de ingresos también se fundamentó en pruebas documentales. (...)

(...) Para la Sala si es procedente que las partes alleguen en vía judicial pruebas diferentes a las recaudadas en vía administrativa, tendientes a desvirtuar la legalidad de los actos demandados, por lo tanto, serán valoradas en esta instancia, pues de lo contrario se le limitaría a la demandante el derecho a probar los argumentos que sustentan la nulidad invocada, y ello haría inocua esta etapa, (...)

Conforme la jurisprudencia en cita (Sentencia del 28 de junio de 2016 del Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia (E), expediente No. 68001233100020000285201. Nota de relatoría), y lo expuesto en precedencia, en virtud del artículo 684 del E.T. la autoridad tributaria, puede exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documento contables, siempre que estén obligados a llevar contabilidad debidamente registrada y ordenar la exhibición de los mismos, y su desatención, conforme el artículo 781 ibídem, implica que no puedan ser invocados posteriormente en su favor, que tal hecho se tenga como un indicio en su contra, y que se desconozcan los costos, deducciones, pasivos y descuentos registrados en la correspondiente declaración tributaria; salvo que se acredite una causa justificativa de fuerza mayor o caso fortuito.(...)

Por lo tanto, la no presentación de los soportes contables de las deducciones pretendidas en el momento en que fueron exigidos, tal como fuere indicado en los actos acusados, configuró un indicio en contra de la sociedad actora, circunstancia que no se enerva con la presentación extemporánea de los mismos con la respuesta al requerimiento especial, documentos que conforme la Administración no corresponde a lo que fue solicitado, por cuanto tal como lo prevé el artículo 781 del E.T., la no presentación de los libros y soportes contables cuando fueron solicitados por la Administración, no pueden posteriormente invocarse a favor del contribuyente, por lo que no era procedente su valoración en vía administrativa, ni ahora en vía judicial, pues ello sería desconocer el precepto legal; máxime cuando el artículo 651 del E.T. prevé como sanción por no presentación o presentación extemporánea de información tributaria el desconocimiento de los costos, rentas exentas, deducciones, descuentos, pasivos, impuestos descontables y retenciones, cuando la información solicitada se refiera a estos conceptos, y en el presente caso, la Administración impuso la referida sanción por lo que no es dable valorar documentos que no fueron aportados en su oportunidad, pues ello, también desnaturalizaría la sanción de que trata el referido artículo 651.(...)

Conforme el artículo 651 del E.T., los contribuyentes que no suministren la información obligada a reportar, lo hagan de manera extemporánea o con errores, serán acreedores de una sanción de hasta 15.000 UVT, fijada hasta por el 5% de los valores contenidos en la información dejada de entregar, entregada extemporáneamente o con errores; debiendo precisarse que la sanción que se imponga se reducirá en un 10% si el hecho irregular es subsanado, esto es, si se allega la información completa antes de la notificación de la sanción. (...)

Con relación a la solicitud de reducción de la sanción al 10%, descrita en el artículo 651 del E.T., para su configuración el contribuyente debe acreditar el cumplimiento de tres (3) requisitos:

(...) Aceptar mediante memorial la sanción reducida

(...) Acreditar de manera fidedigna el haber subsanado y por ende dado cumplimiento a la obligación omitida.

(...) Acreditar el pago o acuerdo de pago del monto de la sanción. (...)

Sentencia de 17 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201301311-00](#), M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IMPUESTO AL PATRIMONIO – Hecho generador – Causación – Base gravable – Tarifa – Control y sanciones – El patrimonio líquido base del impuesto al patrimonio corresponde al patrimonio bruto del año inmediatamente anterior, menos las deudas vigentes al último día de dicha vigencia, independientemente que el impuesto se cause el 1° de enero de 2011 – El valor patrimonial neto de las acciones susceptibles de ser retraible del patrimonio líquido base del impuesto al patrimonio es el valor nominal de la acción con su valorización

Problema jurídico: Establecer: ¿(i) si los actos demandados fueron expedidos con desconocimiento de la normatividad y jurisprudencia aplicable; (ii) si incurren en indebida aplicación de los artículos 292-1 y 298-5 del E.T., y en falsa motivación; (iii) cuándo se causa el impuesto al patrimonio para el año gravable 2011, cuál es la base gravable, y si ésta puede ser diferente al patrimonio líquido de la declaración del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2010; (iv) si es procedente el desconocimiento de la exclusión de la reversión del superávit por método de participación por valor de \$9.813'571.700 de la base gravable del impuesto al patrimonio por el año 2011; (v) si es procedente el desconocimiento de la exclusión de las valorizaciones por concepto de acciones, terrenos, edificaciones, maquinaria y equipo de la base gravable del impuesto al patrimonio por el año 2011; (vi) si es procedente la sanción por inexactitud?

Extracto: “(...) De conformidad con lo anterior (Transcripción de los artículos 1 a 8 de la Ley 1370 de 2009. Nota de relatoría) se observa que el impuesto al patrimonio se encuentra a cargo de las personas jurídicas, naturales y sociedades de hecho contribuyentes del impuesto de renta, caso en el cual a efectos de determinar la base gravable del tributo para el año fiscal 2011 debe acudirse a lo previsto en el artículo 295-1 del Estatuto Tributario citado en precedencia.

Por consiguiente, para determinar el patrimonio líquido debe atenderse las normas previstas en el Título II “Patrimonio” del Libro I “Impuesto de renta y complementarios” del ET, (...)

De las normas citadas se concluye (Artículos 261 y 283 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), contrario a lo indicado en la demanda, que por remisión que hiciera al artículo 295-1 del ET, el patrimonio líquido para el caso del impuesto al patrimonio es igual al patrimonio bruto (constituido por el total de bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente el último día del año gravable) menos las deudas a cargo de este, vigentes en esa misma fecha. (...)

Conforme las jurisprudencias en cita (Sentencia del 21 de agosto de 2014 del Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 25000-23-27-000-2010-00097-01(18884). Nota de relatoría), y contrario a lo indicado en la demanda, el patrimonio líquido base del impuesto al patrimonio se debe determinar conforme lo establece el Título II del Libro I del E.T., es decir, corresponde al patrimonio bruto del año inmediatamente anterior, menos las deudas vigentes al último día de dicha vigencia, independientemente que el impuesto se cause el 1° de enero de 2011. (...)

Del régimen jurídico aplicable al caso concreto y de los antecedentes, la Sala concluye que el legislador estableció la base gravable del impuesto al patrimonio, para lo cual se debe tomar el valor del patrimonio líquido declarado en renta, esto es, el patrimonio bruto del contribuyente en el último día del año menos las deudas a cargo en ese mismo día. De este modo, se dispuso que el patrimonio líquido incluido en la declaración de renta, en este caso de 2010, debe coincidir con la declarada en el impuesto al patrimonio. (...)

(...) Ha de indicarse que la valorización constituye un valor intrínseco superior al valor nominal de la acción que representa para el accionista una mera expectativa realizable al momento de la enajenación de la acción; por lo tanto, para la Sala el valor patrimonial neto de las acciones susceptible de ser detraible del patrimonio líquido base del impuesto al patrimonio es el valor nominal de la acción con su valorización. (...)

(...) Contrario a lo afirmado por la parte actora, la Administración sí efectuó una valoración de los documentos allegados para demostrar la realidad económica de los valores reportados por concepto de valorizaciones de acciones, pero los mismos no fueron prueba suficiente para establecer el valor real de las inversiones y el sistema especial de valoración, conforme lo prevé el artículo 272 del Estatuto Tributario. (...)

Sentencia de 20 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201501544-00](#), M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y/O PAGOS DE LO NO DEBIDO – Deberá presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil – El término es diferente para solicitud de devolución de saldos a favor originados en declaraciones tributarias / PROCEDENCIA DE LA CORRECCIÓN DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS COMO EXIGENCIA PARA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO – Se debe revisar si el pago en exceso proviene o no de un error del contribuyente al momento de liquidar su declaración

Problema jurídico: *Establecer ¿cuál es el procedimiento aplicable para la solicitud de devolución del pago en exceso y/o de lo no debido pedido por la parte actora, en cuanto a sus declaraciones de ICA de los bimestres 3 de 2008 a 2 de 2012, así como el término que tenía para presentar la solicitud de pago en exceso y/o de lo no debido. Teniendo claro lo anterior, verificar si la demandante cumplió con los presupuestos establecidos en la ley para la solicitud de los dineros que a su juicio constituyeron pago en exceso o de lo no debido, de encontrarse cierto entrar a analizar la procedencia de declarar la nulidad de los actos demandados, y el del restablecimiento del derecho solicitado con la demanda?*

Extracto: “(...) De conformidad con lo anterior (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Sentencia del 13 julio de 2017, exp. 25000-23-37-000-2014-00317-00, M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montañó y Sentencia del 18 de febrero de 2016. Expediente No. 2014-00992. Magistrada Ponente: Dra. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda. Nota de relatoría), es claro que la devolución de un pago en exceso se genera cuando se paga más de lo que la ley exige, y, por el contrario, el pago de lo no debido se presenta cuando se paga algo que la ley no exige, es decir, cuando no hay un sustento legal para dicho pago. Así mismo, debe precisarse que de conformidad con la normativa tributaria, el resultado que se obtiene producto de una operación matemática entre los débitos y créditos registrados en una declaración privada se denomina saldo a favor, es decir, es lo que se conoce como un saldo determinado en una declaración tributaria por efecto de la depuración del impuesto a cargo.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento determinado para solicitar la devolución del pago en exceso y del pago de lo no debido, se tiene que es el mismo en ambos casos, y se encuentra establecido en el artículo 850 del Estatuto Tributario, entendiéndose, a su vez, que el término para solicitar la devolución o compensación de éstos es el previsto para la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva establecida en los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, tal como lo disponen los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, (...)

(...) Es decir, dentro de los cinco (5) años siguientes a la presentación del pago.(...)

Así mismo, es preciso resaltar que el legislador determinó en los artículos 11 y 21 el Decreto 1000 de 1997 que a las solicitudes de devolución de pagos en exceso o de lo no debido, cuyo procedimiento es el mismo de las devoluciones de saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias, no se le debe aplicar el término de dos (2) años que la ley tributaria especial señala para éstas, sino la norma general de prescripción de la acción ejecutiva establecida por los artículos 2536 y 2537 del Código Civil, es decir cinco (5) años. (...)

De acuerdo con lo antes expuesto (Sentencia del Consejo de Estado Sección 4ª del 12 de noviembre de 2004 EXP 11604 C.P. DR. Juan Carlos Palacios Hincapié. Nota de relatoría), es claro que en los casos de solicitudes de pagos en exceso o de lo no debido, la situación jurídica consolidada se presenta con el transcurso del tiempo establecido en el código civil (artículo 2536). Lo anterior difiere con respecto a la devolución de saldos a favor originados en declaraciones tributarias, donde la situación jurídica consolidada se presenta cuando por el paso de tiempo (2 años) queda en firme dicha declaración, sin que el contribuyente haya solicitado la devolución del saldo al que tenía derecho.(...)

De conformidad con lo anterior (Transcripción de los artículos 19 del Decreto 807 de 1993 y 589 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), es claro que el legislador desarrolló dos tipos de procedimientos distintos para las correcciones de declaraciones tributarias, así: (i) cuando se determinen un mayor valor a pagar o un menor saldo a favor, el contribuyente deberá presentar una nueva declaración diligenciándola en forma total y completa, y liquidando la correspondiente sanción por corrección, sin que le sea afectado el tiempo de firmeza de la misma, y (ii) si se establece un menor saldo a pagar o un mayor saldo a favor, el contribuyente debe elevar una solicitud ante la Administración, para que ésta, dentro de los 6 meses siguientes, practique una liquidación oficial de corrección que remplace a la inicial, caso particular en el que se amplía el término de firmeza, para que la Administración pueda ejercer su facultad de revisión. (...)

(...) Se debe dilucidar cuándo se le debe exigir al contribuyente la corrección de su declaración en materia de pago en exceso, para lo cual se debe revisar si el mismo proviene o no de un error del contribuyente al momento de liquidar su declaración, o, por el contrario, se originó en la Administración, y si con dicha circunstancia se genera un menor saldo a pagar o un mayor saldo a favor que perjudique los intereses del Estado. (...)

(...) El hecho que la Administración Tributaria le requiriera al contribuyente la presentación de la corrección de sus declaraciones, como requisito previo para acceder a la devolución del pago en exceso, no es una carga desproporcionada, en la medida que éste se generó por un error del contribuyente, pues es claro que él podía controlar los tiempos para hacer la corrección, ya que fue el mismo quien liquidó y presentó las declaraciones iniciales.

Es así como, para esta Sala de Decisión, la solicitud efectuada por la demandante corresponde a la devolución de un pago en exceso, que al haber sido causado por error del contribuyente, de conformidad con las normas expuestas anteriormente, así como la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y la de esta misma Corporación, implicaba que era necesario efectuar la corrección de las declaraciones de la cual devenía el pago en exceso para acceder a la solicitud de devolución, y, revisado el expediente, no se encontró prueba alguna que permita acreditar que la demandante corrigió las declaraciones de los bimestres 3 de 2008 a 2 de 2012, máxime teniendo en cuenta que de la demanda y el escrito de apelación se desprende que no cumplió con dicha carga procesal, y al no haber efectuado tal corrección, las declaraciones iniciales quedaron en firme y, por ende, la Administración no podía determinar si la sociedad demandante tenía derecho a la devolución solicitada, por lo tanto, al no haberse efectuado tal corrección la demandada no podía determinar si la demandante tenía derecho a la devolución. (...)

