



**REPÚBLICA DE  
COLOMBIA**

**BOLETÍN  
ENERO,  
FEBRERO Y  
MARZO DE 2018**

# El Tribunal Informa



CONTENIDO	Pag.
PRESENTACIÓN	1
SECCIÓN PRIMERA	2
SECCIÓN SEGUNDA	22
SECCIÓN TERCERA	43
SECCIÓN CUARTA	67
TUTELAS	83
SALA PLENA	91
EDICIÓN Y PUBLICACIÓN	92

*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



**MEDIO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA DE LEY O ACTOS ADMINISTRATIVOS / ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN MILITAR PARA EL TRABAJO** – Los incisos 3° del artículo 20 de la Ley 1780/2016 y del artículo 42 de la Ley 1861 de 2017, tienen por objeto establecer el deber del ciudadano de solicitar ante la autoridad de reclutamiento la certificación acerca del estado de definición de su situación militar, más no la disposición del mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional de implementar un sistema de certificación vía internet

**Problema Jurídico:** ¿Le corresponde a la Sala determinar si el presente medio de control es procedente, y de así encontrarlo, establecer si el Ministerio de Defensa Nacional, ha incumplido con lo dispuesto el inciso 3° del artículo 20 de la Ley 1780 de 2016 y en el inciso 3° del artículo 42 de la Ley 1861 de 2017.?

**Extracto:** “(...) Los incisos 3° del artículo 20 de la Ley 1780 de 2016 y del artículo 42 de la Ley 1861 de 2017, que la demandante alega como incumplidos por parte del Ministerio de Defensa Nacional, prescriben que los ciudadanos que accedan a los beneficios previstos en estas normas, deberán tramitar ante las autoridades de reclutamiento una certificación provisional en línea que acredite el trámite de la definición de la situación militar, por una única vez, que será válida por el lapso de los (18) meses para definir su situación militar.

Revisadas los artículos de las leyes referidas, el deber que se observa es el del ciudadano, de tramitar ante las autoridades de reclutamiento la certificación provisional en línea que acredite que su situación militar se encuentra en curso. No obstante, de la norma no se deduce un mandato imperativo e inobjetable que indique el deber de la autoridad administrativa de implementar una plataforma Web en la cual los ciudadanos accedan y soliciten la aludida certificación, tal y como lo exige la demandante.

Ahora, entiende la Sala que si al ciudadano se le exige tramitar en línea una certificación en la que conste que la definición de su situación militar se encuentra en curso, bajo el criterio de la lógica puede afirmarse que las “autoridades de reclutamiento” ante las cuales debe solicitarse la certificación, tienen que contar con un servicio en sus páginas Web institucionales en el que sea posible la expedición de los aludidos certificados. Así, podría estimarse un deber en cabeza de estas autoridades.

Sin embargo, tal deber para ser exigible en el ejercicio del presente medio de control, debe ser un mandato imperativo e inobjetable, por lo que tiene que estar clara y expresa la obligación en cabeza de la autoridad, de implementar un sistema en internet para la expedición de los certificados a los ciudadanos cuya definición de la situación militar se encuentra en trámite. Además, tal obligación debe ser actualmente exigible, lo que para este caso se traduce en el señalamiento de un periodo de tiempo dentro del cual las autoridades se encuentren obligadas de implementar el sistema de certificación en línea.

Todos estos aspectos, no pueden deducirse de los incisos 3° del artículo 20 de la Ley 1780 de 2016 y del artículo 42 de la Ley 1861 de 2017, siendo entonces claro que la norma lo que tiene por objeto es establecer el deber del ciudadano de solicitar ante la autoridad de reclutamiento la certificación acerca del estado de definición de su situación militar, más no la disposición acerca del mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional, de implementar un sistema de certificación vía internet. (...)”

[Sentencia de 22 de febrero de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. 25000-23-41-000-2018-00057-00 , M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno – Primera Instancia.](#)



**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / POTESTAD DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA PARA CUESTIONAR O DESESTIMAR LOS ESTADOS FINANCIEROS DE UNA COMPAÑÍA SOMETIDA A CONTROL FISCAL – El control fiscal como porte de la vigilancia de la gestión fiscal, implica el examen con base en las normas de auditoría de aceptación general de los estados financieros de una entidad – La Contraloría General de la República no puede supeditarse a los criterios de evaluación financiera que efectuó la Superintendencia Nacional de Salud – Los criterios en materia de reglas contables o presentación de estados financieros que tenga la Superintendencia Nacional de Salud, no prevalecen sobre los que disponga la Contraloría General de la República / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL – Definición – Cómo se aplica cuando el hecho generador del daño es de tracto sucesivo / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Prescripción de la responsabilidad objetiva en los juicios de responsabilidad fiscal / LA SOLIDARIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL – La solidaridad no puede predicarse de la misma manera entre quienes eran gestores fiscales y quienes no lo eran en determinadas anualidades**

**Problema Jurídico: ¿La cuestión versa entonces en establecer si la Contraloría General de la República tenía la competencia para cuestionar los estados financieros auténticos, respecto de los cuales la Superintendencia Nacional de Salud presuntamente no había hecho observación alguna. Acto seguido debe verificarse si los hallazgos de la CGR son suficientes para derrotar la presunción de legalidad que recae sobre los estados financieros de SALUDCOOP EPS OC, planteamientos que en caso de ser afirmativos, indudablemente darán lugar a desestimar el dictamen pericial anticipado, al tener por fundamento unos estados financieros cuestionados y que no reflejan la realidad financiera de la EPS?**

**Extracto:** “(...)En efecto la Superintendencia Nacional de Salud ejerce la competencia de velar por el cumplimiento de las normas vigentes en materia contable, margen de solvencia y patrimonios mínimos de las entidades promotoras de salud, tal y como lo refirió en la circular externa No. 000137 del 6 de agosto de 2002 “instrucciones en materia de información contable, administrativa, estadística y de margen de solvencia”, motivo por el cual, se encuentra facultada incluso para imponer sanciones por desconocimiento de tales prescripciones en uso de la potestad que le otorga el artículo 230 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, ello no quiere decir que esta competencia excluya la posibilidad del análisis y revisión de la información contable por parte de otras entidades que desde otros ámbitos ejerzan funciones de control, como lo es el caso de la Contraloría General de la República en materia de control fiscal, es decir, de la revisión de la gestión fiscal de las entidades promotoras de salud que manejen fondos o bienes del Estado, en este caso, los recursos de la seguridad social en salud. (...)

El control fiscal, como parte de la vigilancia de la gestión fiscal, implica el examen, con base en las normas de auditoría de aceptación general de los estados financieros de una entidad, que reflejen razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en su elaboración y en las transacciones y operaciones que los originaron, y si se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General de la Nación. (...)

En salvaguarda de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 268 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República no puede supeditarse a los criterios de evaluación financiera que efectúe la Superintendencia Nacional de Salud, ni a los controles que haga tal entidad sobre sus entidades vigiladas (en este caso las EPS) cuando sea necesario efectuar el control fiscal. De la misma manera, los criterios en materia de reglas contables o presentación de estados financieros que tenga la Superintendencia Nacional de Salud, no prevalecen sobre los que disponga la Contraloría General de la República.

Así, debe darse plena prevalencia a la autonomía jurídica del órgano de control fiscal, motivo por el cual, se encuentra autorizado para revisar los estados financieros de SALUDCOOP EPS OC, incluso sin la formulación de objeción alguna a tales estados en los periodos correspondientes al año 1998 a 2010 por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, como ha referido de manera insistente el perito a lo largo de este proceso, y por tanto es pertinente analizar si los hallazgos referidos por el ente de control fiscal, son adecuados como sustento de la decisión de responsabilidad fiscal. (...)

(...)Si bien la Contraloría General de la República refirió que en SALUDCOOP se usó indebidamente o se permitió el uso indebido de los recursos parafiscales, esto no significa que el daño fiscal imputado se haya imputado por la modalidad de “uso indebido”, sino de “detrimento patrimonial” y “aprovechamiento” de los recursos públicos del SGSSS que tenían destinación específica, lo cual es acorde con los criterios dados por la H. Corte Constitucional en la sentencia en cita.

(...) **II. La caducidad de la acción fiscal** (...)

Se reitera que el hecho de tracto sucesivo generador del daño, lo constituyó el indebido manejo de los recursos parafiscales de destinación específica, gestado desde el año 1998 hasta el año 2010, y teniendo en cuenta que la imputación de responsabilidad fiscal se profirió en Auto 277 del 7 de noviembre de 2012, es claro para la Sala que a esa fecha no se había configurado el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal. (...)

La solidaridad en el pago correspondiente al perjuicio patrimonial causado, no puede entenderse como una disposición desfavorable respecto del pago individual, puesto que si bien esta obligación faculta a que se realice el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposos, hayan sido encontrados responsables fiscales, en todo caso el deudor que haya pagado la deuda tiene a su favor la

prerrogativa de subrogación a la que se refiere el artículo 1579 del código civil, (...)

Sin embargo, esto de ninguna manera puede limitar el estudio sobre el monto de resarcimiento del patrimonio público que le corresponda a la demandante como responsable fiscal, considerando como lo hizo la CGR, que como fue declarada responsable fiscal, debía responder solidariamente de la totalidad del daño causado, así entre los años 1998 a 2004 no haya tenido vínculo alguno ni ejercido gestión fiscal al servicio de SALUDCOOP EPS O.C. La conclusión de la Contraloría conlleva a la atribución de una responsabilidad objetiva en contra de la actora, desconociendo lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, al no estar sustentada esa obligación de resarcimiento del patrimonio público en las aludidas anualidades, en una conducta que le fuera reprochada, y en un nexo de causalidad de tal conducta con el daño endilgado.

Se entiende la existencia de una responsabilidad solidaria entre quienes en el mismo periodo se desempeñaron como gestores fiscales, y que con ocasión de la administración, planeación y manejo indebido de los recursos del SGSSS causaron el daño fiscal; sin embargo, la solidaridad no puede predicarse de la misma manera entre quienes eran gestores fiscales y quienes no lo eran en determinadas anualidades, verbigracia, quienes fueron declarados responsables fiscales por haber administrado los recursos públicos indebidamente entre los años 1998 a 2010, y quienes como la demandante se vincularon con la empresa desde el año 2005, ejerciendo su gestión fiscal a partir de ese periodo, por cuanto en este caso, no se le puede responsabilizar del manejo financiero de la compañía antes de laborar para SALUDCOOP (desde el año de 1998 hasta el año 2004), por lo que no comparte un reproche de dolo o culpa común con otros gestores fiscales, que le permitan aplicar el criterio de solidaridad para exigirle la totalidad del resarcimiento al patrimonio público.

En conclusión, la Contraloría General de la República al responsabilizar a la demandante, solidariamente y a título de dolo por el detrimento patrimonial causado con ocasión de la inadecuada administración, planeación y manejo de los recursos públicos del SGSSS, en los periodos contables de 1998 a 2004, época para la cual la actora no se desempeñaba como miembro del Consejo de Administración de la EPS, le aplicó un juicio de responsabilidad objetiva, desconociendo lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000 y trasgrediendo el derecho al debido proceso que le asiste a la demandante.

En virtud de lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de los actos administrativos que se demandan, disponiendo lo concerniente al restablecimiento del derecho en los términos que se expondrán más adelante en esta providencia. En todo caso, como este vicio de nulidad se limita a la cuantía de resarcimiento patrimonial endilgado a la demandante, ello de ninguna manera tiene la entidad para desestimar la existencia del daño patrimonial, la conducta reprochable a la actora y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño, durante el periodo en el que la señora Piñeros Ricardo se desempeñó como gestora fiscal de SALUDCOOP (desde el año 2005 al año 2010), aspectos que serán objeto de decisión bajo el estudio de los demás argumentos de nulidad propuestos en el escrito de demanda. (...)

Debe aclararse que en el fallo con responsabilidad fiscal se indica que en el Acta No. 87 del 20 de diciembre de 2001, la demandante asistió en calidad de miembro de la Junta de Directores (Consejo de Administración). Sin embargo, referida tal acta en el expediente, se tiene que la actora asistió a esa reunión pero en calidad de Vicepresidente Técnica, lo cual es relevante para reforzar la conclusión ya dada, en el sentido que la conducta reprochada a la actora en la generación del detrimento patrimonial, se limita a su gestión fiscal desarrollada en ejercicio de su labor como miembro del Consejo de Administración, lo cual solo se dio a partir del año 2005.

En ese orden, no conviene la Sala que a la demandante se le haya imputado y declarado responsabilidad fiscal por su participación como Vicepresidente Técnico de SALUDCOOP, como miembro suplente de la Junta Directiva de Contac Service LTDA., o por figurar en las actas de las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de la Escuela de Medicina Juan N. Corpas, teniendo en cuenta, además, que desde el auto de imputación se precisa que la conducta que se le reprocha a la demandante, es en calidad de miembro del Consejo de Administración de SALUDCOOP, lo cual también se evidencia en el Fallo de responsabilidad fiscal, al referir la “valoración de la conducta y el nexo causal” respecto de la actora. (...)

(...) Se encuentra probado en el proceso el daño patrimonial derivado de la indebida administración, planeación y manejo de los recursos del SGSSS que tenían destinación específica, siendo utilizados para inversiones y gastos que no guardaban relación directa con el Sistema sin que hayan sido cubiertos por los recursos propios de la EPS, los cuales eran insuficientes para llevar a cabo tales operaciones. Así mismo, se dejaron de pagar las deudas a los proveedores externos, y se recurrió a prácticas como las de girar cheques a los proveedores sin entregarlos como solución a los problemas de liquidez de la EPS. (...)

(...) Se configuró así un daño patrimonial de carácter continuado establecido en los periodos 1998 a 2010 por un valor total actualizado al 30 de octubre de 2013, por \$1.421 178.399.072,78. (...)

(...) La demandante ejerció indebidamente la planeación, administración y manejo de los recursos públicos del SGSSS, contribuyendo de manera directa en la causa del daño fiscal endilgado en los actos administrativos que se demandan, incurriendo en una conducta que guarda nexo de causalidad con el aludido detrimento patrimonial. (...)

**Sentencia de 08 de marzo de 2018, Sección Primera – Subsección “A”, Exp. 250002341000201401455-00 M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno Primera Instancia.**

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR / DERECHOS COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS** – Los instrumentos que el ordenamiento jurídico contemplan para la protección de los derechos de los consumidores, pueden ser individuales o colectivos – Es susceptible de ser amparado en sede de acción popular si bien el Juez de la acción popular no tiene competencia para determinar la política económica a seguir por el gobierno nacional, si le corresponde en el marco del modelo económico social de mercado, determinar los eventos en los cuales la aplicación de una política económica incide de manera negativa en los derechos de los consumidores y usuarios / **DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES** / La acción popular resulta eficaz como medio para la protección de los menores de edad, pero solo en tanto integrante del colectivo al que se refiere el derecho e interés colectivo de que se trate / **IMPORTACIÓN DE ARROZ - Política proteccionista vs libre importación**

**El problema jurídico ¿Corresponde a la Sala determinar si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, han vulnerado los derechos colectivos de los consumidores así como los derechos de los niños y adolescentes; al establecer medidas que limitan la importación de arroz por parte de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones?**

**Extracto:** “(...) Por su parte, el literal n) (Del artículo 4°. Nota de relatoría) de la Ley 472 de 1998 define como derecho colectivo n) los derechos de los consumidores y usuarios, categoría respecto de la cual el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“ (...)Su finalidad, en últimas, es hacer de la acción popular un canal más para la protección de los intereses de un colectivo tan significativo dentro del funcionamiento del sistema económico social de mercado instaurado por la Constitución como los consumidores y usuarios, caracterizado por su vulnerabilidad y posición de desigualdad en las relaciones de consumo. De aquí que como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala de Decisión “los instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla para la protección de los derechos de los consumidores, pueden ser individuales o colectivos”.

(...)En este orden de ideas, se tiene que el reconocimiento de este derecho colectivo busca establecer una suerte de contrapeso a la libertad de empresa proclamada por la Carta como uno de los pilares del sistema económico, en tanto que apunta a focalizar la atención de las autoridades no solo en la promoción de la libre competencia y el eficiente funcionamiento del mercado, sino también en este segmento de la población que por sus características (lega, y por lo tanto, desprovisto de información y conocimiento profundo del bien o servicio que se adquiere) y la posición que ocupa (carente de un poder de negociación significativo en el mercado) tiende a ser la parte débil de las transacciones que tienen lugar con productores, comercializadores y distribuidores de bienes y servicios. (...)

Cabe mencionar que los derechos de los niños, tal como han sido previstos en el artículo 44 de la Constitución, y debido a su carácter de derechos fundamentales cuentan con un mecanismo usual de protección que es la acción de tutela. No obstante, dicho medio de control, dado su carácter subsidiario, opera frente a la ausencia de un mecanismo principal de defensa judicial de los intereses de los menores de edad o en el evento de la ineficacia del mecanismo principal existente. (...)

La Sala quiere puntualizar que si bien a través de un acto atentatorio contra los derechos colectivos puede resultar perjudicado el interés subjetivo de los menores de edad, la acción popular resulta eficaz como medio para la protección de los menores de edad, pero solo en tanto integrantes del colectivo al que se refiere el derecho e interés colectivo de que se trate. (...)

El informe anterior (Informe del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el cual analizo el comportamiento del precio del arroz paddy en los últimos 7 años. Nota de relatoría) permite advertir con claridad que, contrario a lo afirmado por el actor popular, el actual estado de cosas en materia de incrementos significativos en la producción nacional del arroz, hechos registrados en los años 2014 - 2016, que se produce en el mismo contexto de restricciones a la importación de este bien de los países de la CAN, se ha traducido en una inflación negativa del producto, es decir, en un abaratamiento del mismo en relación con el precio de los años precedentes, al punto de registrar una proyección para el 2017 de -3,79% del IPC del arroz. (...)

Si bien el juez de la acción popular no tiene competencia para determinar la política económica a seguir por el Gobierno Nacional; si le corresponde, en el marco del modelo de economía social de mercado, determinar los eventos en los cuales la aplicación de una política económica incide de manera negativa en los derechos de los consumidores y usuarios.

El estudio de Fedesarrollo, arrimado por el actor popular, informa sobre la existencia de una correlación entre la política restrictiva de importación del arroz y el elevado precio del producto al consumidor en Colombia durante el periodo comprendido entre los años 2009 a 2012. Sin embargo, de dicho estudio no se deriva que la aplicación de una política de libre importación del producto podría traducirse en una disminución del precio del arroz al consumidor.

En este sentido, debe mencionarse el estudio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el que da cuenta de las características de la industria de transformación del arroz en Colombia como propia de un mercado con tendencias al oligopolio y al oligopsonio, elementos que permiten reforzar la tesis de que una liberación de importaciones no se traducirá necesariamente en una disminución del precio al consumidor porque los beneficios derivados de un menor costo del arroz paddy bien podrían quedarse en el proceso industrial, sin traducirse en un alivio al consumidor. (...)

**[Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Primera – Subsección “A”, Exp. 250002341000201502137-00 M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Primera Instancia.](#)**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL DE REVISIÓN DE PROYECTOS DE CONSULTA POPULAR – Definición – Requisitos – Concepto previo – Trámite – Efectos de la Consulta – Cumplimiento – Control previo de constitucionalidad – El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es Juez de Constitucionalidad, lo cual implica que el juicio de que se trata debe consistir en un examen de cotejo entre el mecanismo concreto de participación ciudadana que se proponga y la constitución / COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA REGULAR LA ATIVIDAD MINERA Y DE HIDROCARBUROS – Las entidades territoriales tienen competencia para regular aspectos que afecten el uso del suelo, ello en armonía con los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución y la Ley 388 de 1997 – Características que debe tener la pregunta de la consulta popular “lealtad y claridad”**

**El problema jurídico ¿Corresponde al Tribunal resolver sobre la constitucionalidad de la Consulta Popular minera y de hidrocarburos presentada por el Alcalde de Sibaté, Cundinamarca?**

**Extracto:** “(...) El artículo 20, literal d), de la ley 1757 de 2015 dice que los concejos o las juntas administradoras locales, según se trate, se pronunciarán sobre la conveniencia de las consultas populares de iniciativa gubernamental en las respectivas entidades territoriales.

Los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo competentes se pronunciarán sobre la constitucionalidad del mecanismo de participación democrática a realizarse.

Todo proceso de revisión previa de constitucionalidad de convocatoria a mecanismos de participación democrática deberá permitir un periodo de fijación en lista de diez días para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la propuesta y el Ministerio Público rinda su concepto. (...)

El tribunal de lo contencioso administrativo es juez de constitucionalidad, lo cual implica que el juicio de que se trata debe consistir en un examen de cotejo entre el mecanismo concreto de participación ciudadana que se proponga y la Constitución.

Así mismo, debe indicarse que según la sentencia C-150 de 2015, por medio de la cual la Corte Constitucional revisó en forma previa la constitucionalidad de la ley 1757 de 2015, merced el control judicial hecho por el tribunal contencioso administrativo, “se evita que la intervención del pueblo recaiga, por ejemplo, sobre una pregunta que exceda los intereses del respectivo nivel territorial o que desconozca normas superiores.”.

La Corte Constitucional, en la misma sentencia, precisó que esa revisión previa es “integral en tanto comprende la regularidad del procedimiento y la compatibilidad material con la Constitución.”.

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

La norma de que se trata (Artículo 33 de la Ley 136 de 1994. Nota de relatoría) tiene una gran trascendencia puesto que define los elementos establecidos en la ley conforme a los cuales es procedente una Consulta Popular.

Esto es, no siempre, de acuerdo con la regulación legal, resulta procedente la Consulta Popular. Hay lugar a ella si se cumple con los requisitos que establece la norma, a saber:

que los proyectos amenacen con crear un cambio significativo en el uso del suelo; y

que dicho cambio en el uso del suelo dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio.

Esto significa que cuando un municipio pretende someter a Consulta Popular las actividades de exploración, explotación y/o extracción de minerales e hidrocarburos en pequeña, mediana y gran escala en su territorio, debe considerar que en caso de que la misma se prohíba, es lógico que tal prohibición, para cumplir con los términos de la ley 136 de 1994, debe cobijar sólo a aquellos proyectos que supongan un cambio significativo en los usos del suelo y que dicho cambio implique una transformación en las actividades tradicionales del municipio. (...)

(...) Las entidades territoriales tiene competencia para regular aspectos que afecten el uso del suelo, ello en armonía con los artículos 311 y 313, numeral 7, de la Constitución y la Ley 388 de 1997.

De manera que al ser la actividad de hidrocarburos un proyecto que transforma el uso del suelo es competencia del Municipio regular tal aspecto y desarrollar la consulta popular en los términos del artículo 33 de la Ley 136 de 1994, pues cabe dentro de la expresión proyectos “de otro tipo” que “amenacen con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio.”. (...)

Esta fórmula constituye, en criterio de la Sala, la forma más adecuada que permite conciliar la competencia con que cuentan los municipios de, incluso, prohibir los proyectos mineros y de hidrocarburos; con el condicionamiento fijado por el artículo 33 de la ley 136 de 1994 en el sentido de que las prohibiciones que surjan de una Consulta Popular se aplicarán a proyectos de cualquier tipo que amenacen con crear un cambio significativo en el uso del suelo y que dicho cambio en el uso del suelo de lugar a una transformación en las actividades tradicionales del municipio. (...)

(...) Se advierte que la Consulta Popular municipal de iniciativa gubernamental requiere: (i) la firma de todos los secretarios del Despacho; (ii) concepto del Concejo Municipal sobre la conveniencia de la Consulta, emitido dentro de los 20 días siguientes a la solicitud del alcalde; y (iii) decisión del Concejo Municipal de rechazo o apoyo, por

## SECCIÓN PRIMERA

mayoría simple (los dos últimos requisitos ya venían desde la Ley 134 de 1994). (...)

La norma transcrita implica que la pregunta que se pretende someter a consideración de la voluntad popular debe tener la claridad suficiente como para que pueda ser resuelta de manera afirmativa o negativa.

En relación con el contenido de la pregunta resulta pertinente indicar que esta debe estar redactada de tal forma que no afecte la libertad del elector, debe ser clara y no debe inducir la decisión del votante; con tal propósito, la Corte Constitucional fijó en la sentencia C-551 de 2003 una serie de subreglas que fueron sintetizadas en la sentencia T-445 de 2016:

“(...) La redacción de las preguntas puede afectar libertad del elector: “los defectos de redacción de un cuestionario sometido a la consideración del pueblo no configuran un problema puramente técnico sino que tienen obvia relevancia constitucional, pues pueden comprometer la libertad del elector.”

(...) Las preguntas deben cumplir con exigencia de lealtad y claridad: “Es indudable que la protección de la libertad del elector implica la doble exigencia de lealtad y claridad en la redacción del texto sometido a consideración del pueblo.”

(...) Las preguntas inductivas violan libertad del elector y desconocen la exigencia de lealtad: “Puede suceder que según los términos en que sean redactadas las preguntas, éstas puedan ser manipulativas o directivas de la voluntad del ciudadano, inductivas de la respuesta final, tendenciosas o equívocas, lo cual puede conducir a la desinformación, al error, o a una falsa percepción del fenómeno político. Para la Corte es evidente que este tipo de preguntas mengua de manera significativa las condiciones de libertad del sufragante y obviamente desconoce la exigencia de lealtad. (...) En conclusión, la incorporación en el texto de la ley de notas o preguntas introductorias que puedan ser consideradas como inductivas o equívocas, que empleen lenguaje emotivo, o que estén incompletas, implica una amenaza al principio constitucional de libertad del sufragante lo cual podría llegar a viciar el proceso de formación de la voluntad política de la ciudadanía.”

(...) Criterios objetivos para evaluar notas introductorias y preguntas: “Las notas introductorias deben satisfacer ciertos requisitos como, (1) estar redactadas en un lenguaje sencillo y comprensible, (ii) que sea valorativamente neutro, (iii) ser breves en la medida de lo posible, (iv) no ser superfluas o inocuas y (v) ser comprensivas del objeto que el artículo expresa. Para la Corte la satisfacción de estos requisitos garantiza que las notas introductorias (1) no sean un factor de manipulación de la decisión política (ii) no induzcan la respuesta del elector (iii) no presenten información parcial o engañosa y por lo tanto no vicien la voluntad política, (iv) garanticen condiciones favorables para el correcto ejercicio del derecho político, (v) otorguen pulcritud y corrección al proceso de convocatoria, y (vi) revistan de un mayor grado de legitimidad la decisión que se tome.”

(...) Debe haber una alta probabilidad entre la finalidad indicada en la pregunta introductoria y el medio propuesto por la pregunta: “Para la Corte, la garantía de libertad del elector implica que las preguntas introductorias redactadas en esos términos suponen que existe una relación de causalidad clara, y no meramente hipotética, entre el fin (nota introductoria) y el medio (texto del artículo), lo cual implica que sea posible establecer que una vez aprobado el artículo la finalidad señalada se alcanza con una alta probabilidad.” (...)

Sobre la “lealtad” y “claridad” de la pregunta que se pretende realizar en una consulta popular, la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003 puntualizó sobre el particular en el sentido de que “la exigencia de lealtad y claridad apunta a garantizar que esa deliberación se realice partiendo de una base neutral sin inducir al elector a engaños o equívocos”. (...)

(...) Al tribunal le corresponde efectuar un juicio de constitucionalidad a partir de un cotejo entre la consulta popular concreta y la Constitución.

Con tal propósito, le vinculan el contenido de la Constitución, porque así lo dicen las leyes estatutarias sobre mecanismos de participación, y estas mismas leyes -las estatutarias de participación- porque son ellas las que fijan los parámetros para la consulta popular desde el punto de vista procedimental.

Pero el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no sólo está vinculado por el marco normativo anterior, sino también por las leyes que desde el punto de vista sustantivo regulan la materia que se debatirá por la ciudadanía en la Consulta Popular y con la jurisprudencia constitucional relevante, pues el juez tiene la carga de asegurar la integridad y armonía del sistema jurídico de manera que la voluntad ciudadana expresada en las urnas resulte congruente con la ley. (...)

[Sentencia de 27 de febrero de 2018, Sección Primera – Subsección “A”, Exp. 250002341000201702056-00 M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Única Instancia.](#)



## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN RENUENCIA EN LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO – Elemento – FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Sólo puede conllevar a la falta de prosperidad de la acción de cumplimiento / ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – Improcedencia cuando lo que se pretende es hacer efectivo el pago de acreencias por cuanto existen otros mecanismos de defensa**

**Problema Jurídico:** ¿Consiste en decidir si debe ordenarse a las entidades accionadas el cumplimiento de la Resolución No. 010 de 16 de diciembre de 2015, mediante la cual se reconocieron unos valores por concepto de “CME Servicios Médicos Prestados bajo la modalidad de Evento” a favor de la Clínica Cardio 100 S.A.S., proferida por el Liquidador de la Sociedad Humana Vivir S.A. Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado en Liquidación.

**Extracto:** “(...) De la sentencia transcrita se colige (Sentencia de 5 de diciembre de 2011, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación No. 25000-23-24-000-2010-00764-01(ACU), Consejera Ponente, Dra. SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Nota de relatoría) que para considerar agotado el requisito de procedibilidad de la constitución en renuencia, se deben tener en cuenta dos elementos: (i) la solicitud de cumplimiento dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia; y (ii) la renuencia al cumplimiento que puede configurarse en forma tácita o expresa, en la medida en que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio. (...)

Conforme a lo expuesto, se debe tener en cuenta lo expresado por la alta Corporación, en el sentido de que aunque la respuesta a la solicitud de cumplimiento, emitida oportunamente, sea contraria al querer del ciudadano, se considera acreditado el requisito de procedibilidad, con independencia de si le asiste o no razón para ello; por cuanto este es un aspecto que se debe analizar al momento de estudiar de fondo la solicitud de cumplimiento. (...)

De la sentencia transcrita en cita se desprenden dos aspectos relevantes: (i) el artículo 87 de la Constitución Política consagra, en lo relacionado con la acción de cumplimiento, que por el extremo pasivo de la relación jurídico procesal deberá vincularse a la autoridad renuente al cumplimiento del deber omitido; y (ii) la carencia de la debida legitimación en la causa por pasiva solo puede conllevar a la falta de prosperidad de la acción de cumplimiento, teniendo en cuenta que un mandato judicial de actuación o abstención, sólo puede dirigirse a quien tenga la competencia para cumplir con el deber omitido. (...)

Al respecto, la Sala considera que para hacer efectivo el pago de sus acreencias, la actora puede adelantar un proceso ejecutivo en relación con el acto administrativo que le reconoció la suma de \$4.324'467.917,00.

Igualmente, la Sala considera que no hay prueba sobre la existencia de un perjuicio grave e inminente que impida a la actora acudir al proceso ejecutivo; falencia probatoria que debía absolver la demandante.

En síntesis, el juez de la acción de cumplimiento no es el juez competente para el conocimiento de la presente controversia, motivo por el cual esta acción es improcedente ante la existencia de otros mecanismos de defensa, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, (...)

[Sentencia de 14 de marzo de 2018, Sección Primera, Subsección “A”, Exp. 25000-23-41-000-2018-00162-00, M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano – Primera Instancia.](#)



## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR / CONDENA AL PAGO DE PERJUICIOS EN ACCIÓN POPULAR – Se encuentra condicionada a varios elementos / DERECHO COLECTIVO AL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN – Marco internacional de protección del patrimonio cultural – Normatividad constitucional que garantiza y protege el patrimonio cultural – Las redes de servicios públicos domiciliarios, en tanto que deben preservar condiciones de seguridad, de continuidad, de mutación o reemplazo por cambio de tecnologías, no pueden estar supeditadas a una autorización adicional en tanto las mismas se encuentran instaladas en un inmueble de interés cultural, pues por encima se encuentra el interés de la comunidad**

**Problema Jurídico: ¿Corresponde a la Sala determinar si la ejecución de la demolición y construcción de una planta eléctrica en el sector del CUAN por parte de la CODENSA SA ESP vulneró los derechos colectivos a la preservación del patrimonio cultural de la Nación, el respeto de las normas urbanísticas y el medio ambiente.?**

**Extracto:** “(...) Para la Sala es claro que no obstante que el artículo 34 de la ley 472 de 1998 dispone que en la sentencia le corresponde al juez disponer sobre la “Condena al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo”, es lo cierto que dicha condena se encuentra condicionada a varios elementos: (1) debe estar probado el daño producido; (2) la condena debe ser impuesta al responsable de la acción u omisión que produce el daño; (3) debe existir nexo causal entre el hecho y el daño antijurídico que vulnera derechos colectivos. Así las cosas, la condena debe ser impuesta a favor de la entidad pública no culpable encargada de la protección del derecho, (...)

Existe por consiguiente una pretensión ajena al propósito de la acción popular lo que comporta declarar la prosperidad de la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, y en tanto que la oportunidad procesal para resolver el tema era la admisión de la demanda, donde debió rechazarse la demanda frente a esta pretensión, corresponderá ahora disponer la improcedencia de la acción popular el reclamado de perjuicios a favor de la parte demandante. (...)

Corresponde a la Sala determinar si la ejecución de la demolición y construcción de una planta eléctrica en el sector del CUAN por parte de la CODENSA SA ESP vulneró los derechos colectivos a la preservación del patrimonio cultural de la Nación, el respeto de las normas urbanísticas y el medio ambiente. (...)

**El inmueble, desde antes de la construcción de la urbanización CUAN existe una Subestación de Energía, que no forma ni puede formar parte del concepto de protección como bien cultural, en tanto que la misma se encuentra construida y destinada a la satisfacción de un interés general de la comunidad, y que tal como muestran los registros fotográficos, comprende dotación técnica destinada a la prestación de dicho servicio público, que carece valor e interés cultural que deba ser protegido. No así, el conjunto como tal, al cual el Ministerio de Cultura le ha dado el valor cultural que corresponde, al convertirse en el Primer Conjunto Residencial de Colombia, hecho que lógicamente tiene connotación cultural y arquitectónica de especial protección del Estado.**

**Así las cosas, el valor cultural del inmueble deviene de su construcción y no de la existencia de la Subestación de Energía destinada a la prestación de un servicio público como es la conducción de las líneas de Alta Tensión, como se verá más adelante. (...)**

De manera que ha sido el propio Ministerio de Cultura la entidad que le ha reconocido legitimación a CODENSA para realizar la intervención de una Subestación de Energía, que como tal, forma parte de la red de servicios públicos domiciliarios, de especial protección, distinta a las reglas de protección cultural, pues dicha subestación de energía no ha sido declarada como patrimonio cultural, en tanto que es un instrumento tecnológico necesario para la prestación del servicio, y que como se vio en el curso del proceso, en el licenciamiento otorgado por parte de la Curaduría, la remodelación era necesaria, en tanto que va a la par del desarrollo tecnológico del país y del mundo. Considera la Sala entonces que las redes de servicios públicos domiciliarios, en tanto que deben preservar condiciones de seguridad, de continuidad, de mutación o reemplazo por cambio de tecnologías, no pueden estar supeditadas a una autorización adicional, en tanto las mismas se encuentran instaladas en un inmueble de interés cultural, pues por encima se encuentra el interés de la comunidad, (...)

En conclusión entonces, para la Sala se encuentran claramente determinado que para la implementación del proyecto de modernización de la Subestación Eléctrica del CUAN no se requiere de licencia de construcción, ni autorización previa en tanto que la misma se encuentra soportada en razones de orden puramente técnico, con el propósito de garantizar la modernización del servicio. (...)

**En nuestro caso, ya se ha dejado en claro que la implementación de obras de modernización de las redes eléctricas, no se encuentra sometida a licenciamiento, tal como fue explicado debidamente por las distintas autoridades en el curso de la actuación administrativa, determinado eso sí que la transformación de obras civiles conllevan licencia de construcción, en tanto que las mismas debe cumplir condiciones de sismo resistencia protegidas por la ley 400 de 1997. (...)**

**[Sentencia de 08 de febrero de 2018, Sección Primera Subsección “A”, Expediente 2500023240002011-00407-01 M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Primera instancia.](#)**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR / PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN EN ACCIONES POPULARES – Decisiones susceptibles de dichos recursos y tramite / DERECHO COLECTIVO DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Para que se configure su vulneración se requiere del elemento subjetivo consistente en perseguir la satisfacción de intereses particulares o personales / PROPUESTAS Y/O CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA – Normatividad –Trámite / DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO – Tiene como propósito prevenir y combatir el detrimento del patrimonio público y su administración eficiente y responsable**

**Problema Jurídico: ¿Corresponde a la Sala determinar si el hecho que se haya adjudicado el contrato de concesión ICQ-081319X, a la señora (...) por parte del Servicio Geológico Colombiano, se afectaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público?**

“(…) De lo anterior (Transcripción artículos 26 y 37 de la Ley 472 de 1998. Nota de relatoría) se tiene que por disposición legal el recurso de apelación en acciones populares sólo procede contra el auto que decreta medidas cautelares y la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, la Jurisprudencia ha establecido que también es procedente el recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda, así lo manifestó el Honorable Consejero de Estado Enrique Gil Botero en sentencia del 12 de diciembre de 2007, expediente 2005-1856, (...)

Así las cosas, la Sala debe decir que el auto que negó la vinculación de un tercero es uno de los tantos que se da a lo largo del trámite de la acción popular, esto es, encaja en los establecidos en el artículo 36 de la Ley 472 de 1998 ya trascrito. (...)

(…) 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. (...)

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), situaciones que no se presentan en el caso concreto, como pasa a exponerse: (...)

Resulta de especial importancia resaltar que el incumplimiento de los principios que orientan la función administrativa en materia contractual constituyen una clara afectación a la validez de los contratos estatales incluyendo claro está, los contratos de concesión. (...)

Así las cosas, entonces resulta que las reglas previstas en el artículo 8 de la ley 80 de 1993 solo resultan pertinentes en materia de contratación minera para la formulación de propuestas y la celebración de contratos de concesión. (...)

El Código Contencioso Administrativo sobre la interrupción del procedimiento administrativo guarda silencio, por lo que era dable dar aplicación a las reglas propias del Código de Procedimiento Civil: (Artículo 168 del Código General del Proceso. Nota de relatoría) (...)

No sería del caso que el juez popular, al estudiar el derecho a la moralidad administrativa, exija, o declare nulo un contrato por el lleno de un “requisito” que no está en la ley, ello sería ir mucho más allá de lo que es el derecho a la moralidad administrativa. (...)

(…) Patrimonio público. (...)

De la sentencia transcrita 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.

Lo anterior fue reiterado en sentencia reciente por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la cual recordó cuáles son los elementos que componen la defensa del patrimonio público y consideró que la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público implica, en la mayoría de casos, la vulneración del derecho colectivo de la Moralidad Administrativa porque, generalmente, la vulneración del primero está precedida de la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas o en el manejo de recursos públicos(...)

De acuerdo con las anteriores consideraciones jurisprudenciales, la Defensa del Patrimonio Público propende por su administración responsable y conforme al orden jurídico, en aras de evitar su detrimento. De este modo, 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 recursos públicos. (...)

Según lo expuesto, 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; y 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. (...)

[Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Primera – Subsección “A”, Exp.250002324000201200252-00 M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – No procede cuando se pretende que se le reconozcan derechos a los demandantes – No es procedente para perseguir el cumplimiento de mandatos de optimización como son los principios constitucionales / CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 52 DE LA LEY 1437 DE 2011 – La acción de cumplimiento es improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial**

**Problema Jurídico: ¿Debe la Sala establecer si la normativa de la cual se pide ordenar su cumplimiento (artículos 2, 3, y 5 de la Ley 1437 de 2011) contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible al Consejo Nacional Electoral?**

**Extracto:** “(...)el Honorable Consejo de Estado ha sido enfático en afirmar que la acción de cumplimiento no procede cuando se pretende que se les reconozcan derechos a los demandantes, ya que la finalidad de la acción de cumplimiento es que se cumplan normas o actos administrativos en donde se establezca una obligación clara, expresa y exigible; al respecto la Alta Corporación de lo Contencioso ha dicho:

“La acción de cumplimiento no es el mecanismo idóneo para obtener derechos, cuya titularidad se discute. La acción, no sobra insistir, que debe estar dirigida a lograr la efectividad y el respeto de los derechos existentes, ya definidos, o mejor, a que se cumplan las normas que los reconocen.