Sentencia de 30 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [110013337044201400213-01](#), M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN POR CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Elementos – La DIAN es la autoridad competente para administrar las contribuciones de obra pública, en aquellos eventos en los que los contratos sean suscritos por entidades públicas del orden Nacional – La obligación de pago surge a partir del momento del anticipo de los pagos subsiguientes realizados a favor del contratista – Prescripción – La suscripción de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales no genera el pago de la contribución de obra pública

Problema jurídico: *Determinar ¿si la entidad demandada vulneró el debido proceso que gobierna las actuaciones administrativas, para lo cual se analizará si los actos demandados: (i) fueron proferidos sin competencia funcional y temporal, (ii) adolecen de falta de motivación, y (iii) fueron proferidos conforme al régimen legal aplicable y los derechos al debido proceso y defensa. Verificar si los contratos celebrados por la sociedad demandante objeto de fiscalización, están sujetos a la contribución especial de que trata la Ley 1106 de 2006, lo cual conllevará a analizar si ECOPETROL S.A. es sujeto pasivo de la contribución especial por obra pública, con fundamento en los contratos que suscribió (con los diferentes contratistas descritos en cada uno de los contratos) durante el año 2010, para el desarrollo de actividades relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos?*

Extracto: “(...) La norma en cita (Artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. Nota de relatoría) permite determinar con claridad los elementos de la contribución especial como tributo, así:

(...) El sujeto activo es la Nación, el Departamento o Municipio, y se determina de acuerdo al nivel de la entidad de derecho público que celebre el contrato;

(...) Asimismo se encuentra que el sujeto pasivo lo constituye toda persona natural o jurídica que suscriba contratos de obra pública con las referidas entidades de derecho público;

(...) Además, se observa que se incurre en el hecho generador con la suscripción de contratos de obra pública y de concesión, así como con la adición del valor de los contratos existentes con entidades de derecho público;

(...) La base gravable se obtiene del valor del correspondiente contrato o de la respectiva adición;

(...) Finalmente, la tarifa es el cinco (5%) del valor del contrato o la adición o el 2.5 por mil de la suma total del recaudo bruto que generado en el caso de las concesiones. (...)

(...) Conforme al artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, el hecho generador de la precitada contribución es la suscripción de contratos de obra pública por parte de entidades públicas, sin embargo, la obligación de pago surge a partir del momento del anticipo y de los pagos subsiguientes realizados a favor del contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 418 de 1997, norma que fue prorrogada por el artículo 1° de la referida ley 1106. Por tal motivo, la obligación de pago de la contribución es exigible al momento de cada pago efectuado al contratista, según el mecanismo de recaudo de la misma contenida en el artículo 121 de la Ley 418 de 1997.(...)

De la citada normativa (Artículos 2535 y 2536 del Código Civil. Nota de relatoría) se desprende que le corresponde a la Administración Tributaria expedir y notificar los actos de determinación de la contribución, dentro de los 5 años siguientes, contados desde el momento de cada pago efectuado, so pena de que opere la prescripción de la obligación. (...)

Así, teniendo en cuenta que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 prescribe una excepción, consistente en que los contratos relacionados con la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables, tales como los hidrocarburos y los minerales, se regirán por sus disposiciones especiales aplicables y como quiera que la DIAN a través de los conceptos Nos. 063832 de 2008 y 048027 de agosto de 2014 precisó que «los contratos de explotación y exploración de recursos naturales tanto en su definición como en su tratamiento legal, son diametralmente diferentes a los contratos de obra estipulados en el artículo 32, luego es preciso colegir que la suscripción de los precitados negocios jurídicos no generan el pago de la Contribución de obra pública», para la Sala es claro que los contratos cuyo objeto es la ejecución de actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos y minerales no se encuentran sujetos al pago de este tributo, toda vez que no se enmarcan dentro de la definición de contrato de obra establecido en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En virtud de tales argumentos, es claro que en los actos administrativos demandados, descritos en los numerales 2, 3 y 4 del citado cuadro, la DIAN concluyó que ECOPETROL S.A. era sujeto pasivo del referido tributo, sin embargo, desconoció que el hecho generador de la contribución especial no se configuró, como se desprende de los contratos aportados como pruebas y atrás analizados, en los cuales se evidencia que éstos, por su objeto contractual, corresponden a actividades directamente relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos, las cuales se encuentran exceptuadas de la contribución especial, razón por la cual la Sala declarará la nulidad de las resoluciones demandadas y a título de restablecimiento del derecho decretará que la sociedad actora no adeuda suma alguna en relación con los actos anulados. (...)

Sentencia de 22 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201601884-00](#), M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ha de dirigir contra los actos jurídicos que deciden de fondo la actuación administrativa / DE LA CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL CONTENIDA EN LA LEY 21 DE 1982 PARA EL CASO DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES – Aportes que recauda el Ministerio de Educación Nacional

Problema jurídico: *Determinar, ¿a) si la Resolución No. 7920 del 29 de mayo de 2014, es un acto administrativo susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contenciosa; b) si puede ser considerado un acto ejecutable; y c) si la Resolución 7920 de 2014 puede ser considerada como una liquidación oficial de aforo, a la cual se le pueda aplicar la prescripción contenida en el artículo 717 E.T. (...) En consecuencia de lo anterior, establecer si la obligación contenida en la Resolución No. 7920 del 29 de mayo de 2014, está debidamente liquidada conforme lo dispone la Ley 21 de 1982?*

Extracto: “(...) Del control judicial en los actos administrativos (...)

(...) El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ha de dirigir contra los actos jurídicos que deciden de fondo la actuación administrativa, que son los auténticos actos administrativos, y no contra actos de simple trámite, preparatorios o de impulso de un procedimiento, ni contra actos de mera ejecución de procedimientos concluidos. Los actos de trámite generalmente anteceden la decisión definitiva de la administración, en el sentido de que son instrumentos necesarios para la formación y expedición del acto administrativo principal, pero no deciden o definen nada de fondo. (...)

(...) De la contribución parafiscal contenida en la Ley 21 de 1982, para el caso de las Asambleas Departamentales (...)

Así las cosas, los aportes contenidos en el artículo 11 de la Ley 21 de 1982 son una contribución parafiscal obligatoria, impuesta con base en la facultad impositiva del Estado, que se encuentran sometidas al principio de legalidad y tienen una naturaleza excepcional, por cuanto sólo afecta al grupo de personas, entidades e instituciones que legalmente deben efectuar los aportes – art. 7º y 8º ibídem-, los cuales, se recolectan con destinación específica y su recaudo es respecto del 6% del total del pago que por concepto de nómina realizan estos obligados.

Por último, en cuanto a los aportes que el Ministerio de Educación Nacional recauda, se tiene que dicha función está contenida en el artículo 16 ib., por lo que le es dable exigir el cumplimiento del 1% sobre la base del total que cada obligado incurra respecto del pago de la nómina de sus trabajadores o en este caso, empleados. (...)

En conclusión, la Resolución No. 7920 del 29 de mayo de 2014 si bien es un acto administrativo susceptible de ser demandado y ejecutable, él mismo no reúne las características de título, además de que, el contenido de la decisión no está motivada como lo requiere el artículo 42 de la ley 1437 de 2011, por lo que se constituye así, un escenario con el cual la obligación allí contenida en esta oportunidad no pueda ser ejecutable. En síntesis, las pretensiones de la demanda si están llamadas a prosperar, pero con ocasión a que los elementos necesarios para formación del acto acusado son ausentes en este asunto. (...)

Sentencia de 04 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [110013331040201500086-01](#), M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN IMPROCEDENTE – Aunque la sanción por inexactitud hace parte del dinero que debe restituirse, lo cierto es que esta no puede incluirse dentro de la base para liquidar la sanción por devolución impropia / SANCIÓN POR CORRECCIÓN E INTERESES – Valor que se debe tomar para la liquidación – Fecha desde la que se deben calcular los intereses moratorios

Problema jurídico: Resolver: ¿1) Si los actos administrativos demandados infringieron las normas en que debieron fundarse o fueron falsamente motivados y, por lo tanto, si hubo un pago en exceso en relación con el impuesto de renta de la sociedad por el año gravable de 2008, para lo cual se debe establecer: a) Si la sanción por corrección forma parte del mayor valor a reintegrar y, por lo tanto, hace parte de la base para el cálculo de los intereses moratorios a favor de la administración; b) Si la fecha a partir de la cual se deben cobrar los intereses moratorios corre a partir del vencimiento del término para presentar las declaraciones que fueron compensadas con el saldo a favor originalmente liquidado o a partir del acto administrativo que autorizó la compensación del saldo de 2008. 2) Si los actos administrativos demandados violaron el derecho de defensa y el debido proceso de la actora al no tener en cuenta los argumentos y pruebas presentados como fundamento de sus pretensiones de devolución?

Extracto: “(...) Base de liquidación de la sanción por devolución impropia. (Antes de reforma Ley 1819 de 2016)

La sanción por devolución impropia, corresponde, en estricto sentido, al incremento del 50% de los intereses moratorios, que se liquidan sobre el mayor valor de las sumas compensadas o devueltas en exceso.

Acá se debe distinguir que el monto a reintegrar corresponde a la suma que se devolvió o compensó de manera impropia y los intereses de mora, se liquidan sobre el mayor valor devuelto o compensado de manera impropia. (...)

A su vez debe armonizarse con el artículo 634 *ibidem*, según el cual, los intereses de mora se causan sobre los mayores valores de impuestos determinados por la Dian en los actos oficiales, para lo cual, el Consejo de Estado indicó que, como el citado artículo sólo prevé la liquidación y pago de intereses moratorios en el pago de impuestos, anticipos y retenciones a cargo del contribuyente, no deben liquidarse intereses de mora sobre la sanción por inexactitud, pues no lo previó así el artículo 670 *ibidem*.

De manera que, aunque la sanción por inexactitud hace parte del dinero que debe restituirse (valores devueltos y/o compensados impropia + sanción por inexactitud), lo cierto es que ésta no puede incluirse dentro de la base para liquidar la sanción por devolución impropia, porque no fue esa la intención del legislador.

Lo anterior no significa que el contribuyente no esté obligado al pago de la sanción por inexactitud, pues es claro que del saldo a su favor se deduce lo correspondiente a ésta, lo que implica es que para efectos de calcular los intereses moratorios, dicha sanción no se tenga en cuenta. (...)

(...) Pues la base para liquidar la sanción por corrección, resulta de una operación lógica que es, la diferencia entre el saldo a favor inicialmente registrado y el posteriormente corregido, resultado sobre el cual se debe aplicar el 10% dispuesto como sanción en el art. 644 E.T., el cual una vez culminado dicho proceso de liquidación, se obtiene el valor a reintegrar junto con la sanción por corrección, (...)

(...) El aludido valor que se debe tomar para liquidar la sanción por corrección y los intereses, es el total de la diferencia entre el primer saldo a favor registrado y el posteriormente corregido, (...)

(...) La fecha de exigibilidad del pago del impuesto como se ha venido expresando, es la que da inicio al cobro de intereses de mora hasta la fecha del pago efectivo del total del impuesto.

Entonces, en ese orden los intereses moratorios deben ser calculados desde la fecha del vencimiento que el contribuyente tenía para presentar la declaración de renta y complementarios del año gravable 2008, esto es 22 de octubre de 2009, hasta la fecha en que realizó el pago total de la obligación a cargo, (...)

Sentencia de 14 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201301299-00](#), M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONCILIACIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA TRIBUTARIA – Procedencia – Requisitos que debe cumplir el contribuyente para acceder a la conciliación / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación al debido proceso

Problema jurídico: Resolver ¿si el demandante cumplió el requisito contenido en el numeral 4º del artículo 3º del Decreto 699 de 2013, reglamentario del artículo 147 de la Ley 1607 de 2012, para acceder al beneficio de la conciliación establecido en esa norma, respecto del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2011, liquidado oficialmente en la Liquidación Ofici al de Revisión No. 322412012000035 del 24 de enero de 2012?

Extracto: “(...) De lo anterior (Transcripción de los artículos 147 de la Ley 1607 de 2012, y 3, 4, 5 del Decreto 699 de 2013 y providencia del Consejo de Estado del 15 de junio de 2017 proferida dentro del proceso N° 11001-03-27-000-2013-00015-00 (20067) . Nota de relatoría) se desprende que el artículo 147 de la Ley 1607 de 2012 estableció la conciliación contenciosa administrativa y facultó a la DIAN para realizar conciliaciones en procesos contenciosos administrativos en materia tributaria y aduanera, y para dicho efecto los contribuyentes que hubieren presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa antes de la entrada en vigencia de dicha ley, dentro de la cual no se hubiera proferido sentencia definitiva, podían solicitar a esa entidad, hasta el 31 de agosto del año 2013, la conciliación del valor total de las sanciones e intereses, según el caso, discutidos en procesos iniciados, entre otros, contra liquidaciones oficiales, siempre y cuando el contribuyente pagara o suscribiera acuerdo de pago por el 100% del impuesto o tributo aduanero en discusión.

Así mismo, se tiene que el artículo 3º del Decreto 699 de 2013 estableció que los contribuyentes, agentes de retención y responsables de los impuestos nacionales y los usuarios aduaneros, podrán solicitar a la U.A.E DIAN, la conciliación del valor total de las sanciones e intereses, con su actualización, discutidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: (Transcripción del artículo indicado en precedencia. Nota de relatoría) (...)

Quando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso (art. 29 C.P.) en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (art. 83 C.P.). (...)

(...) Se tiene que el numeral 4º del artículo 3º del Decreto 966 de 2013 (Decreto 699 de 2013. Nota de relatoría), dispone que se debe acreditar “el pago o acuerdo de pago de los valores a que haya lugar para que proceda la conciliación”, exigencia que hace referencia a que es imperioso demostrar que se realizó el pago de los valores que la Administración Tributaria indicó en el acto administrativo de determinación de la obligación tributaria, y no otros, pues no puede pretender que los contribuyentes efectúen pagos que ella misma no ha indicado que se deben realizar, so pena de vulnerar el principio de confianza legítima.(...)

(...) La Sala comparte los argumentos del *a quo* al considerar que la exigencia efectuada por la DIAN para aceptar la conciliación, relativa al pago de \$1.055.000, relacionados con el saldo a favor arrastrado a la declaración del año 2009, carece de fundamento jurídico y fáctico y excede lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley 1607 de 2012 y el artículo 3º del Decreto 699 de 2013. (...)

Sentencia de 20 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [110013337042201400263-01](#), M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO – Término – Interrupción y suspensión del término de prescripción – Forma de contabilizar el término de prescripción cuando se interpone demanda de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Problema jurídico: *Analizar ¿si operó el fenómeno de prescripción de la acción de cobro propuesta en contra del mandamiento de pago No. 900.031 del 21 de agosto de 2015 proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá?*

Extracto: “(...) Al tratarse de una declaración que se tiene por no presentada, el término de prescripción en el presente caso, debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo de determinación o discusión (#4 Art. 817 E.T.), es decir, en primer lugar desde la fecha de ejecutoria de la resolución sanción por no declarar nro. 900.002 del 6 de marzo de 2006 y confirmatoria la resolución nro. 900.003 del 14 de septiembre de 2006; así como de la Liquidación Oficial de Aforo (LOA) nro. 900.001 proferida el 27 de diciembre de 2007 y confirmada mediante resolución nro. 900.001 del 25 de febrero de 2009 en donde la Administración resolvió el recurso de reconsideración presentado contra la LOA, entonces, como quiera que se interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos anteriores ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Villavicencio, debe entenderse, que los actos soporte del mandamiento de pago solo quedaron ejecutoriados hasta tanto la demanda de nulidad se haya resuelto, cualquiera que fuera su decisión.(...)”

Si bien conforme al art. 817 ET #4 la fecha de ejecutoria de los respectivos actos– Resolución sanción y LOA-, determina la contabilización del término de cinco años de prescripción de la acción de cobro; también lo es que, la interposición de demanda de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo constituye excepción posible de invocarse contra el mandamiento de pago a la luz del numeral 5 del Art. 831 ET, evento en el cual de haberse iniciado proceso de cobro coactivo a través del mandamiento de pago, una vez se invoque y acredite la admisión de la demanda el funcionario competente deberá declarar probada la excepción y dar por terminado el proceso, en espera de las resultas del proceso instaurado contra el título ejecutivo y a partir de su ejecutoria contabilizar el término de prescripción de la acción de cobro; en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del art. 829 ET.(...)”

Sentencia de 27 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [110013337039201600125-01](#), M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INSPECCIÓN TRIBUTARIA E INSPECCIÓN CONTABLE – Precisiones - A pesar que las inspecciones contable y tributaria persiguen el mismo fin, difieren en cuanto a su objeto / RENTA LIQUIDA – Es la renta gravable / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA DECLARACIÓN – Admite prueba en contrario / PROCEDENCIA DE COSTOS, DEDUCCIONES E IMPUESTOS DESCONTABLES – Se debe establecer la relación de causalidad y necesidad de los gastos con la actividad productiva de renta / ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS – Definición – Beneficio tributario / TITULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS (TIDIS) – Definición – Procedencia de deducción por pérdida de activos – Deducción por diferencia en cambio

Problema Jurídico: Establecer: ¿(i) si los actos demandados son nulos por violación al derecho al debido proceso de la sociedad contribuyente en el trámite del proceso de fiscalización y determinación del impuesto, (ii) si es procedente la modificación de las siguientes glosas en la declaración del impuesto sobre la renta del año 2009: A) adición de ingresos por valor de \$13.204.000, B) desconocimiento de gastos operacionales de Administración por \$21.840.000, C) Rechazo de la deducción en inversiones en activos fijos reales productivos por \$89.733.000 D) Rechazo de otras deducciones por \$3.694.751.000 y (iii) si es procedente la imposición de la sanción por inexactitud en cuantía de \$1.403.515.000.?

Extracto: “(...) Sobre la inspección tributaria y la inspección contable, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 7 de abril de 2016, precisó: (...)

Es preciso mencionar que el artículo 271 de la Ley 223 de 1995 exige que la inspección (Contable). (Nota de relatoría) se practique por contadores públicos, so–pena de la nulidad de la diligencia.

La Sala ha señalado que, a pesar de que las inspecciones contable y tributaria persiguen el mismo fin, difieren en cuanto a su objeto, pues la primera persigue un examen de fondo de la contabilidad del contribuyente para establecer si acredita los requisitos necesarios para ser tenida en cuenta en el procedimiento administrativo – lo que por demás es acorde con la exigencia referida en el párrafo anterior-, en tanto que la segunda pretende verificar o constatar la realidad de las declaraciones tributarias o para establecer la certeza de los hechos que se investigan. (...)

Por lo mismo, no toda verificación de la contabilidad del contribuyente corresponde a la práctica de una inspección contable que requiera la presencia de un contador público, pues, en la inspección tributaria, en la que cabe la práctica de cualquier medio de prueba legalmente aceptado, también es posible que la Administración examine los libros y documentos contables del contribuyente, sin que ello implique un examen detallado de la contabilidad. (...)

(...) la Sala precisa que la documentación recolectada desde cuando se dio apertura a la investigación fueron incorporadas al trámite administrativo con ocasión de los autos de verificación o cruce expedidos por la autoridad competente y en virtud de la amplia facultad de fiscalización establecida en los artículos 684 y 688 del E.T. (...)

En ese orden, la renta líquida gravable se determina por la suma de los ingresos ordinarios y extraordinarios y a estos se le restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo que se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. Y de la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. La renta líquida, salvo las excepciones legales, es la renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley. (...)

La Sala reitera que la presunción de legalidad de la declaración admite prueba en contrario, por lo que la Administración tributaria puede requerir al contribuyente para que demuestre como ciertos los hechos consignados en la declaración privada. De modo que al contribuyente le corresponde aportar las pruebas que acrediten la realidad de los hechos que sustentan su declaración.

(...)De acuerdo con la norma citada (Art. 158-3 del E.T. Nota de relatoría) se precisa que el legislador determinó un beneficio tributario a los contribuyentes del impuesto sobre la renta concerniente en la deducción del 40% del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos. (...)

Frente a la deducción por inversión en activos fijos, el Consejo de Estado en sentencia de 19 de mayo de 2016, expediente n.º 05001-23-31-000-2008-00457-01(20501), C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, señaló:

(...) 2.1.1. La Sala ha dicho que el propósito del legislador al establecer esta deducción “fue la adquisición de bienes tangibles que **participen de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente**, es decir, que el elemento determinante de la prerrogativa fiscal, es que el **activo fijo real se involucre directamente en el proceso productivo** para generar ingresos y ejercer efectos positivos en la producción y el empleo y así en tal definición deben ser tenidos en cuenta, por ser elementos sustanciales a la productividad, (...).(Negrilla fuera de texto). (...)

(...)Establecido lo anterior, conforme con la normatividad transcrita (Artículo 158-3 Estatuto Tributario. Nota de relatoría) y la jurisprudencia citada (Sentencia del C.E. del 19 de mayo de 2016 EXP N°05001-23-31-000-2008-00457-01 (20501) C.P. Dr. José Octavio Ramírez Ramírez. Nota de relatoría), se anota que para que opere la deducción especial del artículo 158-3 del E.T. se exigirá que la inversión se efectúe en la adquisición de bienes tangibles; que dichos bienes sean activos fijos; que una vez

SECCIÓN CUARTA

adquiridos los bienes formen parte del patrimonio del contribuyente; que participen en la actividad productiva de renta de manera directa y permanente y que los bienes puedan ser depreciados o amortizados fiscalmente.(...)

De la jurisprudencia citada (Consejo de Estado. Sentencia de 5 de junio de 2014. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expediente N° 25000-23-27-000-2005-01894-02, 25000-23-27-000-2006-91078-02, 25000-23-27-000-2006-01075-02. Nota de relatoría), se desprende que la enajenación de los TIDIS a un menor costo genera una pérdida que solo es deducible si se cumplen con los requisitos exigidos en el artículo 148 del E.T. (...)

De acuerdo con la jurisprudencia citada (Consejo de Estado. Sentencia de 11 de mayo de 2017. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Expediente n.º 250002337000-2012-00403-02 (20999).Nota de relatoría), para la procedencia de la deducción de que trata el artículo 148 del E.T. requiere que las pérdidas i) sufridas se presente durante el año o período gravable, ii) sobre bienes usados en el negocio o actividad productora de renta y (iii) ocurrida por fuerza mayor. (...)

Ahora bien, en cuanto a la diferencia en cambio es un ajuste que refleja la oscilación a la que se encuentra sometida una moneda frente a otra divisa, bien sea por devaluación o revaluación. (...).

Conforme la norma (Artículo 32-1 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría) y jurisprudencia citada (Sentencia C-056 de 2016. Nota de relatoría), se desprenden dos presupuestos i) tener activos valorados o expresados en moneda extranjera y ii) el contribuyente sujeto al sistema de causación tenga activos con las características mencionada en el último día del año o período gravable, debe hacer un ajuste por la diferencia en la tasa de cambio; es decir, debe reexpresar en la moneda funcional –el peso– el valor que tienen para ese momento los activos.

En efecto, si el peso colombiano se devalúa se requerirá de más unidades monetarias del peso para obtener una unidad de la divisa de referencia, por lo que la diferencia es positiva y el contribuyente deberá reflejarlo como un ingreso. Por el contrario, si el peso colombiano presenta una tendencia hacia la revaluación, de modo que se requiera de menos unidades monetarias del peso para cambiarlas por unidad de la divisa de referencia, entonces el ajuste no se traduce en un ingreso sino en un gasto. Y si la tasa de cambio no tiene diferencia, no hay lugar a hacer ajuste. (...)

Sentencia de 18 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201301567-00](#), M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEVOLUCIÓN DE SALDO A FAVOR – Cuando sobre la declaración que originó el saldo a favor exista requerimiento especial, la solicitud de devolución solo procederá las sumas que no fueron objeto de controversia o modificación – Rechazo provisional del saldo a favor

“(...) Problema Jurídico: Establecer: ¿(i) si la Resolución de Devolución y/o Compensación No. 6282-13399 de 28 de noviembre de 2012, es ilegal por falta de motivación, (ii) si procedía la devolución de la suma de \$2.221.323.000, por cuanto la sociedad cumplió con la totalidad de las obligaciones formales y sustanciales, y el saldo a favor proviene de las retenciones que le practicaron, (iii) si la Administración vulneró los artículos 857 y 857-1 del E.T. al no haber expedido un auto de improcedencia provisional, (iv) si se configura un enriquecimiento sin causa a favor del Estado por el rechazo de la devolución del saldo a favor, y (v) si procede el reconocimiento de intereses corrientes y moratorios sobre la suma no devuelta.? (...)

Extracto: “(...) Conforme las normas transcritas (Artículos 850 y 854 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), se anota que los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias, pueden solicitar su devolución y/o compensación en los dos años siguientes a la fecha de vencimiento del término para declarar. (...)

En ese contexto normativo (Artículos 857 y 857-1 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), se precisa que cuando sobre la declaración que originó el saldo a favor exista requerimiento especial, la solicitud de devolución solo procederá sobre las sumas que no fueron objeto de controversia o modificación. Frente a las sumas sobre las cuales se genere el requerimiento especial serán rechazadas provisionalmente, hasta tanto se resuelva sobre su procedencia, esto es, hasta que se defina en vía gubernativa y/o judicial sobre la procedencia del saldo a favor declarado. En este último caso, si se rechaza provisionalmente, no se requerirá de una nueva solicitud de devolución o compensación por parte del contribuyente, basta con el acto administrativo que decide sobre el saldo a favor o la sentencia judicial.(...)

En ese orden, la Sala advierte que el acto administrativo acusado resuelve de manera provisional la solicitud de devolución, pues como está previsto en el párrafo 2 del artículo 857 del E.T. en concordancia con el artículo 857-1 *ibidem*, cuando se profiera requerimiento especial procede el rechazo provisional de las sumas objeto de controversia, por lo que en aplicación de dicha norma, la Administración decidió rechazar provisionalmente la suma de \$2.221.323.000.

Aunado a lo anterior, si bien el acto administrativo acusado expresamente no afirma que corresponde un rechazo provisional, lo cierto es que la entidad demandada rechazó la petición de devolución una vez la investigación previa culminó con el requerimiento especial en el que se establece una disminución del saldo a favor, configurándose la causal establecida en el artículo 857 del E.T.

Así pues, es relevante indicar que la decisión definitiva sobre la procedencia de los saldos a favor y, su devolución, sólo puede tomarse una vez culmine el proceso de determinación del tributo y, se decida su legalidad por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo que solo en ese momento se cuenta con los elementos de juicio necesarios para determinar la procedencia del saldo a favor y para definir si hay lugar a su devolución. (...)

(...) La Sala reitera que la entidad demandada mediante el acto administrativo acusado establece de manera provisional el rechazo de la devolución del saldo a favor, por lo que contrario a lo manifestado por el demandante la resolución demandada fundamenta su decisión con base en un supuesto establecido en el artículo 857 del E.T.

En efecto, la decisión de la entidad demanda tiene su sustento en la causal de rechazo de que trata el párrafo 2º del artículo 857 *ibidem*, en cuanto permite a la Administración rechazar provisionalmente la devolución del saldo a favor una vez proferido el requerimiento especial que objetó o modificó el saldo a favor. (...)