Está prevista la acción de cumplimiento, para ordenar que se haga efectiva una ley o un acto administrativo en los cuales esté contenida una obligación clara y precisa, cuyo desacato implique la violación de un derecho que por estar ya reconocido, no admite debate.

(...)En el mismo orden, la Ley 393 de 1997 en su Art. 9o. preceptuó, que la acción de cumplimiento es improcedente cuando el accionante dispone o haya tenido a su alcance otros medios de defensa judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la disposición consagradoria de sus derechos.” (...)

(...) El medio de control de la referencia fue estatuido únicamente para obtener el cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos, sin embargo, no es procedente para perseguir el cumplimiento de mandatos de optimización como lo son los principios constitucionales que rigen, en este caso, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Tal como lo ha definido la doctrina, “los principios constitucionales son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la constitución misma y están dotados de fuerza normativa, sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución en un caso concreto. No obstante, el hecho de estar dotados de valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto, una textura abierta, lo cual en ocasiones, limita su eficacia directa”, por lo que los mismos no ostentan un mandato claro expreso y exigible para que por éste medio de control se ordene su cumplimiento, dado que su valor dentro del ordenamiento jurídico es general y no cuentan con un deber jurídico en concreto. (...)

(...) Surtiendo el trámite de segunda instancia, con ponencia del Consejero de Estado Carlos Enrique Moreno Rubio, se consideró que la acción de cumplimiento no es procedente para reclamar lo dispuesto en el artículo 52 bajo los siguientes presupuestos:

“(...)En la citada providencia, esta Sección indicó que si bien la acción reglamentada en la Ley 393 de 1997 se formulaba como si exclusivamente se pretendiera el cumplimiento de los efectos del acto ficto positivo, lo cierto era que en últimas lo que se perseguía era demostrar que la Superintendencia de Industria y Comercio había perdido competencia para imponer la sanción.

Bajo la anterior argumentación, fue que se concluyó que se estaba ante una verdadera acción de nulidad y restablecimiento del derecho “disfrazada” de cumplimiento, motivo por el cual resultaba lógico que la demanda deviniera en improcedente debido a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

Sobre el particular, en la citada providencia, esta Sección expresó.

“(...) la pretensión del cumplimiento se formula como si exclusivamente se buscara el cumplimiento del acto ficto o presunto positivo, en últimas, la finalidad de la actora es demostrar la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la sanción pecuniaria, toda vez que, según su criterio, la perdió al no resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la misma, en el término previsto en el artículo 52 del C.P.A.C.A.

En otras palabras, nos encontramos ante una verdadera demanda de nulidad y restablecimiento del derecho “disfrazada” del medio de control de cumplimiento”.

(...)Para esta Sección, como lo concluyó el a quo, determinar si los actos administrativos emanados de la Superintendencia de Industria y Comercio se expidieron con falta de competencia y, por ello, no pueden ser exigibles a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por haberse configurado el silencio administrativo positivo, corresponde a un pronunciamiento del resorte exclusivo del juez natural de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, circunstancia que sin lugar a dudas lleva a que la acción de cumplimiento se vea envuelta en la causal de improcedibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 9º de la ley 393 de 1997.” (...)

(...)Valga referenciar que no es posible, como lo da a entender el actor, que a través de éste medio de control se decrete la falta de competencia para emitir un pronunciamiento, u ordene el archivo de una actuación administrativa por la presencia del fenómeno de la caducidad, ya que en dicha circunstancia el Juez Constitucional estaría usurpando las competencias de la administración o del Juez Contencioso Administrativo y estaría procediendo al reconocimiento de derechos subjetivos al entrar a estudiar una situación concreta de los hechos que vinculan al demandante con la investigación que adelanta el Consejo Nacional Electoral.

Así las cosas, la Sala no puede desconocer que la norma (Artículo 52 de la Ley 1437 de 2011. Nota de relatoría) a pesar de contener una orden clara y exigible para la entidad demandada, no se puede afirmar que hay certeza en cuanto a la existencia del deber jurídico incumplido y se pueda imputar tal incumplimiento al ente accionado, ya que claramente los Magistrados que conforman el Consejo Nacional Electoral no han expedido los actos administrativos que resuelve la situación del accionante, hecho que lleva al convencimiento de que en el asunto de la referencia, las pretensiones serán negadas. (...)

**Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Primera Subsección “A”, Expediente 2500023410002018-00241-00 M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Primera instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN DE GRUPO/PREEXISTENCIA DEL GRUPO ACTOR – Hoy en día el requisito de la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de grupo contenida en la Ley 472 de 1998, no tiene asidero constitucional, ni aplicación alguna en el ámbito procesal actual / DESPLAZADO – Definición – Desplazamientos masivos–Desplazamiento forzado/PRINCIPIO DEL DERECHO DE LA GUERRA/PRINCIPIO DE DISTINCIÓN - Definición**

**Problema Jurídico ¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia luego de encontrar probada la responsabilidad de Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en el desplazamiento forzado del grupo accionante o por el contrario se debe confirmar tras hallar que en el presente asunto, no se evidencia y/o se encuentra acreditada, en el conjunto probatorio arrojado al expediente, la flagrante violación por parte del Ejército Nacional del principio de distinción?**

**Extracto:** “(...) De otra parte, respecto de las condiciones uniformes que deben compartir las personas que integran el grupo y, los requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial deprecada, inicialmente la jurisprudencia del Consejo de Estado había predicado, en consideración a las disposiciones originales de los artículos 3º y 46 de la Ley 472 de 1998, la necesidad de preexistencia del grupo actor, en relación con la totalidad de los elementos que configuran la responsabilidad.

No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-569 de 2004 declaró inexecutable los apartes de los artículos 3º y 46 de la ley 472 de 1998 que establecían de manera idéntica que: “Las condiciones uniformes deben ser también respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”, textos legales que servían de soporte normativo para predicar la tesis interpretativa de la preexistencia del grupo.

Las razones presentadas por el máximo tribunal constitucional, para retirar del ordenamiento jurídico dichos contenidos legales, en síntesis fueron las siguientes:

“La Corte considera que la inclusión del requisito de la preexistencia no era necesaria para obtener la finalidad propuesta; lo anterior, se sigue de la posibilidad misma de introducir otros requisitos de procedibilidad que, limitando en igual o menor medida el acceso a la justicia por la vía de la acción de grupo, permitirían de manera definitiva y con mayor eficacia, la consecución del fin constitucional de reservar las acciones de grupo, bajo la óptica de su especialidad constitucional, para la protección de grupos y de intereses de grupo verdaderamente relevantes, por su entidad, magnitud o repercusión social. (...)

(...) La preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad de la acción de grupo constituye una intervención desproporcionada del legislador en el régimen de las acciones de grupo, y en el derecho de acceso a la justicia, (...)

Bajo el anterior marco jurisprudencial, es claro que hoy en día el requisito de la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de grupo contenida en la Ley 472 de 1998, no tiene asidero constitucional, ni aplicación alguna en el ámbito procesal actual.(...)

Así, tenemos que, conforme a la Ley 387 de 1997, adquiere la condición de desplazado quien abandona su localidad de residencia o actividades económicas habitual ante el riesgo o amenaza que presenta su vida, integridad física, seguridad o libertad ante situaciones de conflicto armado interno, disturbios, violencia, violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.(...)

Conforme a la norma transcrita, (artículo 45 del Decreto 4800 de 2011. Nota de relatoría) tenemos que, el término “desplazamientos masivos”, la ley lo emplea para referirse al desplazamiento forzado de diez (10) o más hogares, o de cincuenta (50) o más personas. (...)

Frente a los principios del Derecho Internacional Humanitario que se imponen en las acciones militares, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de junio de 2013, expediente No. 36415, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, precisó: (...)

(...) Principio de distinción

(...)En este contexto se enmarca el principio de distinción en virtud del cual las partes en conflicto han de tener en cuenta “en todo momento” la diferenciación que pretende amparar a la población civil de los efectos de la guerra. De ahí que los actores del conflicto se encuentren obligados a portar siempre símbolos militares que los distingan de la población civil, que las armas que empleen no puedan ser de efectos indiscriminados sino que deben permitir la concentración del ataque en el enemigo, que no sea posible atentar contra los bienes de la población civil, etc. (...)

(...) El principio de distinción impone a los actores el deber ineludible de tener presente la diferenciación que existe entre la población civil y los combatientes (...)

El D.I.H. impone a las partes en contienda, pero principalmente al Estado, el deber de cumplir con los principios del derecho de la guerra. Es por esto que, al momento de llevar a cabo el diseño y el desarrollo de las operaciones militares, el Estado debe realizar un ejercicio de planificación suficiente que le permita conseguir al mismo tiempo la máxima satisfacción del fin constitucional de asegurar la soberanía nacional y, de otro lado, el mínimo sacrificio de otros bienes protegidos por el ordenamiento constitucional como el derecho de la población civil a permanecer y residenciarse en cualquier lugar del territorio nacional (artículo 24 de la Constitución) y a no convertirse en objetivo militar (principio de distinción, artículo 13 del Protocolo II).

(...)se recuerda que, como se indicó en los fundamentos jurídicos de la presente sentencia, las normas del D.I.H. establecen que las partes en contienda en un conflicto armado interno deben adoptar todas las medidas de planificación y prevención necesarias para proteger a la población civil, (...)

Entre los principios que deben cumplirse, se destaca el de distinción, el cual exige de las partes en conflicto hacer distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, por ende, que las operaciones sean dirigidas únicamente contra objetivos militares, sin que sea posible atentar contra los bienes de la población civil.(...)

**Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 110013331033201200124-01 M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas– Segunda Instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA** – La obligación de decidir los recursos en el tiempo de un (1) año previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se agota con la sola expedición formal del acto administrativo, sino que exige también que tal decisión sea efectivamente puesta en conocimiento del investigado dentro de ese término / **PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** – Es necesario verificar que exista una línea jurisprudencial uniforme, unívoca o consolidada respecto al asunto pues de lo contrario no existe, no habrá un precedente vinculante

**Problema Jurídico:** ¿Se debe confirmar la sentencia de primera instancia al encontrar que los actos administrativos demandados están acordes con la normatividad vigente aplicable al caso o por el contrario se debe revocar al encontrar que operó la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto del proceso administrativo sancionatorio adelantado contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP?

**Extracto:** “(...) Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 la Sala reitera lo analizado y aplicado en oportunidades anteriores, en los siguientes términos:

(...) Se resaltan los verbos utilizados por el legislador al redactar el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que durante el término de 3 años contados a partir de la ocurrencia del hecho la autoridad administrativa debe “expedir y notificar” el acto administrativo que impone la sanción, en tanto que frente a los recursos interpuestos en torno al precitado acto la administración ostenta la obligación de “decidirlos” dentro del término de un (1) año contado a partir de su oportuna y debida interposición.

(...) En ese sentido, nótese que si acogiera la posición de interpretación exegética no le sería posible a la Sala concluir que la obligación de decidir los recursos se agota con la expedición formal del acto administrativo porque, de lo contrario así habría sido expresamente indicado por el legislador mediante la invocación del verbo “expedir” y no el de “decidir”.

(...) Para la Sala es claro que la obligación de decidir los recursos en el término de un (1) año previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se agota con la sola expedición formal del acto administrativo, sino que exige también que tal decisión sea efectivamente puesta en conocimiento del investigado dentro de ese término, toda vez que, conforme al artículo 87 ibídem, solo con la notificación, comunicación o publicación de los actos que resuelven los recursos se imprime firmeza a la decisión sancionatoria que resuelven una situación jurídica particular y, en virtud del artículo 85 ibídem para protocolizar el silencio administrativo positivo en los casos de no decisión oportuna de un recurso el gobernado debe efectuar una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA). (...)

Por consiguiente el límite de tiempo impuesto por el artículo 52 del CPACA, esto es, el término de un (1) año, tiene como propósito esencial garantizar la efectividad material del principio de seguridad y certeza en las actuaciones y decisiones de la administración, siendo este uno de los pilares propios del Estado Social de Derecho. (...)

(...) Es de recibo para esta Sala que la facultad sancionadora de la administración apunta a que no es suficiente con que ésta, dentro del lapso que establecen las normas legales que se comentan, decida de fondo la respectiva investigación administrativa sino que, es necesario además, que tal decisión se encuentre debidamente ejecutoriada y sea dada a conocer al interesado o administrado, criterio jurisprudencial este que ha sido invocado y aplicado por esta Sala de Decisión en forma sistemática y profusamente reiterado desde muchos años atrás. (...)

Asimismo, cabe resaltar específicamente que en relación con un asunto fallado por esta Sala de Decisión en donde prosperó el cargo referente a la caducidad de la facultad sancionatoria, fue interpuesta una acción de tutela la cual fue negada en primera instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado CP Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez y confirmada en segunda instancia por la Sección Cuarta de la alta corporación CP Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez dentro del proceso distinguido con el número 11001-03-15-000-2016-01374-01, providencia esta última en donde se expuso que no existía vulneración de los derechos fundamentales invocados ni desconocimiento del precedente judicial por las siguientes razones: (...)

**Ahora, como fue expuesto anteriormente, para que se considere que existe precedente es necesario determinar si las sentencias judiciales con identidad fáctica y jurídica son vinculantes. Para esto es necesario verificar que existe una línea jurisprudencial uniforme, unívoca o consolidada respecto al asunto, pues de lo contrario no existe no habrá un precedente vinculante. (...)**

En ese mismo sentido el Consejo de Estado en fallo de acción de tutela de 8 de junio de 2017 precisó lo siguiente:

**Así las cosas, como en lo que corresponde al entendimiento de la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria, no existía un criterio unificado, es constitucionalmente admisible que el Tribunal accionado hubiera escogido, de forma razonada y motivada dentro del ámbito de su autonomía e independencia, una de las tesis jurisprudenciales existentes sobre su entendimiento.**

**Por eso, no puede afirmarse que haya desconocido un precedente vinculante, en particular que no hubiera acogido la regla dispuesta en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, en tanto que, como se dijo, en ella no se estableció una regla y posición en lo que se refiere a la caducidad de la facultad sancionatoria.” (Se resalta). (...)**

Al respecto debe señalarse que la Corte Constitucional asigna al vocablo “decidir” previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 la connotación de: dar resolución oportuna a los recursos interpuestos contra actos administrativos sancionatorios, definir la situación jurídica de los administrados, dar respuesta a un requerimiento específico del administrado, entre otras expresiones, las que no pueden agotarse en la expedición formal de un acto administrativo. (...)

**Sentencia de 15 de febrero de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 110013334001201500129-01 M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas– Segunda Instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SERVICIO DE ALCANTARILLADO** – La tarifa para su cobro debe determinarse con base en el aforo de los vertimientos cuando el usuario no residencial ha solicitado su medición – Constituye un derecho del usuario que el consumo sea el factor principal a tener en cuenta por parte de la empresa prestadora al momento de expedir la facturación del respectivo servicio – El Consejo de Estado estableció que el parámetro general para efectuar la facturación del servicio de alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto estableciendo una excepción consistente en que si es posible el aforo de vertimientos cuando el usuario así lo solicita / **PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL** - El Juez se puede apartar cuando se presenta modificación en los fundamentos fácticos y jurídicos entre el caso actual y el que se consideró como precedente

**Problema Jurídico:** ¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probados los cargos de nulitacion esgrimidos por la actora o por el contrario se debe confirmar las considerar que no se desvirtuó la legalidad del acto demandado?

**Extracto:** “(...) De conformidad con la norma transcrita (Artículo 146 de la Ley 142 de 1994. Nota de relatoría), se tiene que el cobro del servicio público debe ser realizado conforme a la medición del consumo para cuyo efecto se deben implementar los instrumentos técnicos adecuados; en otros términos, constituye un derecho del usuario que el consumo sea el factor principal a tener en cuenta por parte de la empresa prestadora al momento de expedir la facturación del respectivo servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de los servicios de saneamiento básico por razones de tipo técnico, seguridad o interés social en que no exista medición individual, la comisión de regulación del sector definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo, lo que significa que en aquellos eventos en los que sí exista un sistema de medición individual técnicamente adecuado la empresa prestadora estará sujeta al consumo real que sea registrado para determinar su costo.(...)

(...) Del análisis de las disposiciones normativas antes transcritas (Artículo 1.2.1.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, artículo 17 del Decreto 302 de 2000. Nota de relatoría), concluye la Sala que la regla general para estimar el consumo de alcantarillado con base en el consumo del servicio de acueducto se aplica a aquellos casos en los que el usuario no tenga implementado un sistema de medición individual pero, como en este caso, si el suscriptor o usuario está catalogado como gran consumidor no residencial del servicio de alcantarillado y cuenta con los instrumentos que cumplan con las especificaciones técnicas para la precisa medición del consumo, el cobro del servicio se realizará por parte de la empresa prestadora con fundamento en los registros de los vertimientos de alcantarillado (...)

Además, como se desprende de las manifestaciones hechas por la sociedad Indega S.A., se han realizado requerimientos a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá en el sentido de solicitar el aval de los medidores instalados para corroborar las tarifas de la facturación, razón por la cual no es de recibo la postura expuesta por la parte actora, punto este sobre el cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado:

**“(...)No hay razón válida para sostener que existen impedimentos técnicos que impiden aforar los vertimientos de grandes consumidores no residenciales, máxime cuando la normativa que en desarrollo de la Ley 142 ha expedido la CRA contempla para estos el derecho de solicitar su medición. (Subrayado fuera de texto). (...)**

(...) Igualmente, cabe resaltar que si bien, el Consejo de Estado en fallo de 16 de octubre de 2014 proferido dentro del proceso No. 2013-00456-01 al revocar la sentencia de 13 de marzo de 2014 proferida por esta Sala de Decisión estableció que el parámetro general para efectuar la facturación del servicio de alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto, también es cierto que en esa misma providencia se estableció una excepción consistente en que sí es posible el aforo de vertimientos cuando el usuario así lo solicita.

(...)la Sala precisa que en la decisión demandada la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no implementó ni creó un nuevo sistema tarifario para el cobro del servicio de alcantarillado, puesto que es la propia ley que regula la materia la que consagró la posibilidad de cobrar dicho servicio con base en el aforo de vertimientos siempre y cuando el usuario o suscriptor cuente con los equipos que registren en forma adecuada el consumo real del servicio.

(...) En ese sentido, se tiene que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con la expedición del acto acusado no usurpó la competencia de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico para establecer los parámetros y lineamientos para el cobro de los servicios públicos en referencia ya que, se reitera, es la propia Ley 142 de 1994 y otras normas concordantes las que consagran la posibilidad de medición del consumo a través del sistema de aforo de vertimiento de aguas.

(...) Esta Sala de Decisión manifiesta que en virtud del principio de autonomía e independencia de las decisiones judiciales establecido en el artículo 228 de la Constitución Política y en atención a que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial y no la fuente formal de derecho primaria, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 230 ibídem, por no tratarse aquellas de unas providencias con efectos erga omnes, en forma legítima y debidamente razonada con los argumentos jurídicos antes expuestos se aparta de los pronunciamientos expuestos, tanto por el Consejo de Estado como por la Sección Primera - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, algunos citados en el escrito de la apelación, dado que se trata de unas decisiones con efectos tan solo inter partes, sumado al hecho de que aquellas otras decisiones judiciales corresponden a unos fundamentos fácticos y jurídicos propios y específicos de los respectivos procesos en que fueron proferidas, cuyos efectos jurídicos son tan solo inter partes. (...)

**Sentencia de 08 de marzo de 2018, Sección Primera Subsección “B”, Expediente 1100133340052013-00237-02 M.P. Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas – Segunda instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SERVICIO DE ROAMING INTERNACIONAL – Vulneración de los derechos del usuario de comunicaciones – La obligación que le asiste a los prestadores del servicio de roaming internacional es la activación del mismo previa solicitud expresa del usuario, la cual no se cumple con el envío de mensajes de texto al usuario informándole que ese servicio fue activado / DOSIMETRÍA SANCIONATORIA- La que exige la norma es la valoración de los criterios para graduar la imposición de la multa independientemente de la forma en que se haga**

**Problema Jurídico: ¿ La parte actora no enlistó ni tampoco enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos demandados, no obstante de la lectura de la argumentación expuesta se concluye que el problema jurídico en este caso concreto consiste en determinar lo siguiente: a) si la parte actora activó el servicio roaming internacional sin ser autorizado expresamente por el usuario del servicio de comunicaciones, b) si era viable o no separar los servicios de voz y datos del roaming internacional, c) si están acreditados o no los envíos de mensajes de texto al móvil del usuario con los que al parecer se confirma la activación del servicio y en donde se indican las condiciones y las tarifas del servicio, d) si la información correspondiente a la activación del servicio de roaming internacional se encuentra registrada con carácter público en la página electrónica de la parte actora, e) si se atendió de manera favorable el requerimiento por el usuario con la activación en la línea celular de los ajustes correspondientes, f) si se vulneró los principios de dosimetría, proporcionalidad e igualdad en la sanción impuesta?**

**Extracto:** “(...) De las normas transcritas se desprende que los usuarios de servicios de telefonía móvil tienen derecho a que se les informe sobre las condiciones en que se prestan servicios tales como el de roaming internacional, sus tarifas, a que se les dé a elegir el tiempo que desean utilizar ese tipo de servicios y a que solo se active previa solicitud expresa por parte del usuario. (...)”

(...) Resulta oportuno precisar que de conformidad con las normas anteriormente citadas (Artículos 6, 10 numeral 10.1 literal t, 15, 37, 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011. Nota de relatoría) son varias las obligaciones que asisten a los prestadores de este tipo de servicios, una, referida a la información de las condiciones del servicio de roaming internacional y, otra, relacionada con la activación de este, previa solicitud expresa del usuario. (...)

(...) En efecto, de conformidad con el ordenamiento jurídico antes transcrito la obligación que le asiste a los prestadores del servicio de roaming internacional es la activación del mismo previa solicitud expresa del usuario, lo cual no se cumple con el envío de mensajes de texto al usuario informándole que ese servicio fue activado, como lo pretende la parte actora al allegar la denominada “prueba técnica de que se envió la confirmación de activación” y que ese mensaje no fue rechazado por el consumidor (fl. 102 medio magnético), ya que, como se anotó, son los usuarios del servicio quienes expresa y previamente deben solicitar que se les active el servicio de roaming internacional, y por tanto la empresa solo puede proceder a la activación de dicho servicio previa solicitud expresa de sus usuarios, documento este que brilla por su ausencia en el proceso. (...)

(...) Lo expuesto evidencia que en los actos administrativos demandados sí se valoraron y analizaron los criterios señalados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción, como se explica a continuación:

(...) La gravedad de la falta consistió en la infracción al régimen de protección de los usuarios y/o suscriptores del servicio de telecomunicaciones por vulneración de lo dispuesto en los artículos 6, 10 numeral 10.1 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011 proferida por la Comisión de regulación de Comunicaciones dado que la sociedad demandante procedió a activar el servicio de roaming internacional sin contar con la previa y expresa autorización del usuario, desconociendo su voluntad, excluyendo su consentimiento y vulnerándose los principios de información y libre elección.

(...) La reincidencia en la comisión de los hechos radicó en el hecho de que por la misma conducta se sancionó al proveedor del servicio en otra ocasión (fl. 33 y vlto. cdno. no. 1 cdno. no. 1).

(...) El daño producido en este caso concreto lo constituyó la vulneración al régimen de protección de los usuarios y/o suscriptores del servicio de telecomunicaciones en tanto que se quebrantaron los principios de información y libre elección, puesto que se activó y en principio se cobró un servicio -roaming internacional- que en modo alguno fue autorizado por el usuario de comunicación, hecho que quebrantó el ordenamiento jurídico ya citado.

(...) Por último, en cuanto a la proporcionalidad entre la falta y la sanción, de la motivación expuesta en los actos administrativos demandados se evidencia que la sanción impuesta tiene pleno respaldo en la norma contenida en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 que establece el monto máximo para las multas el cual es equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

(...) En ese orden de ideas la Sala considera que la multa impuesta en modo alguno desconoció el principio de proporcionalidad por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a los hechos materia de investigación, dado que se comprobó que la parte actora vulneró lo dispuesto en el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios regulado en la Resolución CRC 3066 de 2011, razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva. (...)

(...) En ese contexto la Sala considera que la multa impuesta no desconoció los principios de proporcionalidad y dosimetría por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a los hechos materia de investigación, dado que se comprobó que la parte actora procedió a imponer el servicio de roaming internacional sin contar con la previa autorización del usuario desconociendo su voluntad y excluyendo su consentimiento razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva. (...) Debe advertirse también que la norma hace referencia a que se incluya la valoración de los criterios para imponer la multa no que se establezca un título o capítulo especial para cada uno de ellos, por tanto la valoración de estos puede hacerse de manera general en la parte motiva de los actos administrativos como ocurrió en este caso concreto en donde la parte actora en la parte considerativa los actos acusados valoró y ponderó los criterios para imponer la sanción de multa.

Lo que exige la norma es la valoración de los criterios para graduar la imposición de la multa independientemente de la forma en que se haga. (...)

**Sentencia de 18 de enero de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 110013334005201500372-01 M.P. Dr. Freddy Ibarra Martínez – Segunda Instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FALSA MOTIVACIÓN** – Esta se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente o cuando existiendo unos hechos estos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico / **CONTROL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS PRODUCTO DE REGALÍAS DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 819 DE 2003** – La Superintendencia Financiera dispuso de normas especiales relativas a operaciones fiduciarias, específicamente en lo relacionado con los controles en las inversiones de liquidez de entidades territoriales solo a partir del año 2008 a través de la Circular Externa N°046 / **DANOS INMATERIALES** – El perjuicio para ser susceptible de indemnización debe tener tres precisas e ineludibles condiciones, a saber: a) cierto (...) b) personal (...) c) cuantificable (...) Incumbe a la parte actora acreditar la causación de los perjuicios inmateriales por ella reclamados a través de los medios de prueba pertinentes.

**Problema Jurídico:** ¿El problema jurídico a dilucidar es si la (...) en calidad de vicepresidente de negocios de Fiduagraria es responsable fiscal por el detrimento patrimonial causado al municipio de Villavicencio por la inversión de unos recursos públicos, teniendo en cuenta su grado de participación en los negocios jurídicos celebrados y las funciones propias del cargo desempeñado en Fiduagraria S.A.?

**Extracto:** “(...) En lo que respecta a la falsa motivación esta se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente o cuando existiendo unos hechos estos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis el error de hecho y, en la segunda, el error de derecho como modalidades diferentes de la falsa motivación. (...)”

(...) En conclusión, es pertinente precisar entonces que la señora (...) en su condición de vicepresidente de negocios no participó en la negociación con el municipio de Villavicencio, así como tampoco diseñó, estructuró ni autorizó una tipología contractual que representara graves riesgos para los inversionistas, riesgos que fueron la causa del detrimento patrimonial según los actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal, contrario sensu la demandante expuso y advirtió oportunamente sus objeciones sobre esos negocios, sin que fueran atendidos por los empleados que sí estructuraron el negocio y que sí tenían la potestad de realizar modificaciones a los contratos previamente a la inversión de los recursos por parte del municipio de Villavicencio.

(...) Así las cosas, se evidencia que existió una falsa motivación de los actos administrativos en ese sentido puesto que es claro que la señora (...) no participó en la estructuración de negocio fiduciario, por el contrario cumplió su función de ejecutarlo pero en cumplimiento de las órdenes y directrices de las instancias de decisión competentes. (...)

(...) Debe repararse igualmente en el hecho de que la mencionada Circular Externa no. 034 de 2004 de la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera) no contenía ninguna normatividad acerca del control de los recursos públicos producto de regalías de que trata el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, por lo tanto para la época en que se desarrolló la inversión por parte del municipio de Villavicencio (años 2006 y 2007) no había obligación para las fiduciarias y demás entidades financieras vigiladas de ejercer un control de legalidad sobre las inversiones que se realizaran con dichos recursos, así como tampoco les estaba permitido negarse o impedir la ejecución de los contratos. (...)

(...) Es claro entonces que para la época en que el municipio de Villavicencio invirtió los recursos no existía reglamentación que exigirá a Fiduagraria realizar un control sobre la legalidad de las inversiones con recursos de regalías, dicha obligación nació con posterioridad con la expedición de la Circular Externa 046 de 2008.

f) Así las cosas, también existió falsa motivación de los actos administrativos acusados en consideración a que se endilgó responsabilidad fiscal a la señora (...) en ejercicio del cargo de vicepresidente de negocios por “haber permitido el ingreso de los recursos” del municipio de Villavicencio, cuando lo cierto es que en ejercicio de su función de controlar la ejecución de los contratos no tenía la obligación de verificar la legalidad de las inversiones de que trata el artículo 17 de la Ley 819 de 2003 porque la normatividad vigente no lo prescribía, por el contrario dicha normatividad contemplaba excepción sobre los controles por ser recursos públicos de un ente territorial.

(...) En tales condiciones se encuentra probado que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación por cuanto se declaró fiscalmente responsable a la señora (...) en su condición de vicepresidente de negocios de Fiduagraria SA atribuyéndole funciones y responsabilidades que no le correspondían, razón por la cual debe accederse a la pretensión principal de declaración de nulidad de los actos demandados en cuanto se refiere a la sanción fiscal en ellos impuesta a la señora (...).

### (...)3. Restablecimiento del derecho

(...)1) Frente a la pretensión de reconocimiento de daños inmateriales se considera lo siguiente:

(...) es importante poner de presente que el perjuicio para ser susceptible de indemnización debe tener tres precisas e ineludibles condiciones, a saber: a) cierto, es decir que debe tener una necesaria correspondencia con el mundo de los hechos, en otros términos, debe ser real y no simplemente una mera especulación o eventualidad; b) personal, vale decir que debe recaer o concretarse en alguien debidamente identificado y por tanto cada persona o experimenta su propio perjuicio y, c) cuantificable, en el sentido de que debe ser susceptible de valoración o determinación patrimonial para efectos de indemnización.

Por manera que incumbía a la parte actora acreditar la causación de los perjuicios inmateriales por ella reclamados a través de los medios de prueba pertinentes, idóneos y suficientes sobre el particular tal como lo prevé el artículo 166 del Código General del Proceso (...)

De conformidad con la directriz jurisprudencial citada (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, CP Hernán Andrade Rincón, sentencia de 28 de enero de 2015, radicación 25000-23-26-000-2001-00465-01(28937). Nota de relatoría), se reitera que no es jurídicamente viable acceder a las pretensiones de reconocimiento de indemnización por perjuicios morales y daño a la salud porque no fueron explicados en la demanda, así como tampoco existen en el expediente pruebas pertinentes que demuestren la causación de tales precisos aspectos de la controversia. (...)

**Sentencia de 08 de febrero de 2018, Sección Primera-Subsección “B”, Exp. 25000234100020140151400 M.P. Dr. Freddy Ibarra Martínez – Primera Instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EXCEPCIONES – Declaración de oficio – El silencio del inferior no impide que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo propuesta o no / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Cuando en sede administrativa procede el recurso de apelación es obligatorio interponerlo para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD DE LA DEMANDA – Se configura cuando no se agotan los presupuestos procesales de los recursos en sede administrativa.**

**Problema Jurídico: ¿En este caso concreto consiste en determinar lo siguiente: a) si el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación fue notificado o no a la parte actora y, b) si se desarrolló el debido proceso administrativo establecido en los artículos 2 y 3 del Acuerdo 50 de 1996 y el artículo 3 de la Resolución 706 de 1998 para efectos de adoptar la decisión establecida en los actos administrativos demandados?**

**Extracto:** “(...) Como se desprende de la citada norma (Artículo 187 del CPACA. Nota de relatoría) en la sentencia se decidirán, entre otros aspectos, las excepciones que el fallador encuentre probadas y, que el silencio del inferior no impide que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo propuestas o no.

En otros términos el juez administrativo en la sentencia puede declarar todas las excepciones que se encuentren probadas y en tratándose de la segunda instancia procesal con igual razón por tratarse en este caso de un recurso de alzada interpuesto por las dos partes de la litis, circunstancia por la cual el juez no tiene limitaciones para el examen de la controversia según lo dispone el inciso segundo artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión legal expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011. (...)

De la citada disposición (Artículo 76 CPACA. Nota de relatoría) se desprende, sin hesitación alguna, que cuando en sede administrativa procede el recurso de apelación es obligatorio interponerlo para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Concordantemente el numeral 2 del artículo 161 *ibidem* establece como requisito de procedibilidad para demandar haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, como lo es el recurso de apelación. (...)

(...) Así las cosas al no ejercerse el recurso de alzada en sede administrativa siendo obligatorio interponerlo es claro que no se cumplió con el requisito de procedibilidad para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por lo que la Sala declara probada de oficio la excepción de inepta demanda por falta de ejercicio del recurso de apelación en sede administrativa como requisito de procedibilidad para demandar.

Cabe resaltar que frente a este preciso aspecto el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

“(...). De tal suerte que, al no haberse cumplido con el requisito de procedibilidad, establecido en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, en lo atinente a interponer el recurso de apelación, por tener la connotación de obligatorio, la Sala considera procedente tal y como así lo declaró el juez de primera instancia, de declarar de oficio probada la excepción de ineptitud de la demanda, por no agotar los presupuestos procesales de los recursos en sede administrativa y en consecuencia, inhibirse para pronunciarse respecto al fondo del asunto.

(...)” (se destaca). (...)

[Sentencia de 08 de marzo de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 110013334001201500098-01 M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez Segunda Instancia.](#)



## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL RECURSO DE INSISTENCIA / RESERVA LEGAL – ALCANCE DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACION FRENTE A PARTICULARES –** La reserva debe estar autorizada expresamente frente a determinada información o se debe demostrar que en la información requerida se encuentran datos estrictamente privados cuya difusión puede afectar los intereses de la empresa privada y que no son de interés público / **STATUS DE SUJETO OBLIGADO RESPECTO A LA GARANTIA DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA DE CISA –** Si bien el objeto social de CISA, podría implicar actividad comercial no está relevada del deber de garantizar el acceso a la información pública

**Problema jurídico** ¿Con base en la situación fáctica, los argumentos planteados en el escrito del recurso y en la decisión adoptada por la CENTRAL DE INVERSIONES –CISA-, le corresponde a la Sala determinar si el documento solicitado (copia del contrato de arrendamiento suscrito entre CISA y la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. ) goza de reserva legal y, en consecuencia, si es o no viable acceder a la solicitud elevada por el recurrente?

**Extracto:** “(...) En cuanto al alcance del derecho al acceso a la información frente a particulares la Corte Constitucional en la sentencia T-1322 de 2000 señaló, que si bien en algún momento cierta información privada puede tener carácter reservado, ello no significa en forma absoluta que se deba negar el acceso a la información al solicitante. Así pues, expresó en dicha providencia:

**“(...)“En este orden, el centro de diagnóstico no podía negar la entrega del informe de gestión de un convenio interadministrativo fundado en que contenía una información elaborada por un ente privado (U.T. Cintra Valle) en cumplimiento de una obligación contractual, pues en estos casos, salvo expresa disposición legal, no opera la reserva. En consecuencia, para mantener el secreto, la empresa hubiera tenido que demostrar que la ley le autorizaba expresamente a reservar determinada información o que en los respectivos archivos se encontraban datos estrictamente privados cuya difusión podía afectar los intereses de la empresa privada y que no eran de interés público por no tener relación con el contrato interadministrativo mencionado // Ciertamente la información a la que se refiere la empresa accionada puede tener – en determinados casos - carácter reservado. Sin embargo, esto no es razón suficiente para negarle al veedor el conocimiento de la totalidad del informe de gestión. En efecto, si verdaderamente existe dentro del referido informe algún dato cuya reserva está legalmente autorizada, la entidad había podido omitir la entrega de la referida información, señalando de qué tipo se trata e indicando las razones de hecho y de derecho que justifican su actuación. En lo demás, el informe debía ser suministrado al peticionario.” (...)**

Adicionalmente encuentra la Sala, que si bien CISA es una sociedad de economía mixta, y en consecuencia sus actos se rigen por el derecho privado, no se puede olvidar que su objeto está relacionado con la administración, arrendamiento, enajenación de bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, derechos crediticios, litigiosos, contractuales, entre otros, que sean de propiedad del Estado, entre ellos, de bienes fiscales, y en consecuencia su función involucra el ejercicio de función administrativa y gestión pública. (...)

Así las cosas, observa la Sala que CISA por ser una sociedad de economía mixta, es una entidad pública del orden nacional y del sector descentralizado por servicios, por lo que tiene el status de sujeto obligado respecto a la garantía del acceso a la información pública, en la medida en que todas las personas tienen derecho a solicitar la información que esté bajo control del Estado conforme lo dispone el artículo 74 constitucional, salvo las excepciones que establezca la ley, con el fin de ejercer control democrático de las gestiones estatales y poder determinar si se está cumpliendo en debida forma la función pública.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Claude y otros contra Chile señaló que: (...)

**En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.**

**El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control.** Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.” (negrilla y subrayado fuera del texto). (...)

Ahora bien, la información solicitada por el recurrente corresponde con la copia de un contrato de arrendamiento, documento de carácter público, como quiera que no está sometido a reserva por la ley ni la Constitución, razón por la cual si la entidad accionada asumió la posición de mantener el secreto, debió (i) demostrar que la ley la autorizaba expresamente a reservarla, o (ii) que en la copia del contrato solicitado se encontraban datos estrictamente privados cuya difusión podía afectar los intereses de la Sociedad Grupo Portuario Regional de Buenaventura y que (iii) no eran de interés público por no tener relación con la administración de los bienes fiscales a su cargo en atención a su objeto y al contrato interadministrativo celebrado con el INVÍAS, relacionado con la entrega de los lotes que fueron arrendados a GRUPO PORTUARIO S.A y GRUPO PORTUARIO REGIONAL DE BUENAVENTURA.

Cabe destacar que si bien el objeto social de CISA, podría implicar actividad comercial, no está relevada del deber de garantizar el acceso a la información pública, como quiera que la administración de bienes del Estado implica el ejercicio de función administrativa, más aun, cuando hace parte de la estructura del Estado, específicamente del sector descentralizado por servicios, por lo que su actividad no puede considerarse per se, como secreto comercial o industrial, al contrario, realiza gestión estatal y es objeto de control social, dado que stricto sensu está administrando unos bienes fiscales del INVÍAS y no realizando inversiones del Estado, que sí gozarían de una confidencialidad para garantizar el incremento de las mismas.(...)”

**Sentencia de 24 de enero de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 250002341000201702002-00 M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón – Única Instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR – DERECHO COLECTIVO AL PATRIMONIO PÚBLICO – Concepto** - La defensa del patrimonio público como derecho colectivo conserva una relevancia de gran impacto, como quiera que guarda relación con el interés de la comunidad de salvaguardar sus recursos y proteger cada uno de los elementos que la componen – Para la protección del derecho colectivo al patrimonio público, es necesario la comprobación de la afectación real de los bienes que integran el patrimonio público / **EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza – Régimen Jurídico – Son entidades descentralizadas al ser empresas de economía mixta – Para conformar una sociedad como empresa de servicios públicos mixta se requiere la autorización del Concejo Municipal – La creación de una entidad descentralizada debe realizarse mediante Acuerdo a nivel Municipal / PROCEDENCIA DE DECLARATORIA DE NULIDAD EN EL MARCO DE UNA ACCIÓN POPULAR** - En el marco de una acción popular tramitada antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011 es procedente la declaratoria de nulidad de los actos o contratos de la Administración – La ley 1437 de 2011 en su artículo 144 prohíbe expresamente la declaratoria de nulidad de los actos o contratos por el juez popular

**Problema Jurídico** ¿ Encuentra la Sala que el problema jurídico principal consiste en determinar si se vulneró el derecho colectivo al patrimonio público con ocasión de la constitución, conformación y manejo de recursos de la sociedad Hydros Mosquera S en CA y en consecuencia determinar si hay lugar a revocar, modificar o confirmar la decisión de primera instancia proferida?