Sentencia de 23 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201400406-00](#), M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO A LAS VENTAS DE LAS INSTITUCIONES ESTATALES U OFICIALES DE EDUCACIÓN SUPERIOR – Procedimiento – Programas de extensión – Uno de los requisitos para que proceda la devolución del IVA es que los bienes e insumos o servicios adquiridos por la institución sea para su uso exclusivo a luces de lo dispuesto en el literal b) artículo 4 del Decreto 2627 de 1993

Problema Jurídico: *Establecer ¿si es ilegal el rechazo de la solicitud de devolución del IVA por la suma de \$262.230.511, toda vez que (i) los bienes, insumos y servicios adquiridos por la Universidad son utilizados para el uso exclusivo de la universidad, y (ii) las facturas aportadas cumplen con los requisitos exigidos por la ley para la procedencia de la devolución del impuesto?*

Extracto: “(...) De la norma transcrita (Artículo 92 de la Ley 30 de 1992. Nota de relatoría) se desprende que, las instituciones cuyo objeto se relacione con la prestación del servicio de educación superior, no son responsables del impuesto al valor agregado y, por tal razón, les asiste el derecho a solicitar su devolución si incurren en su pago con ocasión de la adquisición de bienes, insumos y servicios mediante liquidaciones periódicas.(...)”

La Sala anota que el literal b del artículo 4 del Decreto 2627 de 1993 establece “Que en las facturas se encuentra discriminado el Impuesto a las Ventas y cumplen los demás requisitos legales”, de modo que, las facturas de venta deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 617 del E.T., (...)

En ese orden de ideas, contrario a lo manifestado por el demandante el literal h) del artículo 617 del E.T. sí es exigible para tener como válida una factura de venta pues dicha disposición normativa contempla de forma expresa que para efectos tributarios tal documento debe contener el nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura, por lo que no puede desconocerse dicha exigencia bajo el amparo de lo establecido en el artículo 771-2 del E.T., comoquiera que esta norma aplica única y exclusivamente en tratándose de la demostración de deducciones y costos en el impuesto sobre la renta y/o en el impuesto descontable en el impuesto sobre las ventas. (...)

Ahora bien, frente a la exigencia de que los bienes, insumos y servicios adquiridos sean para uso exclusivo de las Instituciones oficiales o estatales, el Consejo de Estado en sentencia de 26 de septiembre de 2007 consideró: (...)

(...) La exclusividad que advierte el reglamento debe entenderse en el sentido de que el beneficio no se extienda a personas diferentes a la institución pública, que es la titular, pues si el Estado deja de percibir un ingreso lo hace precisamente porque es un beneficio de una entidad pública de educación superior y no de una persona natural.

Así las cosas, el decreto reglamentario da una correcta interpretación del artículo 92 de la Ley 30 de 1992, pues, es incuestionable que los bienes, insumos y servicios, sobre los que procede la devolución del IVA pagado, los adquiere la institución oficial, para sí, y no para un tercero. (Subrayado fuera de texto). (...)

En ese contexto, la institución demandante (Universidad Nacional. Nota de relatoría) tiene entre otros fines prestar apoyo y asesoría al Estado en aspectos científicos, tecnológicos, técnicos, culturales y artísticos; contribuir mediante la cooperación al fomento e impulso del desarrollo productivo y empresarial del país; vincular las actividades académicas al estudio y solución de problemas sociales y económicos; y promover mediante la articulación de proyectos nacionales y regionales, el avance en los campos social, científico, tecnológico, artístico y filosófico del país.

De modo que, a la Universidad Nacional de Colombia le está permitido ejercer otras actividades que se encasillan en el ejercicio de asesorías, consultorías, interventorías y diseños mediante la celebración de contratos interadministrativos o convenios de cooperación con entidades privadas o públicas. (...)

Conforme a la jurisprudencia citada (Sentencia del C.E. del 6 de septiembre de 2017 C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez exp N°680012333000201300798 (20959). Nota de relatoría), la Sala anota que el beneficio tributario previsto en el artículo 92 de la Ley 30 de 1992, reglamentado por el artículo 4° del Decreto 2627 del 28 de diciembre de 1993, no distingue la actividad o fin misional, por el contrario, de forma amplia lo consagra para bienes, insumos y servicios adquiridos para el uso exclusivo de la respectiva Institución, dentro del fin educativo que consagra la ley. (...)

Verificadas las facturas relacionadas en el cuadro anterior, se advierte que los valores rechazados por la Administración corresponden a servicios adquiridos por la Universidad Nacional de Colombia en desarrollo de programas de extensión que benefician a la comunidad, de modo que son bienes y servicios adquiridos con la finalidad de cumplir el contrato suscrito con terceros.

En efecto, de los contratos suscritos por la Universidad Nacional de Colombia y los contratistas mencionados en el cuadro anterior, se encuentra que los bienes y servicios adquiridos son para cumplir con los compromisos pactados en virtud de los contratos o convenios, sin que implique el incumplimiento del requisito establecido en literal b. del artículo 4 del Decreto 2627 de 1993, toda vez que la universidad al ser la parte contratante, se compromete con el pago estipulado y los contratistas están prestando el servicio directamente a la entidad educativa, conforme lo ha precisado el Consejo de Estado.

Así las cosas y en aplicación del precedente judicial citado, se debe tener en cuenta que el beneficio tributario previsto en el artículo 92 de la Ley 30 de 1992, reglamentado por el artículo 4° del Decreto 2627 del 28 de diciembre de 1993, no distingue la actividad o fin misional, por el contrario, de forma amplia lo consagra para bienes, insumos y servicios adquiridos para el uso exclusivo de la respectiva Institución, dentro del fin educativo que consagra la ley.

Por lo tanto, para la Sala es procedente la devolución de las facturas que fueron rechazadas por la DIAN, en tanto que cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo 4 del Decreto 2627 de 1993. (...)

Sentencia de 08 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [250002337000201301459-00](#), M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEVOLUCIÓN DEL IVA PARA INSTITUCIONES ESTATALES U OFICIALES DE EDUCACIÓN SUPERIOR – Parámetros, Procedimientos y requisitos que se deben acreditar con el fin de obtener la devolución del IVA – Una de las exigencias para que proceda la devolución de IVA es que los bienes e insumos adquiridos sean para uso exclusivo de la Universidad – Contrato Interadministrativo o convenios de cooperación

Problema Jurídico: *Establecer: ¿1.1. Si los bienes y servicios adquiridos por la demandante en la suma de \$241.135.503, cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 2627 de 1993 para acceder a la devolución del IVA pagado por ese concepto, o si estos fueron destinados para terceros. 1.2. Si las facturas que soportan la compra de tales servicios se ajustan a los requisitos establecidos en el artículo 617 del E.T.?*

Extracto: “(...) De conformidad con la disposición normativa (Artículo 92 de la Ley 30 de 1992. Nota de relatoría), las instituciones cuyo objeto se relacione con la prestación del servicio de educación superior, no son sujetos pasivos del impuesto al valor agregado y, por tal razón, les asiste el derecho a solicitar su devolución si incurren en su pago con ocasión de la adquisición de bienes, insumos y servicios mediante liquidaciones periódicas. (...)

El Decreto 2627 de 1993 fijó los parámetros, procedimientos y requisitos que las instituciones estatales y oficiales de educación superior deben acreditar con el fin de obtener la devolución del IVA; en los aspectos no previstos se sujetara a lo señalado en el E.T.(...)

(...) Ante el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 4° del Decreto 2627 de 1993, junto con los previstos en el canon 617 del E.T., la Administración Tributaria podrá rechazar la solicitud de devolución del IVA pretendida por una entidad de educación superior.

Respecto a la exigencia de que los bienes e insumos adquiridos sean para uso exclusivo de la Universidad ha dicho el Consejo de Estado:

“En efecto, la exclusividad que advierte el reglamento debe entenderse en el sentido de que el beneficio no se extienda a personas diferentes a la institución pública, que es la titular, pues si el Estado deja de percibir un ingreso lo hace precisamente porque es un beneficio de una entidad pública de educación superior y no de una persona natural. Así las cosas, el decreto reglamentario da una correcta interpretación del artículo 92 de la Ley 30 de 1992, pues, es incuestionable que los bienes, insumos y servicios, sobre los que procede la devolución del IVA pagado, los adquiere la institución oficial, para sí, y no para un tercero”.

De manera que, los bienes, insumos y servicios sobre los que procede la devolución del IVA pagado, son aquellos que la institución oficial adquiere para sí, y no para un tercero. (...)

(...) La institución demandante (Universidad Nacional. Nota de relatoría) tiene entre otros fines prestar apoyo y asesoría al Estado en aspectos científicos, tecnológicos, técnicos, culturales y artísticos; contribuir mediante la cooperación al fomento e impulso del desarrollo productivo y empresarial del país; vincular las actividades académicas al estudio y solución de problemas sociales y económicos; y promover mediante la articulación de proyectos nacionales y regionales, el avance en los campos social, científico, tecnológico, artístico y filosófico del país.

De modo que, a la Universidad Nacional de Colombia le está permitido ejercer otras actividades que se encasillan en el ejercicio de asesorías, consultorías, interventorías y diseños mediante la celebración de contratos interadministrativos o convenios de cooperación con entidades privadas o públicas. (...)

La Sala evidencia que por medio de las anteriores facturas la Universidad Nacional pagó la prestación de servicios profesionales de diferentes especialidades para ejecutar y cumplir con el objeto de contratos interadministrativos celebrados con otras entidades (servicios en el área de la ingeniería civil, asesoría legal, investigación, arquitectura, transporte, geotecnia, entre otros); así mismo, pagó por el suministro de bienes e insumos para desarrollar los proyectos pactados contractualmente (fotocopias, impresiones plotter, escaneo, argollado, alquiler de vehículos automotores, alquiler de computadores, construcción de estructuras para cerramiento de centros de monitoreo, sistemas de información geográfica, diseño de redes hidráulicas, entre otros).

En reciente pronunciamiento de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al analizar la procedencia de la devolución del IVA pagado por la Universidad Industrial de Santander por la adquisición de bienes y servicios para ejecutar proyectos en virtud de contratos y convenios interadministrativos y de cooperación suscritos con otras entidades, similares a los relacionados en precedencia, consideró:

“En el caso concreto se observa que los valores rechazados corresponden a servicios adquiridos por la UIS en desarrollo de programas de extensión que benefician a la comunidad, se trata de bienes y servicios adquiridos con la finalidad de cumplir el contrato suscrito con terceros. (...)

En aplicación del precedente factico, se debe tener en cuenta que el beneficio tributario previsto en el artículo 92 de la Ley 30 de 1992, reglamentado por el artículo 4° del Decreto 2627 del 28 de diciembre de 1993, no distingue la actividad o fin misional, por el contrario, de forma amplia lo consagra para bienes, insumos y servicios adquiridos para el uso exclusivo de la respectiva Institución, dentro del fin educativo que consagra la ley.

En esos términos, procede el reconocimiento de \$228.196.273, que corresponde al IVA pagado por la institución oficial demandante para cumplir con los compromisos pactados contractualmente. (...)

Sentencia de 19 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201601319-00](#), M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EL IMPUESTO AL PATRIMONIO – Generalidades / MANEJO CONTABLE DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ETAPA DE EXPLORACIÓN DE MINERALES PARA EL AÑO 2011- Cargo Diferido – Deducción de inversiones amortizadas – Implementación de las NIIF en Colombia

Problema Jurídico: *Establecer: ¿1.1. Si para efectos de la declaración del impuesto al patrimonio del año gravable 2011, las erogaciones e inversiones efectuadas durante la etapa de exploración minera constituyen un costo como lo alega la contribuyente, o si como lo estimó la DIAN en los actos acusados, estos constituyen un activo agotable o cargo diferido amortizable que debió ser declarado en el patrimonio líquido de la demandante. Para ello es necesario determinar primero si en el año gravable 2010 se podían aplicar las normas internacionales de información financiera – NIIF para determinar el patrimonio líquido?. (...)*

Extracto: “(...) Este tipo de impuesto (Impuesto al Patrimonio. Nota de relatoría) tiene por objeto gravar el patrimonio neto de las personas físicas, es decir, el conjunto de bienes y derechos que pertenecen al sujeto pasivo, deducidas las cargas y gravámenes que hacen disminuir su valor, así como las deudas personales. (...)

Su base imponible se constituye por el valor del patrimonio líquido que posea el contribuyente a 1° de enero de 2011, para lo cual, deberá determinarse de conformidad con lo estipulado en el artículo 282 del Estatuto Tributario, (...)

La tarifa de pago de este tributo corresponde al dos punto cuatro por ciento (2.4%) sobre la base gravable prevista en el artículo 295-1, cuando el patrimonio líquido sea igual o superior a tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) y hasta cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000); o al cuatro punto ocho por ciento (4.8%) sobre la misma base gravable cuando el patrimonio fuere superior a cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000). (...)

Entonces, como ya se anotó, lo que realmente determina si una persona natural o jurídica es o no contribuyente del impuesto al patrimonio por el periodo 2011, es la riqueza poseída a 1° de enero de 2011, cuya cuantía debe ser igual o superior a \$ 3.000.000.000, que se discrimina en el valor total del patrimonio líquido del demandante, determinado de conformidad con el artículo 282 del E.T. antes transcrito, esto es, patrimonio bruto menos deudas; sin embargo, de ese valor deben excluirse los aportes que aquél haya adquirido en sociedades nacionales, aplicando dicha exclusión únicamente para el valor neto de esos aportes, lo que resulta siendo un beneficio para el contribuyente a efectos de disminuir la base gravable del impuesto al patrimonio.

(...) MANEJO CONTABLE DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ETAPA DE EXPLORACIÓN DE MINERALES PARA EL AÑO 2011. (...)

De conformidad con las disposiciones normativas pretranscritas (Artículos 55 y 67 del Decreto 2649 de 1993. Nota de relatoría), las cuales son aplicables en Colombia y se reconocen como normas internas, los cargos diferidos corresponden a los costos y gastos de los cuales se pretende obtener un ingreso amortizable, con la advertencia de que dicha amortización es procedente a partir de la fecha en que se origina el ingreso. (...)

(...) La deducción de inversiones amortizables solo es procedente cuando se origina el ingreso, esto es, cuando el producto se halla en fase de explotación, o cuando el proyecto es exitoso o infructuoso; luego, las inversiones realizadas en etapa de exploración de las cuales aún no se han obtenido ingresos, no pueden ser amortizadas y, por consiguiente, tampoco deducidas.

Así las cosas, atendiendo al Estatuto Contable Colombiano y a los artículos 142 y 159 del E.T., los desembolsos realizados por un contribuyente cuya actividad principal sea la exploración y explotación de minerales, deben registrarse contablemente como un activo diferido siempre que las inversiones se hayan efectuado en etapa de exploración, pues hasta ese entonces no subyace un ingreso concretamente y no se puede entender el proyecto de exploración como exitoso o infructuoso. (...)

(...) IMPLEMENTACIÓN DE LAS NIIF EN COLOMBIA. (...)

(...) La aplicación de las NIIF en Colombia se concretó a partir del 1° de enero de 2015, tal como lo dispuso el artículo 1° del Decreto Reglamentario 2548 de 2014, “Por el cual se reglamentan los artículos 4° de la Ley 1314 de 2009, 165 de la Ley 1607 de 2012, 773 y 774 del Estatuto Tributario”; lo que significa que para los periodos anteriores a esa fecha, las normas contables y tributarias establecidas en la legislación interna conservan su valor y prevalecerán sobre las normas internacionales de información financiera. (...)

En ese contexto, concluye la Sala que los actos administrativos enjuiciados gozan de legalidad al considerar que las erogaciones realizadas por la sociedad actora en la etapa de exploración debieron registrarse como cargos diferidos conforme lo señalan los artículos 65 del Decreto 2649 de 1993 y 142 del E.T., y no llevarlas directamente al estado de resultados. (...)

Sentencia de 15 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201500873-00](#), M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DE LOS BIENES EXENTOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS – Requisitos necesarios para que proceda la exención – Dado que los beneficios tributarios son de carácter restrictivo y de interpretación taxativa, al no cumplirse a cabalidad con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, no se puede acceder a la exención contemplada en la ley – Registro del contrato ante la Administración Tributaria como requisito sine qua non para acceder a la exención de que trataba el artículo 481, literal e) del Estatuto Tributario

Problema jurídico: *Establecer: ¿1.1. Si para obtener el beneficio de exención establecido en el artículo 481 del E.T., la sociedad contribuyente debía obtener el registro de los contratos de exportación de servicios realizados durante el 6° bimestre del año 2011, o si bastaba con la radicación de la declaración escrita sobre la existencia de los mismos ante la autoridad competente. 1.2. Si la sanción por inexactitud determinada por la DIAN se ajusta a derecho?*

Extracto: “(...) DE LOS BIENES EXENTOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. (...)”

De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 420 del Estatuto Tributario, la prestación de servicios en el territorio nacional constituye hecho generador del impuesto sobre las ventas. (...)

Atendiendo a la disposición normativa pretranscrita (Artículo 481 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), para que proceda la exención del impuesto sobre las ventas en este tipo de operaciones es necesario que concurren los siguientes requisitos: i) que el servicio sea prestado en Colombia en desarrollo de un contrato escrito; ii) que sea utilizado exclusivamente en el exterior por empresas sin negocios o actividades en Colombia; y iii) que se cumplan los requisitos que señale el reglamento. (...)

De manera que el beneficio tributario de la exención prevista en el literal e) del artículo 481 del E.T. surge a favor del sujeto pasivo cuando el servicio prestado haya sido utilizado exclusivamente en el exterior; luego, el beneficio no será procedente si el servicio es utilizado en Colombia. (...)

En virtud de la disposición normativa pretranscrita (Artículo 3 del Decreto Reglamentario 1805 de 2010. Nota de relatoría), los requisitos para acceder al beneficio de exención establecido en el literal e) del artículo 481 del E.T. fueron ampliados, estableciéndose como tal, además de los allí contemplados, la obligación a cargo del contribuyente de radicar ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios que se efectúen, a través del diligenciamiento de la forma 01 en la ventanilla única de comercio exterior – VUCE, con el fin de obtener su correspondiente registro, trámite que en todo caso deberá agotarse previamente a la prestación del servicio. (...)

De lo anterior (Relación de parámetros establecidos en la Circular N° 22 de 29 de julio de 2016. Nota de relatoría) se desprende con claridad, que el único fin que persigue la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios que se efectúen, es la obtención del registro del contrato en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y, por lo mismo, para acceder al beneficio de la exención prevista en el literal e) del artículo 481 del E.T., no basta con que el contribuyente radique dicha declaración, sino que se hace necesario el registro del contrato de prestación de servicios exportados(...).

En tal sentido, entiende la Sala que para acceder al beneficio de la exención establecido en el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario, cuya reglamentación se dio con la expedición del Decreto 1805 de 2010 aplicable para la época de los hechos, es requisito *sine qua non* agotar el procedimiento de radicación de la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios que se efectúen, cuyo fin último se concreta en la obtención del registro de los mismos antes de que se materialice la prestación del servicio.

Luego, si el contribuyente no demuestra el registro de los contratos ante la Administración Tributaria, es viable concluir que la exención de los bienes y/o servicios prestados se torna improcedente al no cumplirse con uno de los requisitos establecidos en el decreto reglamentario mencionado para acceder al beneficio, cuya interpretación es restrictiva y taxativa, sometiendo la procedencia del mismo al registro efectivo de los contratos ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (...)

En ese contexto, ante la falta de cumplimiento de uno de los requisitos exigidos para avalar la exención de los bienes y/o servicios, que refiere al registro efectivo de los contratos de exportación previamente a la prestación del servicio, concluye la Sala que la decisión adoptada por la Administración se ajusta a derecho y, por ende, los actos administrativos enjuiciados gozan de legalidad respecto del cargo de fondo objeto de discusión pues, se repite, no basta con que el exportador radique la declaración de existencia de los contratos, sino que para acceder al beneficio de la exención es necesario contar con el registro de los mismos, como fin de la norma.

Ello, en razón a que dicho registro no es una mera formalidad sino que constituye la forma de demostrar la exportación de servicios, dada la naturaleza de la operación. En este caso, la demandante no demostró haber realizado el registro de los contratos en oportunidad y pese a que fue requerida por la autoridad competente, no subsanó las deficiencias anotadas, así como tampoco aportó en esta vía judicial otros medios de prueba que permitieran establecer que, en efecto, los servicios contratados se llevaron a cabo.

Dado que los beneficios tributarios son de carácter restrictivo y de interpretación taxativa, se infiere que la sociedad actora no cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en el Decreto 1805 de 2010 y, por tanto, no podía acceder a la exención contemplada en la ley. (...)

Sentencia de 15 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201600897-00](#), M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

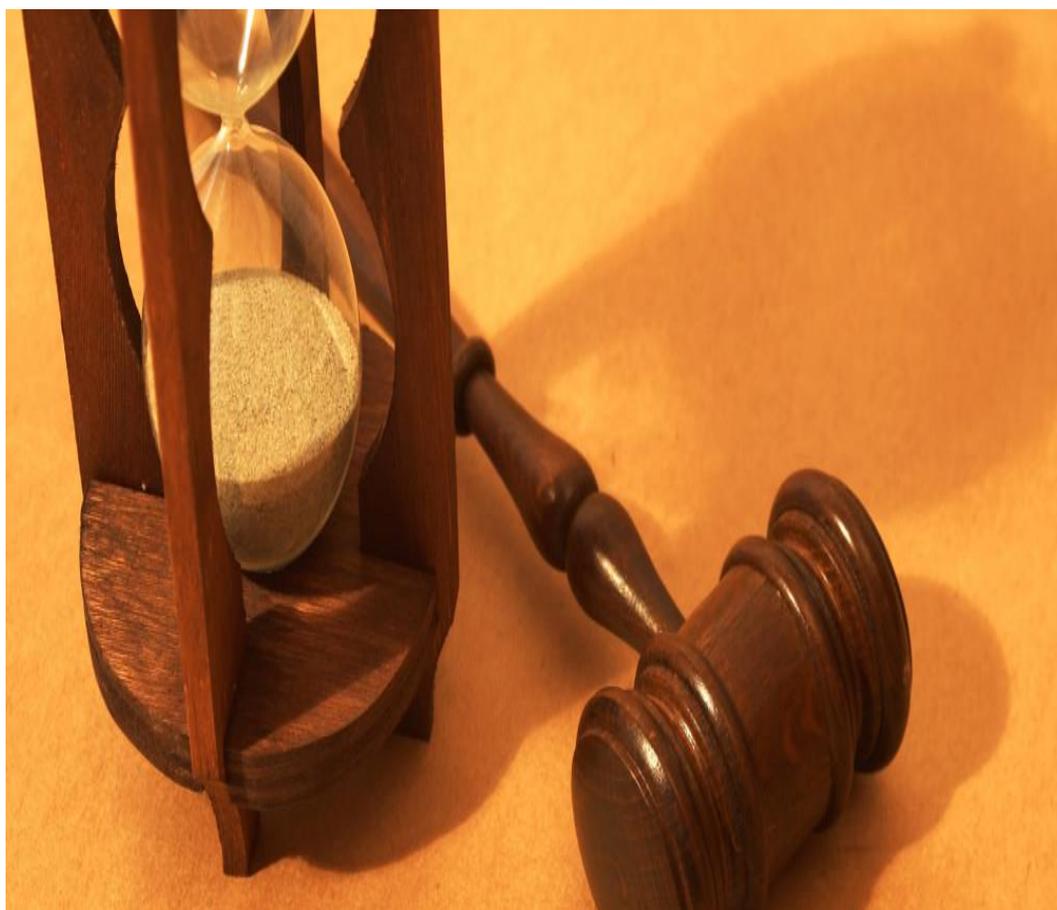
MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA PARA DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO – El numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 faculta al Juez o Magistrado para resolver la excepción de prescripción extintiva de las obligaciones aun de oficio.

Problema jurídico: *¿Se debe confirmar el fallo de 1ª instancia al encontrar que el Juez puede decretar de oficio la excepción de prescripción de la acción de cobro o se debe revocar al encontrar que con dicha declaratoria se vulnera el principio al debido proceso de la demanda por cuanto en el proceso no se discutió dicho cargo?*

Extracto: “(...) El artículo 8 de la Ley 1066 de 2006 modificó el inciso 2 del artículo 817 del Estatuto Tributario, así: «La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, y será decretada de oficio o a petición de parte», lo cual resulta aplicable a los procesos de cobro que adelanten otras entidades públicas diferentes a la DIAN atendiendo lo previsto en el artículo 17 de la citada ley.(...)”

(...) Se tiene que con la reforma introducida por la Ley 1437 de 2011 en su artículo 180 numeral 6 se facultó al Juez o Magistrado Ponente para que de oficio o a petición de parte, resuelva sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, sin que ello implique desconocimiento del debido proceso ni del acceso a la administración de justicia. (...)”

Sentencia de 26 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [110013337041201600205-01](#), M.P. Dra. Lina Ángela María Cifuentes Cruz – Segunda Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / VALORACIÓN ADUANERA - INCORPORACIÓN DE REGALÍAS – Marco normativo – Requisitos para adicionar el valor de aduanas – La reventa de los productos que llevan implícita la marca de lugar a la causación de regalías – Las regalías por lo general se sufragan después de la importación, toda vez que suelen calcularse con base en el precio de reventa de las mercancías importadas

Problema jurídico: *Establecer si ¿los pagos realizados por concepto de regalías por licencias cumplen con los requisitos para adicionarse al valor de aduanas de los productos importados?, y, ¿el pago de regalías por parte de una sociedad importadora a empresas licenciatarias por concepto de uso de marcas comporta que dichos pagos constituyan una condición de venta de los productos importados?*

Extracto: “(...) VALORACIÓN ADUANERA - INCORPORACIÓN DE REGALÍAS (...)

(...) Para que el valor de los pagos o cánones por concepto de marcas comerciales, patentes y derechos de licencia se adicione al precio (realmente pagado o por pagar) de las mercancías en orden a asignar el valor de aduanas es requisito sine qua non verificar el concurso simultáneo o concurrente de ciertas exigencias, a saber:

- 1) Que el canon no éste incluido en el precio realmente pagado o por pagar.
- 2) Que el pago se base en datos objetivos y cuantificables, lo cual, recaba la Sala, comporta que el valor de la regalía tenga sustento en cifras conocidas y soportadas en documentos pertinentes.
- 3) Que el pago de la regalía esté relacionado con las mercancías importadas, (...)
- 4) Que el pago de la regalía constituya condición de venta de la mercancía que se importa (...)

En ese orden, la Sala recuerda que de acuerdo con la normativa nacional e internacional sobre valoración la reventa de los productos que lleven implícita la marca da lugar a la causación de regalías que están llamadas a incrementar el valor de aduanas de las mercancías, siempre que se cumplan las otras tres exigencias. (...)

(...) Para la Sala es claro que los valores del reajuste de las mercancías importadas en cada mes se tomaron del monto reflejado en las declaraciones cambiarias de pago en divisas a la licenciatarias por concepto de las regalías del respectivo mes. (...)

(...) En efecto, las regalías, por lo general se sufragan después de la importación, toda vez que suelen calcularse con base en el precio de reventa de las mercancías importadas al tenor del artículo 26 de la Resolución CAN 846 de 2004.