**Extracto:** “(...) Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación existente y su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera adecuada y conforme a las disposiciones constitucionales y legales (...).

Al respecto ha precisado el Consejo de Estado: (...)

(...) El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios. Habrá detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua en él como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma, pero no se presenta el detrimento, cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en ese caso, no habrá habido mengua en el patrimonio estatal”.

(...) el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público se puede proteger mediante una acción popular, caso en el cual, cuando se demuestre la existencia de actuaciones administrativas que pongan en peligro el patrimonio público, el juez de conocimiento cuenta con facultades preventivas y, con fundamento en ellas puede adoptar medidas transitorias o definitivas para su protección.

Por tanto, para la protección de este derecho colectivo, es necesaria la comprobación de la afectación real de los bienes que integran el patrimonio público, mediante actuaciones, omisiones o decisiones administrativas, la cual se presenta cuando los servidores públicos o las personas naturales o jurídicas de derecho privado, en ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, menoscaba, disminuye, perjudica, pierde o deteriora los bienes o recursos públicos o los intereses patrimoniales del Estado. (...)

(...) es necesario precisar que por una parte se encuentra establecida la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios y por otra su régimen jurídico, siendo aspectos diferentes. Frente a su naturaleza se tiene que son sociedades por acciones que en caso de no querer adoptar su capital por acciones deben instituirse como empresas industriales y comerciales del Estado, organismos que hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, en virtud de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998.

En cuanto a su régimen jurídico le es aplicable no sólo lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, la cual señaló que predomina el derecho privado, sino también una serie de disposiciones de carácter público, siempre y cuando la misma ley lo establezca, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la mencionada ley.

Es decir, que el régimen de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es de carácter mixto, pues si bien por regla general predomina el derecho privado, es procedente que se apliquen normas de carácter público, como en los casos en los que la Ley 142 de 1994 de manera expresa refiera que se aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), sin que por ello dejen de ser entidades públicas del nivel descentralizado por servicios pertenecientes a la rama ejecutiva. (...)

(...) A su turno, el artículo 18 de la Ley 142 de 1994 previó la posibilidad de que las empresas de servicios públicos podían ser socias en otras empresas de servicios públicos o incluso asociarse con asociaciones nacionales y extranjeras y conformar consorcios, (...)

(...) En consecuencia, es claro que se disminuyó la participación de EAMOS en la sociedad Hydros Mosquera, vulnerando el derecho colectivo al patrimonio público, al permitir su administración, disposición y usufructo por parte de particulares, y dejando solo una labor de fiscalización o interventoría a la entidad estatal, por lo que no es necesario acreditar incluso que se haya hecho un mal uso de los recursos o su destinación, pues la constitución de la sociedad en la forma en que se presenta por sí sola vulnera e impide que los demás principios de la administración pública, como la transparencia, coordinación, eficiencia, debido aprovechamiento de los recursos estatales, entre otros, sean observados y acatados en debida forma. (...)

(...) En conclusión, la entrega de la totalidad de los activos de la empresa EAMOS, el traspaso de sus recursos estatales y el usufructo de su infraestructura, servidumbres y anexidades, en efecto resulta una irresponsabilidad para la protección del patrimonio público de Mosquera, pues lo que se evidencia es que se creó una figura societaria para que los particulares manejen y dispongan de los recursos estatales, sin que las retribuciones o beneficios de utilidades se acompañen con la participación de EAMOS ESP y mucho menos se encuentra equitativamente retribuido al disponer solo del 5% del usufructo de sus bienes a favor de la empresa municipal, frente a los demás beneficios y rentabilidades que reciben los socios gestores. (...)

(...) La Corte Constitucional precisó:

**“Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal**, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, **de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas**, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

(...) el hecho de que sólo hasta el año 2007 se procediera a analizar parcialmente la norma citada y se indicara que en efecto las empresas de economía mixta que prestan servicios públicos son consideradas entidades descentralizadas, no quiere decir que desde la expedición de la Ley 489 de 1998 no fuera así, toda vez que la norma todo el tiempo ha estado vigente y si bien el control de constitucional se hizo necesario para aclarar la naturaleza de dichas empresas, no por ello debe desconocerse la labor del legislador que de forma implícita dentro de la

## SECCIÓN PRIMERA

organización del Estado incluyó las empresas de economía mixta, en los términos en que bien lo expone la sentencia referida, con base en normas pre existentes y vigentes al momento de la constitución de la sociedad. (...)

(...) El numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política establece:

**“ARTICULO 313.** Corresponde a los concejos:

(...)

6. **Determinar la estructura de la administración municipal** y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales **y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.** (Negrilla y subrayado fuera de texto) (...) En un caso similar, esta Corporación hizo referencia a la obligatoriedad de la autorización por parte de los órganos municipales en la conformación de estas sociedades, de la siguiente forma:

“Siendo clara su naturaleza jurídica, la iniciativa para la creación de la empresa Hydros Chía, que insiste la Sala modificó la estructura de la administración municipal, estaba radicada en cabeza de alcalde según lo previsto en el artículo 313 numeral 6° de la Constitución Política.

En ejercicio de la iniciativa que le correspondía al alcalde de Chía, la constitución de la nueva empresa de servicios públicos requería la aprobación previa del concejo, mediante acuerdo y en aplicación de la norma citada, en la medida en que precisamente alteraba la estructura de la administración local.

(...) Dentro del expediente no aparece probado que el mandatario local y la corporación municipal hayan intervenido en la creación de Hydros Chía, a través del procedimiento descrito, pues es claro que su constitución obedeció a la voluntad unilateral de la Empresa de Servicios Públicos de Chía y de las demás sociedades demandadas.

Dichas circunstancias inciden negativamente en la legalidad del acto jurídico contenido en la escritura pública que dispuso la integración de la empresa de servicios Hydros Chía, ya que significaron el desconocimiento del procedimiento legal que debió seguirse para su nacimiento a la vida jurídica.” (...)

(...) por mandato constitucional el concejo municipal tiene la función exclusiva de autorizar la constitución de una empresa de economía mixta, razón por la que no puede delegarse en la junta directiva de la empresa municipal su constitución, pues incluso dentro de las funciones asignadas se habla de participación en una sociedad y no de su conformación o constitución, como quiera que no es de su competencia. (...)

(...) atendiendo a que la creación de una sociedad de economía mixta implica la modificación de la estructura municipal y además que su creación le compete exclusivamente a los concejos municipales por mandato constitucional, es claro que la iniciativa de constitución de Hydros Mosquera S. en C.A., le correspondía al concejo municipal de Mosquera, mediante acuerdo, tal y como lo señaló el a quo, al indicar que hubo una falta de previsión de las entidades al pesar por alto la autorización debida y además no exigir la presentación de un concepto técnico, económico y jurídico que permitiera analizar la conveniencia o no de la constitución de la nueva sociedad con recursos públicos. (...)

(...) En el presente caso, la demanda fue presentada el 20 de abril de 2012, esto es antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que debía darse aplicación al Decreto 01 de 1984 que no establecía prohibición frente a la declaratoria de nulidad de actos y contratos para los jueces de la acción popular, lo cual suscitó múltiples pronunciamientos jurisprudenciales con el fin de delimitar y determinar sus alcances.

Al respecto este Tribunal ha realizado un análisis detallado de las consideraciones efectuadas al respecto, de la siguiente forma: (...)

- De esta forma es que en sentencia de octubre 31 de 2002, cuyo magistrado ponente fue Ricardo Hoyos Duque, se fijaron a grandes rasgos las siguientes premisas: (...)

(...) **Para que el juez pueda decretar la nulidad del contrato se requiere que la causal aparezca probada y que al proceso hayan concurrido todas las partes que intervinieron en el negocio jurídico.** (...)

(...) **En síntesis, la tesis que se formuló es que el juez de la acción popular puede evaluar el contrato estatal cuando quiera que amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso incluso examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, no obstante ello no es procedente cuando este en curso un proceso ante el juez natural del contrato, pues en dicha circunstancia el juez de la acción popular carece de competencia anulatoria.** (...)

(...) De conformidad con todo lo expuesto encuentra la Sala que el juez de la acción popular tiene competencia para definir los eventos en los cuales la protección del derecho o interés colectivo demanda examinar la legalidad de un contrato estatal, bien sea con ocasión de la causal concreta descrita en el artículo 40 de la ley 472 de 1998, denominada sobrecostos, o la genérica llamada irregularidades provenientes de la contratación, a raíz de la cual puede configurarse una causal de nulidad absoluta, en concreto, tratándose de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, las causales serían haberse celebrado el contrato en contra de expresa prohibición constitucional o legal, o, por desviación de poder.

**En desarrollo de esa potestad puede el juez examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar, a solicitud de parte o de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato,** solo que para esto es necesario que al proceso que se adelante con ocasión de la acción popular hayan concurrido las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes, que esté probada la causal correspondiente, **y obviamente, que con ella se haya amenazado o vulnerado un derecho colectivo.** (...)

(...) la discusión decantada en torno a la declaratoria de nulidad de un acto o contrato cuando no se encontraba en vigencia la Ley 1437 de 2011 permitió que pudiera decretarse a través del juez de la acción popular, observando en todo caso unos parámetros que devienen de la protección de los derechos e intereses colectivos y que salvaguardaban las demás acciones judiciales a que hubiere lugar.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado: (...)

**(...) Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.** (...)

Ahora bien, luego de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se dio por terminada la discusión suscitada en torno a la procedencia de la declaratoria de nulidad de los actos o contratos por el juez popular, al establecerse su prohibición expresa en el artículo 144. (...)

**Sentencia de 15 de febrero de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 11001336035201200975-01 M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón Segunda Instancia.**

## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL ACCIÓN POPULAR / ESPECIAL PROTECCIÓN AL AMBIENTE SANO Y LA SALUBRIDAD PÚBLICA COMO DERECHO COLECTIVO PROTEGIDO** – El medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales – En lo que respecta al derecho colectivo relacionado a la seguridad y salubridad públicas los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo en comunidad / **HECHO SUPERADO** - Radica en el cese durante el trámite de la acción popular de la situación de hecho que originó la puesta amenaza o vulneración del derecho colectivo alegado / **FUNCIONES DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB ESP-** Dentro de sus funciones esta la detección de conexiones erradas así como el manejo de residuos sólidos / **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CON OCASIÓN DE LA CONDUCTA DE LOS CIUDADANOS EN EL MARCO DE LAS ACCIONES POPULARES** - El hecho de la participación de la comunidad en la vulneración de los derechos colectivos invocados, no exime a las autoridades del cumplimiento de su deber constitucional y legal de llevar a cabo sus funciones y prestar los servicios que tienen a su cargo

**Problema Jurídico:** ¿Encuentra la Sala que el problema jurídico principal consiste en determinar si se vulneraron los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y salubridad pública, por parte de los demandados y en consecuencia determinar si hay lugar a revocar, modificar o confirmar la decisión de primera instancia proferida?

**Extracto:** “(...)3.4.1. El ambiente sano y la salubridad públicas como derechos colectivos protegidos (...)

(...) se ha establecido el goce de un ambiente sano como un derecho e interés colectivo dentro del ordenamiento jurídico en el literal a) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, con especial protección constitucional a través de las acciones populares, dotándolo de la relevancia e importancia que amerita dado su impacto social y ecológico para el país.

(...)Por otra parte, Se ha invocado la seguridad y salubridad pública como derecho e interés colectivo vulnerado, el cual implica la garantía a los ciudadanos de que gocen de unas condiciones mínimas para el desarrollo de la vida en comunidad bajo presupuestos de salud, prevención, control y manejo de situaciones sanitarias, prevención de focos y nichos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que afecten su salud y tranquilidad y en general que afecten la sanidad de la comunidad u ocasionen calamidades humanas o desastres naturales.

Frente a este derecho colectivo ha señalado la jurisprudencia, (...)

“(...)En lo que respecta al derecho colectivo relacionado a la seguridad y salubridad públicas los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado: (...)”

(...)De este modo, lo que encontró acreditado el juez de primera instancia, y que en efecto se evidencia con las pruebas reseñadas, las actividades desarrolladas y las situaciones reportadas incluso hasta la inspección judicial, es que la vulneración de los derechos colectivos invocados es latente durante varios años, a pesar de las medidas y acciones que hayan procedido a efectuar las diferentes entidades.

Por tanto, si bien no se desconocen las actuaciones desplegadas para hacer cesar la problemática expuesta y reconocida por los habitantes y las entidades en el Canal Córdoba, es claro que han sido insuficientes para proteger el medio ambiente y salvaguardar los derechos de los habitantes del sector, tal y como lo afirmó el a quo al precisar que desde el 2013 se han presentado múltiples peticiones, se han desarrollado algunas actividades tendientes al restablecimiento de las condiciones y calidades ambientales - más que todo en el humedal Córdoba y no sobre su canal -, no obstante, a pesar de ese esfuerzo de las autoridades, han resultado escasas y esporádicas, ocasionando que la afectación persista durante estos años.

Así pues, el hecho de que las autoridades desarrollen sus funciones y promuevan actividades tendientes a solucionar la problemática ambiental, de seguridad y salubridad pública en el Canal Córdoba no las exime de encontrarse vulnerando los derechos colectivos invocados, como quiera que ante la insuficiencia de las medidas adoptadas y la persistencia de la afectación, es evidente que la vulneración no ha cesado y por el contrario, permanece por varios años. (...)

Finalmente es necesario precisar en este punto, que aunque el Ministerio Público considera que se ha presentado un hecho superado, lo cierto es que ese fenómeno se constituye cuando durante el trámite de la acción popular, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestren que la vulneración de los derechos colectivos invocados, ha dejado de ocurrir, esto es, radica en el cese durante el trámite de la acción popular de la situación de hecho que originó la supuesta amenaza o vulneración del derecho colectivo alegado, en donde la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría inocua, al contrariar el objetivo constitucionalmente previsto para esta acción, como medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos, debido a la inexistencia de razón alguna para impartir disposiciones para su protección, situación que como se vio no se encuentra configurada en el presente caso. (...)

(...)Es claro que la empresa dentro de sus funciones de mantenimiento, rehabilitación, operación de redes de alcantarillado y políticas integrales, tiene a su cargo la detección de conexiones erradas que le impidan llevar a cabo la consecución de estos fines y responsabilidades, razón por la que su identificación y sellamiento en los términos indicados por el juez de primera instancia, no es desproporcional a sus competencias. Inclusive en decisiones previas adoptadas en el marco de las acciones populares con ocasión de vertimientos o conexiones erradas se le ha impuesto a la empresa esa carga con el fin de amparar derechos colectivos vulnerados.

Igualmente, el manejo de residuos sólidos está a su cargo, así como la capacitación a la ciudadanía y el establecimiento de planes y programas para la comunidad y la coordinación de las acciones de operación del sistema de alcantarillado con las de recolección, barrido y limpieza del servicio de aseo y sobretodo la protección especial al medio ambiente y el recurso hídrico, razón por la que la adopción de medidas administrativas necesarias para proteger la ronda del Canal Córdoba, deben circunscribirse al marco de sus competencias, que comprende evitar el depósito de residuos sólidos. (...)

**(...) 3.4.4. Ausencia de responsabilidad con ocasión de la conducta de los ciudadanos en el marco de las acciones populares** (...)En ese preciso asunto, se hizo énfasis en que la autoridad no puede excusar su responsabilidad alegando que los habitantes de las viviendas que sufren el riesgo o amenaza a la salubridad son responsables de su causación, pues la violación de la ley por los ciudadanos en modo alguno exonera a las autoridades del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. (...)

De este modo, el hecho de la participación de la comunidad, afectados, particulares e incluso terceros transeúntes o población flotante en la vulneración de los derechos colectivos invocados, no exime a las autoridades del cumplimiento de su deber constitucional y legal de llevar a cabo sus funciones y prestar los servicios que tienen a su cargo.

Lo mismo sucede en el presente caso, en el que si bien se demostró que la comunidad o terceros arrojaban basuras y desechos en el Canal Córdoba, no por ello se debe obviar la adopción de las medidas administrativas necesarias para lograr el cometido al que están obligadas todas las autoridades involucradas y que cuentan con todas las herramientas a su alcance. (...)

**Sentencia de 08 de marzo de 2018, Sección Primera – Subsección “B”, Exp. 110013337040 2014-00070-01, M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón, Segunda Instancia.**

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / REGIMEN ESPECIAL POLICÍA NACIONAL – Régimen aplicable en caso de muerte de miembro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en actos especiales del servicio – A falta de cónyuge o compañero (a) permanente o hijos la prestación se dividirá entre los padres siempre que se acredite su dependencia económica del causante**

**Problema jurídico: ¿Les asiste a los demandantes, en calidad de padres del causante, el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los términos del Decreto 4433 de 2004, por ser la norma que se encontraba vigente para el momento de fallecimiento de aquél?**

**Extracto:** “(...) Toda vez que el causante al momento de su fallecimiento, esto es, 22 de mayo de 2006, prestaba sus servicios a la Policía Nacional como Patrullero (fls. 16-32), la Sala encuentra que la normativa encargada de regular la pensión de sobrevivientes reclamada por los demandantes, en calidad de padres de aquél, se encuentra establecida por el Decreto 4433 de 2004. (...)”

Así las cosas, en tratándose de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que fallecieron en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo; bien sea en conflicto internacional, en el mantenimiento del orden público, o en el restablecimiento del orden público; a sus beneficiarios les asiste el derecho a una pensión de sobrevivientes a partir del momento del fallecimiento de ese policial, siendo una prestación que será liquidada conforme al grado conferido póstumamente y equivalente al 100% de las partidas computables establecidas en el artículo 23 de ese mismo decreto.

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 11 del aludido Decreto 4433 de 2004 establece el orden de beneficiarios para ese reconocimiento prestacional, determinándose en su artículo 11.4, por ser el determinante al presente asunto, que cuando el causante no tenga cónyuge o compañera(o) permanente ni hijo(a)s, la prestación se dividirá entre los padres de aquél, siempre y cuando dependan económicamente de este último. (...)

Así las cosas, toda vez que el fallecimiento del causante, como la propia entidad demandada sostuvo, “se enmarca en lo establecido en el Artículo 70 del Decreto 1091 de 1995, “MUERTE EN ACTOS ESPECIALES DEL SERVICIO”, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 71 (Ibidem), y el **Parágrafo del Artículo 27, del Decreto 4433 de 2004**” (Negrilla fuera de texto), se arrima a la conclusión que el deceso de aquél efectivamente se encuentra previsto dentro de las causales establecidas por la norma ibídem, para que a sus beneficiarios, esto es, sus padres, les asista el derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten su dependencia económica respecto de aquél, según lo determina el referido artículo 11.4 del Decreto 4433 de 2004.

Al respecto, es del caso señalar que, tal y como se adujo en el fallo apelado, la dependencia económica de los demandantes (padres) respecto del causante (hijo) fue esclarecida en el proceso que precedió al presente, motivo por el cual resulta innecesario valorar una vez más dicho aspecto cuando este ya fue acreditado fehacientemente, evidenciándose de esta manera que en el presente asunto logró cumplirse la otra exigencia establecida por el Decreto 4433 de 2004 para que a los demandantes les sea reconocida la pensión de sobrevivientes, en los términos del parágrafo del artículo 27 de esa normativa.

En consecuencia, la Sala arrima a la conclusión que a los demandantes efectivamente les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de acuerdo a lo determinado por el artículo 27 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido por el artículo 23 ibídem, tal y como lo determinó la a-quo en la sentencia apelada. (...)” (Destacado de la Sala)

[Sentencia de 18 de enero de 2018, Sección Segunda Subsección A. Exp. 11001333501320150050801, M.P. Dr. Néstor Javier Calvo Chaves – Segunda Instancia.](#)



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / MESADA CATORCE** – El Acto Legislativo No. 01 de 2005 reglamento la mesada catorce señalando que : i) no tienen derecho a la mesada quienes causen el derecho a la pensión de jubilación a partir del 23 de julio de 2005, y ii) se exceptúan las personas que lo causaron antes del 1 de julio de 2011 si su mesada pensional es igual o inferior a 3 SMLMV.

**Problema jurídico:** ¿La parte demandante, en su calidad de pensionada, tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada catorce a la que alude el artículo 142 de la Ley 100 de 1993?

**Extracto:** “(...) En este orden de ideas, preliminarmente debe destacar la Sala que prestaciones como las que se reclaman, fueron objeto de reglamentación por parte del Congreso de la República en función de su labor constituyente al expedir el Acto Legislativo N° 1 de 2005, el cual necesariamente debe repercutir en la validez o no de su reconocimiento. Así las cosas, se tiene que en virtud del Acto Legislativo previamente referido, se dispuso que: (i) Las personas que causen el derecho a la pensión de jubilación a partir del 25 de julio de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio, y (ii) se exceptúan las personas que causaron el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011 si su mesada pensional es igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En atención a lo anterior, y como quiera que a la parte demandante se le reconoció la pensión a partir del 1 de abril de 2009 en cuantía de \$901.146,47, la cual no superaba los 3 salarios mínimos para la época, y que según se desprende de las afirmaciones del libelo introductorio y de las documentales aportadas, dicha pensión fue reliquidada al acreditar el retiro definitivo del servicio mediante resolución N° 38592 del 15 de marzo de 2012 elevando la cuantía a la suma de \$976.295, la cual tampoco superaba los 3 salarios mínimos de que trata la excepción contenida en el parágrafo transitorio 6 del artículo 1 del Acto Legislativo N° 1 de 2005, podría pensarse que en principio, tendría derecho a la prestación reclamada por vía de excepción.

**No obstante, observa la Sala que mediante la Resolución N° RDP 015864 del 21 de mayo de 2014, “Por la cual se Reliquida una Pensión de VEJEZ en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN C”, se elevó la cuantía de la mesada pensional que percibe la demandante, a la suma de \$1.651.162 a partir del 1 de mayo de 2011. (...)**

En este orden de ideas, y evidenciando que la orden impartida en la providencia judicial previamente referida, se dio con efectos a partir del momento en que la demandante demostró el retiro definitivo del servicio, es decir, que el acto administrativo en virtud del cual, se le reliquidó la pensión por retiro definitivo del servicio a la demandante, fue declarado parcialmente nulo, con efectos ex tunc, resulta evidente que al habersele reconocido la reliquidación pensional desde el 1 de mayo de 2011, desapareció la condición que habilitaba a la demandante para percibir la mesada catorce.

Así pues, como quiera que el Acto Legislativo N° 1 de 2005 en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1°, determinó que la excepción consagrada estaba condicionada a que la pensión recibida sea igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no aplica para el caso sub examine, por cuanto como se ha explicado reiteradamente, a la parte demandante por orden judicial le fue reliquidada su pensión de jubilación en cuantía de \$1.651.162 a partir del 1 de mayo de 2011, suma que supera 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes. (...)

**Conclusión.** De todo lo anterior el despacho concluye que la parte demandante no acreditó tener derecho al reconocimiento, por parte de la UGPP, de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda. (...)” (Destacado de la Sala)

Sentencia de 6 de febrero de 2018, Sección Segunda, Subsección A, Exp 11001334204720160016601, M.P..Dr. Néstor Javier Calvo Chávez. Segunda Instancia.



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DIVISIÓN DEL ESCALAFON MILITAR Y POLICIAL – Normatividad – Escalafón regular y escalafón complementario / ESCALAFON COMPLEMENTARIO / PRIMA DE GASTOS DE REPRESENTACIÓN – No constituye factor para liquidar la asignación de retiro**

**Problema jurídico: ¿El demandante, en calidad de Coronel en situación de retiro, tiene derecho a que CREMIL reliquide y reajuste su asignación de retiro con la inclusión del 30% de la prima de gastos de representación como partida computable, por haberla devengado en servicio activo mientras perteneció al Escalafón Complementario?**

**Extracto: “(...) Así las cosas, de las anteriores citas normativas y jurisprudenciales se colige que: i) Al Escalafón Complementario, pueden pertenecer los Oficiales que habiendo reunido los requisitos de tiempo mínimo y excelente conducta, demostraran buenas condiciones profesionales en su grado, pero que no fueren ascendidos por carencia de las demás condiciones legales o por razón de las políticas generales sobre administración de personal; ii) tanto los Oficiales como los Suboficiales que se encuentren inscritos en el Escalafón Complementario, mientras permanezcan en servicio activo, tienen derecho a devengar la asignación básica, las primas, los subsidios y los viáticos correspondientes al grado inmediatamente superior, pero una vez se produzca su retiro del servicio activo, tanto las prestaciones sociales unitarias como las periódicas deben liquidarse teniendo en cuenta las partidas que se encuentren legalmente establecidas como computables, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro; iii) los Gastos de Representación como factor computable en la asignación de retiro solo se incluye para quienes ostenten el Grado de Oficiales Generales o de Insignia; y iv) en atención a la potestad de la configuración legislativa, el legislador goza de cierta autonomía y libertad para establecer que componentes constituyen factores para liquidar prestaciones. (...)**

Ahora bien, la Sala debe señalar que de acuerdo a lo analizado en el curso de esta providencia, los miembros del Escalafón complementario, solo tuvieron la prerrogativa de percibir dicho emolumento, mientras estuvieran en servicio activo, de tal suerte, que la afirmación del demandante por la cual consideró que, como al momento de retirarse del servicio percibía dicha prima, debía hacer parte de las partidas computables para liquidar su asignación de retiro, no tiene asidero jurídico.

Lo anterior, teniendo en cuenta la normativa y la jurisprudencia citada en el presente proveído a partir de la cual, se arriba a la conclusión de que una vez se produce el retiro del servicio activo de quienes pertenecían al Escalafón Complementario, las prestaciones sociales bien sea unitarias o periódicas, deben liquidarse teniendo en cuenta las partidas legalmente establecidas como computables, para tal efecto sin que haya lugar a incluirse en la liquidación, los gastos de representación, pues como ya se explicó ampliamente, dicho factor solo puede tenerse presente en la liquidación de quienes ostenten el Grado de Oficiales Generales o de Insignia.

Así las cosas, atendiendo criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, encuentra la Sala que no resulta conforme a dichos criterios, que un miembro del Escalafón Complementario, tenga derecho a que se le liquide su asignación de retiro de conformidad a un grado que nunca ostentó realmente.

**Finalmente, la Sala considera que es preciso destacar la autonomía con la que cuenta el legislador a efectos de determinar los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar prestaciones sociales, (...)**

**Conclusión.** De conformidad con las consideraciones expuestas, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por tanto serán negadas ya que la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado no fue desvirtuada. (...)” (Destacado de la Sala)

[Sentencia de 15 de marzo de 2018, Sección Segunda, Subsección A, Exp. 25000234200020160221500, M.P. Dr Néstor Javier Calvo Chaves - Primera instancia.](#)



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACREENCIAS LABORALES – E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, Fiduprevisora, Ministerio de Salud y la Protección Social y otro / CONTRATO REALIDAD –Legitimación en la causa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Fiduprevisora S.A – Prescripción – Aportes a seguridad social – Elementos de la relación laboral. Accede a pretensiones de la demanda.**

**Problema jurídico:** *¿Si la demandante (...) tiene derecho al reconocimiento del “contrato realidad” durante los períodos en que estuvo vinculada bajo Contrato de Prestación de Servicios con la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral, legal y reglamentaria, o si por el contrario, existió una relación eminentemente contractual sin derecho a prestación alguna regida por la Ley 80 de 1993, tal como lo sostiene la entidad accionada?”*

**Extracto: Legitimación en la causa por pasiva.** Se debe precisar, que según lo dispuesto en el Decreto 4171 del 29 de octubre de 2009, suscrito por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, se dispuso que únicamente intervendría en el proceso de liquidación de la **E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento** “en liquidación”, girando los recursos necesarios para el pago de las obligaciones laborales cuyo valor asume la Nación, a la entidad fiduciaria contratada para tal efecto, de conformidad con lo señalado en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006....En estas condiciones, se entiende que corresponde al Ministerio de la Protección Social, por ser la entidad respecto de quien se entiende que operó la figura de la sucesión procesal, asumir la defensa jurídica del presente asunto, según lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil No. 114 de 30 de diciembre de 2008 y sus modificaciones. Así las cosas, se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Fiduprevisora S.A.** y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las razones expuestas, y como consecuencia, se aclarará que corresponde al **Ministerio de Salud y Protección Social**, responder frente al posible reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la declaratoria de la relación laboral entre la demandante (...) y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento “en liquidación”. **La vinculación Laboral** :En principio, entre la demandante (...) y la **E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento**, existió una relación contractual, pues se señala que su vinculación con la entidad demandada obedeció a la suscripción de contratos para prestar sus servicios como Auxiliar de Oficina...(…)Conforme a lo anterior, la demandante se encontraba supeditado a las directrices impartidas por la **E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento**, prueba de ello, son los contratos aportados al expediente, en donde se indican las disposiciones permanentes de carácter obligatorio. Así mismo, debía rendir informes sobre las labores ejecutadas y cumplir el horario y las directrices impartidas, lo que demuestra que la **E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento** ejercía un permanente seguimiento de las labores desarrolladas por la demandante(...) Es claro entonces, que en los contratos de prestación de servicios se estableció que la demandante cumpliría con el objeto contractual en forma independiente, es decir, que no existía subordinación alguna, así como también se estableció, contradictoriamente, que no se configuraría relación laboral con la entidad demandada; sin embargo, de las pruebas recaudadas se desvirtúa tal situación, pues de acuerdo con la forma como se ejecutaron las actividades, se observa claramente que se configuró el elemento de la subordinación .En resumen, se revocará la decisión de instancia para indicar que: (i) que se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A. y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (ii) no se encuentra probada la excepción de cosa juzgada por las razones expuestas, (iii) hay lugar a declarar la nulidad del oficio No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, (iv) se probaron los elementos de la relación laboral por el período comprendido desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, (v) es procedente condenar al Ministerio de Salud y Protección Social y ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el período comprendido desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, (vi) no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción de las prestaciones sociales causadas, y (vii) es procedente ordenar el pago de las prestaciones sociales y el cálculo de los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, riesgos laborales y pensión) previsto en la Ley 100 de 1993, mes a mes por la contratista (teniendo en cuenta los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios), y los que se debieron efectuar en calidad de empleador, debiendo la entidad responsable cotizar a cada uno de los respectivos regímenes la suma que resultara faltante por concepto de aportes a pensión, salud y riesgos laborales, siendo necesario que la parte actora acredite las cotizaciones efectuadas, y en el caso en el que exista diferencia o no se hubieran efectuado, deberá asumir el porcentaje correspondiente”.

[Sentencia de 22 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “E”, Exp. 11001333502520130027001 M.P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon – Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LESIVIDAD – FONPRECOM / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE CONGRESISTA SIN CUMPLIR REQUISITOS - Normatividad - Régimen especial de congresista previsto en el Decreto 1359 de 1993. Declara la nulidad del acto mediante el cual se reconoció pensión al demandado.**

**Problema Jurídico:** “¿ i) Si la convalidación de tiempos de servicio efectuada por Fonprecon, por la publicación del libro “Breve semblanza de los presidentes colombianos”, se ajustó a las disposiciones contenidas en el Decreto 753 de 1974 y en la Ley 50 de 1886 y, de otra parte, ii) si el señor (...), es beneficiario del régimen especial de congresistas establecido en el Decreto 1359 de 1993 o, si por el contrario, su situación pensional se debe regir por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 ?”.

**Extracto: Normatividad-Régimen Especial de Congresistas...**El Presidente de la República, expidió el Decreto 1359 de 12 de julio de 1993, mediante el cual, estableció el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara. Normativa que en lo relacionado con los requisitos para obtener la pensión vitalicia de jubilación dispuso lo siguiente:(...) se tiene que para tener derecho a la referida pensión vitalicia de jubilación resulta necesario: a) Haberse desempeñado como Senador o Representante a la Cámara a partir de la Ley 4ª de 1992 y en dicha condición cumplir los requisitos para pensión; b) Cumplir la edad que dispone el artículo 1º, párrafo 2º de la Ley 33 de 1985, esto es, cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones y c) 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en una o en diferentes entidades de derecho público, incluido el Congreso de la República o que los haya cumplido parte en el sector público y en el sector privado, conforme a la Ley 71 de 1988.(...)el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1293 de 1994, a través del cual, se estableció el régimen de transición para los Senadores, Representantes a la Cámara, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, en los siguientes términos: (...) esto es, el mismo de que trata el artículo 36, inciso segundo de la Ley 100 de 1993 y un régimen de transición especial para quienes habían consolidado su derecho al terminar la legislatura el 20 de junio de 1994.**Normativa relacionada con la equivalencia de tiempos de servicios por producción de textos o libros de enseñanza.** La Ley 50 de 1886, “Por la cual se fijan reglas generales sobre concesiones de pensiones y jubilaciones”, creó la posibilidad de que la producción de un texto de enseñanza pudiera ser homologado por dos (2) años de servicios prestados en la instrucción pública, teniendo en cuenta los siguientes lineamientos: (...)Conforme a lo anterior, concluye la Sala, que la producción literaria “Breve semblanza de los presidentes colombianos 1810-1990”, no cumple con uno de los requisitos legales para homologar dos (2) años de instrucción pública con fines pensionales, pues, no se trata de un texto de enseñanza en estricto sentido. Por consiguiente, el señor (...) tan solo computó un total de tiempo de servicio de dieciocho (18) años y catorce (14) días, es decir, que no cumplió con el requisito de 20 años de que trata el artículo 7º del Decreto 1359 de 1993.(...)Conforme a la norma trascrita, el parlamentario que se retire definitivamente de la actividad congresional sin haber completado 20 años de servicio, pierde el beneficio de la transición de que trata el Decreto 1293 de 1994, que le permite obtener este reconocimiento prestacional con el régimen especial de congresista previsto en el Decreto 1359 de 1993. En el presente caso, el señor (...) se retiró del Congreso de la República el 20 de julio de 1994, al computar 18 años y 14 días de servicio, esto es, sin reunir los 20 años de servicios, configurándose la pérdida de los beneficios del régimen especial de pensión de congresista que le fue aplicado. (...) no puede desconocerse que el exparlamentario incurrió en una de las causales de pérdida del régimen de transición, cual es, retirarse definitivamente de la actividad congresional sin el cumplimiento del tiempo de servicio necesario para el reconocimiento pensional....En lo relacionado al reintegro de las sumas pagadas con ocasión del reconocimiento pensional efectuado mediante Resolución No. 00797 de 9 de agosto de 1995, no habrá lugar a reconocimiento de pago alguno, pues, debe recordarse lo preceptuado en el literal c, numeral 1º, del artículo 164 del C.P.A.C.A, según el cual “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. ...Así las cosas, revisado el expediente, no encuentra la Sala elementos de juicio que desvirtúen la presunción de buena fe, en tanto, no se advierte alguna conducta desplegada por el señor (...) que evidencie una actuación torticera, engañosa o fraudulenta frente a la administración”.

[Sentencia de 15 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “D” , Exp.201403239 M.P. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Sanción disciplinaria y multa equivalente a 90 días de salario, impuesta por la Procuraduría General de la Nación ejerciendo el poder preferente a Director del IDU- – Control de legalidad de actos que imponen sanciones disciplinarias – Norma aplicable al caso – Modificación de contrato estatal – Niega pretensiones de la demanda.**

**Problema jurídico:** “¿Si, la Procuraduría General de la Nación, al ejercer el poder preferente y asumir el conocimiento de la investigación disciplinaria contra el accionante, vulneró el debido proceso por haber incurrido en la ruptura de la unidad procesal frente a la investigación que adelantaba la Personería de Bogotá, que también conocía de la investigación por los mismos hechos respecto del actor y otros funcionarios del IDU, con lo cual se acredita el cargo de violación de las normas en que debía fundarse, o si por el contrario, tal garantía constitucional se mantuvo?

**Extracto: “Control de legalidad de los actos que imponen sanciones disciplinarias.** Frente a la posibilidad de revisión de los actos administrativos resultantes del procedimiento disciplinario mediante la acción de nulidad y restablecimiento que aquí se invoca, la jurisprudencia contenciosa administrativa en forma reiterada había sostenido que el control de legalidad que se realiza no puede convertirse en una tercera instancia, en tanto que corresponde al juez contencioso ejercer un juicio de legalidad... **Ejercicio del poder preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación-** El ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación es una facultad de rango constitucional, pues fue previsto en el artículo 277 superior de la siguiente forma: ...Dicho poder ha sido entendido como la facultad que tiene la Procuraduría General de la Nación de atribuirse el conocimiento en cualquiera etapa que se encuentre el proceso disciplinario, entre otras razones, por la trascendencia de los temas objetos de investigación.(...)En el asunto objeto de análisis, no se vislumbran las razones de vulneración de la competencia por conexidad para que la accionada no hubiese podido investigar de forma separada al demandante de los demás servidores del IDU dentro de la investigación disciplinaria que estaba conociendo la Personería de Bogotá, máxime si se tiene en cuenta que con antelación a la investigación de la personería, ya los venía investigando por los mismos hechos.(...) Es de resaltar que, el actor no desplegó tarea probatoria alguna para demostrar sus argumentos, en tanto que no refuta si dichos diseños y estudios estaban incompletos... por lo que en criterio de la Sala de Decisión, no es de recibo lo sostenido por el actor, toda vez que el ejercicio de un cargo de tan alta responsabilidad y dada la trascendencia de la obra que se adelantaba, quien lo ejercía no podía declararse ajeno al seguimiento, vigilancia y control de la gestión contractual, por cuanto, quien tenía la representación legal y la facultad de celebrar los contratos, era el director de la entidad, por tal razón, no puede aceptarse la afirmación de que tales funciones no le correspondían... **“La modificación del contrato estatal...** En cuanto al argumento de la parte actora de que erró la administración y el a-quo al interpretar el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, la sentencia en cita, frente a lo previsto por el legislador en la norma reseñada, fue clara en indicar cómo debía entenderse su contenido, así: (...) Corolario de lo expuesto es que contrario a lo afirmado por la parte actora, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no faculta expresamente a las entidades estatales a celebrar adiciones a los contratos para modificarles el objeto contractual, dado que para tal situación están previstos los contratos adicionales, argumento suficiente para dar por no probado el cargo alegado... **Recapitulación :** Se debe Confirmar el fallo que negó las pretensiones de la demanda, como quiera que los actos acusados se ajustan a derecho, en la medida en que no se acreditó la violación de las normas que fueron invocadas por la parte actora, pues por el contrario, se demostró con suficiencia que en el proceso disciplinario adelantado en contra del actor por la Procuraduría General de la Nación, se preservaron las garantías constitucionales y las responsabilidades a él endilgadas devienen no solo del manual de funciones, sino de la Constitución y la Ley, no siendo aceptadas las razones de exculpación alegadas”.

[Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Segunda Subsección “E” , Exp. 25000232500020050569202 M.P. Dr. Jaime Alberto Galeano Garzón – Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONCURSO DE MÉRITOS - DOCENTE – Modificación calificación al reducir el total de puntaje en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas – Marco jurídico – Análisis crítico de los medios de prueba.**

**Problema Jurídico:** *¿Si la resolución n°. 07 del 4 de octubre de 2012, por medio de la cual el Consejo de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, modificó la calificación asignada a la demandante en el ítem “investigaciones” al reducirlo de 10 puntos a 0, y disminuir 10 puntos del total del puntaje dentro del concurso de méritos docentes, para el cargo.... de la Facultad de Ingeniería, se encuentra o no viciado de nulidad por infracción de las normas superiores en que debía fundarse?”.*

**Extracto: “Marco jurídico de los concursos de méritos para proveer cargos docentes en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.** El Consejo Superior Universitario de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en uso de sus atribuciones Constitucionales, Legales y Reglamentarias, profirió el acuerdo n°. 05 del 3 de octubre de 2007 “Por el cual se expide el Reglamento de Concursos Públicos de Méritos para la provisión de cargos en la Planta de Personal Docente de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas”. **Análisis crítico de los medios de prueba y conclusión en el caso en concreto...** En ese orden de ideas, queda en evidencia que de conformidad con los reglamentos, manuales y procedimientos propios del Centro de Investigaciones y Desarrollo Científico – CIDC de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, los grupos de investigación son sustancialmente diferentes a los semilleros de investigación, y por ello tienen una reglamentación diferente. Se encuentra demostrado que la demandante es integrante de un semillero de investigación, pero no de un grupo de investigación, y no hay duda en que el artículo 27 del acuerdo 05 de 2007 otorga puntos solo a quienes hacen parte de un grupo de investigación. (...) No obstante lo anterior, en criterio de esta Sala de decisión, la certificación que se viene de leer, no cumple las condiciones mínimas para la asignación de puntos por el factor investigaciones y/o creaciones artísticas, habida consideración a que en ella no se informa qué tipo de investigación fue la que se realizó en los estudios para la obtención de imágenes de satélite en Colombia, dentro del contrato No. 016 de 2004.... Esto es que no se indica si fue una investigación de carácter científico, que es la exigida en las normas del concurso, o si fue una investigación de campo para la mera recolección de datos o muestras.... En cuanto al cargo de nulidad por la supuesta violación del derecho al debido proceso, en consideración a que la demandante no fue vinculada formalmente al trámite del recurso de apelación interpuesto por la señora (...), se precisa lo siguiente: (...) Al caso concreto resultan aplicables las normas del Código Contencioso Administrativo – decreto 01 de 1984, habida consideración a que el Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) entró a regir a partir del 2 de julio de 2012 para las actuaciones administrativas que se iniciaron en dicha fecha, pero las que se iniciaron antes, continuaron sometidas al CCA.... El trámite del recurso de apelación contra los actos administrativos definitivos, denominado en dicho código como la vía gubernativa, se encuentra regulada en los artículos 49 y siguientes del CCA. Revisado el contenido de las normas del Código Contencioso Administrativo en las cuales se regula el trámite de la vía gubernativa no se encuentra disposición alguna que ordene a la administración dar traslado del recurso de apelación. (...) Ciertamente es que el artículo 28 del CCA dispone que “Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma”, pero en el caso concreto no existe duda alguna en que la demandante hacía parte de la actuación administrativa en calidad de concursante – aspirante. En otras palabras, la actuación administrativa es el concurso abierto de méritos en sí mismo y la demandante estaba vinculada a ella como participante. ...Lo anterior permite entrever que la demandante, señora (...), al hacer parte de la actuación administrativa – del concurso, tenía conocimiento de las etapas y términos, así como de las decisiones que debía tomar el Jurado del Concurso, y de los recursos que procedían contra aquellas, mismos que podían interponer ella o cualquiera de los participantes, de manera que, no puede ahora alegar en la vía judicial su descuido en el asunto. En conclusión, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por el contrario, encuentra la Sala demostrado que el mismo se ajusta al ordenamiento jurídico”.

[Sentencia de 21 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “C”, Exp. 11001333502320130032001 M.P. Dra. Luz Myriam Espejo Rodríguez –Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – RECONOCIMIENTO ASIGNACIÓN DE RETIRO – Destitución – CASUR – Decreto 1858 de 2012 – Normatividad – Ley 923 de 2004 – Accede a las pretensiones de la demanda por cuanto al actor le es aplicable el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004**

***El problema jurídico:** “¿Si el señor (...), tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro y le es aplicable el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004?”*

**Extracto.** “El demandante ingresó a la policía prestando servicio militar, del 25 de julio de 1997 al 22 de julio de 1998; luego como alumno del nivel ejecutivo, del 1º de marzo de 1999 al 24 de febrero de 2000 y; finalmente, se trasladó al nivel ejecutivo en el período comprendido entre el 25 de febrero de 2000 al 27 de febrero de 2014, acumulando 16 años, 2 meses y 16 días de servicio, siendo retirado por destitución mediante Resolución N° 00214 del 20 de enero de 2014, por la cual se ejecutó una sanción disciplinaria, siendo notificada personalmente el 27 de febrero de 2014. Estas condiciones le indican a la Sala, que el demandante se trasladó al nivel ejecutivo antes del 1º de enero de 2005 y al 30 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, norma que también aplica al personal del nivel ejecutivo, se encontraba en servicio activo.(...) el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1858 de 2012, mediante el cual fija el régimen de transición y el pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así: **“Artículo 1º. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo.** Fíjase el régimen pensional y de asignación...Analizada la norma transcrita y la situación fáctica del demandante, observa la Sala, que la misma se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 1º del Decreto 1858 de 2012, en concordancia con la Ley 923 de 2004; habida cuenta que ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo antes del 1º de enero de 2005, y se encontraba en actividad a la entrada en vigencia de la referida ley. (...) En el caso concreto, el demandante acumuló un total de 16 años, 2 meses y 16 días y fue retirado por destitución, vale decir, que en principio en esas condiciones, el artículo 1º del Decreto 1858 de 2012, para acceder a la asignación de retiro, exige 20 años de servicio; sin embargo, la Sala advierte, que esa exigencia es disonante con lo dispuesto en inciso 2º del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, ley marco del régimen para los miembros de la fuerza pública, habida cuenta, que la ley marco exige 15 años de servicio, sin consideración a la causal de retiro.(...) Teniendo en cuenta lo anotado en precedencia y en la ley marco del régimen pensional para los miembros de la Fuerza Pública, norma ésta prevalente por su rango y jerarquía, aplicable a ese personal, entre estos, al nivel ejecutivo; **prevé para quienes al 30 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, se encontraban en servicio activo, el derecho a acceder a la asignación con 15 años de servicios sin consideración a la causal de retiro.** Entonces, la situación fáctica del demandante tiene vocación para acceder a la asignación de retiro, habida cuenta que para la entrada en vigencia de esa ley se encontraba activo y acumuló 16 años, 2 meses y 16 días de servicio, a partir del 27 de febrero de 2014, fecha de su desvinculación de la entidad.Por lo expuesto, se procederá a **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda y accederá en la forma que se indicará en la parte resolutive”.

[Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “B”, Exp. 20160068101 M.P. Dr. Alberto Espinosa Bolaños – Segunda Instancia.](#)



## SECCIÓN SEGUNDA

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Régimen de Transición – Sobre el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – Jurisprudencia – Régimen pensional de los empleados del Congreso – Decreto 1293 de 1994 artículo 2.

**Problemas jurídicos:** ¿i) si el demandante al momento de realizar el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, además de tener cumplidos más de 40 años de edad, había completado los 15 años de servicios, que indica la Sentencia C-789 de 2002, para no perder el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993? ¿ii) Cuál es el régimen pensional a tener en cuenta para el reconocimiento de su pensión de jubilación?"

**Extracto:** “ el señor (...) petitionó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON el reconocimiento de su pensión de vejez, por considerar, que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues nació el 24 de noviembre de 1952 (...) La entidad demandada manifiesta, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, toda vez, que el 15 de mayo de 1995 se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad y como a la fecha de entrada en vigencia del régimen general de pensiones (30 de junio de 1995), no acreditaba los 15 años de servicio, perdió los beneficios del régimen de transición y bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, no reúne el mínimo de semanas cotizadas exigido.(...) Descendiendo al caso concreto, se advierten los siguientes tiempos laborados por el señor (..) hasta el día 30 de junio de 1995, fecha en la cual entró en vigencia el régimen de transición para empleados territoriales, toda vez, que el demandante laboró al servicio del departamento del Quindío, primero como empleado y luego, como diputado...(..) Como resultado del anterior cálculo en materia probatoria, la Sala encuentra, que efectivamente para el 30 de junio de 1995, el demandante había alcanzado más de 15 años de servicios (exactamente 15 años, 1 mes y 21 días) y cumplido más de 40 años de edad, lo cual significa, que su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 01 de junio de 1995 y su regreso al régimen de prima media con prestación definida, a partir del 30 de abril de 2008, no genera su exclusión del régimen de transición, toda vez, que el contenido de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se aplica a quienes tenían 15 años o más de trabajo cotizado a la entrada en vigencia de la citada norma. **Régimen pensional de los empleados del Congreso.** El Decreto 1293 de 1994, fijó el régimen de transición de los Congresistas, de los empleados del Congreso y del Fondo de Previsión Social del Congreso – FONPRECON señalando, que el Sistema General de Pensiones se aplica a estos servidores, a excepción de quienes sean beneficiarios del régimen de transición y el artículo 2º de este decreto, expresamente indicó: (...) Así, el régimen anterior es el establecido en el Acuerdo 26 de 1986, aprobado por el Decreto 2837 del mismo año, que en su artículo 20 dispuso: **“Artículo 2º. Pensión Vitalicia de Jubilación. Los empleados del Fondo y del Congreso que sirvan o hayan servido veinte (20) años continuos o discontinuos...(...)**Según esta normativa, el señor (...) tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida **al cumplir 20 años de servicios y 55 años de edad**, por cuanto no se le aplica el parágrafo del artículo 20 *ibídem* por no completar para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, 15 años continuos o discontinuos de servicio...Respecto de la cuantía, la misma disposición prevé, que es el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (20 de julio de 2009 – 19 de julio de 2010), con los factores salariales descritos en el artículo 23 del mismo acuerdo, de asignación básica mensual o dietas, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, prima semestral, prima de navidad, trabajo suplementario, prima de antigüedad, bonificaciones, si los hubiere devengado. Conforme a lo expuesto, el señor (...) es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, su pensión de jubilación como empleado del Congreso, debe ser reconocida con fundamento en los parámetros establecidos el **Acuerdo 26 de 1986**, incluyendo en la liquidación de la prestación, los factores salariales previstos en el artículo 23 del mismo acuerdo.Por las anteriores razones, se accederá a las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, ordenando a título de restablecimiento del derecho, que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON reconozca y pague la pensión de jubilación al demandante, de conformidad con lo señalado en el Acuerdo 26 de 1986, aprobado por el Decreto 2837 del mismo año, incluyendo en la liquidación de la prestación, los factores salariales previstos en el artículo 23 del mismo acuerdo, a partir del 20 de julio de 2010, fecha de su retiro definitivo del servicio”.

[Sentencia de 1 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “B” , Exp.201500017 M.P. Dr. Alberto Espinosa Bolaños – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DISCIPLINARIO – SANCIÓN DISCIPLINARIA DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL – Régimen disciplinario aplicable Ley 734 de 2002 – El abandono de cargo constituye una conducta que se ejecuta de manera instantánea y no continuada – Calificación de la falta – Niega pretensiones de la demanda.**

**Problema Jurídico:** “¿Si los actos administrativos enjuiciados, mediante los cuales se impuso sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por el término de 11 años a (...), se encuentran o no incursos en los cargos de nulidad formulados en la demanda, **ii)** En caso de ser así, establecer si la parte actora tiene derecho al restablecimiento del derecho solicitado?”

**Extracto: “Norma aplicable a los hechos o conductas disciplinadas investigadas.** Indica la Sala, en primer término que el abandono del cargo no puede ser entendida como una conducta de naturaleza continuada, ya que la misma se da, desde el momento en que el actor debió reintegrarse a sus funciones y no hasta cuando el mismo decide reincorporarse a su puesto de trabajo, ya que este último evento puede que no se dé....**Calificación de la Falta-** Establece el artículo 43 de la Ley 734 de 2002 que las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la norma; y que se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: (i) El grado de culpabilidad; (ii) La naturaleza esencial del servicio; (iii) El grado de perturbación del servicio; (iv) La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución; (v) La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; (vi) Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas; (vii) Los motivos determinantes del comportamiento; (viii) Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos; y (ix) La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. En ese orden de ideas, la destitución aplica para las faltas imputadas a la actora, pues **fueron cometidas a título de dolo**, en ambos casos —abandono del cargo sin justificación— se aplica la sanción de destitución e inhabilidad general.(...) Por su parte, el artículo 47 *ibidem* contiene los criterios para determinar la graduación de la sanción, que fueron desarrollados por el fallador disciplinario, teniendo en cuenta lo favorable, como lo es no haber sido sancionada disciplinariamente en los últimos 5 años, por lo que a juicio de ésta Sala la dosificación de la sanción no resulta desproporcionada, ya que el término impuesto es razonable en consideración al tipo de conducta y grado de culpabilidad, según las consideraciones realizadas a lo largo de los actos enjuiciados. Pues la inhabilidad general instituida en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, señala como límite de la misma entre 10 a 20 años, por ende la sanción impuesta, puede entenderse que correspondió a los límites establecidos en la ley, para la conducta de abandono del cargo de la licencia otorgada a la actora... **Conclusión.** Al momento de analizar si una decisión disciplinaria incurre en los motivos que llevan a declarar su nulidad, debe demostrarse: una violación al derecho de defensa de tal entidad que haya impedido probar circunstancias determinantes que favorezcan al imputado; que se haya escogido una norma no aplicable al caso, dejando de utilizar la que corresponde y en su lugar, se haya hecho uso de otra que no gobierna la situación bajo examen, o realizado un entendimiento desacertado de la misma; o que se haya reducido o ignorado un medio de convicción trascendental para la situación fáctica, o se haya tergiversado su sentido de manera grosera, incluso haciendo decir lo que el elemento no indica. Todo lo anterior implicaría que las pretensiones estarían llamadas a prosperar, de darse arbitrariedad o error en la aplicación de la norma, o en la subsunción normativa de los hechos probados, también en los casos en los que existe error fáctico por apreciación probatoria de tal magnitud que la distorsión implica tergiversar la situación fáctica en detrimento del imputado, o en caso de grave afectación al debido proceso. Sin embargo, nada de ello se observa en el presente caso, tal y como se explicó en las consideraciones expuestas en precedencia, motivo por el cual han de negarse las súplicas de la demandante”.

[Sentencia de 7 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “C” , Exp. 25000234200020150088900 M.P. Dr. Carlos Alberto Orlando Jaiquel – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – DISCIPLINARIO – SENA /SANCIÓN DISCIPLINARIA CON DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL – Por suministrar para su vinculación y posesión documentos apócrifos – Culpabilidad – Calificación de la falta – Niega súplicas de la demanda**

**Problema jurídico:** “¿ Si los actos administrativos enjuiciados, mediante los cuales se impuso sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por el término de 13 años al señor (...), se encuentran o no incurso en los cargos de nulidad formulados en la demanda, ii) En caso de ser así, corresponde establecer si resultan procedentes las pretensiones consecuenciales formuladas en la demanda, o en su defecto, determinar los términos en los cuales debe concretarse el restablecimiento del derecho en favor del actor?”.

**Extracto:**“...**Culpabilidad:** ....En el caso concreto, como lo dispuso la autoridad disciplinaria, el actor fue sancionado por incumplir los deberes que le competían y violar el **deber funcional sin justificación alguna**; actuaciones que realizó a título de **dolo**, concretamente por que el actor allegó a conciencia documentos que acepto que eran apócrifos con el fin de obtener los resultados ya conocidos, y demostrados en el proceso disciplinario. Así las cosas, hallándose probadas las conductas desplegadas por el actor, las cuales fueron descritas en los actos expedidos por el SENA e imputadas desde el momento en que se dictó el pliego de cargos, no cabe duda que incurrió en una falta disciplinaria...**Calificación de la Falta-**Establece el artículo 43 de la Ley 734 de 2002 que las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la norma; y que se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: (i) El grado de culpabilidad; (ii) La naturaleza esencial del servicio; (iii) El grado de perturbación del servicio; (iv) La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución; (v) La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; (vi) Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación... Por ello, a juicio de la Sala fue acertada la determinación del operador disciplinario respecto a la existencia de dolo en cuanto al incumplimiento de los deberes, pues se demostró la desatención elemental del actor en sus obligaciones que le competían como funcionario publico, con lo que puso en riesgo la función administrativa, sino también, el patrimonio público, razones suficientes para esa calificación.(...) a juicio de ésta Sala la dosificación de la sanción no resulta desproporcionada, ya que el término impuesto es razonable en consideración al tipo de conducta y grado de culpabilidad, según las consideraciones realizadas a lo largo de los actos enjuiciados. Pues la inhabilidad general instituida en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, señala como límite de la misma entre 10 a 20 años, por ende la sanción impuesta, puede entenderse que correspondió a los límites establecidos en la ley, para la conducta de abandono del cargo de la licencia otorgada a la actora. **Conclusión:** Al momento de analizar si una decisión disciplinaria incurre en los motivos que llevan a declarar su nulidad, debe demostrarse: una violación al derecho de defensa de tal entidad que haya impedido probar circunstancias determinantes que favorezcan al imputado; que se haya escogido una norma no aplicable al caso, dejando de utilizar la que corresponde y en su lugar, se haya hecho uso de otra que no gobierna la situación bajo examen, o realizado un entendimiento desacertado de la misma; o que se haya reducido o ignorado un medio de convicción trascendental para la situación fáctica, o se haya tergiversado su sentido de manera grosera, incluso haciendo decir lo que el elemento no indica. Todo lo anterior implicaría que las pretensiones estarían llamadas a prosperar, de darse arbitrariedad o error en la aplicación de la norma, o en la subsunción normativa de los hechos probados, también en los casos en los que existe error fáctico por apreciación probatoria de tal magnitud que la distorsión implica tergiversar la situación fáctica en detrimento del imputado, o en caso de grave afectación al debido proceso. Sin embargo, nada de ello se observa en el presente caso, tal y como se explicó en las consideraciones expuestas en precdencia, motivo por el cual han de negarse las súplicas de la demandante”.

[Sentencia de 28 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “C” , Exp. 25000234200020150142900 M.P. Dr. Carlos Alberto Orlando Jaiquel – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RETIRO DEL SERVICIO – Renuncia – Aceptación de renuncia extemporánea – Fondo de Adaptación – Marco jurídico – Retiro y aceptación de renuncia de servidores públicos – Artículo 41 Ley 909 de 2004 – Decreto Ley 2400 de 1968 – Decreto 1950 de 1973 – Procedimiento de la aceptación de la renuncia. Niega pretensiones de la demanda.**

**Problema jurídico.** *Le asiste razón jurídica a la accionante al afirmar que: i) su desvinculación del Fondo de Adaptación se realizó de forma irregular, toda vez que la aceptación de la renuncia se hizo de forma extemporánea, es decir, por fuera de los términos que la ley impone y ii) que la renuncia no fue presentada de forma voluntaria, pues existió coerción por parte de la entidad?*

**Extracto:** “...Retiro y aceptación de renuncia de los servidores públicos-... los artículos 25 y 27 del Decreto 2400 de 1968, regulan lo referente al retiro y renuncia de los cargos públicos en el siguiente sentido... En efecto, el acto de renuncia ha sido concebido legal y jurisprudencialmente como la manifestación de la voluntad inequívoca de concluir en el ejercicio del empleo que se viene desempeñando, además dispone la noma que una vez ésta sea puesta en conocimiento de la administración, la autoridad nominadora, deberá pronunciarse en relación con su aceptación, **dentro de los 30 días siguientes a su presentación, en caso contrario, el servidor público podrá separarse de su empleo, sin incurrir en abandono del cargo o continuar prestando sus servicios, evento en el cual la renuncia presentada no producirá efecto alguno. Del procedimiento de la aceptación de la renuncia.**...En ese orden de ideas, es preciso indicar que en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha dicho que la renuncia se debe presentar en forma espontánea e inequívoca con manifestación de la voluntad libre de vicios, empero, también se ha dicho que **podría insinuarse o solicitarse la renuncia y esto no conllevaría a la nulidad de la aceptación de la misma, sino que sería necesario demostrar que el nominador ejerció un constreñimiento y coacción invencible que eliminó la voluntad del empleado de continuar en el cargo.**...Así las cosas, del acervo probatorio y la jurisprudencia en cita se tiene que en el presente asunto no se configuró la ilegalidad del acto acusado, o por lo menos probatoriamente no quedó acreditado, ya que para el caso de la señora (...) se evidencia que: i) en el escrito de renuncia textualmente citó «... me permito presentar renuncia protocolaria al empleo Asesor III de libre nombramiento y remoción que ocupó en el Fondo Adaptación, a partir de la fecha» sin probar la fecha de recibido de la renuncia por la entidad, como tampoco, que la renuncia constituyera una coacción invencible; ii) el cargo que ostentaba era un cargo de libre nombramiento y remoción por lo que no contaba con un fuero de inamovilidad (como la jurisprudencia lo establece, se puede solicitar la renuncia protocolaria sin incurrir en una falta); iii) se desempeñaba en un cargo de asesora (es decir, que se presupone su experiencia y preparación para discernir). En ese orden de ideas, mediante la prueba testimonial, no se pudo demostrar la supuesta falta de la administración, al no haber aceptado la renuncia dentro del término estipulado ni la coerción invencible en la renuncia. En conclusión, se negaran las pretensiones de la demanda, toda vez que la accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija el acto acusado, por cuanto del material probatorio obrante en el proceso no es posible determinar de manera fehaciente que aquel hubiese sido expedido de manera ilegal”.

**[Sentencia de 1 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “B”, Exp.25000234200020150160300 M.P. Dr. Luis Gilberto Ortégón Ortégón – Primera Instancia.](#)**



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SUBSIDIO PREVISTO PARA LOS VETERANOS SOBREVIVIENTES DE LA GUERRA DE COREA Y EL CONFLICTO CON EL PERU – LEY 683 DE 2001 – Requisitos para ser beneficiario del subsidio de la Ley 683 de 2001 haber sido ex combatientes de la guerra de corea y el conflicto con el Perú y que se encuentren en una situación de indigencia – Jurisprudencia – Confirma fallo que niega pretensiones de la demanda por no haber acreditado los dos requisitos para ser beneficiario por estar devengando pensión de jubilación que asciende a más de 1 S.M.L.V.**

**Problema jurídico:** *¿Si bajo 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 se le reconozca y pague el subsidio consagrado en el artículo 3º de la Ley 683 de 2001?*

**Extracto:** “...El Congreso de la República expidió la Ley 683 de 2001, “*Por la cual se establecen unos beneficios a favor de los veteranos sobrevivientes de la Guerra de Corea y el Conflicto con el Perú y se dictan otras disposiciones*”, que en su artículo 3º, prescribe:...De lo antes expuesto, palmario es colegir que el subsidio que trata la Ley 683 de 2001 sólo se reconoce a aquellos excombatientes (de la guerra de Corea y/o el conflicto con el Perú) que se encuentren en una situación de indigencia...Resulta forzoso determinar que se entiende por “indigencia”. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-057 de 2011, dijo: “...personas que son conocidas en nuestro entorno social como indigentes o habitantes de la calle, hacen parte de un grupo humano cuyo grado de vulnerabilidad obedece en gran medida a su incapacidad económica para suplir sus necesidades básicas. ....Como corolario de las precitadas jurisprudencias, la Sala concluye que la condición de indigencia depende del entorno socioeconómico de cada persona, es decir, que para predicar que una persona se encuentra en un estado de indigencia, primeramente, se debe analizar su posición socioeconómica, pues los gastos que demanda un estrato alto no son iguales al de un estrato medio....Da cuenta la Sala, según certificación expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, que (...) prestó sus servicios como soldado en el Batallón Colombia en Corea; que para el año 2016, devengaba una pensión de vejez equivalente a \$785.979 y que en la actualidad cuenta con 83 años de edad, pues nació el 15 de marzo de 1934 (según se consigna en la Resolución No. 010855 de 1994, por la cual se reconoció su pensión de vejez). Empero, respecto a los gastos alegados por el actor, cuál afirma ascender a la suma de \$1.600.000, se dice que los mismos no fueron acreditados en el proceso dado que no se aportó medio de prueba alguno que demostrara su causación....De esta manera, comoquiera que en el *sub lite* sólo se acreditó uno de los presupuestos fácticos que exige la Ley 683 de 2001, cuál es la calidad del actor como excombatiente de la guerra de Corea, es decir, faltando la condición de indigencia (requisito *sine qua non* para ser beneficiario del subsidio que trata la pluricitada ley), esta colegiatura desestimarás las pretensiones de la demanda toda vez que de las documentales obrantes en el plenario, contrario a lo acusado en el libelo, se presume que el actor sí cuenta con los ingresos necesarios para su propia subsistencia, pues en la actualidad percibe una pensión de vejez que supera un poco más el salario mínimo, razón por la que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda”.

[Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. 11001334205620170002901 M.P. Dr. Cerveleón Padilla Linares – Primera Instancia.](#)



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / NIVELACIÓN SALARIAL / HOMOLOGACIÓN DE CARGO –Homologación de Escribiente de Juzgado Municipal Nominado y de Escribiente de Juzgado de Circuito Nominado por haber desarrollado funciones propias de este último durante cierto tiempo – Rama Judicial – Para acceder a la nivelación salarial el desempeño de funciones correspondientes a otro cargo deben ser desempeñados en forma permanente pues sola la dependencia real y continua otorga el derecho al pago de la diferencia en la remuneración**

**Problema jurídico:** *¿Si es posible homologar el cargo que ocupó la actora de **Escribiente de juzgado Municipal Nominado** en el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá al de **Escribiente de Juzgado de Circuito Nominado** por el hecho de haber desarrollado funciones propias de este último y ¿Si debe reconocerse la diferencia salarial entre uno y otro cargo?*

**Extracto:** “...Teniendo en cuenta los requisitos fijados en la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado en los eventos en que se pretenda la nivelación salarial de un cargo con otro, procede la Sala a analizar si en el presente caso, estos se encuentran acreditados (...) Se advierte que el cargo de **Escribiente de Juzgado municipal nominado** (ejercido por la actora) exige como requisitos de ingreso los siguientes: **a. Estudios:** Aprobación de un (1) año de estudios superiores. **b. Experiencia:** un año de experiencia relacionada. Ahora bien, el cargo de **Escribiente de Juzgado de Circuito nominado** (respecto del cual se pretende su nivelación) exige como requisitos de ingreso los siguientes: **Primera opción: a. Estudios:** Aprobación de dos (2) años de estudios superiores en derecho. **b. Experiencia:** dos (2) años de experiencia relacionada; o **Segunda opción: a. Estudios:** Aprobación de dos (2) años de estudios superiores. **b. Experiencia:** Cuatro (4) años de experiencia relacionada...Así las cosas, resulta claro que los requisitos para el ejercicio de los cargos de **Escribiente de juzgado de circuito nominado** son sustancialmente más exigentes que para el cargo de **Escribiente de juzgado municipal nominado** en la medida en que para el primero se exige la aprobación de dos años de estudios superiores y, dependiendo de si se trata de educación superior en derecho o no, la acreditación de experiencia de 4 años (si los estudios superiores son en otra carrera) o de 2 años (si los 2 años aprobados son de derecho), mientras que para el escribiente de juzgado municipal nominado se exige la aprobación de un año de estudios superiores y un año de experiencia relacionada. Lo anterior, es razón suficiente para concluir que el hecho de haber coincidido en funciones propias de cargos superiores a aquel que ostenta en carrera no implica que la actora pueda ser homologada a dichos cargos. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado de manera reiterada...Aunado a lo anterior, la parte demandante no acreditó el segundo presupuesto fáctico para que la nivelación resulte procedente, esto es, la demostración del cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo respecto del cual pretende su remuneración, pues en el plenario no obra prueba alguna que evidencie el nivel de escolaridad de la señora (...), o la experiencia laboral con la que cuenta, documentación que resulta indispensable en la medida en que el cargo de Escribiente de juzgado de circuito nominado exige no solo una mayor preparación académica (dos años de educación superior) sino además un tiempo de experiencia superior al exigido para el cargo que ostenta (dos años de experiencia relacionada en caso de acreditar dos años de estudios superiores en derecho o cuatro de experiencia relacionada en caso de que los dos años sean en otra disciplina)....Así las cosas, para la Sala resulta claro que no es posible homologar a la actora en el cargo de Escribiente de juzgado de circuito nominado en la medida que dicho cargo no coincide en requisitos de acceso ni preparación al de Escribiente de juzgado municipal nominado y tampoco acredita probatoriamente que por lo menos, los cumplía; carga que de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre la materia, le correspondía:...En efecto, ninguna prueba evidencia que los escribientes de juzgado de circuito tengan, dentro del grupo de comunicaciones, obligaciones idénticas a las de la actora, quien solo acreditó las que ella ejerció – las cuales son concordantes con las previstas en el manual de funciones para el cargo que ostenta, hecho que impide su comparación con las que, dentro del mismo grupo, puedan haber sido asignadas al cargo de escribiente de juzgado de circuito nominado. ...Corolario de lo anterior, no es posible acoger los argumentos del recurso de apelación y por ende, se impone confirmar la decisión del Juzgado 39 Administrativo del Circuito de Bogotá en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia”.

**Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Segunda Subsección “E” , Exp.11001333500720150045001 M.P. Dra. Patricia Victoria Manjarrés Bravo –Segunda Instancia.**

## SECCIÓN SEGUNDA

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REAJUSTE ASIGNACION DE RETIRO SOLDADO PROFESIONAL- Liquidación Prima de Antigüedad – Subsidio Familiar en un 70% - Prima de Navidad.

**Problema jurídico:** “Si al actor... **Soldado Profesional** ® del Ejército Nacional le asiste derecho a que la asignación de retiro sea reajustada teniendo en cuenta los valores de las partidas contenidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, la asignación básica en un 70% y la prima de antigüedad en un 38,5%, sin lugar a ninguna deducción para esta última. ¿Si para efectos de liquidar dicha prestación, el subsidio familiar debe incluirse en un monto del 70% del total que venía devengando en actividad. ¿ Si por vía de excepción de inconstitucionalidad resulta procedente inaplicar el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 e incluir como partida computable de la asignación de retiro la prima de navidad en un 1/12 parte?”.

**Extracto:** “La prima de antigüedad sin ninguna afectación. ...En ese sentido, advierte la Sala que de acuerdo a lo señalado en el marco normativo citado líneas arriba, es claro que la disposición que fija el monto de la asignación de retiro no se refiere como erradamente lo manifiesta la entidad demandada, a un 70% del total de las partidas computables – asignación básica y prima de antigüedad –, sino que dicho porcentaje se debe aplicar exclusivamente a la asignación salarial mensual, y no a la prima de antigüedad dado que el verbo empleado por el legislador en dicha disposición – artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004 – es “adicionar” y en esas condiciones, su intención no es otra, que la de agregar su monto al primer porcentaje – 70% de la asignación básica –, tal como lo indicó el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante...Así las cosas, la decisión del Juez de primera instancia en relación con la liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro, se encuentra acorde con la intención del legislador y el respeto por los derechos laborales del actor, de tal manera que también, se despachará de forma desfavorable el recurso de apelación de la entidad demandada en ese sentido...Respecto de la liquidación del subsidio familiar se encuentra demostrado que la entidad incluyó dicha prestación como partida computable en cuantía del 30% del total que venía devengando en actividad, que se traduce en un 62,5%, pues de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, su monto estaba determinado por la suma entre el 4% de la asignación básica, más la prima de antigüedad que ascendía hasta un 58,5%.(...) como quiera que el reconocimiento de la pensión tuvo lugar a partir del **15 de mayo de 2015 – Resolución No. 2280 de 17 de marzo de 2015** –, esto es, en vigencia el Decreto 1162 de 2014, la liquidación en la prestación de retiro correspondía a un 30% de lo devengado en actividad, tal como lo realizó la entidad demandada, pues el 70% solamente se aplica para aquellos Soldados que les fue cancelado tal emolumento en los términos del Decreto 1161 de 2014 – Art. 1º, par. 1 –, es decir, en un monto máximo de 26%, que vale decir no es el caso del actor. Así las cosas, no le asiste razón a la parte actora y en consecuencia habrá de confirmarse la decisión de primera instancia que negó la reliquidación de dicha partida en un 70%.8...) En cuanto la inclusión de la prima de navidad como partida computable.(...)En consecuencia, atendiendo los criterios señalados en precedencia concluye esta Sala de Decisión que la exclusión de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro no comporta trasgresión al derecho a la igualdad, razón por la cual, habrá de revocarse la decisión de primera instancia que accedió a esta pretensión y en su lugar, se negará, advirtiendo de paso que no puede fundamentarse la procedencia del derecho, como lo hizo el *a quo*, acudiendo a la misma tesis esgrimida para la inclusión como partida computable del subsidio familiar, pues como lo señaló la sentencia de 28 de marzo de 2017 “*su naturaleza es diferente a la de la prima de navidad*”, pues dicho emolumento está destinado al auxilio de la familia del cual hace parte el empleado con menores ingreso, que no corresponde al mismo objeto de la prima en mención. Vale resaltar, que las consideraciones expuestas tanto en la forma de liquidación del subsidio familiar como en la negativa de la inclusión de la prima de navidad como partida computable de la asignación de retiro, constituye la postura actual de la Sala, y en tal sentido, se rectifica la adoptada en las decisiones calendadas el 24 de noviembre de 2016, en donde se indicó lo contrario. Luego entonces, le asiste razón al *a quo* en el sentido de ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta el salario básico en un 70%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así como también negar la liquidación del subsidio familiar en un 70% de lo devengado en actividad, no así en relación con la inclusión como partida computable de la 1/12 prima de navidad, razón por la cual, se revocará la decisión en ese sentido....Se confirmará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Girardot, pues se modificará el **ordinal 2º** en el sentido de ordenar la reliquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta **a)** la asignación básica que será la equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%; y que **b)** Liquidado el salario básico se le aplicará el 70% y, a este se le sumará el 38.5% de la prima de antigüedad, como lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con efectividad a partir del 15 de mayo de 2015”.

Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Segunda Subsección “E”, Exp. 25307334000220150030501 M.P. Dra. Patricia Victoria Manjarrés Bravo – Segunda Instancia.

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SANCION DISCIPLINARIA – El Alcalde del Municipio de Zipaquirá sancionó al actor con suspensión por 90 días sin remuneración e inhabilidad- Incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario – Aplicación del Control Integral de los Fallos disciplinarios al caso.**

**Problema Jurídico:** “ ¿ Si los actos administrativos compuestos por las Resoluciones No. 003 de 22 de octubre de 2013 y 077 de 06 de marzo de 2014, proferidas respectivamente por la Secretaria General de la Alcaldía de Zipaquirá y por el Alcalde de Zipaquirá, se encuentran inmersos en las causales previstas en la ley que conlleven a su declaratoria de nulidad. Y en caso afirmativo, establecer si procede el restablecimiento del derecho pretendido en la demanda?”.

**Extracto:** “**Incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo sancionatorio**, sostiene el actor, que el cargo imputado lo fue por supuestamente negar un cupo a una menor debidamente individualizada, por falta de pago de unos costos que no eran académicos, así como exigir sumas de dinero a otros estudiantes para poder matricularse. Adicionalmente por impedir la matrícula a otro alumno por iguales razones; lo cual, a su juicio, conllevó a que en el fallo de primera instancia se le sancionara por exigir cobros que no tenían la categoría de académicos a otros alumnos, lo que terminó afectando el derecho a la defensa del disciplinado. La Sala recuerda que el pliego de cargos, es el eje del proceso disciplinario que delimita el objeto de la relación jurídico procesal, y fija las reglas a partir de las cuales se determina si hay lugar o no a sancionar. Por consiguiente, establece un marco que contiene tanto la acusación clara que se hace al disciplinado como para este, el linderó en que se desarrolla su defensa. Por ende, se requiere la concreción de los cargos, pues si estos son imprecisos, no es posible ejercer la defensa a que se tiene derecho... (...) Ahora bien, se tiene que dentro del fallo de primera instancia se concluyó que quedaba probada la irregularidad frente al caso de la menor (...) e igualmente del joven (...) cuyo caso no fue precisado en los cargos. Por lo que frente a este último no es posible efectuar condena, como si para el caso de la primera que había sido planteado al momento de formular cargos. En otras palabras el a quo debió limitarse al caso de la joven Benítez y no extenderse a otros de los que no existió claridad en el cargo, y el ad quem también debió seguir esa limitación...**APLICACIÓN DEL CONTROL INTEGRAL DE LOS FALLOS DISCIPLINARIOS AL SUB LITE.**...El Consejo de Estado ha unificado la forma de realizar dicho control: sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C. P.: Dr. William Hernández Gómez (E) Rad: ..(1210-11)...pues como se dijo en dicha jurisprudencia...*se concluye que:* La jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce el control judicial integral de los actos administrativos sancionatorios, proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la ley 734, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva. El control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye el recurso judicial efectivo en los términos del ordinal 1 del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que debe ordenarse la nulidad de los actos, cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, según el CPACA arts. 137 y 138....Como consecuencia, si se declara la nulidad del acto, esta puede ser total o parcial. En este último caso, se dicta una nueva medida:...Por ende, ha de declararse de manera parcial la nulidad de la sanción, y esta deberá ajustarse habida cuenta que solo se comprobó la violación respecto de un educando y no de otros. Para ello, se aplicará una reducción en la suspensión que es la sanción procedente para las faltas graves dolosas, y que tiene un mínimo de un mes a un máximo de doce meses, según el art. 46 CDU, por lo que se reducirá en un mes la sanción, ya que para efectos de la sanción, se determinó al momento de graduar la gravedad de la falta, en lo concerniente al grado de culpabilidad y grado de perturbación, que los afectados por su actuar fue un número plural y por ello la gravedad de la misma. Igualmente, que se probó el cargo, pese a que en él se incurrió parcialmente en error y por ende, no podía darse por probado totalmente. Como quiera que según las manifestaciones del propio actor, no se le suspendió ni se le convirtió en multa la sanción, no ha lugar a ordenar restablecimiento del derecho”.

Sentencia de 7 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “C”, Exp.25000234200020140286000 M.P. Dr. Samuel José Ramírez Poveda – Primera Instancia.

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL EJECUTIVO / INTERESES MORATORIOS – CREG - Contrato realidad – Anatocismo prohibido en el artículo 1617 y 2235 del Código Civil – Ordena librar mandamiento de pago.**

**Problema Jurídico:** “¿Procede librar mandamiento de pago por la condena que reconoce la existencia de un contrato realidad?”