La Sala advierte que el numeral 5° del citado precepto prevé de manera taxativa que en el caso de que el valor de la regalía no se conozca al momento de la importación, por cuanto la misma depende de la reventa de la mercancía importada, es obligación hacer en la respectiva declaración una liquidación provisional del valor del canon que debe adicionarse al valor de aduanas de los productos. (...)

Corolario a lo anterior, la Sala encuentra procedente el ajuste del valor en aduanas de las mercancías importadas durante los meses de mayo y junio de 2012 por concepto de regalías en virtud de los contratos generales de licencia, servicios y asistencia técnica suscrito entre NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. y CPW S.A. SOCIETE PRODUITS NESTLÉ S.A. y NESTEC S.A., razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda. (...)

Sentencia de 24 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002327000201601309-00](#), M.P. Dra. Nelly Yolanda Villamizar Peñaranda – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEDUCCIÓN POR PÉRDIDAS DE ACTIVOS – Procedencia con la exigencia que la misma sea producto de fuerza mayor / GASTOS OPERACIONALES DE VENTA POR DESTRUCCIÓN DE INVENTARIOS POR OBSOLESCENCIA – Requisitos que debe cumplir para ser aceptado como deducción

Problema jurídico: *Establecer si ¿procede el rechazo por parte de la DIAN de los gastos por destrucción de inventarios que efectuó PHILIPS COLOMBIANA S.A.S. en virtud del Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público-RETILAP?, ¿procede el rechazo por parte de la DIAN de los gastos por destrucción de inventarios por obsolescencia?, ¿adolecen de falsa motivación los actos administrativos demandados? y ¿procede la sanción por inexactitud?*

Extracto: “(...) DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA DE ACTIVOS EN SUMA DE \$157.068.281 / REGLAMENTO TÉCNICO DE ILUMINACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO/ FUERZA MAYOR (...)”

De la normativa transcrita (Artículo 148 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría) es clara la procedencia de la deducción de pérdidas de bienes usados en el negocio o actividad productora de renta de un contribuyente, con la exigencia que la misma sea producto de fuerza mayor. (...)

Sobre el tema (Fuerza Mayor. Nota de relatoría), el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades bajo las siguientes consideraciones:

«Por su parte, esta Sección ha expuesto que para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben concurrir dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad: (...)

En ese contexto, la Sala no encuentra demostrada la ocurrencia de una fuerza mayor, por cuanto desde el año 2009 la sociedad demandante conocía los parámetros establecidas en el RETILAP, por lo que estaba en condiciones de prever la salida definitiva del mercado de aquellos productos que no cumplían con las tales características, razón por la cual la adquisición de nuevos inventarios debía cumplir con las especificaciones de la Resolución 181331 de 6 de agosto de 2009.

Es así, que desde ningún punto de vista el REGLAMENTO TÉCNICO DE ILUMINACIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO –RETILAP– tiene la naturaleza de ser un acontecimiento extraño, súbito e inesperado o, un hecho fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pudiera evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias; razón por la cual se negará el cargo.

(...) GASTOS OPERACIONALES DE VENTAS POR DESTRUCCIÓN DE INVENTARIOS POR OBSOLESCENCIA/NECESIDAD (...)

Dilucidado el alcance de las condiciones que debe reunir una deducción para que tributariamente sea procedente, en lo pertinente, la Sala ha reiterado que, independientemente del sistema de inventarios utilizado, cuando los activos movibles que se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente requieran ser destruidos, porque no pueden ser consumidos ni usados ni comercializados de ninguna forma, en todo caso, debe tenerse en cuenta que el costo de tales bienes constituye una expensa necesaria, en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario, siempre que se demuestre que el hecho ocurrió en el respectivo año gravable y que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta, además y que es necesario y proporciona a esa actividad.

A ese respecto, la Sala no desconoce que la ley tributaria reconoce que los gastos necesarios en que incurre el contribuyente en su actividad productora de renta son deducciones. Empero, debe aclararse en primer lugar, que el inventario de mercancía forma parte de los bienes usados en el giro ordinario del negocio, por lo que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta. En segundo lugar, porque la disminución de los inventarios tiene su causa en la obligación que le imponen las normas propias de su actividad mercantil, de colocar en el mercado solo aquellos productos que se encuentran en óptimas condiciones para su venta y no aquellos en mal estado, aminoración que correlativamente incide en sus ingresos de donde surge la relación de causalidad entre la pérdida y la actividad productora de renta, en cuanto ella aparece una disminución de la renta al no poderse vender la mercancía que se da de baja. (...)

Téngase en cuenta que la destrucción del inventario efectuado por la demandante tuvo como causa el «DESUSO, INUTILIZACIÓN Y FALTA DE COMERCIALIZACIÓN» de productos que hacen parte de la actividad de comercialización descrita en el objeto social de la misma, situación que determina la necesidad del gasto, en tanto, al no poder ser comercializados la consecuencia directa es su efectiva destrucción, como sucedió en el subexamine. (...)

Sentencia de 21 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201600854-00](#), M.P. Dra. Nelly Yolanda Villamizar Peñaranda – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IVA – El Uso de petróleo por parte del operado, antes de que el hidrocarburo sea puesto en el punto de entrega o fiscalización, no causa el IVA / PROPIEDAD DEL ESTADO SOBRE EL PETROLEO – ¿En que momento el hidrocarburo producido en desarrollo de los convenios de asociación para la exploración y explotación pasa al dominio de las partes asociadas?

Problema jurídico: *Determinar ¿si el petróleo crudo que utilizó la sociedad EQUION ENERGÍA LIMITED en calidad de operadora y asociada de los contratos de asociación para la exploración y explotación de los bloques petroleros SANTIAGO DE LAS ATALAYAS, TAURAMENA, RECETOR, RÍO CHITAMENA y PIEDEMONTE antes de que el hidrocarburo fuera entregado en el punto de fiscalización, puede ser considerado como un retiro de bienes muebles para uso en los términos del artículo 421 literal b) del ET, y por ende, si constituye hecho generador del IVA. En caso de que así sea, se analizará la procedencia de levantar la sanción por inexactitud?*

Extracto: “(...) En todo caso, en cualquiera de las hipótesis del artículo 421 del ET es necesario que se ejerza la propiedad sobre el bien, pues solo de esa manera podría disponerse del mismo, sea para venderlo, retirarlo para el uso, para formar parte de los activos fijos de la empresa, etc. A esta conclusión ha llegado la doctrina en el caso de los retiros de bienes para consumo, que es la hipótesis que interesa al asunto. (...)”

(...) La sala concluye que en los casos de uso de petróleo crudo en virtud de contratos de asociación para la exploración y explotación de hidrocarburos, para que se configure el hecho generador del IVA es necesario que el bien sea de propiedad de quien lo usa. Por tanto, en el *sub examine* resulta de gran importancia definir la titularidad (propiedad) del crudo consumido por EQUION ENERGÍA LIMITED con anterioridad a la entrega del hidrocarburo en el punto de fiscalización para su cuantificación y reparto a las partes asociadas, de acuerdo con su participación. (...)

Cabe precisar que el contrato de concesión en materia minera ha sido concebido por la doctrina como un contrato administrativo celebrado entre el Gobierno y un inversionista llamado concesionario, por medio del cual aquel le otorga este un privilegio para poder explotar los recursos naturales no renovables pertenecientes a la Nación, y a su turno el inversionista se obliga a pagar una regalía como contraprestación, en tanto que el contrato de asociación ha sido definido por la jurisprudencia como «la ejecución conjunta de actividades propias de la industria petrolera y la consecuente repartición de los costos y riesgos de los mismos en la proporción pactada por las partes contratantes. Así mismo, en virtud de este contrato las partes pueden convenir que los hidrocarburos producidos pertenecerán a cada parte contratante en las proporciones estipuladas en el mismo».(...)

Como se ve, lo convenido en los contratos de asociación no solo ratifica la propiedad del Estado sobre el petróleo que pueda encontrarse en los bloques SANTIAGO DE LAS ATALAYAS, TAURAMENA, RECETOR, RÍO CHITAMENA y PIEDEMONTE sino que también clarifica en qué momento el hidrocarburo producido en desarrollo de los convenios de asociación para la exploración y explotación pasa al dominio de las partes asociadas: cuando es entregado en el punto de medición o punto de fiscalización e n la misma proporción en que estas participan en dichos contratos. De ahí que antes de esa etapa se requiera de la autorización expresa del Estado para que el operador pueda usar el petróleo crudo y el gas en las operaciones de producción, como quedó estipulado en cada uno de los contratos aludidos. (...)

Con arreglo a lo anterior la sala concluye que el uso de petróleo por parte del operador, entendido este como la persona designada por las partes asociadas para que por cuenta de estas lleve a término directamente las operaciones necesarias para explorar y explotar el petróleo que se encuentre en el área contratada, antes de que el hidrocarburo sea puesto en el punto de entrega o fiscalización, no casusa el IVA en los término del artículo 421 numeral b) del ET, pues, se reitera, hasta ese momento el bien es propiedad del Estado y no de las partes asociadas, mucho menos del operador que como lo señaló la sociedad demandante, puede no ser parte asociada de dichos contratos. (...)

En la sentencia de 3 de agosto de 2017, que se reitera, la sala sostuvo que para que se configure un consumo de inventarios los bienes corporales que conforman los inventarios deben encontrarse en cabeza del responsable, quien a su vez puede disponer de los mismos para su propio uso o para ser enajenados.

Por lo demás, es un hecho aceptado por las partes que el uso de barriles de crudo realizado por EQUION ENERGÍA LIMITED en el proceso de exploración y explotación en virtud del contrato de asociación del que era parte asociada y a la vez operad ora, se hizo con anterioridad a la entrega del hidrocarburo en los puntos de fiscalización. (...)

En el expediente está demostrado que en el proceso de operación del contrato de asociación para la exploración y explotación de los bloques SANTIAGO DE LAS ATALAYAS, TAURAMENA, RECETOR, RÍO CHITAMENA y PIEDEMONTE, la sociedad EQUION ENERGÍA LIMITED usó 13.314 barriles, los cuales no se consideran retiro de bienes muebles para uso en los términos del artículo 421 literal b) del ET, pues este se hizo antes de la entrega del hidrocarburo en el punto de fiscalización. (...)

Sentencia de 05 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201500775-00](#), M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN A CARGO DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES SUJETAS AL CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS – La tarifa máxima de la contribución no podrá ser superior del 1% del valor de los gastos de funcionamiento asociado al servicio sometido a regulación - La Superintendencia de Servicios Públicos no puede incluir costos en la base gravable de la contribución especial

Problema Jurídico: *Se trata de examinar la legalidad de los siguientes actos: (i) Liquidación Oficial 2015 534 002 6466 de 24 de julio de 2015, relativo a la Contribución Especial liquidada por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS a su favor y a cargo de la SURTIDORA DE GAS DEL CARIBE S.A. ESP por el año 2015; (ii) Resolución SSPD 2015 53000 33995 de 24 de septiembre de 2015, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la hoy actora y iii) Resolución SSPD 2015 50000 49205 de 28 de noviembre de 2015, por la cual se resuelve el recurso de apelación contra la liquidación oficial.*

Extracto: “(...) El artículo 85 de la Ley 142 de 1994 estableció una contribución a cargo de las empresas y entidades sujetas al control de la SSP, con el fin de recuperar los costos del servicio de control y vigilancia que preste el superintendente. Al efecto determinó que la tarifa máxima de la contribución no podrá ser superior al 1% del valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la SSP, quien con base en su estudio fijará la tarifa.(...)”

En cualquier caso, la noción de gastos de funcionamiento debe ajustarse a los criterios establecidos por el Consejo de Estado, quien al respecto ha dicho:

(...) ante la ausencia de normativa contable que defina con claridad lo que debe entenderse por el término “gastos de funcionamiento” y los conceptos que involucra, la Sala acogerá la noción que ha desarrollado la jurisprudencia y, en consecuencia, el presente proceso se decidirá bajo tales parámetros, es decir, que los gastos de funcionamiento tienen que ver con la salida de recursos que de manera directa o indirecta se utilizan para ejecutar o cumplir las funciones propias de la actividad, que son equivalentes a los gastos operacionales u ordinarios, es decir los normalmente ejecutados dentro del objeto social principal del ente económico o, lo que es lo mismo, los gastos asociados al servicio sometido a regulación, de manera que deberán excluirse aquellas erogaciones que no estén relacionadas con la prestación del servicio público domiciliario (...).

Pues bien, como quedó dicho previamente, en sentencia de 23 de septiembre de 2010 el Consejo de Estado declaró la nulidad del inciso 6° de la clase 5 – gastos del plan de contabilidad para entes prestadores de servicios públicos domiciliarios, establecido en la Resolución nro. SSPD 20051300033635 de 2005; en dicha providencia se expresaron los motivos por los cuales algunas cuentas de la clase 5 – gastos, así como las del grupo 75 – costos de producción, deben ser excluidas de la base para determinar la contribución de servicios públicos. Los argumentos expuestos en la citada decisión han sido reiterados recientemente por el Consejo de Estado, (...)

De lo anterior (Sentencia de 12 de diciembre de 2014, exp: 25000-23-37-000-2012-00060-01 (20449), MP: Martha Teresa Briceño de Valencia. Nota de relatoría) se concluye que las cuentas del grupo 75 no hacen parte de la base gravable de la contribución en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. (...)

En todo caso, la sala enfatiza, al tenor del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 la SSPD no podía incluir costos en la base gravable de la contribución especial. (...)

Pues bien, conforme a la sentencia del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2010, en los actos acusados deben desestimarse las cuentas que correspondan a la clase 5-gastos, así como las cuentas del grupo 75-costos de producción, pues como allí se explicó, los costos en modo alguno pueden integrar la base gravable de la contribución especial, como quiera que la voluntad del legislador solamente determinó que debían ser los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio. Y todo ello, en atención a que según la precitada sentencia **«los gastos de funcionamiento solo deben referirse a aquellos que tengan una relación directa o indirecta, pero eso sí, necesaria e inescindible con la prestación de los servicios sometidos a la vigilancia, control, inspección y regulación de los entes encargados de tal función constitucional y legal»** (resalta la sala).

De lo anterior se sigue que si bien los costos de distribución y/o comercialización comprenden las erogaciones asociadas clara y directamente a la prestación de los servicios que son fuente de ingresos de la empresa prestadora, no se pueden equiparar a la noción de gastos de funcionamiento por no haberlo previsto así la Ley 142 de 1994.

En este sentido, las sub cuentas 753005 uso de líneas, redes y ductos, 753006 costo de distribución y/o comercialización de GN y 753702 gas combustible contemplados en la Resolución nro. SSPD 2015 13000 19495 de 15 de julio de 2015, no se pueden asimilar a los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio. Por ende, el déficit del presupuesto aprobado para la SSPD para el año 2015, lejos de autorizar la inclusión de conceptos constitutivos de costos, compele a la superintendencia a buscar recursos en los gastos operativos.

Con arreglo a lo expuesto la sala concluye que por interpretación errónea la SSPD desatendió las normas superiores en qué debía fundarse, pues al desestimar el artículo 338 de la Constitución Política amplió la base gravable de la contribución especial del año 2015 a rubros ajenos a los gastos asociados al servicio, y de suyo extendió la obligación tributaria a las cuentas 75 de gastos, para lo cual carecía de toda habilitación de parte del legislador, dado que el párrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 solo prevé que al existir déficit se pueda ampliar la base a «los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos», pero jamás autorizó a la superintendencia para incluir costos, como acaeció tanto en los actos acusados como en la Resolución SSPD 2015 1300019495 de 15 de julio de 2015. (...)

Sentencia de 17 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201600861-00](#), M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TRABAJADORES INDEPENDIENTES – Definición – Deber de liquidar y pagar aportes del sistema de seguridad social – Ingreso base de cotización / PRINCIPIO DE JUSTICIA TRIBUTARIA – En qué consiste

Problema jurídico: *Se trata de examinar la legalidad de las resoluciones RDO 173 del 24 de enero de 2014 y RDC 186 de 7 de mayo de 2014, a través de los cuales la UGPP le profirió al señor (...) liquidación oficial de aportes al sistema de protección social por los periodos comprendidos entre junio de 2008 y diciembre de 2011.*

Extracto: “(...) Ahora bien, dentro de los principios que rigen el servicio público esencial de seguridad social (art. 2, Ley 100/93), están, entre otros, el de la **universalidad**, que corresponde a «la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida»; el de la **solidaridad**, referente a «la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil»; principios que van concatenados con el de la **integralidad**, según el cual «es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. **Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley**» (resalta la sala). (...)

Igualmente, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo «son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados **y los trabajadores independientes con capacidad de pago**. Estas personas **deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley**» (destaca la sala).

Así, por disposición constitucional y legal todas las personas deben estar afiliadas al sistema de seguridad social, ya sea a través del régimen contributivo, caso en el cual se consulta la capacidad de pago, o del régimen subsidiado.

Ahora bien, bajo la noción de “trabajador independiente” la UGPP le estableció al demandante el deber de liquidar y pagar los aportes al sistema de seguridad social. Al efecto, en la Liquidación Oficial RDO 173 del 24 de enero de 2014 consideró lo siguiente: (...)

(...) En este punto se hace necesario precisar el concepto de trabajador independiente, el cual es definido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, como 7a persona que hace hábito o profesión de alguna cosa, que tiene habilidad para algo y sin encontrarse vinculado laboralmente presta un servicio que se caracteriza por el predominio del factor intelectual sobre el factor puramente manual o material y que reciben como contraprestación una retribución denominada honorarios.”

Nótese cómo el trabajador Independiente tiene la obligación de afiliarse y contribuir con el pago de las cotizaciones a' Sistema de la Protección Social en Salud y Pensión, en la medida en que esa categoría comprende a todas aquellas personas naturales que no se encuentran vinculadas laboralmente a un empleador. (...)

El principio de justicia tributaria está relacionado con el principio de capacidad contributiva o económica de los contribuyentes y consiste, grosso modo, en no exigir más de lo que estos pueden contribuir. Así, el tributo debe ser acorde con la capacidad económica del sujeto obligado al pago, regla que a su vez determina la justicia del tributo, puesto que las personas con mayor capacidad económica deben contribuir en mayor cuantía que los que están situados a un nivel inferior. (...)”

Sentencia de 21 de junio de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. [250002337000201500512-00](#), M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Primera Instancia.



ACCIONES DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO A LA ESTABILIDAD REFORZADA – La protección a la mujer embarazada en el marco de un contrato de prestación de servicios – Se debe aplicar el principio de estabilidad laboral reforzada, pues el mismo es aplicable tanto al trabajador como al contratista, sin consideración del vínculo contractual

Problema Jurídico: *Debe resolver la Sala, conforme a la impugnación presentada por el apoderado de la entidad accionada ¿si debe confirmarse o revocarse la sentencia objeto de esta providencia?*

Extracto: “(...) La protección a la mujer embarazada en el marco de un contrato de prestación de servicios.

La H. Corte Constitucional en sentencia T-222/12, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO de fecha veinte (20) de marzo de 2012, precisó que tratándose de mujeres embarazadas que mantienen una relación civil en contratos de prestación de servicios, se debe aplicar el principio de estabilidad laboral reforzada y se debe ordenar la renovación del contrato. Así lo ha desarrollado la jurisprudencia (...)

Es decir que la estabilidad laboral reforzada es aplicable tanto al trabajador como al contratista, sin consideración al vínculo contractual. (...)

De las jurisprudencias antes citadas (Sentencias T-095 de 2008 y SU 070 de 2013 emitidas por la H. Corte Constitucional. Nota de relatoría), la Sala establece una especial protección que tiene la mujer en estado de embarazo, antes y después del parto, encaminado también a la protección de los derechos de la niñez, así como una interpretación más garantista, y entender que en el presente caso, aunque la accionante comunicó tardíamente su situación de gravidez, toda vez que el contrato de prestación de servicios suscrito entre la actora y la entidad accionada, había culminado y no durante su ejecución, en vigencia del contrato ya se encontraba con once (11) semanas de gestación, según oficio obrante al folio 10, y como el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, es necesario amparar los derechos que le asisten a la señora Blanca Myriam Sandoval y a su hijo próximo a nacer. (...)”

Sentencia de 08 de mayo de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013335009201800110-01](#), M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Segunda Instancia.



ACCIONES DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA / MADRE COMUNITARIA EN EL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR DE ICBF – Son sujeto de especial protección – Pago de aportes pensionales – Aplicación del precedente Constitucional

Problema jurídico: *Debe resolver la Sala, conforme a la impugnación presentada por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF ¿si debe confirmarse o revocarse la sentencia objeto de esta providencia.?*

Extracto: “(...) La Sala debe remitirse a la posición jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, que refiriéndose a la procedencia de la acción de tutela cuando es promovida por las denominadas “madres comunitarias” en el programa hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, precisó:

“16. Respecto a las acciones de tutela promovidas por personas que han desempeñado o cumplen la labor de madre comunitaria en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, en múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha encontrado precedentes dichas solicitudes de amparo, por cuanto ha considerado a las accionantes como sujetos de especial protección constitucional, al verificar cualquiera de las siguientes condiciones particulares:

(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; (ii) ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente; (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo; (iv) hallarse en el estatus personal de la tercera edad; (v) afrontar un mal estado de salud; (vi) ser madre cabeza de familia; y/o (vii) ser víctima del desplazamiento forzado.

17. Tan solo una de las anteriores circunstancias impone al juez de tutela el deber de implementar un examen flexible de procedibilidad de la acción de tutela instaurada por aquellas personas que han cumplido o realizan la labor de madre comunitaria en el ICBF, estudio que se debe ajustar a las condiciones físicas, sociales, culturales o económicas que han puesto en estado de debilidad manifiesta a ese grupo de personas por un tiempo considerablemente prolongado”.

Conforme a lo anterior, las acciones de tutela promovidas por quienes cumplen la labor de madre comunitaria en el programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, son precedentes por tratarse se sujetos de especial protección.(...)

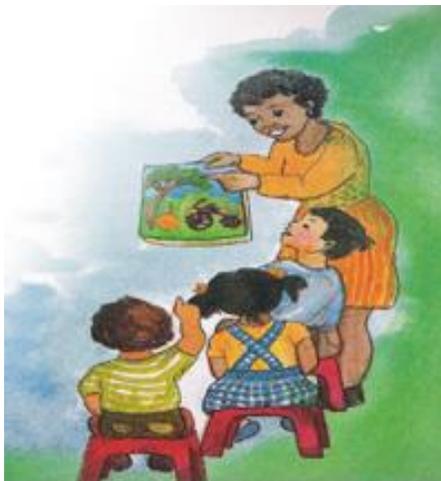
En el presente caso, la Sala se fundamenta en la sentencia T-480 del 1º de septiembre de 2016, mediante la cual se examinó el caso acumulado de 106 madres comunitarias que instauraron acción de tutela contra el ICBF, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo, dada la negativa del pago de los aportes pensionales, por la labor de madre comunitaria que ejercieron desde la vinculación al programa de Hogares comunitarios de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF hasta 31 de enero de 2014. (...)

En aplicación al precedente Constitucional, se tiene que la accionante es sujeto de especial protección constitucional y se encuentra en situación de vulnerabilidad y desprotección ante la ausencia de pago de los aportes pensionales que se hubieren causado del 2 de enero de 1998 hasta el 31 de enero de 2014. (...)

A su vez el artículo 2 de la Ley 1187 de 2008, señaló que el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, sin importar la edad y el tiempo de y de servicio,(...)

Así las cosas, comoquiera que son idénticas las circunstancias entre la accionante de este proceso y las que fueron objeto de amparo por la H. Corte Constitucional, la Sala, en plena aplicación del principio de igualdad al que se refiere el artículo 13 Constitucional, le dará el mismo tratamiento al caso de la actora, y en ese orden, declarará la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y al mínimo vital que le asisten, y en consecuencia la Sala: i) adicionará al numeral primero de la parte resolutive del fallo de fecha cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferido por el Juzgado Veinte (20) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá –Sección Segunda, en el sentido de extender el amparo del derecho fundamental al mínimo vital de la accionante; y ii) modificará el numeral segundo en el sentido de ORDENAR al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozca y pague a la señora (...) las prestaciones causadas y dejadas de percibir al Sistema de Seguridad Social, por el tiempo efectivamente acreditado como madre comunitaria, a efecto de que obtenga su pensión, de conformidad con la legislación aplicable, desde el 2 de enero de 1998 hasta el 31 de Enero de 2014. (...)

Sentencia de 31 de mayo de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013335020201800096-01](#), M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Segunda Instancia.



ACCIONES DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA / EL CONCEPTO DE VIDA PROBABLE Y LOS MECANISMOS ORDINARIOS DE DEFENSA JUDICIAL – Cuando una persona pasa el promedio de vida probable de los colombianos, los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son idóneos para la protección de sus derechos fundamentales / EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL – Debe ser aplicable en las actuaciones administrativas

Problema jurídico: *Debe resolver la Sala, conforme a la impugnación presentada por la señora (...) ¿si debe confirmarse o revocarse la sentencia objeto de esta providencia?*

Extracto: “(...) El concepto de vida probable y los mecanismos ordinarios de defensa judicial

En criterio de la H. Corte Constitucional, cuando una persona sobrepasa el promedio de vida probable de los colombianos, los mecanismos ordinarios de defensa judicial no serían idóneos para la protección de sus derechos fundamentales. (...)

En orden a lo anterior (Corte Constitucional, Sentencias C-1225 de 2004; T- 698 de 2004, SU-1070 de 2003; T-827 de 2003; SU – 544 de 2001; T-1670 de 2000, entre otras.; ROJAS RÍOS, Alberto (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia T-462 del 18 de julio de 2017. Referencia: Expediente T- 5.983.532. Nota de relatoría), los mecanismos ordinarios de defensa no resultan eficaces cuando la persona es un adulto mayor, lo que se entiende a partir del concepto de “vida probable” que se configura cuando una persona sobrepasa el promedio de vida de los colombianos y que por su avanzada edad, su existencia se habría extinguido para la fecha de una decisión dentro de un proceso judicial ordinario.

Conforme a la misma jurisprudencia, el promedio de vida de los colombianos es de 74 años, edad que corresponde a la expectativa de vida certificada por el DANE, tal y como lo alude la H. Corporación lo advirtió en la sentencia T-047 de 2015. (...)

(...) El debido proceso como derecho fundamental, debe ser aplicable en las actuaciones administrativas, salvaguardando las garantías mínimas previas, esto es, a) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, b) el acceso al juez natural, c) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa, d) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos y, e) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades; así como las garantías mínimas posteriores, referidas a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de la decisión mediante los recursos en sede administrativa y la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...)

Conforme al soporte probatorio expuesto, y en virtud del marco legal y jurisprudencial señalado en precedencia, la Sala encuentra que el presente caso no está ajustado a los presupuestos que buscan proteger y garantizar el debido proceso administrativo, siendo reprochable que la UGPP justifique una supuesta “operación administrativa”, a efectos de reducir el monto equivalente a la pensión de sustitución que percibía la accionante, causando una modificación de la situación jurídica de la actora, omitiendo la administración adelantar un procedimiento previo en el que se garantizaran los derechos de defensa y contradicción que le asistían a esta persona, y profiriendo un acto administrativo debidamente notificado, respecto del cual la actora pudiera ejercer sus garantías mínimas posteriores a través de su impugnación.(...)