**Extracto:** “**Intereses moratorios de la condena:** liquidados sobre un capital de cuatrocientos veintidós millones seiscientos cuarenta y ocho mil trescientos sesenta y dos pesos m/cte. (\$422.648.362), causados desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta el pago efectivo del capital ordenado en la sentencia...En este punto debe diferenciarse el tipo de interés a aplicarse, pues las condenas proferidas conforme al CCA se liquidan conforme al interés moratorio previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, el cual establece que “... será equivalente a una y media veces del bancario corriente...”, mientras que el CPACA, por disposición expresa del artículo 195 establece que la tasa de liquidación de estos será la DTF.(...) En este caso, advierte el Despacho que la sentencia se profirió conforme al CCA, por lo que se deben aplicar los intereses moratorios comerciales, los cuales equivalen a uno punto cinco (1,5) veces el interés bancario corriente (IBC). Lo anterior significa que el valor de la obligación contenida en la primera pretensión, esto es, los intereses moratorios de la condena, asciende a **cincuenta y tres millones diez mil seiscientos tres pesos con treinta centavos (\$53.010.603,30).intereses comerciales moratorios** de la suma anterior, esto es, de (\$109.437.044,73), liquidados entre el 23 de diciembre de 2015 y la fecha en que se efectúe el pago de la suma adeudada. Observa el Despacho que en este caso, el accionante liquida los intereses moratorios del capital reconocido por la Entidad en el Acto Administrativo, entre la ejecutoria de la sentencia y el 22 de diciembre de 2015 y a través de la presente pretensión solicita que se liquiden otros intereses moratorios a partir del 23 de diciembre de 2015 y hasta la fecha del pago total, pero teniendo como base de liquidación los intereses que obtuvo de su primera operación. Significa lo anterior, que la parte está liquidando y solicitando que se ordene el pago de intereses sobre los intereses moratorios, pretensión que no emana del título ejecutivo y además resulta contraria a las normas legales, pues no es posible jurídicamente reconocer intereses sobre los intereses, fenómeno jurídico definido por la ley como anatocismo, el cual, se encuentra prohibido por los artículos 1617 y 2235 del Código Civil así: ...En ese orden de ideas, debe señalarse que como la pretensión segunda está encaminada a solicitar que se libere mandamiento de pago por concepto de intereses moratorios, sobre los intereses moratorios del capital reconocido, debe negarse. **Pretensión 3. Por la suma de (\$21.644.757,82) valor correspondiente a las cesantías liquidadas** en un valor de (\$35.309.556) liquidadas entre el 21 de febrero de 2002 y el 30 de septiembre de 2007, para un total de 1839 días laborados...Aunque la pretensión previamente transcrita no es del todo clara, una interpretación integral de la demanda, permite colegir que la parte ejecutante está solicitando el valor correspondiente a los intereses de las cesantías, pues en el numeral sexto del acápite de los hechos, se indicó que la Entidad “...OMITIO LIQUIDAR Y PAGAR las sumas correspondientes a los intereses a las cesantías...”...Vistos los emolumentos liquidados por la Entidad, los cuales se encuentran discriminados en la Resolución 209 de 2015, que se emitió para efectos de dar cumplimiento a la sentencia, se observa que se incluyó el valor de las cesantías, pero no el valor de los intereses a las mismas, razón por la cual, es preciso examinar la decisión judicial, para efectos de establecer si dicha erogación hace parte de la condena o si no se incluyó, tal como se dispuso en el acto de cumplimiento.(...) En ese orden de ideas, al encontrarse claramente establecido que la Entidad únicamente pagó el valor de las cesantías, pero no el de los intereses, considera el Despacho que dicho emolumento, cuyo pago se ordenó a título de indemnización o reparación del daño, también hace parte del objeto de la obligación. No obstante, advierte el Despacho que no se puede ordenar el pago de la suma solicitada por la parte actora, pues la cuantía de dicho emolumento es inferior al reclamado, como pasa a observarse...Establecido el valor de las cesantías, se tiene que el valor de los respectivos intereses, aplicando la fórmula citada líneas atrás, debe liquidarse teniendo en cuenta la liquidación remitida por la Contadora del Tribunal mediante oficio. (...) En el caso de autos el valor que se pretende ejecutar es determinable, con los datos que obran en el plenario, pues los intereses de las cesantías se calculan conforme a las disposiciones legales que regulan la prestación para los empleados públicos del orden nacional, en forma anualizada y conforme al valor pactado en cada orden de prestación de servicios, las cuales obran en el expediente ordinario de nulidad y restablecimiento, que fue remitido a la presente actuación. Por su parte, los intereses moratorios, se liquidan con base en el capital reconocido por la Entidad en los actos de cumplimiento y con base en el capital resultante de establecer el monto de la indemnización con fundamento en los intereses a las cesantías, teniendo en cuenta la Tasa Efectiva Anual de Interés Moratorio certificada por la Superintendencia Financiera y la fórmula adoptada por la doctrina contable, previamente citada, conforme al Decreto 2469 de 2015.Se reitera que las condenas proferidas conforme al CCA se liquidan conforme al interés moratorio previsto en el artículo 884 del Código de Comercio, el cual establece que “...será equivalente a una y media veces del bancario corriente...”.

Auto de 14 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “ F” , Exp. 25000234200020170203600 M.P. Dra. Patricia Salamanca Gallo – Primera Instancia.

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN LEY 33 DE 1985 – COLPENSIONES – Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – Principio de Inescindibilidad – Principio de favorabilidad en asuntos laborales.**

**Problema Jurídico:** “¿Determinar si la pensión otorgada a la demandante se encuentra ajustada a la ley o si la demandante, tiene derecho a obtener en forma simultánea los beneficios le otorga el estar amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con la tasa de reemplazo del 85% prevista en el artículo 34 *ibidem*?”.

**Extracto:” Principio de inescindibilidad.** La jurisprudencia ha sido constante en decantar que ante la existencia de dos regímenes pensionales es obligatorio que se aplique uno de ellos en forma íntegra, pues el principio de inescindibilidad, impide desmembrar normas legales de dos regímenes legales para crear un tercero (3°); de manera que si se está ante una situación jurídica que puede ser gobernada por dos (2) normas, se debe aplicar una sola de ellas en su integridad, empero no puede valerse de parte de uno y otro ordenamiento. Al respecto señaló la jurisprudencia Constitucional en sentencia C-369 de 2004: (...) En presente caso la demandante pretende que se le respete los beneficios que le otorga el pertenecer al régimen de transición; y a la vez, se le permita modificar su tasa de reemplazo en los términos que establece la Ley 100 de 1993, lo cual no resulta de recibo, como quiera que tal posición es contraria al mencionado principio de inescindibilidad. En efecto, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitió a quienes se encuentren beneficiados por éste la protección de la edad, tiempo de servicio y monto. En torno al alcance de la palabra monto existen dos tesis: **Primera Tesis:** el Ingreso Base de Liquidación es inescindible del monto; y por ende, se rige por la norma vigente antes de la Ley 100 de 1993. **Segunda Tesis:** el monto debe ser entendido como la tasa de reemplazo y el IBL es un concepto autónomo que se rige por la Ley 100 de 1993, por lo que no hace parte del régimen de transición.

**Principio de favorabilidad en asuntos laborales.** El artículo 53 de la Constitución Política señala: Así las cosas, el principio de favorabilidad en materia laboral ordena que la situación del trabajador se defina por la norma que le otorgue mayores beneficios, sin que sea posible escindirlas para tomar lo favorable de cada régimen....La Sala advierte que, tal como se anotó, conforme a los principios de favorabilidad e inescindibilidad no es posible desmembrar normas legales de dos (2) regímenes para crear un tercero (3°), de manera que si se está ante una situación jurídica que puede ser gobernada por dos (2) normas, se debe aplicar una sola de ellas **en su integridad**, sin que sea procedente acudir a disposiciones de uno y otro ordenamiento. Cabe precisar que el artículo 34 original de la Ley 100 de 1993, no es aplicable a la demandante como quiera que éste fue modificado por la Ley 797 de 2003, antes que la demandante consolidara su status pensional, razón por la cual no es procedente predicar que con 1400 semanas la demandante tendría derecho a una tasa de reemplazo equivalente al 85%. (...)En efecto, atendiendo las previsiones de la Ley 797 de 2003, en gracia de discusión, aún en caso de tener en cuenta las 1420 que afirma haber laborado la demandante, en forma alguna la tasa de reemplazo podría alcanzar al 85% como se plantea en el escrito introductorio, pues bajo tal perspectiva sólo acumularía 245 semanas adicionales, con lo cual no alcanzaría a llegar a la tasa de reemplazo del 75% que le otorga el régimen de transición. Así las cosas, al ser la actora beneficiaria del régimen de transición, la entidad está obligada a reconocer la prestación con la normatividad que rige el régimen pensional más favorable, no siendo válido reclamar la aplicación de beneficios de una y otra normativa; pues de accederse a lo pretendido se estaría frente a un tercer régimen, compuesto por aspectos del régimen anterior y del actual; lo que no es procedente. De suerte que la Administración fijó en forma correcta la tasa de reemplazo que se debe aplicar al ingreso base de liquidación, para obtener la cuantía final de la prestación. En este caso, 75% establecido en la Ley 33 de 1985, sin que sea procedente aplicar el que reclama la demandante (artículo 34 de la Ley 100 de 1993), el cual ni siquiera se encontraba vigente al momento en que obtuvo su status pensional. En suma, la tasa de reemplazo contenida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, no es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición. En consecuencia, se concluye que en el presente proceso, la Resolución No. 314834 del 22 de noviembre de 2013, se acompasan con la interpretación de la Corte Constitucional, pues la tasa de reemplazo aplicable a los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el contenido en la norma anterior, que para este caso es del 75%. -Así las cosas, asiste razón a la parte demandada en cuanto a que la pensión de jubilación fue reconocida en los términos indicados por la Corte Constitucional, respetando los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo; con los factores del Decreto 1158 de 1994, pues no es procedente como lo solicita la parte actora que se aplique una tasa de reemplazo diferente a la tenida en cuenta para la liquidación de la prestación, en atención al principio de inescindibilidad de la norma. En suma, resulta imperioso revocar el fallo de primera instancia en cuanto ordenó la reliquidar la pensión en términos diferentes a los solicitados por la parte actora; y en su lugar negar las pretensiones de la demanda”.

Sentencia de 23 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “ F” , Exp. 11001333502320150021501 M.P. Dra. Patricia Salamanca Gallo –Segunda Instancia.

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACRECIMIENTO MESADA PENSIONAL SUSTITUTIVA A COMPAÑERA PERMANENTE POR FALLECIMIENTO DE LA CONYUGE – CREMIL – Marco normativo – La compañera permanente está contemplada por mandato del artículo 13 y 42 CP, según el cual la familia no solo se constituye por el matrimonio sino por la voluntad libre y responsable de conformarla – Aplicación régimen Ley 100 de 1993 – Principio de favorabilidad.**

**Problema jurídico:** *¿Si la parte demandante en su calidad de compañera permanente y beneficiaria del señor (...) (q.e.p.d.), tiene derecho a que se acrecente su porción de la asignación de retiro que le fue sustituida, por muerte de la cónyuge superviviente favorecida con el otro 50% de la asignación?*

**Extracto:** "...Como el señor (...) integrante de la Armada Nacional, falleció el 22 de mayo de 1989, las normas vigentes aplicables a la sustitución pensional eran los artículos 180, 183 y 190 del Decreto 95 de 1989, que disponen: "artículo 180. ORDEN DE BENEFICIARIOS: ...Como se puede ver, las normas que regulan las prestaciones sociales del personal uniformado de las Fuerzas Militares no contemplan dentro del orden de beneficiarios de la sustitución pensional a la compañera permanente del pensionado fallecido; no obstante, ha de entenderse que **la compañera permanente superviviente está contemplada en dicho orden, por mandato del artículo 13 y 42 de la Constitución Política, según el cual la familia no sólo se constituye por el matrimonio, sino por la voluntad libre y responsable de conformarla...** Lo anterior se da porque a partir de la Constitución de 1991, bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia adquirió especial importancia y protección, sin importar que su origen o fuente de conformación sea legal (matrimonio) o de hecho (unión marital). Este criterio fue reiterado por el Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 12 de junio de 2014...No obstante la anterior previsión, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que **es viable la aplicación del régimen general sobre el especial cuando este último resulta ser más desfavorable...** Así las cosas, observa la Sala que en el presente caso no se discute la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional de la demandante, como compañera permanente, pues la propia entidad así lo reconoció a través de la Resolución No. 6046 de 23 de diciembre de 2011 mediante la cual le otorgó el 50% de la pensión...Ahora bien, se debe precisar que al comparar el régimen general de seguridad social con el régimen especial de la Fuerza Pública, en lo concerniente a la sustitución pensional y el acrecimiento de la cuota, se observa que el primero es más beneficioso que el especial, puesto que el régimen general contempla que cuando se pierda o expire el derecho de alguno de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, dentro de los cuales hace referencia a la cónyuge y la compañera permanente, "la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden", mientras que el régimen de la Fuerza Pública no contempla a la compañera permanente como beneficiaria y prevé que únicamente la porción de la cónyuge podrá acrecentar la de los hijos....En el *sub examine*, se encuentra acreditado que la señora (...) (q.e.p.d), en calidad de cónyuge del causante, falleció el 8 de julio de 2014, como se desprende de la Resolución No.7241 de 2014, es decir, que a partir de dicha fecha la demandante tenía derecho a que su cuota de la pensión se incrementara con el 50% que le correspondía a la cónyuge. Por lo anterior, se ordenará a la entidad demandada actualizar la pensión de beneficiarios del causante señor (...), de manera que la parte de la pensión que correspondía a la cónyuge acrecente la porción de la compañera permanente, otorgándole el 100% de la prestación, con efectos fiscales a partir del 9 de julio de 2014".

**Sentencia de 18 de enero de 2018, Sección Segunda Subsección "D", Exp.25000234200020150623000 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza.**



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REAJUSTE PRIMA TÉCNICA – CAMARA DE REPRESENTANTES – Cargo asistente IV y V – Normatividad aplicable – Niega pretensiones de la demanda**

**Problema jurídico.** ¿ Si el actor tiene derecho a que se le reliquide y pague la prima técnica teniendo en cuenta el 50% del salario básico que devenga en el cargo de Asistente V de UTL que desempeña en comisión, a pesar de que el cargo que desempeña en propiedad, es el de Auxiliar de Recinto, grado 04?.

**Extracto:** “...La Ley 52 de 1978 “dispuso en su artículo 6º que algunos empleados del Congreso podrían percibir prima técnica, y en su artículo 9º previo que sería reconocida por las Comisiones de la Mesa del Senado y la Cámara de representantes a funcionarios elegidos por la plenaria de ambas corporaciones y por los Directores Administrativos a los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales Permanentes y a los empleados cuyas funciones sean de carácter técnico. ...Ahora bien, en el presente caso señala la parte actora que la prima técnica de la cual es beneficiario debe pagarse, teniendo en cuenta la asignación básica del empleo que desempeña por comisión y no la del empleo que ostenta en carrera administrativa, pues con ello se desconoce la realidad laboral que lo cobijaba...considera la Sala que para resolver la controversia planteada es preciso remitirse a la **Ley 909 de 2004** “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la cual en sus artículos 3º y 26 dispuso: “Respecto a la figura de la comisión para desempeñar cargos de libre y nombramiento, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado: “El Consejo de Estado ha precisado que la comisión para desempeñar otro empleo público implica atender labores estatales en forma transitoria, diferentes a las propias del cargo del que se es titular, sin que ello provoque una desvinculación de la entidad nominadora....De conformidad con lo anterior, es claro que el empleado que desempeñe un cargo de libre nombramiento y remoción, en virtud de una comisión, conserva sus derechos de carrera y tiene derecho a que se le paguen los salarios y prestaciones sociales del cargo en el cual se encuentra comisionado, no obstante, ello no significa que pueda tener derecho a dos regímenes de salario distintos. Así lo ha indicado la Alta Corporación, *verbi gracia*, en providencia de 6 de junio de 2012, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, en la cual se indicó: “...En ese sentido, cuando un empleado es comisionado para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción, cambia su régimen jurídico, de modo tal que su salario y demás prestaciones serán las previstas para el nuevo cargo y no las de su cargo en carrera, que se encuentra suspendido mientras dura la comisión, interpretación que prohija la Sala. ..Así las cosas, si el servidor de carrera cuenta con el beneficio de la prima técnica, en cualquiera de sus modalidades (formación avanzada, experiencia altamente calificada y por evaluación del desempeño), y el cargo en el cual es comisionado también otorga dicha prestación, tendrá derecho a continuar percibiéndola con base en el salario del cargo de libre nombramiento y remoción. No obstante, si el nuevo empleo no se encuentra contemplado como beneficiario de la prima técnica, es claro que no podrá percibirla, lo que va en concordancia con la Ley 5º de 1992 cuando prevé que “si el empleado del cuerpo legislativo obtuvo el reconocimiento de la prima técnica en vigencia de la Ley 52 de 1978, tendría el derecho a continuar percibiéndola, siempre que continuaran desempeñando el cargo en el cual les fue reconocida o, que en el evento en que cambiaran de cargo, este debería ser beneficiario de dicha prestación.” (Subraya de la Sala).....En ese orden de ideas, no es viable acceder a las pretensiones incoadas, pues el cargo que ejerció el demandante en comisión no es beneficiario de la prima técnica, motivo por el cual no puede liquidarse y pagarse tal prestación con base en la asignación básica devengada en el cargo de Asistente de UTL, como lo pretende la parte actora”.

Sentencia de 22 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “D” , Exp. 25000234200020140379500 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza.

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INTERESES MORATORIOS Y RETROACTIVO PENSIONAL /Los intereses moratorios previstos en la ley 100 de 1993 como la actualización del retroactivo pensional devienen del derecho irrenunciable que no puede someterse a tramite de conciliación prejudicial – Confirma auto que declaró probada la excepción de inepta demanda respecto de un acto demandado y revoca decisión que declaró probada la excepción de falta de conciliación extrajudicial**

**Problema jurídico:** *¿Si la decisión adoptada por el A quo en la continuación de la audiencia inicial de 21 de junio de 2016, consistente en declarar de oficio las excepciones de inepta demanda y falta del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, dando por terminado el proceso, se encuentra ajustada a derecho?*

**Extracto:** “...Ineptitud de la demanda por carencia de acto enjuiciable respecto de la Resolución No. GNR 128067 de 13 de junio de 2013. ...Asimismo, reposa en el expediente Resolución No..., mediante la cual Colpensiones reconoció pensión de vejez al demandante. La anterior resolución se expidió como consecuencia de la conciliación prejudicial celebrada el 13 de junio de 2013 ante la Procuraduría 10 Judicial II para Asuntos Administrativos entre la entidad demandada y el actor. En dicha conciliación, Colpensiones presentó el proyecto de resolución de reconocimiento, indicando que se haría la corrección de la historia laboral del actor y la pensión se analizaría bajo el régimen previsto en la Ley 100/93, propuesta que fue aceptada por el actor. El anterior acuerdo conciliatorio fue aprobado por la Subsección C de esta Corporación mediante providencia de 22 de noviembre de 2013...**el desarrollo de la Conciliación Prejudicial como requisito de procedibilidad en la jurisdicción contencioso administrativa en asuntos laborales**....Al respecto, el Consejo de Estado ha interpretado que la exigencia de un requisito previo al acceso a la administración de justicia, como el de la conciliación, implica una limitación al ejercicio de la acción contenciosa y los medios de control contemplados por la ley, pero de igual forma, entiende que el fin último de éste, se consolida en la protección del aparato judicial para velar por el correcto funcionamiento, al evitar la concurrencia de cualquier tipo de litigio.....Frente al carácter de “*inciertos y discutibles*”, la Corporación se pronunció explicando que existen derechos adquiridos sobre los cuales hay una prohibición de renuncia, transacción, conciliación o negociación, que deviene de la Constitución, motivo por el cual, cuando las partes han identificado el carácter de ciertos e indiscutibles o cuando los derechos son reconocidos por la Carta Política o las leyes, cualquier tipo de negocio sobre ellos, se predica ineficaz.....Ahora bien, **difiere la Sala de lo expuesto por el A quo**, pues tanto **los intereses moratorios previstos en la Ley 100 de 1993 como la actualización del retroactivo pensional**, ... devienen del derecho pensional que le fue reconocido al demandante. ..En ese sentido, no procede la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad cuando se trata de derechos ciertos e indiscutibles, dentro de los que se encuentran los derechos pensionales, en virtud de la protección constitucional prevista en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, fundamento bajo el cual el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha precisado que resulta improcedente la exigencia de dicho requisito frente al reconocimiento, reliquidación, sustitución de pensión, bajo consideraciones que comparte esta Sala y que resultan aplicables al presente caso, al versar el litigio sobre derechos derivados del reconocimiento pensional, como son los intereses moratorios causados por la tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión y la actualización del retroactivo pensional....En tales circunstancias, es del caso señalar que procede revocar la decisión de declarar la excepción de falta de requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, respecto de tales pretensiones, para que se continúe con el trámite respectivo...**indexación de la primera mesada**... pretensión que fue solicitada en la petición de 9 de agosto de 2013 que dio origen al acto ficto demandado...Ahora bien, es claro que tal pretensión tampoco resulta conciliable, pues se trata de un derecho ligado a la pensión, circunstancia que lo hace irrenunciable y por ende cierto e indiscutible, de manera que al encontrarse inmerso en el derecho a la seguridad social, no le está permitido al titular del derecho disponer de aquel, para someterlo a conciliación, pues, se reitera, ello iría en contra del derecho a la irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales....En ese sentido, es claro que tampoco procedía declarar probada la excepción analizada respecto de la pretensión de indexación de la primera mesada pensional”.

[Auto de 8 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “D” , Exp.11001333502520140069101 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza –Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL USO EXCESIVO DE LA FUERZA PÚBLICA** – En los eventos de uso excesivo de la fuerza derivados de operativos militares el régimen de imputación es subjetivo por falla en el servicio – Se configura cuando se emplea la fuerza de manera desproporcionada, excesiva o ilegítima, en contra de los reglamentos, o se omita un deber legalmente exigible.

**Problema Jurídico: ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL por los daños ocasionados a la parte actora, con ocasión de las lesiones padecidas por el señor (...) causadas por miembros de la Policía Nacional?**

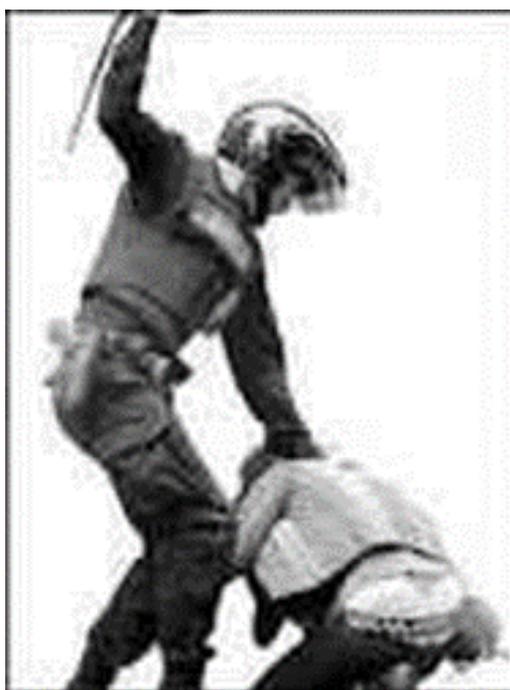
**Extracto:** “(...) La Sala resalta que en materia de responsabilidad del Estado por el uso excesivo de la fuerza pública, si se parte del hecho de que en estos casos, el Estado está a cargo de una actividad riesgosa que produce el daño, por la utilización de armas de fuego el título de imputación de riesgo excepcional.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido consistente en establecer que en los eventos de uso excesivo de la fuerza derivados de operativos militares, el régimen de imputación, es subjetivo por falla en el servicio, por cuanto el daño antijurídico se ocasiona por el incumplimiento de normas cuya observancia se exige a los agentes estatales. (...)

Así las cosas, concluye la Sala que la falla del servicio por el uso excesivo de la fuerza pública se configura cuando se haya empleado la fuerza de manera desproporcionada, excesiva o ilegítima, en contra de los reglamentos de la actividad, o se haya omitido un deber legalmente exigible. (...)

En este orden de ideas, concluye la Sala que dentro del plenario quedó acreditado el nexo causal existente entre las lesiones padecidas por (...), y el uso desproporcionado de la fuerza por parte de la Policía Nacional al momento de capturarlo, pues a pesar de que ya había sido sometido, fue agredido por tres policiales con su propia fuerza física y con un elemento de dotación (la tonja), desconociendo los principios de necesidad y proporcionalidad frente al objetivo que pretendían alcanzar. Por consiguiente, la entidad demandada debe responder por los daños y perjuicios que se encuentren acreditados dentro del plenario. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en lo atinente a la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada. (...) (Destacado de la Sala)

[Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 11001333603420150008402, M.P. Dr. Alfonso Sarmiento Castro. – Segunda Instancia.](#)



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA** – Por el fallecimiento de una persona privada de la libertad al interior de un establecimiento de reclusión del INPEC / **RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA** – En términos generales las lesiones y daños de las personas privadas de la libertad se abordan bajo el régimen de responsabilidad objetiva en virtud de la relación de especial sujeción entre la persona detenida y el Estado / **OBLIGACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC** – Entre otras tiene la obligación de vigilar y custodiar de forma acuciosa y constante a los internos / **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA** – Definición – Elementos que la configuran: i) irresistibilidad, ii) imprevisibilidad y iii) exterioridad / **CONCURRENCIA DE CULPAS** – Cuando la conducta de la víctima y de la administración inciden de manera eficiente en la causación del daño.

**Problema Jurídico: ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa del INPEC por los daños ocasionados con ocasión del fallecimiento de una persona privada de la libertad en un establecimiento de reclusión?**

**Extracto:** “(...) En esta medida, según la jurisprudencia en cita la Sala puede concluir que en términos generales las lesiones y daños generados en los administrados que se encuentran privados de la libertad, deben ser abordados bajo la óptica del régimen objetivo de responsabilidad, en donde basta demostrar el daño y el nexo causal con la actuación u omisión alegada de la autoridad estatal, en el entendimiento de la obligación de guarda y custodia estatal de estas personas, no obstante lo anterior, en caso de evidenciarse una presunta falla del servicio de la administración, es preciso analizar la controversia bajo el régimen de responsabilidad subjetivo. (...)”

De la normatividad anteriormente citada, evidencia la Sala que a los guardias de seguridad de los establecimientos penitenciarios les asiste la obligación vigilar y custodiar de forma acuciosa y constante a los internos en los centros carcelarios. Adicionalmente, deben mantener y garantizar la seguridad, orden y disciplina de los reclusos, como realizar cuidadosamente las requisas a los detenidos, de conformidad con lo establecido en el reglamento. (...)”

Los anteriores elementos de juicio, permiten a esta Corporación colegir que no le asiste razón al apelante al sostener que no se demostró que los guardias del penal no realizaron la requisa correspondiente, pues para esta Subsección el que con posterioridad a la reyerta se hubieran encontrado elementos o instrumentos idóneos para poner en riesgo la seguridad e integridad de los internos evidencia un incumplimiento del componente obligacional del personal encargado de la vigilancia de los reclusos dentro de las instalaciones del establecimiento penitenciario.

A idéntica conclusión permite arribar el hecho de que el deceso del recluso (...) fue producto de herida con arma cortopunzante asestada por su compañero de prisión, como quiera que demuestra una deficiente custodia y vigilancia de los internos del centro penitenciario como un ineficiente protocolo de requisa, lo que evidencia la transgresión del componente obligacional del INPEC de velar continuamente por la integridad y seguridad de los internos, manteniendo constantemente vigilancia visual de los mismos. (...)”

Bajo este entendido, estima esta Corporación que la culpa exclusiva de la víctima puede definirse como la que acontece cuando el supuesto fáctico que origina el daño no resulta predicable de la administración sino de la actuación u omisión de la propia víctima. Además, su configuración exige la existencia de tres elementos, a saber: (i) irresistibilidad, (ii) imprevisibilidad y (iii) exterioridad respecto del demandado. (...)”

Ahora bien, atendiendo a las particularidades específicas del asunto de la referencia con base en los hechos probados en el plenario y consecuentemente con el componente normativo aludido, concluye la Sala que la conducta de la víctima contribuyó de manera eficaz en la causación del daño, sin embargo, contrario a lo sostenido por el apelante no fue la única fuente de su producción, por lo cual no puede predicarse la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente de responsabilidad de la administración.

Si bien la víctima deliberadamente descató la obligación que le asistía de cumplir con el reglamento disciplinario al cual estaba sometido, también lo es que la entidad demandada omitió el cumplimiento eficiente y efectivo de su deber de requisar cuidadosamente a los detenidos y custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, obligaciones definidas en los literales c y d del artículo 44 de la Ley 65 de 1993; omisiones que impiden configurar el elemento de exterioridad respecto del daño necesario para predicar la existencia de la culpa exclusiva de la víctima.

Así, concluye la Sala que los elementos de prueba allegados al plenario demuestran que tanto la conducta de (...) como la actuación de la administración incidieron en igual proporción y de manera eficiente en la causación del daño antijurídico causado al extremo demandante, por lo cual, los argumentos del recurso de alzada no tiene vocación de prosperidad. (...)”

**Sentencia de 22 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 11001333603820130045901. M.P. Dr. Alfonso Sarmiento Castro. – Segunda Instancia.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / FALLA EN EL SERVICIO / TRAMITE DE PASAPORTE DE UN MENOR DE EDAD** – Tratándose de menores de edad la comprobación de la información consignada en la petición de expedición del pasaporte resulta imperativa, máxime tratándose de un menor huérfano de padre y madre / **PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS NIÑOS SIN FAMILIA** – Diferentes instrumentos internacionales consagran que las autoridades de la Republica tienen una obligación de protección especial de los niños sin familia, debiendo prevenir toda forma de abandono, crueldad y explotación / **MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES / FALLA EN EL SERVICIO** – Se configura al tramitar la solicitud de pasaporte de un menor de edad sin competencia temporal, y eludiendo el deber de controlar la salida del país de un niño, sujeto de especial protección.

**Problema Jurídico:** ¿Incurrió la Rama Judicial y el Ministerio de Relaciones Exteriores en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y en una falla del servicio, respectivamente, al expedir la primera permiso para salir del país a un menor de edad y la segunda el pasaporte del infante, al parecer de manera irregular?

**Extracto:** “(...) De otra parte, es posible establecer que según lo indicado en el Oficio No. 484 de 23 de marzo de 1968 suscrito por el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá DC (...) tramitó un proceso de permiso para salir país de los menores C. y W. H., el cual fue resuelto mediante providencia de 22 de marzo de 1968 en el sentido de concederles dicho permiso con el propósito de viajar a Miami, Estados Unidos. Ésta decisión fue comunicada al Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el prenombrado oficio No. 484 de 23 de marzo de 1968. (...)

Así las cosas, concluye la Sala que la presente actuación carece de elementos de prueba con los cuales se pueda estudiar el defectuoso funcionamiento de la administración justicia atribuido a la Rama Judicial por haber expedido el oficio No. 484 de 23 de marzo de 1968, en un día inhábil no laborable. Tampoco es posible establecer si la providencia anterior dictada el 22 de marzo de 1968, se encontraba o no, ejecutoriada, pues no fue posible obtener copia del proceso de salida del país del menor WH y su hermana, ni del proceso de guarda de los mismos. Por consiguiente, resulta forzoso para esta Corporación negar las pretensiones de la demanda frente a la declaratoria de responsabilidad de la Rama Judicial por los daños y perjuicios irrogados a los demandantes.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a examinar la actuación del Ministerio de Relaciones Exteriores en las presentes diligencias, siguiendo con la secuencia cronológica de los hechos probados en el proceso. (...)

Así entonces, esta Corporación de entrada avizora una situación irregular respecto al diligenciamiento del “formulario de solicitud de pasaporte” del menor WH y la expedición del Pasaporte F 039662 a nombre del mismo, ambos documentos suscritos ante y por el Ministerio de Relaciones Exteriores respectivamente, el 25 de marzo de 1968, certificado por la actual Coordinadora del GIT de Administración de Personal de la entidad como día no laborable para esta entidad, lo cual se traduce en una falta de competencia temporal para la expedición de un acto de trámite y acto administrativo, por parte del plurimencionado Ministerio. (...)

Así, es posible advertir por la Sala que el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba facultado para ejercer control de legalidad en los eventos en los cuales considerara imperioso verificar datos o informes registrados por el interesado en el formulario de solicitud de pasaporte y tomar las medidas encaminadas a la protección de los derechos naturales de un menor de edad. Si bien es claro que se trataba de una atribución potestativa de dicha entidad, estima la Sala que cuando se trata de sujetos de especial protección como lo son los niños, quienes carecen de madurez física y mental, la comprobación de la veracidad de la información consignada respecto a una petición de expedición de pasaporte, resultaba imperativa, máxime cuando en el sub judice se encontraba involucrado un menor huérfano de padre y madre. (...)

Acorde con los preceptos normativos expuestos es claro para esta Corporación que el Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad de la República de Colombia tenía bajo su cargo la protección especial de los niños sin familia como sucedió en el sub lite con el entonces menor WH, y prevenir toda forma de abandono, crueldad y explotación.

Sin embargo, denota la Sala que lo anterior no fue cumplido por dicha Cancillería, pues ante la manifestación en la solicitud del pasaporte objeto de examen, de que los padres de WH habían fallecido, la conducta esperable, como autoridad pública garante de los derechos naturales de los niños, era constatar si ante las autoridades colombianas, o la embajada de Estados Unidos se estaba adelantando algún trámite para la adopción del menor en éste país, o por lo menos, debió haber requerido a Pablo Emilio Rodríguez para que dejara constancia de qué personas se iban a hacer cargo del cuidado del menor en la ciudad de Miami (EEUU).

## SECCIÓN TERCERA

Aclara la Sala que pese a que no se evidenció que para el año 1968, existiera disposición en contra de la adopción internacional, es decir que los adoptantes fueran extranjeros, resulta a todas luces inaceptable que un menor de 10 años haya salido de éste país con el objeto de ser adoptado en Miami Estados Unidos, sin ninguna clase de control por parte de las autoridades colombianas. (...)

Advierte la Sala que en el sub judice, no obstante haberse cumplido desde el punto de vista formal los dos anteriores exigencias para la expedición del pasaporte F 039662 a nombre de WH, el Ministerio de Relaciones Exteriores tenía a su cargo la verificación desde el punto de vista material del formato de solicitud de pasaporte, consistente en un control previo y posterior de los datos e informes consignados por el interesado, lo cual fue pretermitido, pues como quedó acreditado dentro del plenario, la petición del pasaporte fue realizada por menor impúber sin capacidad legal para actuar (incapacidad absoluta), se permitió la salida del país de un niño de 10 años huérfano de padre y madre, sin comprobar la veracidad de que el objeto del viaje era únicamente estudiar.

En conclusión, el Ministerio de Relaciones Exteriores incurrió en una falla del servicio, pues quedó demostrado en el proceso que tramitó sin competencia temporal la solicitud de pasaporte del menor WH, hoy WN en un día no laborable, y adicionalmente, eludió su deber de controlar la salida del país de un menor de edad, sujeto de especial protección conforme lo contemplaba la Constitución Política de 1886, y la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1956. (...)

Conforme a lo anterior, colige la Sala que en el sub lite se encuentra demostrado que el demandante principal cuando tenía 10 años de edad fue sacado de su país de nacimiento y posteriormente, adoptado por la familia norteamericana conformada por (...) y (...), y en consecuencia, le fue asignado un nuevo nombre correspondiente a WN. Por consiguiente, quedó establecido el nexo causal entre la pérdida de su arraigo familiar, su nacionalidad, su nombre de pila, sus amigos de infancia, su lengua patria, sus creencias religiosas y la pérdida del equilibrio emocional, y las irregulares en que incurrió el Ministerio de Relaciones Exteriores al haber permitido la salida del país del menor WH sin garantizarle la protección constitucional, internacional y legal, como sujeto de especial protección. (...)

Por todo lo expuesto, se declarará responsable al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios irrogados a la parte actora derivados de la pérdida del arraigo familiar, nacionalidad, nombre de pila, amigos de infancia, lengua patria, creencias religiosas y pérdida del equilibrio emocional, irrogados a WN, que se encuentran acreditados dentro del plenario. (...)"

[Sentencia de 8 de marzo de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 25000233600020150215100, M.P. Dr. Alfonso Sarmiento Castro. – Primera Instancia.](#)



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por las lesiones sufridas por un soldado profesional como consecuencia de la activación de una mina antipersonal / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE A SOLDADOS PROFESIONALES – La línea jurisprudencial acogida sostiene que las lesiones sufridas por miembros de la fuerza pública constituyen un riesgo propio inherente a la actividad – No obstante en algunos casos se puede presentar una falla en el servicio o un riesgo excepcional / FALLA EN EL SERVICIO / CONVENCIÓN DE OTTAWA – La posición de garante institucional no implica una casusa general de responsabilidad – El Estado Colombiano ha efectuado estrategias para dar cumplimiento a las obligaciones surgidas del convenio de Ottawa.**

**Problema Jurídico: ¿Se configura una falla en el servicio por incumplimiento de las obligaciones del Estado, teniendo en cuenta que el daño antijurídico sufrido por el soldado profesional (...), tuvo como origen una mina antipersonal (MAP)?**

**Extracto: “(...) DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO – POLICIAS Y SOLDADOS PROFESIONALES O VOLUNTARIOS.**

Al respecto, precisa la Sala que la línea jurisprudencial seguida por el Honorable Consejo de Estado y acogida por esta Sala de decisión, consiste en señalar, que las afectaciones a la integridad personal sufridas por miembros de la Fuerza Pública, constituyen un **riesgo propio inherente a la actividad que ordinariamente despliegan**, supuesto para el cual, se encuentra contemplada la indemnización *a forfait*, **sin embargo**, esta situación no es óbice, para que en algunos casos se pueda demostrar que el daño causado tenga como origen una falla en el servicio o incluso un riesgo excepcional, por cuanto se ha sometido a la víctima a un riesgo de mayor al cual se expuso a sus demás compañeros, que dé lugar aún a analizar la responsabilidad extracontractual del Estado. De conformidad con lo anterior, se tiene que la presente controversia gira en torno a las lesiones sufridas por un soldado profesional a consecuencia de una mina antipersonal, atribuyéndosele a la Entidad demandada a título de falla en el servicio el incumplimiento del Convenio de Ottawa y la omisión en los protocolos de seguridad empleadas durante el desarrollo de la operación. En esa medida, deberá estudiarse si el daño sufrido fue producto de una **falla del servicio**, como lo alega la parte demandante. (...)

### **De la Convención de Ottawa**

Por medio de la Convención de Ottawa, el Estado Colombiano se comprometió a destruir o asegurar la destrucción de minas antipersonales (MAP), municiones sin explotar (MUSE) o artefactos explosivos improvisados (AEI). (...)

Por otro lado, en relación con la posición de garante, por vía jurisprudencial se ha expuesto que a la administración pública le es imputable un daño antijurídico al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en las cláusulas constitucionales, y en las normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Sin embargo, se ha determinado que dicha atribución no se puede convertir en una cláusula general de responsabilidad, por lo cual, al momento de presentarse un daño o una vulneración a los derechos de los ciudadanos a pesar que haberse adoptado todas las medidas necesarias por parte del Estado, el hecho dañoso no le es imputable al Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que en sede apelación se alega el incumplimiento de la Convención de Ottawa, por lo cual, la Sala analizó si se han incumplido las obligaciones derivadas o comprometidas al suscribir dicho Tratado.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, para el presente caso considera esta Corporación que no está demostrado que el Estado colombiano haya omitido efectuar las estrategias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del Convenio de Ottawa; como estrategias en cumplimiento de la Convención se han publicado las siguientes acciones: **i)** desde el año 2004 el Estado colombiano renunció al uso de las minas antipersonales e inició el proceso de limpieza de campos minados defensivos, instalados alrededor de 35 bases militares; **ii)** En el año 2009 se creó el Batallón de Ingenieros de Desminado Humanitario y, a partir de 2010, empezaron a llegar al país organizaciones civiles de desminado humanitario interesadas en apoyar las operaciones -a la fecha se han acreditado más de diez Organizaciones entre organizaciones nacionales e internacionales que efectúan la tarea de desminado-; **iii)** Se ha venido capacitando a la población por medio de programas de prevención del riesgo, atención a la población, ayuda humanitaria, educación en el riesgo y reparación integral a las víctimas; **iv)** En el marco de la Mesa de Conversaciones del proceso de paz se firmaron tres acuerdos con la guerrilla de las Farc relacionados con el Desminado. (...)” (Destacado de la Sala)

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 1101334306220160001501, M.P. Dr. Juan Carlos Garzón Martínez. – Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS DE INTERVENTORIA** – En la demanda se debe precisar las cláusulas cuestionadas y la causal de nulidad invocada / **PROCEDIBILIDAD DEL EQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO** – En la etapa precontractual las partes adoptan las medidas para mantener el equilibrio económico del contrato (distribución del riesgo) - Si el hecho que acontece hace parte de la matriz de riesgos no hay lugar al reconocimiento del desequilibrio – El contratista debe dejar las salvedades a lugar de manera clara, concreta y precisa en las prórrogas o adiciones contractuales, de lo contrario la reclamación resulta improcedente, salvo que se invoquen vicios de consentimiento.