En ese sentido, la UGPP procedió a desconocer lo dispuesto en la Resolución No. 21859 de 2002, y en su lugar efectuó la reliquidación de la pensión, sin proferir acto administrativo por el cual revocara parcialmente tal decisión, evidentemente sin contar tampoco con la autorización de la titular del derecho, ni demandar tal acto administrativo que consideraba errado, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, la Sala evidencia la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la accionante, motivo por el cual se accederá al amparo solicitado (...)

Sentencia de 27 de junio de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. [110013342050201800173-00](#), M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Segunda Instancia.



ACCIONES DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA / DERECHOS FUNDAMENTALES A LA DIGNIDAD HUMANA, MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL – Definición – Alcance / PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS – Atribución de responsabilidad en relación con el pago de incapacidades a cargo de cada uno de los agentes intervinientes en el sistema de seguridad social

Problema Jurídico: *Determinar ¿si se confirma el fallo impugnado o si teniendo en cuenta los argumentos de la entidad accionada, se debe revocar la decisión del a quo para en su lugar denegar la acción la tutela impetrada?*

Extracto: “(...) DIGNIDAD HUMANA (...)”

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL.

El mínimo vital es aquella suma correspondiente al valor de los ingresos indispensables e insustituibles destinados a socorrer necesidades básicas de esa persona, las que le permiten mantener una subsistencia digna, sin la cual le es difícil atender las obligaciones elementales de la vida, como son la alimentación, el estudio, el vestuario, etc.; de manera que su carencia lesiona en forma grave la dignidad humana y por ello es susceptible de protección por medio de la acción de tutela. (...)

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Corte Constitucional ha definido la naturaleza del derecho a la seguridad social, con fundamento en el artículo 48 Superior, al establecer que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y en especial los derechos pensionales. (...)

PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS:

En la sentencia T-410-2017, la Corte Constitucional reitera jurisprudencialmente que el pago de incapacidad superior a los 180 días corresponde a la Administradora del Fondo de Pensiones, para tal efecto consideró: (...)

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expone a continuación. (...)

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones. (...)

(...)No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. (...)

En este punto, resulta entonces conveniente recordar la atribución de responsabilidades en relación con el pago de incapacidades a cargo de cada uno de los agentes intervinientes en el sistema de seguridad social, así:

Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (Jurisprudencia Corte Constitucional)
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Con fundamento en lo expuesto anteriormente, como se dijo en precedencia en el presente caso, la AFP Colpensiones deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta los 540 si a ello hubiere lugar, pues el concepto de rehabilitación se expidió y remitió dentro del término legal, conforme se infiere de las pruebas obrantes en el libelo. Por su parte, la EPS Compensar se encuentra obligada a sufragar el auxilio de incapacidad entre el día 3 y el 180 (tal como lo hizo y se acepta por el accionante) y a partir del día 540 de incapacidad en caso de que se presente tal situación.(...)

Sentencia de 03 de abril de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [110013337039201700237-01](#), M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña – Segunda Instancia.

ACCIONES DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA – En principio no es considerado un derecho fundamental y por ende no es amparable a través de la acción de tutela; sin embargo la jurisprudencia ha establecido que podrá adquirir este carácter “cuando su vulneración implica la amenaza del derecho al trabajo o el de asociación sindical – Improcedencia de la acción de tutela por existir otro mecanismo para debatir un conflicto laboral colectivo

Problema Jurídico: *Determinar ¿si confirma el fallo impugnado o si teniendo en cuenta los argumentos de parte accionante, es procedente revocar la decisión del juez a quo. Para desatar el problema jurídico, esta Corporación debe en primer lugar, determinar si la accionada (SENA) vulnera o amenaza el derecho fundamental de petición del sindicato actor; y como segundo aspecto, establecer si la solicitud de amparo resulta procedente para ordenar al empleador que inicie la etapa de arreglo directo y en caso afirmativo, definir si los derechos de asociación y debido proceso se encuentran conculcados al solicitar al Colectivo Sindical demandante que cumpla con un requisito de procedibilidad previo a la instalación de la mesa negociadora.?*

Extracto: “ (...) DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-248 de 2014, al referirse a la negociación colectiva determinó:

“6.1. En principio, el derecho a la negociación colectiva no es considerado un derecho fundamental y por ende no es amparable a través de la acción de tutela; sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que podrá adquirir este carácter, “cuando su vulneración implica la amenaza del derecho al trabajo o el de asociación sindical”. (...)

Por lo tanto, al presentarse una inconformidad laboral enmarcada dentro de las competencias de los inspectores del trabajo, corresponde al inconforme, a solicitud de parte iniciar la actuación administrativa, la cual se precisa, también puede ser iniciada de oficio (art. 6° de la Ley 1016 de 2013). (...)

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la acción constitucional para ordenar al empleador que inicie la etapa de arreglo directo, es menester resaltar que si la entidad consideró que con la contestación otorgada, el Sena solo estaba evadiendo la obligación que por ley le asiste de nombrar sus negociadores y asesores para luego, instalar la mesa de negociación, debió informar dicha situación al Ministerio de Trabajo, para que éste como autoridad competente adelantara la indagación correspondiente dentro de sus facultades administrativas y de encontrar alguna anomalía impusiera las sanciones dispuestas por el legislador y tomara los correctivos necesarios. Sin embargo, de lo aportado al proceso no se encuentra queja alguna elevada al Ministerio de Trabajo en el que se informe la situación acaecida y alegada por el Sindicato mediante la tutela, de hecho, si obra certificación del ministerio en la que consta que no existe solicitud alguna de investigación administrativa laboral presentada por Cossena, por presunta violación al art. 433 de C.S.T. (f. 74).

En ese contexto, se denota que el sindicato cuenta con otro mecanismo para lograr su pretensión tendiente a que las directivas del SENA instalen la mesa negociadora, sin que sea la acción de tutela el escenario idóneo para debatir lo pretendido, pues al Juez Constitucional le está prohibido usurpar competencias de otras autoridades.

Por consiguiente, al evidenciarse que para el caso concreto se pretende utilizar la tutela como mecanismo principal para debatir una controversia que por Ley esta reglada bajo otro procedimiento, no es procedente estudiar de fondo la petición del sindicato accionante en cuanto a su requerimiento de ordenar al SENA que inicie la etapa de arreglo directo (instalar la mesa de negociación), pues como se dijo en precedencia, el colectivo sindical tiene a su alcance otro mecanismo para debatir su inconformidad, cual es, la solicitud de investigación administrativa o querrela administrativa por violación al artículo 433 del C.S.T, ante el Ministerio de Trabajo, situación que lleva a modificar el fallo impugnado, para en su lugar declarar improcedente la acción de tutela respecto de las demás pretensiones de la demanda, por no respetarse el principio de subsidiariedad que le es propio. (...)

Sentencia de 18 de mayo de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. [110013336037201800088-01](#), M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña – Segunda Instancia.



ACCIONES DE TUTELA

ACCION DE TUTELA / CONSULTA DE DESACATO – IMPOSICIÓN MULTA A GERENTE REGIONAL BOGOTÁ DE LA NUEVA EPS-
Incumplimiento fallo de tutela – Derecho fundamental a la vida y la salud por no garantizarle al accionante el servicio de transporte prescrito por el médico tratante para asistir a sesiones de Hemodialis Trisemanales entre otros – Normatividad artículos 27,52 y 53 del Decreto 2591 de 1991 – Confirma auto que declaró en desacato a la parte demandada y la sancionó

Problema Jurídico: “¿Si es procedente imponer sanción a la señora (...), en calidad de Gerente Regional de Bogotá de la NUEVA EPS S.A., por el desacato al fallo de tutela del 21 de noviembre de 2017, que ordenó amparar los derechos de la señora (...).?”

Extracto:” Los artículos 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, disponen la obligación por parte de los accionados, de acatar y dar estricto cumplimiento a las decisiones que en sede de Tutela se adopten, la sanción en caso de persistir el incumplimiento y la responsabilidad penal que con ocasión del mismo se pueda generar, así:”**ARTICULO 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia...**ARTICULO 52.-Desacato. **La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo.**(...)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, dentro del incidente de desacato promovido por el señor (...) en calidad de agente oficioso de la señora (...), de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Nacional e inciso 2º del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, con ocasión de la sanción impuesta en auto del 31 de mayo de 2018, por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, mediante el cual sancionó con multa de dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes a la señora (...) en calidad de **GERENTE REGIONAL DE BOGOTÁ DE LA NUEVA EPS DE LA NUEVA EPS**, al declarar el desacato por el incumplimiento del fallo de tutela del 21 de noviembre de 2017.(...) Por lo anteriormente expuesto, observa el Despacho que una vez vencido el término otorgado a la Dra. (...), en condición de Gerente Regional de Bogotá de la NUEVA EPS S.A., para la acreditación del cumplimiento del fallo de tutela del 21 de noviembre de 2017, esta no ha acreditado que efectivamente le haya dado cumplimiento al mismo, y teniendo en cuenta que el accionante aduce que aún no lo ha hecho, la carga de la prueba se invierte, por lo tanto, es a la entidad a quien le compete probarlo. Así las cosas, se encuentra probada la conducta negligente de la Dra. (...), en condición de Gerente Regional de Bogotá de la NUEVA EPS S.A., toda vez que, nunca probó haberle dado cumplimiento del fallo de tutela del 21 de noviembre de 2017, en el sentido de garantizarle el servicio de transporte prescrito por el médico tratante a la señora (...), para que asistiera a las sesiones de hemodiálisis trisemanales en la Clínica Chía, así como el tratamiento integral que requiriera para el manejo adecuado de la enfermedad que padece, para lo cual, debería autorizar sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos, y en general, cualquier servicio que prescribiera el médico tratante, incumpliendo sin fundamento ni razón alguna la orden impartida, toda vez que, en el caso en concreto no se configuran las causales o circunstancias especiales de exoneración de responsabilidad, que impidieran la imposición de sanción alguna. Razón por la cual, es procedente la imposición de la sanción consistente en una multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes, en cabeza de la Dra.(...), en condición de Gerente Regional de Bogotá de la NUEVA EPS S.A., como lo decidió el A quo, lo que lleva a esta Sala a confirmar en su integridad la decisión adoptada mediante auto del 31 de mayo de 2018”.

Sentencia de 25 de junio de 2018, Sección Segunda Subsección “E” , Exp. [2589933300320170027801](#) M.P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnón – Segunda Instancia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CUNDINAMARCA

PRESIDENTE: DR. ISRAEL SOLER PEDROZA

SECCIÓN PRIMERA

PRESIDENTE: DR. FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

DR. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DR. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CARDENAS

DR. FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ

DR. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZON

SECCION SEGUNDA

PRESIDENTE: DR. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. CARMEN ALICIA RENQUIFO SANQUINO

DR. JOSE MARIA ARMENTA FUENTES

Dr. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DR. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS

DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN

DR. JOSE RODRIGO ROMERO ROMERO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:

DRA. LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÍGUEZ

DR. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

DR. SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN D:

DR. LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA

DR. CERVELEON PADILLA LINARES

DR. ISRAEL SOLER PEDROZA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:

DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO

DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON

DR. JAIME ALBERTO GALEANO GARZON

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:

DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

DRA. ETNA PATRICIA SALAMANCA GALLO

DR. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

SECCION TERCERA:

PRESIDENTE: DR. FRANKLIN PEREZ CAMARGO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

DR. JUAN CARLOS GARZON MARTINEZ

DR. ALFONSO SARMIENTO CASTRO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DR. FRANKLIN PEREZ CAMARGO

DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLON

DR. CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:

DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

DR. FERNANDO IREGUI CAMELO

DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA

SECCIÓN CUARTA

PRESIDENTE: DR. LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. GLORIA ISABEL CACERES MARTINEZ

DRA. AMPARO NAVARRO LÓPEZ

DR. LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DRA. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

DRA. NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA

DR. JOSE ANTONIO MOLINA TORRES.



DIRECCIÓN, EDICIÓN Y PUBLICACION

Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA
Presidente I.A.C

SALA DE GOBIERNO

⇒ **Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA**
Presidente

⇒ **Dr. ALFONSO SARMIENTO CASTRO**
Vicepresidente

⇒ **Dr. FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ**
Presidente Sección Primera

⇒ **Dr. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES**
Presidente Sección Segunda

⇒ **Dr. FRANKLIN PEREZ CAMARGO**
Presidente Sección Tercera

⇒ **Dr. LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑO**
Presidente Sección Cuarta

-Reseña de Fallos

Dra LAURA PATRICIA GUARÍN FORERO

Relatora Sección Segunda y Tercera

Dra CLAUDEA JIMÉNEZ TORRES

Relatora Sección Primera y Cuarta

Dra CLARA INESS SÁNCHEZ GUEVARA

Relatora Sección Segunda

-Auxiliares de Relatoría

María Amparo Kerguelen Botero

Mary Helen Cifuentes Prieto

Pedro Nelson Montenegro Santana

NOTAS:

⇒ Si desea obtener copia de las providencias a las que hace referencia este boletín, ingrese a <http://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/htm/index.xhtml>

⇒ En caso de requerir mayor información, comuníquese al teléfono 4233390 extensiones 8205 al 8210

⇒ La Relatoría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como órgano de consulta de jurisprudencia de la Corporación brinda información y suministra las providencias una vez estas han sido ejecutoriadas. La sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de descriptores, restrictores y la tesis, no exoneran al usuario de verificar la información con los textos de las providencias.