**Problema Jurídico: ¿Está demostrado el rompimiento de la ecuación financiera de los contratos de interventoría: a) 1339 de 12 de noviembre de 2013; b) 1387 de 4 de diciembre de 2013; y, c) 1425 de 19 de diciembre de 2013; por causas no imputables al contratista?**

**Extracto: “(...) Consideraciones de orden general**

a. En primer lugar, advierte la Sala, que se torna improcedente la solicitud desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, cuando la causa de los valores que se reclaman hacían parte de los riesgos previsibles, que fueron distribuidos en la etapa precontractual. (...)

En el presente asunto, los valores que se reclaman como fundamento del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, **hacen parte de la matriz de riesgos**, en donde el propio contratista, en ejercicio de la autonomía de voluntad, aceptó que las prórrogas del contrato de interventoría a consecuencia de la ampliación del plazo del contrato de obra, **no generarían mayores costos, ni mayor permanecía en obra.**

b. En segundo lugar, de conformidad con la confesión del propio contratista, está igualmente demostrado, que **la solicitud de equilibrio es extemporánea**, por cuanto fue presentada con posterioridad a la celebración de las modificaciones contractuales, aspecto que no es de recibo, habida cuenta, que el contratista, pretende desconocer sus propios actos con la finalidad de obtener un equilibrio de la ecuación financiera en sede judicial; actitud que abiertamente va en contravía de la buena fe contractual, toda vez, que **durante la ejecución del contrato no presentó reparos frente a los presuntos mayores costos ocasionados.**

Dicho de otra manera, para la Sala no es recibo, que el contratista acepte el equilibrio de la ecuación financiera del contrato materializada en el valor del contrato; y sus respectivas modificaciones, pero solicite mayores costos de obra, cuando los contratos ya se encontraba en la etapa de liquidación. (...)

**Consideraciones específicas**

a. En relación con las **salvedades**, que se dejaron en las actas de liquidación bilateral de los contratos 1339 de 12 de noviembre de 2013, y 1425 de 19 de diciembre de 2013; así como las observaciones establecidas las modificaciones del contrato 1425 de 19 de diciembre de 2013, esta no cumplen, los presupuestos establecidos por la jurisprudencia relacionados, a que las salvedades deben ser **claras, concretas y específicas.** (...)

En el caso concreto, el demandante se limitó simplemente a indicar, que se reserva el derecho a reclamar posteriormente por mayores costos de obra, pero en ningún caso específico, cuales eran las causas del presunto desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tampoco específico, los costos adicionales, que se habían ocasionado durante la ejecución de los contratos de interventoría. (...)

En consecuencia, teniendo en cuenta, que **está demostrado**, que las sumas de dinero solicitados por concepto de rompimiento de la ecuación financiera de los contratos de interventoría corresponde: **a)** Riesgos previsibles asumidos por el contratista; **b)** que la solicitud de equilibrio se realizó extemporáneamente; **c)** que las salvedades no fueron claras, concretas y específicas; y, **d)** que la ENTIDAD ESTATAL durante la ejecución de los contratos equilibró la ecuación financiera del contrato; la Sala negará las pretensiones de la demanda. (...)” (Destacado de la Sala)

**[Sentencia de 15 de marzo de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 250000233600020150181300. M.P. Dr Juan Carlos Garzón Martínez. – Primera Instancia.](#)**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN** – Por la condena emitida en contra del IDEAM por los perjuicios ocasionados por el fallecimiento de una persona en un accidente, cuando se desplazaba en un vehículo de la Institución / **APLICACIÓN DE LA LEY 678 DE 2001** – Irretroactividad en sus aspectos sustanciales / **REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN** – El requisito subjetivo que alude a la calificación de la conducta como dolosa o gravemente culposa se debe analizar conforme a la normatividad vigente en el momento de la ocurrencia del hecho.

**Problema Jurídico:** ¿ Los demandados, (...) son responsables a título de dolo o culpa grave de los perjuicios a que fue condenado el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales - IDEAM dentro del proceso de reparación directa No. 1997-13611 adelantado por el señor (...) y otros, por la muerte de la señora (...) (q.e.p.d.) ocurrida el 25 de mayo de 1996.?

**Extracto:** “(...) Precisado lo anterior, encuentra la Sala que la Ley 678 de 2001, estableció cinco requisitos de procedibilidad y prosperidad de la acción de repetición, a saber:

1. Condición de agente o ex agente estatal del (los) demandado(s); requisito establecido en los artículos 90 de la Constitución Política y 1° de la Ley 678 de 2001.
2. Que exista una condena o conciliación que dé por terminado un proceso de responsabilidad adelantado contra un órgano del Estado; requisito establecido en el inciso 2° del artículo 90 de la Constitución Política y en el artículo 2° de la Ley 678 de 2001.
3. Que se haya pagado la condena o la conciliación; requisito establecido en el artículo 11 de la Ley 678 de 2001.
4. Que exista acta del comité de conciliación, en la que se autorice al representante legal de la entidad a iniciar la acción de repetición contra el servidor público; en dicha acta, debe haber constancia expresa de las razones en que se fundamenta dicha decisión, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 678 de 2001.
5. Calificación de la conducta del agente o ex agente estatal haya sido dolosa o gravemente culposa.

Así las cosas, es claro para la Sala que los primeros cuatro requisitos anteriormente señalados son de carácter objetivo, por lo que le son aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó en la jurisprudencia.

Por su parte, el requisito 5, que establece la calificación de la conducta dolosa o gravemente culposa corresponde a un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la actuación que generó la condena a favor del IDEAM. (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es claro que le asiste responsabilidad tanto al señor (...), jefe o encargado de la comisión (según testimonios) quien para la época de los hechos tenía mayor antigüedad en la entidad y más experiencia en el desarrollo de comisiones, como al señor (...), funcionario al que le habían asignado el vehículo.

En consecuencia, es claro que los señores (...) actuaron de forma imprudente y sin la precaución debida, al permitir la contratación de un tercero para conducir el vehículo que se le había asignado para el desarrollo de la comisión, desatendiendo sus deberes funcionales, sin estar seguros de la idoneidad para conducir del señor (...), basados únicamente en las recomendaciones que de él hizo el señor Cecilio Ladino y exponiendo el buen uso del vehículo.

Por lo anterior, los señores (...) y (...) deben responder por la condena que le fue impuesta al IDEAM, en atención a su conducta grave culposa, en los porcentajes solicitados por la entidad demandante. (...)

**Sentencia de 17 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección B. Exp. 25000233600020140117000. M.P. Dr. Franklin Pérez Camargo. – Primera Instancia.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / FALLA DEL SERVICIO** – La parte actora debe acreditar el daño, la deficiente prestación del servicio médico o la omisión en la asistencia médica requerida, y el nexo causal / **DEL DAÑO DE PERDIDA DE OPORTUNIDAD** – Elementos constitutivos: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, ii) certeza de la existencia de una oportunidad, y iii) pérdida definitiva de la oportunidad – Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en caso de responsabilidad médica - Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica.

**Problema jurídico :** ¿Conforme a las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado que la señora (...) recibió un diagnóstico y tratamiento errado, ineficaz e incompleto, en la medida que no previó que la patología que presentaba podía tratarse de un tromboembolismo pulmonar.?

**Extracto:** “(...) En efecto, para que se configure una falla en materia médica es preciso que se pruebe que la atención fue deficiente o defectuosa, esto es, no se puso al servicio del paciente, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, todos los recursos humanos, científicos y técnicos, o no se garantizaron los estándares de calidad establecidos por el estado del arte exigibles para recuperar o preservar la salud al momento en que ocurrió el hecho dañoso. (...)”

En torno a este tema, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado reordenó los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad en los siguientes términos:

*“Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. (...)”*

*Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”<sup>71</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.*

*15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento”. (...)”*

Estudiados en conjunto los anteriores elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, la Sala considera que en el presente caso se configuran, en tanto conforme a la literatura médica, el tratamiento adecuado y oportuno de la tromboembolia pulmonar disminuye la probabilidad de mortalidad del 30% al 2-8%.

Quiere decir lo anterior que se estaba ante la existencia de una oportunidad para salvaguardar la vida de la señora (...), que se vio menoscabada con la falta de diagnóstico oportuno de la afección y su posterior tratamiento caso, para el que la entidad no ordenó la toma de ningún examen diagnóstico.

Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, la actividad médica no es una actividad infalible sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, cuyo ejercicio está sorteado por factores aleatorios, a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico o tratamiento adecuado, por lo que la falla en el servicio, objeto de censura, no es el hecho de que el personal médico no acierte en la ruta terapéutica en orden a mitigar o superar la patología, sino el que por su negligencia e impericia no agote todas las previsiones que la lex artis sugiere a efectos de atemperar los males sufridos por los pacientes.

En el presente caso, dado que se encuentra acreditado que la entidad demandada no realizó ninguna actuación tendente a descartar que la señora (...) podía presentar un tromboembolismo pulmonar, dicha situación claramente compromete su responsabilidad y por lo tanto habrá lugar a confirmar dicha declaratoria. (...)”

**Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica (...)** (Destacado de la Sala).

**Sentencia de 21 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección B. Exp. 11001333603620130038601, M.P. Dr. Franklin Pérez Camargo. – Primera Instancia.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL – Elementos para su configuración – El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en éste último evento por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma, y por contrariar el orden constitucional – No se configura el error jurisdiccional si la decisión cuestionada se apoyó en la línea jurisprudencial construida sobre el tema, aplicando el criterio vigente y el marco normativo adecuado.**

**Problema jurídico: ¿ En la sentencia del 27 de agosto de 2014 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se incurrió en error jurisdiccional, al haber revocado la sentencia de segunda instancia, en punto de la condena al pago de retroactivo pensional y disponer una condición para el disfrute de la pensión.?**

**Extracto:** “(...) Al respecto del error judicial, el Consejo de Estado ha señalado: (...)

Para que se abra paso la responsabilidad patrimonial del Estado, por el error judicial, es necesario que concurren los siguientes elementos: i) que dicho error esté contenido en una providencia judicial; ii) que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y iii) que el afectado hubiere interpuesto contra la citada providencia los recursos procedentes.

Es preciso anotar que se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho. Dicha responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia. El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma procedente, pero además deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las providencias que contraríen el orden constitucional. (...)

Para que proceda el estudio de la responsabilidad del Estado bajo el título de imputación de error judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996, es necesario verificar dos requisitos a saber: (i) que el demandante o afectado haya interpuesto los recursos de ley contra la providencia acusada y (ii) que la decisión contentiva del error este en firme.

Como en el presente caso la providencia acusada de error es la sentencia del 27 de agosto de 2014, proferida en sede de casación, contra la misma no procedía recurso alguno. Así mismo, la providencia fue notificada por edicto desde el 23 hasta el 25 de septiembre de 2014, por lo que cobró ejecutoria el 30 de septiembre de 2014.

*Cumplidos los requisitos de procedencia del título de imputación de error jurisdiccional, la Sala estudiará los cargos alegados.*

Los argumentos de la demanda están dirigidos a demostrar que al demandante no se le debió supeditar el goce de su pensión de jubilación al retiro del servicio, pues dicha situación era aplicable únicamente a trabajadores oficiales, calidad que el demandante no ostentaba al momento de consolidación del derecho pensional. (...)

Para arribar a la conclusión anterior, la Corte Suprema de Justicia se apoyó en la línea jurisprudencial que la propia Corporación ha venido construyendo desde el año 2009, y a la siguiente normativa: (...)

En consecuencia, la Sala no encuentra acreditado el error judicial endilgado por la parte actora, en tanto la decisión de la Corte Suprema de Justicia aplicó la jurisprudencia de la misma Corporación, que ha sido consistente y ha decantado *in extenso* el tema de la pensión de jubilación de empleados que fueron trabajadores oficiales y consolidaron su derecho pensional (cumplimiento de edad) siendo trabajadores privados. Así mismo, el marco normativo aplicable al caso fue el adecuado y la conclusión de la providencia acusada corresponde a la consecuencia jurídica que contempla el marco normativo que regula situación del demandante.

(...)

Como quiera que no se logró acreditar el error judicial atribuido a la providencia del 27 de agosto de 2014, la Sala negará las pretensiones de la demanda. (...)

Sentencia de 21 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 25000233600020160255000. M.P. Dr. Franklin Pérez Camargo. – Primera Instancia.

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por los daños ocasionados por el fallecimiento de un menor en un accidente de la ruta escolar contratada por el municipio de PASCA / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA – Se debe acreditar el hecho dañoso, su imputación al Estado, y el nexa causal / SERVICIO DE TRANSPORTE ESCOLAR – Le corresponde a la administración municipal el control y vigilancia de las condiciones de prestación del servicio de transporte escolar – El municipio responde por la omisión en sus funciones y deberes como autoridad de tránsito, independientemente de la existencia o no de un contrato con el prestador del servicio.**

**Problema Jurídico: ¿Le asiste responsabilidad a las entidades demandadas: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el Departamento de Cundinamarca y el municipio de Pasca, al ocasionar presuntamente un daño antijurídico con ocasión del accidente ocurrido el día doce (12) de Mayo de 2011, en el Municipio de PASCA, donde perdiera la vida el menor (...), así como por las lesiones sufridas por (...), cuando eran transportados en compañía de otros menores de edad, dentro del mismo Municipio en la ruta escolar?**

**Extracto:** “(...) Del contenido de la norma citada se tiene claro que para el caso que nos ocupa la autoridad a la cual le corresponde el control y vigilancia es el Municipio de Pasca, en cabeza del alcalde municipal, tanto para ejercer la vigilancia de las condiciones adecuadas de transporte y el control del buen estado mecánico de los vehículos que prestarían el servicio, así como la selección y determinación de los vehículos que prestarían dicho servicio, lo cual no puede atribuirse a los padres de familia, ya que ello constituiría una clara omisión (al no ejercer lo que por ley se le ha asignado como autoridad).

Aunado a lo anterior se puede inferir también la falta de vigilancia y control por parte del municipio sin que exista prueba de un seguimiento y vigilancia a las condiciones mecánicas del vehículo, de lo que se puede colegir igualmente que ante tan evidentes fallas e imprudencias tales como el manipular el vehículo con sobrecupo de pasajeros y la falta de mantenimiento del mismo, se puede concluir que resultaba bastante probable que el accidente y el uso de dicho vehículo era un peligro constante y permanente para los usuarios y menores que se transportaban en el mismo, por lo que la responsabilidad de la entidad demandada no se centra únicamente en los hechos concretos (Accidente de tránsito) sino desde el momento mismo en que determinó o permitió que un vehículo en estas condiciones prestara el servicio de transporte, - más allá de la existencia o inexistencia de un contrato suscrito con el conductor – su deber como autoridad era ejercer la correcta vigilancia y control de dicha actividad, debiendo prever que un vehículo en cuestionables condiciones mecánicas transportara tres veces más su capacidad legal de pasajeros, por lo que se puede inferir que también, muy probablemente el accidente igual iba a suceder en cualquier momento en razón al peligro que representaba la serie de imprudencias y falta de adecuadas condiciones de seguridad sin que obre en el plenario evidencia o pruebe de tan siquiera requerimientos al conductor del vehículo al respecto. (...)

En gracia de discusión igualmente, si fuera cierto que no existe ningún vínculo con el conductor y que los padres son los que contratan el servicio de transporte, igualmente se configuraría la responsabilidad de la entidad demandada en razón a su omisión en el deber de vigilancia, supervisión y control como ya se mencionó, por lo que ante la ausencia de un contrato con el prestador de servicio no puede, por ese simple hecho, afirmarse que el daño es atribuible a un tercero. (...)

Igualmente, no puede concluirse que por el hecho que los padres de familia sufragaban el 50% del costo del servicio de transporte escolar, sean estos responsables solidarios por el daño, cuando ya está claro que la responsabilidad de la entidad demandada no recae por la existencia o contratación del servicio de transporte escolar sino por su falta en el deber de vigilancia y control, por lo que no se accede a la petición de una condena solidaria y se confirmará el fallo de primera instancia en cuanto a la responsabilidad del municipio de Pasca se refiere.

Ahora bien, frente a las pretensiones relativas a la Policía Nacional y al Departamento de Cundinamarca, se confirmará igualmente el fallo de primera instancia toda vez que la vigilancia en el servicio de transporte escolar no resulta de la competencia de ninguna de estas dos entidades, de conformidad a lo ya expuesto en esta providencia y lo desarrollado en el contenido del fallo de primera instancia. (...)

[Sentencia de 21 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección B. Exp. 11001333603620130047402. M.P. Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista – Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD – El diagnóstico médico hace parte integral de este derecho – Toda persona tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer si sufre alguna afección en su salud / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - En el caso concreto el daño imputable no es la muerte del paciente sino la pérdida de oportunidad de aumentarle las probabilidades de vida de haberle realizado un diagnóstico temprano / ESTADO DE INDEFENSIÓN – El Estado debe adoptar medidas de protección reforzada frente a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas / LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS – No hay impedimento para reclamar el perjuicio de quien fallece con antelación a la presentación de la demanda / REPARACIÓN INTEGRAL / JUSTICIA RESTAURATIVA – Como medida de no repetición se ordena al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud publicar el contenido de esta providencia.**

**Problema Jurídico: ¿Son administrativamente responsables el ESE HOSPITAL PABLO VI DE BOSA, la ESE HOSPITAL DE BOSA, la ESE HOSPITAL DEL TUNAL REGIONAL y la EPS-S CAPITAL SALUD de los presuntos daños ocasionados al demandante con ocasión de la negligencia médica que conllevó a la muerte de la señora (...)?.**

**Extracto:** “(...) Todos y cada uno de estos cuestionamientos, a juicio de la Sala, llevan a concluir que no existe duda alguna de la responsabilidad que le asiste a la **ESE HOSPITAL PABLO VI I NIVEL** por la indebida prestación del servicio de salud en el asunto sub Judge, al no realizar los actos médicos necesarios y que le resultan exigibles para confirmar, relevar o precisar el diagnóstico con el que se había manejado a la paciente.

Entonces, si bien no existe plena prueba que demuestre que la paciente falleció por la no realización de la endoscopia, este hecho no es óbice para que la ESE Hospital Pablo VI se eximiera de la realización del procedimiento médico requerido para tratar una posible afección o por lo menos para confirmar el diagnóstico de gastritis, toda vez que ello hacía parte del derecho de la paciente a la prestación del servicio de salud, lo que evidentemente denota una falta en la atención médica de dicho Hospital, en la realización de un tratamiento médico a tiempo y adecuado.

Aunado a ello, es de resaltar que la Corte Constitucional ha señalado que “(...) en la medida que **la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud**. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud. ”

Además, “(...) En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho al diagnóstico médico forma parte integral del derecho fundamental a la salud. (...)

Así entonces, lo que acá se debate, es la pérdida de oportunidad de la señora (...) al no haber sido sometida al examen necesario para confirmar su diagnóstico de gastritis o, por lo menos, para descartar otra patología, máxime, cuando, se reitera, presentaba fuertes signos de alarma de una patología mucha más seria como el cáncer gástrico y tenía antecedentes familiares de esta enfermedad. (...)

Lo anterior, son circunstancias que evidencian que se trató de una pérdida de oportunidad de la señora (...), pues de habersele practicado algún estudio complementario, dados los síntomas de la paciente y sus antecedentes familiares, posiblemente, la detección del cáncer hubiese sido temprana y por ende su tratamiento, lo que sin duda alguna le arrebató a la señora (...) la esperanza de obtener un beneficio el cual era el diagnóstico de su enfermedad. (...)

En consecuencia, para la Sala el daño imputable a la **ESE HOSPITAL PABLO VI I NIVEL** no es la muerte de la paciente, sino el daño lo constituye la pérdida de oportunidad de aumentarle las probabilidades de haberle diagnosticado una patología posiblemente de manera temprana, habida cuenta que no se tomaron las medidas necesarias, esto es, los exámenes médicos adecuados, para poder confirmar una gastritis o posiblemente detectar otra patología, (...).

Por lo tanto, la jurisprudencia del alto tribunal constitucional ha conferido una protección especial a ciertos grupos que, por sus condiciones particulares, merecen una mayor protección por parte del Estado, como es el caso de las personas que se encuentran en estado de indefensión, de las personas que se encuentran en

## SECCIÓN TERCERA

estado de debilidad manifiesta y de los grupos que han sido históricamente marginados, tal como se desprende del artículo 13 de la Constitución Política.

En esa medida, ha resaltado dicha corporación que, con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas como el cáncer, se le ha impuesto al Estado, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser las medidas de defensa que se deberán adoptar. (...)

Quiere decir lo anterior, que ante sujetos de especial protección, se exige por parte del Estado una actitud más garantista con el fin de garantizarle, entre otros, el derecho fundamental a la Salud, pues como se ha indicado, la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, lo que conlleva por ende, el derecho a acceder a exámenes y tratamientos de manera **oportuna** pues el alto tribunal constitucional ha señalado que la atención de los usuarios del sistema de seguridad social **debe ser integral**, esto es, completa, pues de otra manera no sólo se afecta el derecho a la salud, sino que la inobservancia del mismo invade la órbita de protección de otros derechos como la vida y la dignidad, entre otros.

Entonces, se tiene que las EPS están constitucionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida, pues se busca que los servicios en salud requeridos, que deban suministrarse por un período prolongado de tiempo, no se terminen por razones distintas a las médicas y se deje a los pacientes carentes de protección con las consecuencias que ello conlleva en sus vidas e integridad.

De acuerdo a dichos lineamientos, para esta Sala es evidente que le asiste responsabilidad a la **EPS CAPITAL SALUD** del régimen subsidiado toda vez que tardó el trámite para la autorización del tratamiento de quimioterapia, pues, pese a que fue solicitada por parte del personal médico del Hospital el Tunal desde el 12 de septiembre de 2011, sólo fue autorizada hasta el 1º de noviembre de la misma anualidad, lo que condujo a que se iniciara el tratamiento de quimioterapia hasta el 2 de noviembre de 2011, es decir, que hubo una tardanza de aproximadamente, 2 meses, sin que se evidencie dentro del plenario alguna prueba tendiente a demostrar las razones que tuvo la EPS para demorar dicha autorización.

Si bien, tanto la ley como la jurisprudencia no hacen mención a algún plazo que deba tener la EPS para otorgar sus autorizaciones, es apenas lógico que, tratándose de enfermedades tan catastróficas como el cáncer en donde el tiempo es vital para el paciente, las EPS deben otorgar una atención pronta y sin dilaciones, máxime cuando, se insiste, es deber del Estado propender por garantizar y/o proteger los derechos de los ciudadanos, entre los que se destaca el derecho a la salud.

De manera que, al igual que las consideraciones allegadas al momento de estudiar la responsabilidad de la ESE Hospital Pablo VI de Bosa, la Sala considera que a la EPS le asiste responsabilidad por pérdida de oportunidad toda vez que se le cercenó a la señora (...) una ocasión "aleatoria" de obtener un provecho de haber recibido un tratamiento a tiempo. Entonces, aunque no se puede asegurar que de habersele realizado la quimioterapia antes, la paciente hubiese sobrevivido, no se puede desconocer que existía una probabilidad de alargarle la expectativa de vida. (...)

Por otro lado, tal como se señaló al inicio de este capítulo, también se solicitó los perjuicios morales causados "a su madre desde el error de diagnóstico hasta su muerte".

Sobre el particular, la Sala accederá a esta pretensión teniendo en consideración que reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, tratándose del perjuicio solicitado para quien fallece con anterioridad a la presentación de la demanda, no se genera impedimento alguno para acceder a la indemnización, ya que el derecho a la reparación de los perjuicios ocasionados en vida a una persona son transmisibles por causa de muerte y, se deben considerar como un elemento del patrimonio herencial.

### Justicia restaurativa

Como medida de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud para que establezcan un link en sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia, y mantendrán el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución. (...)" (Destacado de la Sala)

**Sentencia de 12 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección B. Exp. 11001333603120130000301. M.P. Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista. – Segunda Instancia.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por la negligente atención médica de una persona privada de la libertad en un centro de reclusión del INPEC / RELACION DE ESPECIAL SUJECCIÓN ENTRE EL INTERNO Y EL ESTADO – El Estado debe garantizar a la población privada de la libertad la protección de aquellos derechos que no son susceptibles de limitación durante la reclusión / DERECHO A LA SALUD / ESTADO DE INDEFENSIÓN – El Estado debe proteger de manera especial a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas / PERDIDA DE OPORTUNIDAD – Se configura por la negligencia (omisión) del INPEC en remitir y realizar las gestiones para que un interno acceda a los servicios de salud y de CAPRECOM en ubicar un especialista para el tratamiento de su patología, en razón a su condición de garantes de la salud y bienestar de la población privada de la libertad.**

**Problema Jurídico: ¿Son administrativa y patrimonialmente responsables el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, y CAPRECOM EPS por los daños sufridos por la vulneración a los derechos fundamentales a la vida e integridad personal y humana del señor (...) como consecuencia de la negligencia en la atención medica desde que inició el padecimiento hasta el desahucio?**

**Extracto:** “(...) En materia de responsabilidad del estado cuando un individuo privado de la libertad sufre algún daño, está amparada en la especial relación de sujeción del interno y el estado, pues aquellos están restringidos legítimamente en algunos de sus derechos fundamentales, pero el estado debe garantizar la protección de aquellos que por su naturaleza, son necesarios para la dignidad humana. (...)”

Por lo tanto, la jurisprudencia del alto tribunal constitucional ha conferido una protección especial a ciertos grupos que, por sus condiciones particulares, merecen una mayor protección por parte del Estado, como es el caso de las personas que se encuentran privados de la libertad, en estado de indefensión, de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y de los grupos que han sido históricamente marginados, tal como se desprende del artículo 13 de la Constitución Política.

En esa medida, ha resaltado dicha corporación que, con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas como el cáncer, se le ha impuesto al Estado, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser las medidas de defensa que se deberán adoptar. (...)”

De acuerdo a dichos lineamientos, para esta Sala es evidente que le asiste responsabilidad a las entidades demandadas toda vez que tardó el trámite para la autorización y suministro del tratamiento requerido y atención especializada, pues, pese a que fue ordenada por parte del personal médico al interior de los establecimientos carcelarios en donde estuvo recluso el señor (...), lo que condujo a que se iniciara el tratamiento tardío, sin que se evidencie dentro del plenario alguna prueba tendiente a demostrar las razones que tuvo el INPEC y CAPRECOM EPS para demorar la prestación del servicio requerido, pues nótese que además el interno tuvo que presentar acción de tutela contra las hoy demandadas para que se le prestara dicho servicio esencial y aun así inició incidente de desacato por el no cumplimiento del fallo de tutela.

Si bien, tanto la ley como la jurisprudencia no hacen mención a algún plazo que deba tener la EPS para otorgar sus autorizaciones, es apenas lógico que, tratándose de enfermedades tan catastróficas como el cáncer en donde el tiempo es vital para el paciente, tanto el INPEC quien tiene a cargo la tutela del interno, como las EPS deben otorgar una atención pronta y sin dilaciones, máxime cuando, se insiste, es deber del Estado propender por garantizar y/o proteger los derechos de los ciudadanos, entre los que se destaca el derecho a la salud.

Dicha conclusión permite establecer que lo que se debate en este caso, no es la responsabilidad por el padecimiento del señor (...), sino lo que se debate la responsabilidad de las entidades por haber omitido las recomendaciones médicas profesionales que le permitieran al interno obtener un diagnóstico y tratamiento oportuno de sus afecciones y tener una permanencia normal en el sitio de reclusión, situación que le restó posibilidades al actor para recuperarse o mantener estable de sus patologías y en razón de la negligencia de las entidades para prestarle una atención médica especializada y pronta, el actor se vio enfrentado a bajas en su estado de salud que le significaron el avance en su enfermedad que se acreditó.

De manera que la Sala considera que le asiste responsabilidad a las entidades demandadas por pérdida de oportunidad toda vez que se le cercenó al señor (...) una posibilidad “aleatoria” de obtener un provecho en caso de haber recibido un tratamiento a tiempo. Entonces, aunque no se puede asegurar que de haberse realizado un tratamiento oportuno, el paciente se hubiese recuperado o no hubiese presentado metástasis, no se puede desconocer que existía una probabilidad de alargarle la expectativa de vida. (...)”

Así, considera la Sala que la negligencia del INPEC en remitir o hacer las gestiones necesarias para que el interno accediera al servicio de salud y la negligencia de CAPRECOM EPS en ubicar un especialista para la patología del paciente, les son imputables por ser garantes de la salud y bienestar del personal privado de la libertad, así como quedó demostrado con las pruebas obrantes en el expediente, por lo que existen suficientes elementos de convicción para declarar la responsabilidad de las entidades demandadas y en consecuencia, la decisión que se ha de tomar en la presente providencia será, en lo que atañe a la responsabilidad, confirmar el fallo de primera instancia pero no por las consideraciones del juez de primera instancia, sino por la pérdida de oportunidad para el demandante derivado de la actuación omisiva y negligente de las entidades demandadas. (...)”

**Sentencia de 21 de marzo de 2018, Sección Tercera, Subsección B. Exp. 11001333603420150017401. M.P. Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista. – Segunda Instancia.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por el homicidio de una persona cometido por miembros de las autodefensas campesinas del Casanare y ordenado por un agente del Ejército Nacional / FALLA EN EL SERVICIO / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD AGRAVADA POR VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS HUMANOS – Si bien se trata de una falla en el servicio merecen un juicio de recriminación más riguroso – En los casos de violaciones graves a derechos humanos (delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra) los jueces deben realizar un análisis de convencionalidad / EXCEPCION DE CULPA PERSONAL DEL AGENTE – No se configura cuando el agente se ha valido de su condición para la configuración del daño o lo cometió en ejercicio de funciones propias del servicio / DELITO DE LESA HUMANIDAD – Elementos estructurales**

**Problema Jurídico: ¿Es administrativamente responsable la Nación - Ministerio de Defensa -Ejército Nacional por los daños y perjuicios causados a los accionantes con ocasión del homicidio del que fue víctima Ricardo Rosales Orozco el 16 de febrero del 2003?**

**Extracto:** “(...) En síntesis, (...) aprovechando la información y la condición de agente de inteligencia del Ejército Nacional, quebrantó el derecho fundamental a la vida de un ciudadano, actuar que es a todas luces contrario a la Constitución y leyes vigentes, situación que configura la falla del servicio en cabeza de la entidad demandada, pues de no ostentar el referido cargo dentro del B2 del Ejército Nacional no habría podido proveer de información, armamento y logística a la agrupación criminal de las Autodefensas Campesinas del Casanare y además, porque la actuación reflejada por el mencionado militar infringió la posición de garante que ostentaba respecto de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la sala que en el *sub lite* no se configuró la excepción de culpa personal del agente que causó el daño alegado, formulada por la entidad demandada, pues se itera fue su condición de integrante del B2 del Ejército Nacional la que le permitió ordenar el deceso de (...).

Así las cosas, en el presente asunto, está plenamente configurada la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por el homicidio de (...), sin que se hubiera acreditado algún eximente de responsabilidad. (...)

Para la sala, el punible cometido contra la vida de (...) constituye un delito de lesa humanidad, pues dicha actuación a todas luces ilícita y reprochable se dio, como se desprende de las pruebas y el expediente penal allegado al plenario, en el marco de la denominada “limpieza social”, práctica ilegal consistente en la desaparición, tortura, homicidio y desplazamiento, cometidos por grupos de autodefensas y algunos miembros de las fuerzas militares y policiales contra supuestos delincuentes, drogadictos y marihuaneros, habitantes de la calle, etc., así se reúnen los requisitos del delito de lesa humanidad determinados en el Estatuto de Roma y en la interpretación dada por el Consejo de Estado a dicha disposición, a saber, la comisión de los actos ilegales contra una población determinada de forma sistemática, pues como se vio fueron varias las víctimas de aquella práctica que ostentaban elementos en común (su supuesta calidad de sujetos indeseables para la sociedad), y con pleno conocimiento de ello, dada la planeación que cada uno de los homicidios requirió y que la razón para la comisión de dichos punibles era su supuesta condición de delincuentes, drogadictos, integrantes de grupos guerrilleros etc., motivo por el cual y como pasará a verse el juez debe llevar a cabo un análisis de responsabilidad severo a la luz en materia de reparación de las víctimas, (...)

Es importante indicar que la sala no aborda la Convención Interamericana de Derechos Humanos a fin de analizar el presente caso, pues si bien en el *sub examine* se presentó un delito de lesa humanidad, lo cierto es que el derecho interno es suficiente a efectos de valorar la responsabilidad a cargo de la entidad demandada, como se vio precedentemente. En ese orden de ideas, con ocasión a que el punible cometido contra la vida de (...) es un delito de lesa humanidad la sala efectúa un examen severo de la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, pero no frente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. (...)

[Sentencia de 24 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección B. Exp. 25000 233600020140137200. M.P. Dr. Henry Aldemar Barreto Mogollón. Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por los perjuicios ocasionados por la presunta omisión en que incurrió FOGAFIN al no realizar seguimiento a la actividad del liquidador en el proceso liquidatorio de Interbolsa / INTERVENCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS FOGAFIN EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA – El Fondo tiene dentro de sus funciones la designación del liquidador y la de realizar seguimiento a su actividad – El liquidador responde individualmente por los perjuicios que por dolo o culpa grave cause a la entidad en liquidación o a los acreedores.**

**Problema Jurídico: ¿Es administrativa y extracontractualmente responsable el Fondo de Garantías Financieras - Fogafin por los perjuicios alegados por (...) con ocasión a la designación del liquidador y la presunta falla del servicio por el no seguimiento a las actuaciones efectuadas por el liquidador dentro de la liquidación forzosa administrativa de Interbolsa S.A. ordenada mediante Resolución No. 1812 del 7 de noviembre de 2012, por parte la Superintendencia Financiera de Colombia?**

**Extracto:** “(...) Para la sala, deben negarse las pretensiones de la demanda, porque se encontró probado que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras cumplió la labor de seguimiento del liquidador por ella designado para la liquidación forzosa administrativa de Interbolsa S.A. y que los actos administrativos y operaciones que haya efectuado el liquidador con las acciones de la demandante no son de responsabilidad suya, en tanto este actúa de manera autónoma y los mismos pueden ser cuestionados a través de un medio de control diferente, al cual ha acudido quien aduce se le han lesionados sus derechos. (...)

De lo anterior se tiene que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin debe realizar seguimiento a la gestión del liquidador en el proceso de liquidación, el encomendado de la labor responderá individualmente por los perjuicios que por dolo o culpa grave cause a la entidad en liquidación o a los acreedores, luego, la única responsabilidad que le asiste al Fondo es el cuidado y observación que mantiene sobre la forma en que se está llevando a cabo la finiquitación de la entidad que se ha intervenido, para evitar que la situación en que se encuentra empeore.

A partir de lo anterior, resulta claro para la sala que en el caso en concreto Fogafin de acuerdo a lo probado en el proceso ejerció la labor de seguimiento en debida forma, en tanto, obran en el expediente aproximadamente 32 reuniones de seguimiento al proceso de liquidación en los que este participó, incluso se allegaron los oficios en que solicitaba información y rendición de cuentas al liquidador durante el período de ocurrencia de los hechos objeto del presente asunto. (...)

No puede pretender la parte demandante que la entidad demandada que realiza el seguimiento y controla la liquidación, se convierta a su vez en el liquidador, pues resultaría inocuo designar una persona que cumpla tales calidades e entrometerse en la función que a este le competen, tal como lo aduce la norma antes transcrita la función de Fogafin está circunscrita al seguimiento y no puede ir más allá de esta observación y que si difiere del procedimiento llevado a cabo tiene la facultad de remover al designado. Es claro que en las reuniones de seguimiento y de las actas aportadas se evidencia que Fogafin fue enterada de la situación no sólo de Cromas S.A. sino de cerca de 45 sociedades inmersas en casos de investigación de abuso de confianza o mandatos en exceso (f. 30 cuaderno de pruebas No. 4), pero que el liquidador informó que se había puesto en conocimiento de las autoridades penales para que se realizara la investigación correspondiente, luego, no era competencia y tampoco impartir ordenes de la demandada para que el liquidador procediera a recuperar las acciones operadas en repos.

Es tan cierto la no responsabilidad de Fogafin en los actos autónomos del liquidador que la demandante acudió mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho que conoce la sección segunda de esta misma Corporación en radicado (...) a cuestionar los actos administrativos de este, con idénticas pretensiones de restablecimiento de sus derechos. (...)

Luego al no encontrarse acreditada la imputación y por no haber incurrido en falla del servicio el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, las pretensiones están llamadas a ser negadas, conforme lo expuesto. (...)

[Sentencia de 14 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 25000233600020150009100, M.P. Dr. Henry Aldemar Barreto Mogollón. – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Evolución jurisprudencial – Eventos en los que se aplica el régimen objetivo en la modalidad de daño especial / DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD – Normatividad – Si bien no es absoluta no se puede comprometer su núcleo esencial sin incurrir en su vulneración / CULPA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD – No se configura por cuanto de su actuación en el curso del proceso no se advierte dolo o culpa grave que haya contribuido a su vinculación procesal, ni a la privación de la libertad / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – En casos de detención domiciliaria el monto de los perjuicios se reduce a la mitad / PERJUICIOS INMATERIALES POR VULNERACIÓN O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS – Se produce un daño al derecho a la familia cuando se acredita un cambio en las condiciones de vida diaria en razón a la privación de la libertad.**

**Problema Jurídico: ¿Es administrativa y extracontractualmente responsable la Nación - Rama Judicial, por los posibles daños y perjuicios causados con ocasión a la posible privación injusta de la libertad de (...) en el período comprendido entre el 26 de mayo de 2011 y el 14 de junio de 2012 dentro del proceso penal (...)?**

**Extracto:** “(...) Para la sala, debe accederse a las pretensiones de la demanda, porque se encuentra probado que la privación de la libertad de (...) entre el 26 de mayo de 2011 y el 14 de junio de 2012 se tornó injusta, y por tanto causó un daño antijurídico que no estaban en la obligación de soportar, por ende procede la condena contra de la Rama judicial con reparación de perjuicios en la forma legal y jurisprudencial que corresponde. (...)

En síntesis, la actual posición del Consejo de Estado, recogida por la sala, es aplicar el régimen objetivo de responsabilidad en todos los casos en que una persona hubiera sido privada de su libertad en un proceso penal que hubiera concluido en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, e indubio *pro reo*, en cuyo caso podrá aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad bajo la teoría del daño especial, por ser una carga que no se encontraba obligado a soportar el procesado, siempre y cuando no se configure la falla del servicio, ni se observe causal de exoneración de responsabilidad.

Entonces, esta sala acoge la tesis de responsabilidad objetiva del Estado, en la modalidad de daño especial, por privación injusta de la libertad, bajo el entendido que el mismo se configura cuando exista decisión absoluta en la cual se evidencie que el procesado no estaba en la obligación de soportar el daño y opera de manera residual al régimen de falla del servicio, cuando se verifique que dicho daño fue producto del cumplimiento legal de sus funciones, no obstante, cuando con las pruebas se determine un desconocimiento obligacional de las funciones a cargo de la autoridad pública demandada, o lo que es lo mismo, que actuó disconforme a sus competencias, debe aplicarse la falla del servicio como régimen de responsabilidad principal en el ordenamiento jurídico nacional. (...)

Es de resaltar, al analizarse las normas transcritas, que dicho derecho no es absoluto, tiene una zona maleable, que puede ser limitado de acuerdo a los procedimientos y causales establecidos previamente en la Constitución y la Ley, pero en ningún caso, puede llegar a comprometer su núcleo esencial o medular, sin incurrir en su vulneración.

Para la sala, la privación de la libertad a (...), a través de la que se le impuso una restricción al derecho fundamental a la libertad, cuya importancia fue previamente analizada, para que tras la carga de un proceso penal se absuelva bajo el argumento de indubio *pro reo*, es decir, sin que las autoridades públicas además de no haber logrado desvirtuar la presunción de inocencia que cobijaba a la imputada, causaron un daño directo a (...), que se refleja necesariamente en su núcleo familiar cercano, al haberse privado de la libertad, debiendo verificarse si es imputable a la entidad demandada. (...)

De manera que, contrario a los argumentos expuestos por la Rama Judicial sí constituyeron el factor único y determinante para que la privación de la libertad de la cual fue objeto (...) resultara injusta y, por lo tanto, su responsabilidad se encuentra comprometida.

### **De las causales de exoneración de responsabilidad**

Descendiendo al caso en concreto, para la sala no se configura la causal de exoneración por culpa de la víctima, toda vez que de su actuación tanto previa como durante el curso del proceso, no logra advertirse dolo o culpa grave que haya contribuido a la vinculación procesal, ni la privación de la libertad; en este orden, conforme se determinó en la sentencia de 13 de junio de 2012 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la demandante nunca negó los hechos por los cuales se endilgó la conducta y siempre de manera congruente manifestó que había obtenido la información para ejercer su labor de Presidenta del Congreso de la República que le permitían hacer un control sobre sus colegas, luego, no incurrió en el delito de tráfico de influencias de servidor público, por el que se le privó de la libertad. (...)

## SECCIÓN TERCERA

### INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS (...)

Por lo tanto se debe reconocer a la víctima directa, madre, cónyuge e hijos 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente providencia y 45 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente providencia para los hermanos; no obstante lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado dicho monto debe reducirse a la mitad, en tanto, la privación de la libertad de (...) se dio en su residencia y conforme la jurisprudencia la afectación de la libertad en detención domiciliaria es menor en comparación a cuando se lleva a cabo en un centro de reclusión, porque no se asila de su entorno familiar, lo cual reduce la intensidad. (...)

La reparación de perjuicios inmatrimoniales por vulneración o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados procederá siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción, (...)

En el presente caso si bien no se refiere al derecho a la salud se evidencia la existencia en relación con el daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados específicamente en “daño al derecho a la familia” que se encuentra plenamente demostrado en el grupo familiar más cercano con los testimonios antes descritos, en tanto, se demostró el cambio en las condiciones de vida diaria que debieron afrontar (...) quienes cambiaron el vivir diario y debieron realizar diversas actuaciones no cotidianas, aunado a lo anterior, la segunda de sus hijos que era menor de edad lo cual reviste protección especial que llevan a que se reconozca de manera concordante con el monto reconocido por perjuicios morales como a continuación se relaciona: (...)

[Sentencia de 7 de marzo de 2018, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 25000233600020140144600. M.P. Dr. Henry Aldemar Barreto Mogollón. – Primera Instancia.](#)



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO** – Elementos: i) el daño antijurídico, ii) La acción u omisión constitutiva de una falla en el servicio de la administración y iii) la relación o nexo causal entre los anteriores elementos – Ante la ausencia del primer requisito (daño antijurídico) no hay lugar al estudio de los demás.

**Problema Jurídico:** Establecer ¿ Si efectivamente el daño alegado por la parte actora en la demanda se concretó con la liquidación irregular e ilegal de (...), toda vez que dicha liquidación impidió que los trabajadores, aquí demandantes, fueran reintegrados o se les pagaran las correspondientes indemnizaciones ordenadas en los fallos que pusieron fin a los procesos laborales adelantados por estos.?

**Extracto:** “(...) Los elementos de la responsabilidad del Estado en el marco de la falla del servicio. (...)”

Así, de los elementos materiales probatorios que obran en el proceso no es posible advertir el primero de los elementos de la responsabilidad del Estado, esto es, el daño alegado, pues no obra sentencia alguna proferida por juez laboral, en la que se hubiese ordenado reintegro o indemnización alguna. Ni siquiera obra en el expediente sentencia que reconozca en la parte considerativa que hubo un despido sin justa causa o que la mencionada sociedad haya sido liquidada de manera ilegal o irregular. (...)

Por el contrario, encuentra la Sala que en sentencias del 18 de enero de 2013, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, en el proceso 2011-00046 (1.10); sentencia del 15 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el proceso 2010-00283 (1.11); sentencia del 20 de marzo de 2013, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, en el proceso 2010-0040 (1.12); sentencia del 9 de agosto de 2013, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en el proceso 2010-00283 (1.13); sentencia del 18 de septiembre de 2013, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, en el proceso 2011-00012 (1.14) se resolvió absolver a la sociedad demandada de la totalidad de pretensiones de la demanda, negando el reintegro de los trabajadores o reconocimiento de indemnización alguna.

En ninguno de los fallos allegados al proceso como prueba se accedió a la pretensión de ordenar el reintegro de los trabajadores, por lo que no es cierto lo asegurado por la demandante, relacionado que la liquidación “ilegal e irregular” de la sociedad (...) impidió a los trabajadores que habían sido despedidos, hacer efectivas las ordenes de los jueces laborales consistentes en los correspondientes reintegros. (...)

Luego, no puede afirmarse que la liquidación “ilegal e irregular” de la sociedad (...). impidió que los demandantes hicieran efectivas las condenas que surgieron a su favor en los procesos laborales antes relacionados, primero, porque en su gran mayoría la jurisdicción ordinaria laboral negó las pretensiones de la demanda relacionadas con el reintegro y el reconocimiento de indemnización por despido sin justa causa; y segundo, porque los únicos dos procesos laborales en los que se ordenó reconocer y pagar la correspondiente indemnización, tenían un patrimonio autónomo que respaldaba el cumplimiento de tales ordenes, por lo que no se probó el daño antijurídico alegado por los accionantes.

Así las cosas, no encontrándose acreditado el daño alegado por los demandantes, no hay lugar a entrar a estudiar los demás elementos de la responsabilidad, por lo que debe confirmarse la sentencia de primera instancia. (...)

[Sentencia de 31 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección C. Exp. 25269333170320120012501. M.P. Dr. José Élvor Muñoz Barrera. – Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL** – Presupuestos para su declaratoria y la indemnización de perjuicios : i) que la parte que pretende su declaratoria acredite que cumplió o estuvo presto a cumplir sus obligaciones, y ii) que no haya ocurrido alguna de las circunstancias ajenas al deudor que imposibilitara su cumplimiento / **DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO** – Requisitos - Para que proceda su restablecimiento la parte afectada debe demostrar el menoscabo, que éste es grave, y que no corresponde a un riesgo propio de la actividad / **DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO** – Oportunidad - Hay lugar a su reconocimiento si fue oportunamente solicitado dentro de la ejecución del contrato en el momento en que se produjo la circunstancia generadora del mismo / **DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / PRUEBA** – La carga de la prueba radica en el demandante, quien debe probar la circunstancia fáctica que genera el desequilibrio y las consecuencias negativas del mismo.

**Problema Jurídico:** Establecer ¿Si a partir de los elementos materiales probatorios que obran en el proceso, se encuentran los elementos necesarios para declarar el incumplimiento contractual por parte del IDU al no haber hecho entrega de los diseños necesarios para la ejecución de la obra en los términos pactados en el contrato, y si hubo un desequilibrio económico del contrato que afectó al contratista?

**Extracto:** “(...) En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que (i) la parte que pretende la declaración de la misma acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, pues solo así se podría indagar sobre el incumplimiento de la contraparte y (ii) no hayan concurrido alguna de las circunstancias ajenas al deudor de la obligación que lo hayan imposibilitado a dar cumplimiento de la misma.

### Requisitos para la declaratoria de incumplimiento contractual. (...)

En resumen, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se requiere:

**Causal no imputable al contratista.** La circunstancia que genera el desequilibrio económico del contrato no debe ser imputable al contratista.

**Imprevisibilidad e irresistibilidad.** La circunstancia que genera el desequilibrio económico del contrato debe ser imprevisible e irresistible al momento de presentar la correspondiente propuesta en el proceso de selección y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.

**Carácter grave.** El desequilibrio debe alterar de forma grave y anormal la economía del contrato.

**Oportunidad.** La solicitud de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato debe realizarse en el momento en que ocurren las circunstancias que lo generan, esto es, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones, prórrogas, modificaciones, entre otros.

**Prueba.** Debe probarse no solo las circunstancias fácticas que generan el desequilibrio económico del contrato, sino también las consecuencias negativas del mismo. La carga de la prueba radica en la parte demandante. (...)

**Finalmente,** precisa la Sala que, en general no se cumplió con los requisitos necesarios para declarar el desequilibrio económico del contrato, pues no se demostró si quiera que hubieran ocurrido las circunstancias a las que el demandante le imputada la alteración de la ecuación financiera del contrato de obra, tampoco se acreditó haber presentado la solicitud de restablecimiento correspondiente en el momento en que ocurrieron los hechos que lo generaron, esto es, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones, prórrogas, modificaciones, entre otros. Por el contrario, se acreditó que la correspondiente solicitud sólo se hizo hasta el 7 de diciembre de 2007 (1.14), momento en el que ya habían ocurrido todos los hechos de los que asegura el demandante se derivó el desequilibrio. Asimismo, por lo anterior, encuentra la Sala que debe negar la pretensión de liquidación judicial del contrato de obra 164 de 2005, toda vez que no se acreditó existir sumas de dinero a favor de la entidad contratante o del contratista. (...)”(Destacado de la Sala)

[Sentencia de 21 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 25000232600020080059801.](#)

[M.P. Dr. José Éver Muñoz Barrera - Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA – Supuestos y requisitos para que proceda la *actio de in rem verso* conforme a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2012 / CONTRATO DE DEPOSITO – Definición.**

**Problema Jurídico:** ¿A partir de los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, se encuentra acreditado el siguiente supuesto establecido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, para que proceda la *actio in rem verso*: Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium **constrinó o impuso** al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.?

Extracto: “(...) **Requisitos para que proceda la reparación directa para reclamar el enriquecimiento sin justa causa.**

En concordancia con la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, ahora consagrado en el artículo 831 del Código de Comercio, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, ha señalado que el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones, siempre que se configure alguno de los siguientes supuestos y se cumplan los siguientes requisitos:

**Supuestos en los que resulta procedente la *actio de in rem verso*:**

Quando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, **que fue exclusivamente la entidad pública**, sin participación y sin culpa del particular afectado, **la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constrinó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones** o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

**En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, (...)**

**En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta**, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

**Requisitos para que proceda la *actio de in rem verso*:**

Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, esto es, no solo en el sentido de adición de algo (ventaja positiva), sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio (ventaja negativa);

Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento; y

Que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, es decir, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

**Contrato de depósito** (...)

El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante.

Conforme al artículo 2256 del Código Civil, el depositario podrá exigir que el depositante disponga de la cosa cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito. Y si el depositante no dispone de ella, podrá consignarse a sus expensas con las formalidades legales. (...)

Ahora, descendiendo al caso concreto se tiene que el 30 de septiembre de 2011, demandante y demandada suscribieron un contrato cuya naturaleza es el del depósito, en el que se pactó que la Fiscalía General de la Nación pagaría a (...) la suma de \$10.000 por cada caja sobre la que ésta última ejerciera el bodegaje, conservación preservación y custodia. Asimismo, se estableció que el plazo de ejecución del contrato sería hasta el 30 de noviembre de 2013 o hasta agotar recursos, teniendo en cuenta que el valor total del contrato fue de (...)

Sobre el particular resalta la Sala que no obra en el expediente material probatorio alguno que permita inferir que el depositario hizo a la Fiscalía el requerimiento al que se refiere el artículo 2256 del Código Civil, ni que adelantara las acciones que dispone tal norma en caso de que el depositante no dispusiera de las cosas dadas en custodia.

Así, aunque mediante oficio del 22 de noviembre de 2013, la Fiscalía reconoce al depositario haberse generado servicios por valor de \$32'407.730, por fuera del plazo de ejecución del mencionado contrato estatal, considera la Sala que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en atención a que dicha prestación fuera del término no se realizó por causas “exclusivamente” imputables a la entidad pública, pues no se demostró que se hubiera requerido a la Fiscalía para que dispusiera de las cajas entregadas en custodia una vez se finalizó el plazo de ejecución del contrato.

Tampoco se probó que la entidad pública, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium **impusiera** al respectivo particular la prestación de dichos servicios, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo, pues no existe un solo oficio que así lo compruebe. En cambio, encuentra la Sala que el demandante no hizo uso de la facultad que le otorga el artículo 2256 ibídem, relacionada con consignar a sus expensas las cosas dadas en custodia. (...)” (Destacado de la Sala)

**Sentencia de 14 de marzo de 2018, Sección Tercera, Subsección C. Exp. 110013336031201500607-00. M.P. Dr. José Éiver Muñoz Barrera. – Segunda Instancia.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por la muerte de una persona privada de la libertad en un incendio acaecido en el centro de reclusión / DAÑO ANTIJURIDICO – Condiciones para su existencia que sea personal, directo, y cierto/ RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL PERSONAL RECLUSO – Se aplica el régimen objetivo siempre que no se encuentre probada la falla del servicio, siendo este último el que debe privilegiarse cuando se evidencia que la administración penitenciaria funciona anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes – El Estado respecto de los reclusos tiene un deber de protección en virtud de la relación de especial sujeción que se establece entre ellos.**

**Problema jurídico: ¿El INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, no es patrimonialmente responsable de los perjuicios causados con la muerte del recluso (...), en razón a que devino por lesiones sufridas en incendio causado por otro interno y aquella no incurrió en falla en el servicio?**

**Extracto:** “(...) En labor de desatar el interrogante planteado **es tesis de la Sala**, que encontrándose probado y admitido por los extremos procesales, que la muerte del señor (...), devino por causas no naturales, mientras se encontraba recluso en el centro Penitenciario y Carcelario la Modelo de Barranquilla, reviste trascendencia, que el Estado a través del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, respecto del personal de reclusos, tiene una responsabilidad de resultado, por razón de su condición de garante de la vida, integridad personal y demás derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, que no devienen limitados por el hecho de la encarcelación, en teoría del depósito y por virtud de la relación especial de sujeción que les vincula a la administración pública. (...)

**En esta instancia, contrastados los argumentos de alzada, el debate gravita en torno a la imputabilidad del daño a la accionada y precisa determinar el título de imputación aplicable.** Secuencia en la que cabe señalar que conforme a los medios de prueba arrimados a la foliatura, existe certidumbre respecto a que el interno (...), sufrió graves quemaduras con ocasión al incendio que se presentó el 27 de enero de 2014, en el Establecimiento Carcelario Modelo de la ciudad de Barranquilla, y remitido al Hospital Adela de Char, falleció el día 06 de febrero siguiente, esto es, diez (10) días después de su ingreso al centro hospitalario, a causa de síndrome de dificultad respiratoria Aguda de adulto (pulmón de shock) inducido por quemaduras de segundo y tercer grado con extensión del 70% de superficie corporal.

En este orden de ideas y atendiendo a que la muerte del señor (...), acaeció mientras se encontraba recluso en el centro Penitenciario y Carcelario la Modelo de Barranquilla y por causas que sublevar las limitaciones propias de la reclusión, destaca que el Estado a través del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, tenía una responsabilidad de resultado como garante de su vida e integridad personal, en teoría del depósito y por razón de la relación especial de sujeción que vinculaba al señor (...) en razón a su condición de persona privada de la libertad.

Es así que en principio se avizora aplicable el régimen objetivo de responsabilidad, no obstante y establecida la existencia de falla en el servicio, es este el título de imputación aplicable al sub-lite, como de manera acertada implementó el A Quo.

En efecto, se encuentra acreditado que en la riña presentada al interior del patio 7 pasillo B, los internos se encontraban armados, tal como consta en el extracto del libro de minuta de guardia, del 27 de enero de 2014, a las 21:40 horas, en el que se señaló, que al intentar retomar el control por parte de los guardias, se vio obstaculizada su incursión por reclusos que **“salen con armas blancas de fabricación carcelaria, con el tamaño aproximado de un machete, alterados y con intención de agredir al funcionario”**,

Aunado a lo anterior, se advierte que los extinguidores con que contaba el centro de reclusión cárcel Modelo de Barranquilla, se encontraban averiados y los pocos con los que se contaban resultaron insuficientes, tal como se señaló en el extracto del libro de minuta de guardia, en el cual se estableció “extintores que al tratar de accionarlos, **la mayoría se hallaban averiados**” y “Cuando la guardia ingreso a intentar apagar el fuego pero **los extintores que servían no dieron abasto para mitigar las llamas**”, quiere significarse entonces que el centro carcelario no se encontraba preparado para atender una emergencia como un incendio, pues no contaba con los suficientes extintores para evitar la propagación del mismo y además algunos de ellos se encontraban obsoletos. (...)

**En conclusión**, por los motivos antes expuestos, esta Sala de decisión confirmara la sentencia de primera instancia, en el sentido de encontrar responsable al INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC de los perjuicios causados a los demandantes con la muerte del señor (...). (Destacado de la Sala)

Sentencia de 24 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 11001333603720140023701, M.P.. Dra. María Cristina Quintero Facundo. – Segunda Instancia.

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por el fallecimiento de un miembro activo de la Policía Nacional / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE POR DAÑOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / FALLA EN EL SERVICIO – Se debe probar que el daño devino como resultado del retardo, irregularidad, ineficiencia, u omisión en el cumplimiento de un deber / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / INCUMPLIMIENTO POSICIÓN DE GARANTE EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA – El Juez administrativo debe verificar si la falla en el servicio se concretó no solo en la violación de mandatos constitucionales o legales sino también convencionales – Se configura falla en el servicio cuando se ordena una misión de traslado sin observar lo indicado en los protocolos.**

**Problemas jurídicos: (i) ¿El fallecimiento del Teniente (...), se dio en un acto propio del servicio y por hecho de un tercero, o devino a causa de falla en el servicio de la POLICIA NACIONAL, al colocarle en situación de riesgo superior al propio del servicio?**

**Extracto:** “(...) Es así que conforme acredita la realidad procesal, el 07 de julio de 2012, su Superior Jerárquico, obviando la presencia de grupos subversivos en la zona en la cual se debía cumplir una misión de traslado de dos oficiales, los protocolos que calificaban un comando con ocho (8) unidades como no apropiado para su realización por vía terrestre y las alternativas de desplazamiento distintas, le impuso asumir el referido traslado terrestre, dando lugar a que fueran atacados por grupo subversivo y al fallecimiento del Teniente (...), víctima de aquel.

Destaca en orden de la anterior premisa y en marco de los medios de prueba allegados al sub-lite, el hecho que el fallo del proceso disciplinario surtido por la misma PASIVA, declara probado, que el superior jerárquico del aquí víctima directa, no cumplió con sus funciones, consistente entre otras, en (i) hacer lo pertinente para no poner en riesgo la vida y salud de sus subalternos, ya que sabiendo de la existencia de grupos armados insurgentes en la zona que amenazaban con realizar atentados a los uniformados que llegaran a ver, aun así los envió al sector; y (ii) el de informar previamente a los superiores jerárquicos de la misión, para adoptar las mejores decisiones, como lo sería, el no realizar el traslado vía terrestre sino aérea, o el cumplimiento en rigor de los protocolos.

En este orden y aunque asume irrefutable que (...), aceptó los riesgos propios de la labor de policial, en modo alguno le imponía asumir los derivados de incumplimiento de los deberes de garantizar la vida e integridad personal de los servidores públicos que gravitaba en la entidad empleadora aquí accionada, así como los derechos humanos, en desarrollo de las operaciones y misiones que se le ordenaran, y de contera, no era óbice para el cumplimiento de los referidos deberes.

Ello es, asume como falla en el servicio, que se le hubiera expuesto a un riesgo mayor, al no tomar las medidas de seguridad necesarias para asumir desplazamiento vía terrestre en zona en la que era de público conocimiento, la constante presencia de grupos subversivos.

En esta secuencia es pertinente indicar, que en virtud del principio IURA NOVIT CURIA, que opera en reparación directa, no es exigible a la ACTIVA, que para estructurar falla en el servicio invoque las disposiciones legales o reglamentarias inobservadas o infringidas por la PASIVA, es suficiente que acredite los hechos, en orden de los cuales, al juez se le impone aplicar el derecho, y bajo tal hermenéutica destaca que conforme decantó en el acápite de premisa normativa que antecede, asume como deber de la POLICIA NACIONAL, cumplir su posición de garante en la protección de los derechos humanos de los integrantes de la fuerza pública, en desarrollo de operaciones y/o misiones militares, y de contera emergen como pretermitida normativa de rango constitucional, en particular los artículos 2º y 11 del estatuto Superior, y fortalece como quiera que encuentra probado, que el superior jerárquico del fallecido, quien además impartió la orden de traslado que al cumplirse, generó el daño antijurídico fuente de la pretensión indemnizatoria sub-lite, fue sancionado disciplinariamente por no cumplir en la referida orden de desplazamiento, sus funciones legales y protocolos para realizar tal actividad policial.

Asimismo y en orden a la excepción de hecho de un tercero, si bien el riesgo que comporta la actividad castrense fue aceptado voluntariamente por la víctima directa, el entonces Teniente (...), no es menos cierto y asume categórico que aquel era menor al que se le impuso asumir con la orden de desplazamiento impartida el 07 de julio de 2012 y que avizora como causa jurídica de su muerte, como quiera que encontraba limitado por el deber que tiene la POLICIA NACIONAL, de adoptar las medidas positivas necesarias para atenuarle y para proteger los derechos humanos de sus servidores, en particular los de la vida e integridad personal. De contera y aunque el evento dañoso en el sub-lite, en su dimensión material y secuencia natural, tenga origen en la conducta de un tercero, como quiera que fueron miembros de grupo subversivo quienes emboscaron y atacaron de manera indiscriminada con armas de fuego a la patrulla que estaba realizando un traslado vía terrestre en cumplimiento de orden de superior jerárquico, no comporta que el daño antijurídico sea ajeno a la conducta de la accionada o que no fuera previsible por ésta, y por consiguiente no se estructura como causal excluyente de responsabilidad de la POLICIA NACIONAL, toda vez que en este orden, el daño antijurídico, le resulta imputable por cuanto su actuar fue relevante y determinante en su desencadenamiento, porque contribuyó con su acción y/u omisión de manera eficiente en su producción, o pudiendo evitarlo, se abstuvo de hacerlo.

Destaca en este orden y reitera en ello, que la pasiva se encontraba en posición de garante de las medidas positivas que garantizaran la protección de los derechos humanos de los miembros integrantes del Escuadrón Móvil de Carabineros - EMCAR No. 14-1 DEANT, en desarrollo de la misión de traslado de dos (2) policiales entre el Corregimiento de Fragua Machuca del Municipio de Segovia – Antioquia al Corregimiento de la Cruzada perteneciente al Municipio de Remedio - Antioquia, y el 07 de julio de 2012, relevó su cumplimiento, por cuanto teniendo conocimiento de la presencia de miembros al margen de la ley en la zona, se abstuvo de ordenar dicho traslado por otro medio como lo sería helicóptero o a pie, extremando las medidas de seguridad y de acuerdo a los protocolos establecidos para ello, que asumía como la decisión apropiada porque en transporte oficial y por la vía terrestre se exponía a un alto riesgo a los oficiales policiales, siendo notoria su presencia y fácil de objeto militar; más aún, cuando la sección de la cual hacía parte el entonces TENIENTE (...), no estaba completa contrastado el Instructivo Policial No. 022 del 30 de marzo de 2009, conforme al cual, cualquier tipo de operación o misión a cargo de EMCAR, debe ser realizada con al menos de cuarenta (40) hombres, y en los hechos en los cuales falleció aquel, dicha misión estaba siendo realizada para el momento del ataque con solo ocho (8) uniformados; encontrándose por tanto la entidad demandada en situación jurídica y fáctica idónea para conocer del peligro inminente que podían correr estos miembros de la fuerza pública, y por lo mismo, estaba compelida a evitar, prevenir o neutralizar el hecho. (...)” (Destacado de la Sala).

Sentencia de 14 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 11001333671520140008801, M.P. Dra. María Cristina Quintero Facundo. – Segunda Instancia.

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por la muerte de miembro de las fuerzas armadas en servicio / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA QUE SE VINCULAN VOLUNTARIAMENTE – Estos asumen los riesgos inherentes a esa actividad las cuales están amparados por la indemnización a forfait – Hay lugar a la reparación plena cuando el daño es producto de la falla en el servicio o de un riesgo excepcional / FALLA DEL SERVICIO – Situaciones que la configuran.**

**Problema jurídico:** ¿Está debidamente acreditada la falla en la prestación del servicio por parte de la Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por la demora en la que incurrió dicha entidad para trasladar al subteniente (...), luego de ser atendido por el Grupo “GATRA”, a un Hospital de IV Nivel, lo cual era necesario en virtud de las graves heridas sufridas al activar un artefacto explosivo mientras realizaba operaciones propias del servicio?

**Extracto:** “(...) De acuerdo con las pruebas legal y oportunamente allegadas, la Sala encuentra que en el presente caso la parte actora no acreditó la falla del servicio que le atribuye a la Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 3 de abril de 2012, donde resultó herido por un artefacto explosivo el Subteniente Gómez Hernández, heridas que posteriormente le ocasionaron la muerte. Ciertamente lo que sí se encuentra plenamente probado es que la entidad accionada actuó de manera diligente y adecuada, para lo cual puso al servicio del uniformado herido el personal médico que integra el Grupo Aeroportable de Soporte Vital Avanzado en Trauma “GATRA”, que procedió a brindar la atención médica necesaria para preservar la vida del Subteniente, realizar procedimiento quirúrgico y estabilizarlo, antes de su remisión al Hospital Militar. Sin embargo, no fue posible salvarle la vida por las graves heridas que había sufrido, pero ello no conlleva una falla en el servicio. (...)

En efecto, la falla del servicio, como criterio principal para constituir la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención, deberes y acciones a cargo del Estado; sin embargo, para que se forje responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. (...)

Así las cosas, no obra prueba que acredite la falla en el servicio. Ciertamente corresponde a quien pretende una resolución favorable de sus pretensiones, probar de manera fehaciente la configuración de una omisión que derive en una falla del servicio a cargo de la entidad demandada. Sin embargo, el material probatorio no permite llegar a las conclusiones que propone la demanda para sustentar sus reclamaciones. En el presente caso, los accionantes plantearon una serie de afirmaciones e imputaciones contra la entidad demandada respecto de la supuesta falla en el servicio en la que habría incurrido el Ejército Nacional en el procedimiento de evacuación, atención y traslado del subteniente herido en combate, pero las pruebas aportadas demuestran que hubo un despliegue de actividades y adopción de medidas idóneas, urgentes y razonables para atender la emergencia suscitada por las heridas ocasionadas al militar en desarrollo de las operaciones militares. Tampoco está demostrado que la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional haya incurrido en falla alguna por la acción u omisión de algunos de los miembros del Grupo Aeroportable de Soporte Vital Avanzado en Trauma “GATRA” en desarrollo del servicio médico brindado o la demora más allá de lo razonable en el traslado del paciente a un Hospital de IV. Nivel.

Así las cosas, la Sala no encuentra acreditados los supuestos que configuran la falla en el servicio que se pretende endilgar a la entidad demandada, razón por la cual no es posible atribuirle responsabilidad por los perjuicios derivados de la infortunada muerte del Subteniente (...)

[Sentencia de 24 de enero de 2018, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 110013336003820140024601, M.P. Dr. Fernando Iregui Camelo. – Segunda Instancia.](#)



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Por la mora en que incurrió la Fiscalía General de la Nación en proferir resolución de acusación en un proceso penal que dio lugar a la declaratoria de prescripción / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR EL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA –La posibilidad de acceder a una sentencia de mérito además de ser expresión del derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia es un bien concreto que deber ser protegido y susceptible de tasarse en un valor económico / DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA – Conlleva el derecho a obtener una decisión definitiva del asunto / DEL DAÑO A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS – Características**

**Problema jurídico: ¿Es procedente imputar responsabilidad patrimonial a la Fiscalía General de la Nación por falla en el servicio, consistente en defectuoso funcionamiento, al proferir la resolución de acusación contra el sindicado cuando estaba a punto de configurarse la prescripción de la acción penal, lo cual habría frustrado la posibilidad que tenía la parte civil de obtener la reparación del perjuicio irrogado por el ilícito?**

**Extracto:** “(...) En el sub lite, la accionante y su hija menor de edad no tuvieron acceso a un recurso judicial efectivo, en el entendido que se vieron privadas de la posibilidad de obtener decisión definitiva y de fondo frente a la controversia que llevaron al conocimiento de la justicia; esto es, se les privó de la posibilidad de satisfacer su pretensión indemnizatoria de los daños causados por la muerte de su esposo y padre, pues el ente investigador, al tardar más de seis años en proferir resolución de acusación dio lugar a la prescripción de la acción penal. Sin duda, esa situación generó para las demandantes una afectación al derecho constitucional y convencionalmente protegido de acceder a la administración de justicia, no como la posibilidad meramente nominal de hacerlo, sino bajo la connotación de que esa garantía conlleva el derecho a que el asunto sea conocido, debatido y decidido de fondo. En esas condiciones, sí se acreditó un daño antijurídico padecido por la actora y su hija menor de edad, de manera que el daño es imputable a la demandada, a cuyo cargo estuvo la demora que dio lugar a la imposibilidad de proseguir con el ejercicio del ius puniendi. (...)

Ahora bien, cabe referirse aquí al daño concreto padecido por la demandante y su hija, en razón de la frustración de su pretensión ocasionada por la decisión de prescripción de la acción penal.

La posibilidad real de acceder a una sentencia de mérito, no es solo expresión de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, sino que configura un bien concreto que debe ser protegido por la justicia y susceptible de tasarse en un valor económico, proporcional al bien que legítimamente se esperaba obtener. (...)

Sin duda, la declaración de la prescripción de la acción penal generó para las demandantes una afectación del derecho constitucional y convencionalmente protegido de acceder a la administración de justicia, no como la posibilidad meramente nominal de hacerlo, sino bajo la connotación de que esa garantía conlleva el derecho a que el asunto sea decidido mediante sentencia de mérito, de manera definitiva. En efecto, “lo verdaderamente importante es que una vez el administrado, en ejercicio del derecho de acción que le asiste, opere el aparato judicial, obtenga un pronunciamiento de fondo que resuelva las pretensiones planteadas de conformidad con las normas vigentes” y no la simple posibilidad formal de llevar su caso ante los jueces. (...)

En este caso, la actora y su hija menor de edad no lograron obtener decisión de la justicia sobre la posible responsabilidad penal de su denunciado y, por contera, tampoco frente a la demanda de parte civil promovida por ellas dentro del mismo proceso, falta de resolución del asunto que conllevó una transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva y, por su intermedio, a la verdad que buscaba establecer mediante la sentencia, con independencia de que hubiera sido o no favorable a sus intereses.

En esas condiciones, aunque el daño alegado por las accionantes deviene en meramente eventual, sí se precisa como la pérdida de las pretensiones económicas no resueltas. La imposibilidad de obtener una decisión definitiva sobre las mismas corresponde en efecto a un daño cierto que no tenían el deber jurídico de soportar, por cuanto el ordenamiento jurídico les garantiza que el asunto llevado al conocimiento de la justicia deba ser resuelto de fondo, máxime tratándose de un asunto penal que conlleva el establecimiento de las reales condiciones del caso, cuestión que va de la mano con el derecho de la víctima a la verdad.

Por ello, la imposibilidad de obtener resolución judicial del caso por prescripción de la acción penal constituye un daño, entendido como la transgresión a un derecho constitucional y convencionalmente amparado, que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar, pues le asiste derecho a que su controversia sea resuelta de fondo dentro de las oportunidades legales.

En esas condiciones sí se acreditó un daño antijurídico padecido por la actora, consistente en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la causa penal que promovió por el delito de Homicidio culposo y la demanda de parte civil que presentó dentro de dicho trámite, único sobre el cual se realizará el juicio de imputación, habiendo quedado demostrado el carácter eventual del daño consistente en la pérdida económica del valor de las pretensiones contenidas en la demanda de constitución de parte civil, daño atribuible a la Fiscalía General de la Nación por la mora excesiva en el trámite de la causa penal.- (...)

**[Sentencia de 21 de febrero de 2018, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 11001333603620120020701. M.P.. Dr. Fernando Iregui Camelo. Segunda Instancia.](#)**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES** – Definición – Las contribuciones parafiscales son instrumentos creados por la Ley para generar ingresos públicos en virtud de pagos obligatorios con el fin de mantener la participación de los beneficios que se proporcionan / **COMPETENCIAS DE LA UGPP PARA ADELANTAR ACCIONES DE FISCALIZACIÓN** – La UGPP es la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales / **BASE GRAVABLE DE LOS APORTES PARAFISCALES FRENTE A TRABAJADORES INDEPENDIENTES** – Manejo legal / **COSTOS** – Los costos con que se pretenda aminorar los ingresos base de liquidación de los aportes deben tener directa relación de necesidad y proporcionalidad con la actividad económica del aportante / **RENTISTA DE CAPITAL** – Cotizar sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilian, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos – Los dividendos constituyen factor de liquidación de los aportes al sistema de seguridad social, se debe liquidar los aportes teniendo en consideración dichos ingresos solo en los meses en que efectivamente sean percibidos por ser un ingreso transitorio.

**Problema Jurídico:** ¿De conformidad con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, el debate se centra en determinar la legalidad de la Resolución No. RDO 381 del 17 de septiembre de 2013, por medio de la cual la Subdirectora de Determinación de Obligaciones de la Dirección de Parafiscales de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- profirió liquidación oficial contra el demandante por inexactitud y mora en los pagos al Sistema de Protección Social en Salud y Pensión durante los períodos de octubre a diciembre de 2008 y enero a diciembre de los años 2009 a 2011; y de la Resolución No. RDC 126 del 24 de octubre de 2013 proferida por el Director de Parafiscales de la UGPP, que confirmó la anterior vía recurso de reconsideración; para lo cual, conforme a los cargos de nulidad formulados, se hace necesario establecer: (i) si los actos fueron expedidos conforme al régimen legal aplicable; (ii) si hubo una adecuada valoración e interpretación de las pruebas y hallazgos sustento de los actos, y por ende si fueron debidamente motivados; (iii) si los ingresos percibidos por el demandante en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la Clínica de Occidente constituyen base de liquidación de los aportes al Sistema de Protección en Salud y Pensión durante los períodos discutidos y si los costos incurridos en la actividad generadora de ingresos del actor son deducibles de la misma?

**Extracto:** “(...) **DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES** (...)”

La parafiscalidad fue definida como un gravamen especial diferente a las tasas e impuestos, que emanaba de la soberanía fiscal del Estado, de carácter obligatorio y a cargo de un grupo, gremio o colectividad que satisface ciertos intereses con los recursos recaudados, a favor de entes públicos, semipúblicos o privados y no hacen parte del presupuesto nacional. (...)

Así las cosas, las contribuciones parafiscales son instrumentos creados por la Ley para generar ingresos públicos en virtud de pagos obligatorios con el fin de mantener la participación de los beneficios que se proporcionen, la Ley también establece el manejo, la administración y ejecución de los recursos. La contribución afecta un determinado y único grupo social o económico y su beneficio está dirigido al mismo grupo o sector que los tributa, por ende, se afirma que sus elementos son la obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial o especificidad.

**COMPETENCIA DE LA UGPP PARA ADELANTAR ACCIONES DE FISCALIZACIÓN** (...)

Conforme las normas en cita, la UGPP tiene plenas facultades para ejercer funciones de fiscalización, determinación y cobro de las contribuciones de la Protección Social, habida cuenta que puede adelantar las investigaciones que estime pertinentes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones en materia de contribuciones parafiscales de la protección social de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 575 de 2013.

Aunado a lo anterior, se destaca que el artículo 178 de la Ley 1607 de 2012, señaló que la UGPP es la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales sin que se requiera de actuaciones previas y persuasivas por parte de las administradoras

La UGPP tiene la función legal de verificar la exactitud de las declaraciones de autoliquidación y otros informes de los aportantes cuando lo estime necesario; de igual forma, está revestida de facultades para adelantar las acciones e investigaciones necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la liquidación y pago de aportes parafiscales de la protección social. (...)

De conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 y 29 del Decreto 1406 de 1999, todo afiliado debe cotizar a los sistemas de salud y pensión sobre la totalidad de los ingresos que perciba, es decir, sobre todos los ingresos que se perciban como trabajador dependiente, independiente o contratista. (...)

Conforme las normas en cita (Artículos 434 y 436 del Código de Comercio), contrario a lo manifestado por la parte actora, la designación de los miembros de la junta directiva de una sociedad comercial no deviene de un contrato de prestación de servicios, sino de la elección de la asamblea general por períodos determinados, sin que ello implique, como lo pretende el demandante, un acuerdo de voluntades que se materialice en el referido contrato civil, por lo tanto, tal como se señaló en los actos acusados, para que la base de liquidación respecto de los honorarios percibidos por el aportante en los años 2008 a 2011 fuera del 40% y no del 100%, le correspondía acreditar al señor (...) que el origen de dichos recursos era la ejecución de contratos de prestación de servicios, circunstancia que no se probó en vía administrativa, ni en vía judicial, no siendo las Actas de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas aportadas en vía administrativa el medio probatorio idóneo para el efecto, pues dichos documentos sólo permitieron evidenciar la designación del actor como miembro de la Junta Directiva de la Clínica de Occidente y el valor de sus honorarios, más no que dicha actividad estuviera ejecutada en virtud de un contrato de prestación de servicios, por lo que el IBC respecto de los ingresos percibidos por honorarios en su calidad de miembro de la Junta directiva no podía determinarse al amparo del artículo 18 de la Ley 1122 de 2008, pues no tiene el actor frente a los honorarios percibidos la calidad de contratista por contrato de prestación de servicios, sino de independiente, en esa medida, el IBC

## SECCIÓN CUARTA

debía determinarse por lo establecido en el artículo 1° del Decreto 510 de 2003. (...)

(...) En virtud de lo establecido en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 la UGPP tiene amplias facultades para determinar y liquidar los aportes al Sistema de Protección Social de los aportantes obligados por ley, (...)

(...) Conforme lo previsto en el artículo 1° del Decreto 510 de 2003, para efecto de la liquidación de la base de cotización de los aportes podrán deducirse las sumas que el afiliado recibe y que debe erogar para desarrollar su actividad lucrativa en las mismas condiciones previstas por el artículo 107 del E.T., por lo tanto, tales rubros deben estar directamente relacionados con la actividad productora de renta a efecto de ser reconocidos como una expensa necesaria, y si bien en el presente caso, la UAE DIAN no ejerció su poder de fiscalización para verificar o no la veracidad de los costos y deducciones reportados, ello no impide que la UGPP no pueda hacerlo, debiendo el aportante acreditar las deducciones que pretende de los ingresos que serán la base de liquidación de sus aportes. (...)

Por lo expuesto, le correspondía al actor demostrar ante la UGPP que los costos en que incurrió en el desarrollo de su actividad productora de renta si eran necesarios y proporcionales, circunstancia que en el presente caso no aconteció, y no se puede pretender una conexión entre lo declarado en renta al considerarse que la declaración por estar en firme, también lo sea para efectos de determinar el IBC en aportes al Sistema de Protección Social, pues se trata de dos situaciones jurídica diferentes, en donde ante la UGPP se deben probar las expensas que se consideran necesarias, pues en aplicación de la ley, el proceso de fiscalización de aportes al Sistema de Seguridad Social es independiente al de determinación de impuestos nacionales, así la base para establecer los ingresos del aportante sean sus declaraciones de renta. (...)

(...) De conformidad con lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1406 de 1993, los rentistas de capital son aportantes al sistema de seguridad social integral, y como trabajador independiente tienen la obligación de afiliarse y contribuir con el pago de las cotizaciones al Sistema de la protección social en salud y pensión, siendo establecida la base de cotización de este tipo de trabajadores en el artículo 19 de la Ley 100 de 1993 que establece que los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos; (...)

Así mismo, se debe precisar que el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, señala que el IBC para los trabajadores independientes no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, previa deducción de las erogaciones propia de su actividad.

La base de liquidación y pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, según los artículos 18 de la Ley 100 de 1993 y 3° del Decreto 510 de 2003 no puede ser inferior a 1 ni superior a 25 SMLMV, debiendo precisarse, tal como lo indica el demandante que esa liquidación debe ser realizada de conformidad con los ingresos percibidos en cada uno de los meses del respectivo año fiscalizado. (...)

La Sala considera que cuando los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y 3° de la Ley 797 de 2003, hacen referencia a los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, como base de liquidación del IBC, debe entenderse que dichos ingresos son los percibidos o recibidos en cada período de liquidación, teniendo en consideración que la liquidación y pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión es mensual, por lo tanto, tal como fuere indicado por el actor, los ingresos percibidos por concepto de dividendos en los meses de diciembre de los años 2009 y 2010 no se podían redistribuir de forma proporcional en los meses restantes de dichos años, porque ello implicaría presumir que el actor percibió dividendos en todos los meses, cuando conforme lo manifestado por el aportante solo fue en los meses de diciembre, por lo tanto, lo percibido por dicho concepto sólo debe hacer parte de la base de liquidación de los aportes al sistema de seguridad social en los meses de diciembre de los años 2009 y 2010, debiendo precisarse que el hecho que los dividendos constituyan factor de liquidación de los aportes al sistema de seguridad social no implica que deban ser incluidos en la base de liquidación de los meses de determinada vigencia en que no fueron percibidos, pues no se pueden realizar cotizaciones en salud y pensión respecto de suma de dineros no recibidas por el aportante respecto del mes a cotizar; situación diferente fuera que la liquidación de los aportes fuera anual.

Ahora bien, el hecho que en el presente caso la UGPP hubiera distribuido de forma proporcional en los 12 meses de los años 2009 y 2010 los dividendos percibidos en los meses de diciembre de dichos años, para efectos de determinar el IBC de cada mes, vulnera las normas en que deberían fundarse los actos demandados, sin que el haber determinado el monto de liquidación mensual en dichos años sin superar los 25 SMLMV, subsane la causal de ilegalidad que se configura, pues se incluyó como base de liquidación de los meses de enero a noviembre de 2009 y 2010 ingresos que no fueron percibidos por el aportante, lo que implicó determinar que cotizara salud y pensión en dichos períodos respecto de ingresos que no fueron recibidos, por lo que prospera el cargo de nulidad analizado. (...)"

[Sentencia de 31 de enero de 2018, Sección Cuarta – Subsección “A”, Exp. 250002337000201400255-00, M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Trámite / FUSIÓN DE SOCIEDADES** – La figura de fusión surge cuando una o más sociedades se disuelven, pero sin liquidarse para crear una nueva sociedad o para ser absorbida por otra – La naturaleza jurídica de la fusión es una reforma a los estatutos sociales – Modalidades de fusión – El inciso 2° del artículo 147 del Estatuto Tributario no contempla limitación para la compensación de pérdidas de sociedades absorbentes sino únicamente para la compensación de pérdidas de sociedades fusionadas o absorbidas

**Problema Jurídico:** ¿ De conformidad con la fijación del litigio realizada en audiencia inicial el debate se centra en determinar la legalidad de la Resolución No. 312412013000074 del 12 de septiembre de 2013 por medio de la cual la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes profirió liquidación oficial de revisión contra la demandante respecto de la declaración de renta del año gravable 2009, para lo cual se hace necesario establecer, conforme a los cargos de nulidad formulados: (i) si la compensación de pérdidas fiscales efectuada por la sociedad demandante en la declaración privada del año gravable 2009, se ajusta a lo previsto en el artículo 147 del E.T., o era predicable la aplicación del límite previsto en el inciso segundo ibidem, en su calidad de sociedad absorbente, y en esa medida, si el acto estuvo debidamente motivado; (ii) si el acto fue expedido con violación del debido proceso y el principio de buena fe; y (iii) si era procedente la sanción por inexactitud impuesta en el acto acusado, y si con la misma se vulneró el principio de gradualidad consagrado en el numeral 5° del artículo 197 de la Ley 1706 de 2012?

**Extracto:** “(...) Sobre el proceso de fusión de sociedades el Consejo de Estado ha señalado: (...)

(...) De esta manera, a partir de la fecha de la escritura pública con la que se formaliza el proceso de fusión, nace para la sociedad absorbente la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias, tanto de carácter formal como sustancial, que surjan o se consoliden con posterioridad a dicha fecha, pero, a su vez, esta adquiere los derechos que se deriven de dicha relación.

(...)”Conforme la jurisprudencia en cita, a partir de la protocolización del proceso de fusión a través de escritura pública, se origina para la sociedad absorbente o la resultante la responsabilidad de cumplir con las obligaciones tributarias, tanto formal como sustancial que surjan o se consoliden con posterioridad a dicha fecha, pero, a su vez, ésta adquiere los derechos que se deriven de dicha relación.

La figura de la fusión surge cuando una o más sociedades se disuelven, pero sin liquidarse para crear una nueva sociedad o para ser absorbida por otra, entonces al existir esta mezcla de sociedades aparecen dos conceptos diferentes, uno económico y otro jurídico; suponiendo el primero la reunión de varias empresas bajo una sola voluntad, de tal modo que comprende fenómenos muchos más amplios que los que supone el punto de vista jurídico, su realización obedece generalmente a motivos económicos, tales como disminuir los gastos de explotación de las empresas combinando esfuerzos para obtener resultados que no se pueden alcanzar aisladamente, o para luchar contra la concurrencia, o para poner fin a una competencia inconveniente entre dos empresas rivales. (...)

De conformidad con el artículo 162 del Código de Comercio, la naturaleza jurídica de la fusión es una reforma a los estatutos sociales toda vez que con tal operación la estructura de la sociedad (...)

Respecto del artículo 24 de la Ley 788 de 2002, que modificó el inciso segundo del artículo 147 del E.T. y que contempla la limitación para la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión, el Consejo de Estado, indicó:

“(...)En lo que concierne al tratamiento de las pérdidas fiscales en los casos de fusión de sociedades, el artículo 85 de la Ley 75 de 1986 nada reguló. A contrario sensu, el artículo 24 de la Ley 788 de 2002 estableció las siguientes reglas:

(...) Que las pérdidas fiscales sean de la sociedad absorbida. (...)

Siguiendo el derrotero del Consejo de Estado, la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión es predicable de las pérdidas de las sociedades absorbidas, por lo tanto, en ese orden, la limitación establecida en el inciso segundo del artículo 147 del E.T., de hasta el equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas, se refiere a la compensación de dichas pérdidas, y no a las propias de la sociedad absorbente; debiendo precisarse que contrario a lo manifestado por la Administración, cuando la norma hace alusión a sociedades fusionadas, no se refiere a todas las sociedades que participan en el proceso de fusión, sino a aquellas que se disuelven sin liquidarse para hacer parte de una sociedad absorbente o de una nueva.

En ese orden, el inciso segundo del artículo 147 del E.T. no establece limitación para la compensación de pérdidas propias de sociedades absorbentes, como aconteció en el presente caso, porque la misma está establecida sólo para las pérdidas de sociedades fusionadas, por lo tanto, la norma aplicable a la compensación realizada por la actora, tal como lo hizo, era el inciso primero del referido artículo, pues no existe prohibición legal para que una sociedad fusionante compense sus pérdidas con utilidades obtenidas en virtud de un proceso de fusión, situación diferente y reprochable es que dicha sociedad pretenda con las pérdidas de sus fusionadas o absorbidas obtener ventajas tributarias, y fue ese el propósito del legislador al establecer la limitación analizada, evitar la transgresión de los principios de justicia y equidad tributaria en situaciones de reorganización empresarial, pero se reitera respecto de las pérdidas de las sociedades fusionadas. (...)

(...) Conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho a compensar se consolida con la compensación de la pérdida en los términos, condiciones y plazos establecidos en la norma, y no sólo con la existencia de la pérdida, (...)

Conforme lo expuesto, aplicando de forma literal la norma y con sujeción al espíritu del legislador, el inciso segundo del artículo 147 del E.T. no contempla limitación para la compensación de pérdidas de sociedades absorbentes, sino únicamente para la compensación de pérdidas de sociedades fusionadas o absorbidas, y efectuar una interpretación más allá del propósito del legislador sería desconocer los artículos 27 y 28 del C.C., pues la norma referida no ofrece margen de duda que implique realizar elucubraciones para su aplicación; sin que ello implique, como lo afirma la entidad demandada, que se esté realizando una interpretación contraria a la justicia y equidad que comporta el sistema tributaria, pues la compensación de pérdidas acumuladas de sociedades absorbentes en los términos del inciso 1° del artículo 147, a partir de utilidades obtenidas en el proceso de fusión, no se encuentra prohibida ni presenta limitaciones de orden legal, porque la compensación se efectuó en virtud de utilidades, si bien se reitera en proceso de fusión, del ejercicio de la actividad de la demandante.(...)“

**Sentencia de 07 de febrero de 2018, Sección Cuarta – Subsección “A”, Exp. 250002337000201400010-00 M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez – Primera Instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INEFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE RETENCIÓN EN LA FUENTE PRESENTADAS SIN PAGO TOTAL – Se considera ineficaz por imperio de la Ley sin necesidad de acto administrativo que así lo declare / SANCIÓN POR EXTEMPORANEIDAD E INTERESES MORATORIOS EN DECLARACIONES DE RETENCIÓN EN LA FUENTE SOBRE LAS CUALES SE HAYA CONFIGURADO CAUSAL DE INEFICACIA – La ley 1607 de 2012 eliminó del ordenamiento jurídico la sanción relacionada con declaraciones ineficaces / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA – Es aplicable en materia de sanciones tributarias / PAGO DE INTERESES EN FAVOR DE LOS CONTRIBUYENTES – Su reconocimiento debe analizarse conforme a los parámetros del artículo 863 del Estatuto Tributario**

**Problema Jurídico:** ¿De conformidad con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, el debate se centra en determinar la legalidad de la Resolución No. 6282-1043 del 1º de noviembre de 2013, proferida por la División de Gestión de Recaudo de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la DIAN, en cuanto rechazó la suma de \$249.845.000 solicitada en devolución por la demandante, y de la Resolución No. 1074 de 25 de noviembre de 2014, proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, que resolvió desfavorablemente el recurso de reconsideración

**Interpuesto contra la primera; para lo cual, conforme al cargo de nulidad formulado, se debe establecer: (i) Si la demandante podía acceder al beneficio previsto en el artículo 137 de la Ley 1607 de 2012, que adicionó el parágrafo transitorio al artículo 580-1 del E.T., y por ende si se vulneraron los principios de justicia tributaria, igualdad, buena fe y confianza legítima; (ii) En qué momento fue satisfecha completamente la obligación a cargo de la demandante, y por ende si la Administración aplicó en debida forma las reglas de imputación de pagos previstas en el artículo 804 del E.T., y si se vulneró el principio de favorabilidad; y (iii) si es procedente la imposición de la sanción por extemporaneidad?**

**Extracto:** “(...) Conforme la cita jurisprudencial (Sentencia del C.E. Sección 4ª C.P. Dra Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez EXP 25000232700020079020001 DEL 19 DE MAYO DE 2011. Nota de relatoría), se presenta pago en exceso cuando se efectúa un pago sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento.

Teniendo en consideración la norma en cita (Artículo 580-1 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), cuando un contribuyente presenta la declaración de retención sin pago total, se reputa ineficaz, es decir, no produce efecto legal alguno, por lo que, como en el sub iudice, se debe presentar una nueva declaración, que no constituye una declaración de corrección de la inicial, sino una nueva declaración en la cual se deben liquidar las sanciones de extemporaneidad e intereses de mora que se generaren hasta el día en que se presente esa nueva declaración.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, señaló: (...)

(...) En ese marco, dispuso que las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producirían efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declarara. (...)

(...) De manera, que la declaración sin pago se considerara ineficaz, por imperio de la ley. (...)

La norma consagra, entonces, la ineficacia de pleno derecho, de las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago, para sancionar efectivamente el incumplimiento en la obligación de trasladar las sumas retenidas a la administración tributaria y obligar a los agentes de retención al pago total de las retenciones, junto con sus respectivos intereses y sanciones, en forma concomitante con la presentación de la respectiva declaración, sin que tal ineficacia esté supeditada a un pronunciamiento previo de la administración tributaria. (...)

Así mismo, precisó que en aquellos casos en los que el agente retenedor presenta la declaración de retención en la fuente, pero no realiza el pago de manera concomitante, no hay lugar a la imposición de sanciones, siempre que el pago, en todo caso, se haga en forma oportuna. (...)

En ese orden, se reitera que las declaraciones de retención en la fuente se deben presentar con pago, para que se entiendan válidamente presentada, por lo tanto, si el pago se efectúa por fuera del término previsto para declarar, la declaración se torna ineficaz por mandato legal, sin que se requiera acto administrativo de la Autoridad Tributaria que así lo declare. (...)

Ahora bien, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el pago de las retenciones en la fuente vencido el plazo para declarar no subsana la inconsistencia, y, por lo tanto, se debe tener por no presentada la declaración; por lo que en el presente caso, tal como como ha sido indicado por la parte demandada, la declaración de retención en la fuente presentada el 9 de febrero de 2011 fue ineficaz al haber sido presentada sin pago, debiendo precisarse que el pago total del valor declarado fue cancelado por fuera del término para declarar, esto es, 16 de febrero de 2011, cuando la fecha límite de vencimiento era el 10 de febrero de 2011. (...)

Conforme la norma en cita, específicamente el parágrafo transitorio, adicionado por la Ley 1607 de 2012, las declaraciones de retención en la fuente que tengan relación con períodos gravables anteriores al 30 de noviembre de 2012, que sean presentadas por los agentes retenedores antes del 31 de julio de 2013, y sobre las cuales se haya configurado causal de ineficacia, no estarán obligadas a liquidar y pagar sanción por extemporaneidad ni intereses moratorios, es decir, mediante la Ley 1607 de 2012 fue eliminada del ordenamiento jurídico la sanción relacionada con declaraciones ineficaces. (...)

De conformidad con lo previsto en el artículo 850 del E.T., la Administración Tributaria tiene el deber de devolver en forma oportuna los pagos en exceso o de lo no debido solicitados por los contribuyentes, (...)

Ha de precisarse que, en virtud del artículo 855 del E.T., la solicitud de devolución de pago en exceso debe ser resuelta dentro de los 50 días siguientes a la fecha de presentación en debida forma de la solicitud, y siguiendo el derrotero de lo previsto en el artículo 863 del E.T., si vencido el plazo dispuesto en la norma sin que se hubiere resuelto la petición, se causan intereses moratorios a partir del vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación, e intereses corrientes cuando se hubiere presentado la solicitud y el saldo estuviere en discusión, a partir de la fecha de notificación del requerimiento especial o del acto que niegue la devolución, según el caso, hasta la ejecutoria del acto o providencia que confirme total o parcialmente el saldo a favor. (...)

**Sentencia de 14 de marzo de 2018, Sección Cuarta – Subsección “A”, Exp. 250002337000201500922-00 M.P. Dra. Gloria Isabel Cáceres Martínez – Primera Instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / APORTES AL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- Tienen el carácter de Contribución Parafiscal – Sujetos Pasivos / DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA – Definición – Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso / BENEFICIO CONSAGRADO – Requisitos**

**Problema Jurídico:** ¿El problema jurídico se centra a determinar, según lo expuesto en el recurso de apelación, si el pago realizado por la Sociedad Uniconcreto Ltda. a favor del ICBF el 30 de junio de 2011, reúne todos los presupuestos del artículo 48 de la Ley 1430 de 2010 con ocasión a aplicación del principio de buena fe y confianza legítima creada por la administración mediante lo dispuesto en el oficio nro. 010939 del 13 de mayo de 2011, ello en consideración a ser aplicado a la obligación que Uniconcreto Ltda adeuda según los actos demandados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar?

**Extracto:** “(...) El aporte al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha sido calificado de parafiscal, por la misma ley. En efecto, el artículo 25 de la Ley 225 de 1995, compilado bajo el artículo 125 del Decreto 111 de 1996, que constituye el actual Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, señala que tal aporte, así como el que se hace al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, es una contribución parafiscal.

El gravamen del 3% sobre la nómina mensual de salarios reúne las características de la contribución parafiscal, señaladas en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, pues tiene carácter obligatorio por ley, afecta a un grupo económico, cual es el de todos los patronos y entidades públicas y privadas, y tiene como finalidad financiar las actividades que desarrolla el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en favor tanto de los hijos, en edad preescolar, de los empleados públicos y trabajadores oficiales y privados, como de la población infantil más vulnerable del país (Art. 2º Ley 27 de 1974 y parágrafo 2º Art. 1º Ley 89 de 1988).

De manera que, los aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, tienen el carácter de Contribución Parafiscal. (...)

Así, en armonía con el artículo 2 de la Ley 27 de 1974 precitado, señalaron que los sujetos pasivos de la contribución corresponderían a todos los patronos de las entidades públicas o privadas, sin excepción alguna.

Los empleadores se encuentran obligados entonces a realizar los aportes parafiscales en los porcentajes que se indican a continuación: 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el 4% a las Cajas de Compensación Familiar y el 3% al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (...)

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 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.).

Al respecto, la Corte Constitucional en cuanto al principio de confianza legítima, ha determinado:

“Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse.” (...)

(...) La Sala concluye que para acceder al beneficio consagrado en el artículo 48 de la Ley 1430 de 2010 se requiere que a 29 de junio de 2011 el contribuyente haya dado cumplimiento a:

(...) El pago deberá realizarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley

(...) El pago de contado del total de la obligación principal y de los intereses de mora con reducción al cincuenta por ciento (50%) causados hasta la fecha del correspondiente pago (...)

**[Sentencia de 28 de febrero de 2018, Sección Cuarta Subsección “A”, Expediente 110013337040-2013-00128 -01 M.P. Dra. Amparo Navarro López – Segunda instancia.](#)**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO /COMPETENCIA DE LA UGPP PARA DETERMINAR APORTES AL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL (SPS) – Marco jurídico – La UGPP tiene plenas facultades para ejercer funciones de fiscalización, determinación y cobro de las contribuciones de la protección social – DEL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN EN EL CALCULO DE LOS APORTES PARAFISCALES CON SALARIO INTEGRAL – En el caso de los trabajadores que devengan salario integral, la base para calcular los aportes parafiscales es el 70% del correspondiente pago**

**Problema Jurídico: ¿Establecer si la U.A.E. UGPP es competente para adelantar acciones de determinación y cobro a las personas que están afiliadas al subsistema de pensiones, o si por el contrario, la facultad solo le es dable a las personas que no se encuentran afiliados a ningún sistema; Determinar si los actos demandados fueron expedidos con desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, analizando con ello también, si la U.A.E. UGPP es competente para determinar el Ingreso Base de Cotización –IBC- y liquidar los aportes al sistema de la protección social a cargo de los responsables parafiscales; Analizar si los actos acusados fueron expedidos con falta de motivación, al no haberse explicado de forma unitaria la mora, inexactitud y omisión, respecto de cada trabajador de la empresa actora, sobre los cuales se determinó una obligación a su cargo?**

**Extracto:** “(...) Competencia de la UGPP para Determinar Aportes al Sistema de Protección Social (S.P.S.)(...)”

(...) La UGPP tiene plenas facultades para ejercer funciones de fiscalización, determinación y cobro de las contribuciones de la Protección Social, habida cuenta que puede adelantar las investigaciones que estime pertinentes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones en materia de contribuciones parafiscales de la protección social de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 575 de 2013.

Aunado a lo anterior, se destaca que el artículo 178 de la Ley 1607 de 2012, señaló que la UGPP es la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales sin que se requiera de actuaciones previas y persuasivas por parte de las administradoras

(...) Del Ingreso Base de Cotización –IBC- en el cálculo de los aportes parafiscales con salario integral. (...)

El salario integral está conformado (i) por el factor remuneratorio o componente salarial básico para el pago por retribución del trabajo ordinario (que debe ser superior a diez salarios mínimos legales mensuales) y (ii) por el componente prestacional (que no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía), destinado a retribuir con anticipación el valor de prestaciones, recargos y beneficios, tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en la estipulación del salario integral.

No es posible incluir las vacaciones como retribución dentro del salario integral, porque así se previó en el aparte final del numeral 2 del artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990. (...)

(...) El pago por comisiones constituye salario (art. 127 CST) y se enmarca en el concepto de nómina mensual de salarios prevista en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982; en consecuencia, hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales. (...)

Como para efectos de la liquidación del aporte parafiscal se entiende por nómina mensual de salarios, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario (todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio), cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales [vacaciones – pago por goce efectivo o su compensación en dinero], es claro que el factor prestacional en el salario integral (30%) no hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales.

Por lo anterior, en el caso de los trabajadores que devengan salario integral, la base para calcular los aportes parafiscales es el 70% del correspondiente pago, porque así lo dispuso el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que fue interpretada con autoridad mediante el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, sin que el legislador haya hecho distinción entre los tipos de pagos que recibe el trabajador contratado bajo la modalidad de salario integral.

De manera que, atendiendo el aforismo jurídico “donde la ley no distingue, no puede distinguirse”, se establece que el límite del 70% aplica para todos los pagos que recibe el trabajador que devenga un salario integral, que conforman la base para el cálculo de los aportes parafiscales en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 (nómina mensual de salarios).(...)

De las normas transcritas (Artículos 156 de la Ley 1151 de 2007, artículo 21 del Decreto 575 de 2013, artículo 178 de la Ley 1607 de 2012, artículo 180 de la Ley 1607 de 2012. Nota de relatoría) se colige que, ante la omisión del aportante o del afiliado, la UGPP previo a la emisión de la Liquidación Oficial debe proferir y notificar un requerimiento para declarar y/o corregir o un pliego de cargos, acto mediante el cual se invita al obligado a cumplir con su deber dentro del término de un (1) mes, y les advierte de las consecuencias en caso de persistir en su omisión.

Así las cosas, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- se le otorgaron precisas funciones de subrogación en las obligaciones claramente definidas en la Ley.

Por lo tanto, la UGPP es la entidad encargada y por lo tanto es competente para vigilar la correcta determinación por parte de las personas naturales o jurídicas obligadas a liquidar la seguridad social en Salud, Pensiones, Riesgos Profesionales, Cajas de compensación, SEÑA e ICBF.(...)

Ahora, en cuanto a las funciones asignadas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, la entidad tiene a su cargo entre otras, como se diseñó en el marco jurídico, la de determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. (...)

Entendido el concepto de la palabra determinación; la inserción que hiciera el legislador a las facultades contenidas y dirigidas a la UGPP, es evidente que esta es competente para entrar a verificar, aceptar o no, valores que hacen parte del Ingreso Base de Cotización, puesto que el IBC para el caso de aportes al Sistema de protección Social son todos los ingresos que el trabajador cotizante en cualquiera de sus modalidades reciba como contraprestación de su actividad laboral.

Así las cosas, en el presente asunto se ha determinado y ratificado la competencia de la U.A.E. UGPP para determinar y liquidar los aportes al Sistema de Protección Social con cargo al responsable –parte actora-, pues el legislador facultó dicha tarea en la disposición contenida en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007. (...)

[Sentencia de 07 de marzo de 2018, Sección Cuarta – Subsección “A”, Exp. 110013337043201500107-01, M.P. Dra. Amparo Navarro López Segunda Instancia.](#)

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCEDENCIA DE LA EXCENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS – Se requiere de la venta de bienes corporales muebles dentro del territorio nacional a una comercializadora internacional y que la mercancía sea efectivamente exportada por la entidad compradora / SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL – Definición / CERTIFICADO AL PROVEEDOR – Definición – Es el documento suficiente para demostrar la exención del impuesto sobre las ventas**

**Problema Jurídico: ¿De manera concreta y de conformidad con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, la Sala debe establecer: si los actos administrativos demandados son nulos por: (i) falsa motivación por indebida interpretación del literal b) del artículo 481 del E.T. y falta de aplicación del Decreto 1740 de 1994, al reclasificar como ingresos por operaciones gravadas la suma de \$674.163.000, (ii) por violación al debido proceso por cuanto la Administración de Impuestos no valoró las pruebas aportadas por la sociedad contribuyente, (iii) si los actos acusados vulneraron los principios de irretroactividad y legalidad al aplicar para el tercer (3) bimestre del año 2010, el Decreto 380 de 16 de febrero de 2012, (iv) falsa motivación por quebrantar el principio de libertad de empresas al tomar como ingresos gravados los bienes enajenados por la sociedad a otra Comercializadora Internacional, y (v) si es procedente la imposición de la sanción por inexactitud.?**

**Extracto:** “(...) Verificados los actos administrativos demandados, la Sala encuentra que tanto en la Liquidación Oficial de Revisión como en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración la Administración de impuestos estableció que para que sea procedente la exención de que trata el artículo 481 del ET, se requiere de la venta de bienes corporales muebles dentro el territorio nacional a una comercializadora internacional y que la mercancía sea efectivamente exportada por la entidad compradora, de manera que no se evidencia una interpretación indebida de la norma citada y por ende que se configure una falsa motivación conforme lo señala el demandante. (...)”

De acuerdo con la norma aludida (Artículo 481 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría), son bienes exentos con derecho a devolución del impuesto sobre las ventas, entre otros, los bienes corporales muebles que sean vendidos a sociedades de comercialización internacional, siempre que sean efectivamente exportados de manera directa o una vez transformados, por lo tanto si no se cumplen con éstos presupuestos, tales bienes se entenderán gravados a la tarifa establecida por el legislador.

De otra parte, en relación con las sociedades de comercialización internacional, el artículo 1º del Decreto 1740 de 1994 las define como “aquellas sociedades nacionales o mixtas que tengan por objeto la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas, con inscripción vigente en el Registro de Comercializadoras Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior”. (...)”

(...)Las sociedad de C.I. que expidan el certificado al proveedor deben exportar las mercancías dentro de los seis meses siguientes a la expedición del certificado correspondiente, pero, en caso de que se trate de materias primas, insumos, partes y piezas, que vayan a formar parte de una bien final, éste debe ser exportado dentro del año siguiente contado a partir de la fecha de expedición del certificado al proveedor. (...)”

De conformidad con lo anterior (Transcripción artículo 2 del Decreto 1740 de 1994. Nota de relatoría), el certificado al proveedor es el documentos expedido por las sociedades de comercialización internacional (C.I.), cuando reciben de sus proveedores los productos colombianos adquiridos a cualquier título en el mercado nacional o fabricados por productores socios de las mismas, obligándose a exportar los productos en su mismo estado o una vez transformados, dentro de los seis meses o dentro del año, según el caso.

Conforme la norma, el proveedor presume efectuada la exportación de las mercancías, desde el momento en que la sociedad de C.I. recibe las mercancías y expide el certificado al proveedor – CP.

El certificado al proveedor es el documento suficiente para demostrar la exención del impuesto sobre las ventas establecida para los bienes corporales muebles vendidos a las sociedades de C.I. (...)”

En el presente caso, se observa que las sociedades de comercialización internacional expidieron los certificados al proveedor por las operaciones mercantiles desarrolladas entre ésta y la demandante, por lo que se presume la exportación de los productos vendidos por CULTIVOS DEL CARIBE S.A.S., conforme lo prevé el artículo 2 del Decreto 1790 de 1994. En efecto, correspondía a la DIAN demostrar que los bienes vendidos no habían sido exportados efectivamente. (...)”

[Sentencia de 31de enero de 2018, Sección Cuarta, Subsección “A”, Exp. 25000-23-37-000-2014-00081-00, M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ESTADOS DE COSTOS – Definición – Elemento del costo – Costo de producción – Elementos – Costos de producto terminado – Costo de ventas – El paso directo de la materia prima al costo de producción no representa una falta técnica o un indebido reconocimiento contable**

**Problema Jurídico:** ¿De manera concreta y de conformidad con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial de 27 de marzo de 2015, la Sala debe establecer si los actos demandados son ilegales por las siguientes razones: (i) si es procedente el rechazo de costo de ventas por valor de \$4.853.288.000, glosa que está conformada por las diferencias en el costo de ventas de materia prima en la suma de \$37.868.668 y costo de materia prima consumida por valor de \$4.815.419.522; y (ii) si es procedente la imposición de la sanción de inexactitud en cuantía de \$2.562.536.000?

**Extracto:**“(…) El artículo 26 del Estatuto Tributario, establece el costo como elemento del proceso de depuración de la renta, por cuanto de los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta.

Por su parte, el artículo 27 del Decreto 2649 de 1993, enseña que el estado de costos, son aquellos que se preparan para conocer en detalle las erogaciones y cargos realizados para producir los bienes o prestar los servicios de los cuales un ente económico ha derivado sus ingresos.

El artículo 39 de la misma norma, expresa que « [l]os costos representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos.»

Doctrina especializada en el tema, ha señalado que: “[l]a definición técnica contable alude al concepto costo como elemento de los estados financieros; por ello indica que corresponden a erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos, con lo que quiere significar que se trata del costo de producción y venta. Es decir, que el concepto costo corresponde a lo que vale producir o vender un producto o servicio, del cual el ente económico obtiene sus ingresos. Este costo puede ser el ordinario, correspondiente a las ventas usuales del negocio (costo de ventas) o extraordinario, es decir, el que resulta atribuible por la venta de bienes de capital.” (…)

A partir de estas normas (Artículo 66 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría) se reconocen tres elementos del costo: la materia prima consumida, la mano de obra directa y los costos generales de fabricación. Con todo, en el caso de empresas manufactureras uno es el costo de producción y otro el costo de ventas. En este tipo de empresas, para determinar el costo de ventas es importante tener en cuenta los conceptos de costo de producción y costo de productos terminados.

El concepto de costo de producción hace referencia al total de los costos en que incurre el ente económico dentro del proceso productivo por cada uno de los tres elementos del costo (…)

Un segundo concepto dentro de la contabilidad de las empresas manufactureras es el costo de productos terminados, que es el valor resultante de sumar al costo de producción, el valor del inventario inicial de productos en proceso, y restar el inventario final de productos en proceso.

Así, el costo de ventas es el que resulta de sumar al costo de los productos vendidos, el inventario inicial de producto terminado y restar el valor del inventario final de productos terminados. (…)

Por lo anterior, la Sala para el análisis del caso se apoya en la prueba técnica practicada con ayuda de perito. De acuerdo con lo expuesto son tres elementos del costo de producción: materia prima, mano de obra directa y costos indirectos de fabricación, que para el caso, en el año 2008, fueron los siguientes: (…)

En consecuencia, como las citadas cuentas autorizan el traslado del costo de producción (cuentas 71 72 y 73) directamente a la cuenta de productos terminados, no se configuró un indebido reconocimiento contable, aunado que estuvo acorde con el proceso productivo de la empresa, lo cual resulta válido en atención de lo señalado en el artículo 11 del Decreto 2649 de 1993, sobre el principio de esencia sobre forma, que permite que «los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.»

Como se indicó renglones atrás, el costo de venta se determina, aunque por el sistema permanente de los inventarios, a partir del costo de producción, sumándole y restándole los inventarios iniciales y finales de los productos en proceso y de productos terminados.

Una vez aclarado que el paso directo de la materia prima al costo de producción no representa una falta técnica o un indebido reconocimiento contable, (…)

De acuerdo con la descripción de las cuentas 7105 y 6120 dada en el Plan Único de Cuentas, estas registran:

7105: Registra el valor de las materias primas, o materiales utilizados en el proceso de producción o fabricación de los bienes destinados para la venta, los cuales guardan una relación directa con el producto, bien sea por la fácil asignación o lo relevante de su valor.

6120: Registra el valor de los costos incurridos por el ente económico en las actividades de elaboración o transformación de productos o mercancías vendidas durante el ejercicio.

Se entiende de los apartes citados, que la cuenta 7105 registra el valor de las materias primas o materiales utilizados en el proceso de producción o fabricación de los bienes destinados para la venta, mientras que la cuenta 6120 registra el valor de los costos de producción incurridos por el ente económico, recuérdese, materia prima consumida, mano de obra y costos indirectos de fabricación.

A tono con el párrafo precedente se encuentra el artículo 66 del E. T., por cuanto reconoce los mismos elementos del costo de producción de los inventarios. La anterior claridad, permite ver en principio que al hacer una comparación de las cuentas previamente señaladas se ha de presentar una diferencia por cuanto la primera registra solo un elemento del costo, mientras que la segunda refleja los tres. (…)

**Sentencia de 28 de febrero de 2018, Sección Cuarta Subsección “A”, Expediente 2500023370002013-1238-00 M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montañó – Primera instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LUGAR DONDE DEBEN NOTIFICARSE LAS LIQUIDACIONES OFICIALES – Dirección procesal prevalece sobre la dirección que se informe en el RUT – El cambio de la dirección procesal debe ser comunicado por el contribuyente al fisco / DEDUCCIÓN Y CONCEPTO DE REGALÍAS – En materia tributaria para efectos de la deducción de los pagos por regalías, patentes y marcas, así como por asistencia técnica en virtud de un contrato de importación de tecnología es requisito sine qua non registrar el mencionado contrato ante el organismo competente – No existe un término perentorio para registrar el contrato y las normas fiscales no contemplan como consecuencia del no registro oportuno la pérdida del derecho de la deducción por concepto de regalías.**

**Problema Jurídico: ¿Si la Liquidación Oficial de Revisión No. 312412013000014 del 12 de febrero de 2013 debía ser notificada a la dirección informada por la contribuyente en el RUT y si dicha notificación se realizó dentro del término de seis (6) meses previsto en el artículo 710 del Estatuto Tributario; Si los gastos en que incurrió la parte actora durante el año 2009 en la suma de \$71.950.000, cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 107 del E.T. para constituirse en expensas necesarias susceptibles de ser deducidas del impuesto sobre la renta.; Si se ajusta a derecho el rechazo de los costos declarados por la sociedad demandante en la suma de \$2.306.462.679, provenientes del contrato de asistencia técnica suscrito con la sociedad S & S Constructores México D.F. al haberse omitido su registro dentro de la vigencia fiscal 2009.; Si resulta procedente la imposición de la sanción por inexactitud de que trata el artículo 647 del E.T.?**

**Extracto:** “(...) Cuando la Administración Tributaria en uso de sus facultades de fiscalización adelante un proceso en contra de un contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante y este informe dentro del trámite del mismo una dirección específica para ser notificado de todas las actuaciones emanadas del fisco, se deberá respetar dicha manifestación aun cuando en el Registro Único Tributario figure como tal una dirección distinta.

De modo que, la dirección que se informe en el RUT no sustituye de manera alguna aquella que se informa voluntariamente por un contribuyente durante el proceso de determinación y discusión del tributo, dado que el legislador impuso la obligación a la Administración Tributaria de hacer prevalecer la dirección procesal.

Al respecto, el H. Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril de 2014, dictada dentro del expediente identificado con el número interno de radicación 19.553, con ponencia del magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez, señaló: (...)

(...) La Sala ha dicho en anteriores oportunidades que la dirección de notificación que se encuentra regulada en el artículo 564 del Estatuto Tributario (dirección procesal) es de naturaleza especial, frente a la dirección de notificación de carácter general a que alude el artículo 563 del mismo Estatuto [...].

De manera que la dirección que haya registrado el contribuyente en el RUT o en la actualización del mismo, solamente podría ser utilizada por la Administración en defecto de la dirección procesal, esto es, en aquellos casos en que no se hubiere informado dirección alguna dentro de la actuación administrativa correspondiente [...].(...)

En consecuencia, si el contribuyente actualiza el RUT para cambiar la dirección general con el ánimo de dejar sin efecto la dirección procesal informada dentro del proceso administrativo de determinación y discusión del tributo, es obligación de aquel cambiar dicha dirección mediante una solicitud independiente en los términos del artículo 564 del estatuto tributario. Lo contrario conduciría al fisco a seguir notificando sus actuaciones a la dirección procesal. (...)

De conformidad con el texto normativo pretranscrito, (Artículo 107 del Estatuto Tributario. Nota de relatoría) todo costo o gasto en que incurra un contribuyente puede ser deducido del impuesto sobre la renta siempre que: (i) tenga nexo causal con la actividad productora, esto es, que provenga de una relación de causa – efecto; (ii) sea fundamental y necesaria para que el sujeto pasivo de la obligación tributaria pueda obtener renta en el ejercicio de su actividad productora; y (iii) sea proporcional de acuerdo con la actividad comercial ejercida, esto es, que sea considerada atendiendo a la magnitud que representan en la utilidad bruta o renta. (...)

De conformidad con el texto normativo prenotado, (Artículo 67 del Decreto 187 de 1975. Nota de relatoría) las regalías o los beneficios que se obtengan en virtud de los contratos de importación de tecnologías, así como aquellos derivados de marcas y patentes es procedente siempre que se demuestre la existencia del acuerdo de voluntades y su autorización emanada de la autoridad competente, sometiéndose en todo caso, al Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías trazado por la Comisión Andina de Naciones. (...)

(...) Con la expedición de la Decisión 220 de 1987 se sometió dicho requisito no solo a la aprobación sino al registro del contrato cuando hubiere lugar a ello, ante el organismo nacional competente del respectivo país miembro, sustituyendo lo previsto en la Decisión 024 de 1970. (...)

Con la Decisión 291 de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se actualizó el “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”, dadas las nuevas

## SECCIÓN CUARTA

políticas de inversión extranjera que promovían el flujo de capital y de tecnologías extranjeras hacia las economías andinas.

Fue así como el requisito del registro se hizo extensivo no solo a los contratos de importación de tecnologías, sino a los de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y demás contratos cuyo objetivo se relacionara directamente con la tecnología, eliminado la exigencia de la aprobación o autorización que traía implícita la Decisión 220 de 1987. (...)

Así entonces, en Colombia se facultó al Incomex para registrar los contratos de importación de tecnología y asistencia técnica, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2° ibídem, (Del Decreto 259 de 1992) que consisten en:

- a) Identificación de las partes con expresa consignación de su nacionalidad y domicilio;
- b) Identificación de las modalidades que reviste la transferencia de tecnología que se importa;
- c) Valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología; y
- d) Determinación del plazo de vigencia. (...)

Así las cosas, en materia tributaria para efectos de la deducción de los pagos por regalías, patentes y marcas, así como por asistencia técnica en virtud de un contrato de importación de tecnologías, es requisito sine qua non registrar el mencionado contrato ante el organismo competente, que en la actualidad es la Subdirección de Gestión de Registro Aduanero de la DIAN, atendiendo a los parámetros fijados por la Comisión Andina de Naciones para el “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías” y a los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 259 de 1992 pretranscrito, dentro de los cuales no se contempla un plazo específico para realizar el mencionado registro. (...)

El registro del mencionado contrato sucedió el 12 de enero de 2010 con el número ITS-292424 como se ve en los folios 2176 y 2177 del cuaderno de antecedentes, esto es, en un periodo posterior al investigado; empero, contrario a lo afirmado por el ente demandado, se halla demostrado que el mencionado acuerdo de voluntades se suscribió el 07 de julio de 2009, fecha desde la cual inició la prestación de la asistencia técnica especializada contratada por Verytel S.A. a la sociedad S & S Constructores de México D.F. según fue establecido por las partes contratantes en dicho documento.

De modo que, los costos incurridos por la ejecución del contrato durante el año 2009, que además cuentan con soporte contable como se precisó con antelación, son susceptibles de ser deducidos del impuesto sobre la renta correspondiente a esa vigencia fiscal, sin que tal beneficio se someta a la fecha de su registro, pues según se lee del artículo 2° del Decreto 259 de 1992, el requisito solo se extiende al registro, mas no a un plazo específico para realizar el mismo. (...)

En tales condiciones, no es posible desconocer la causación del hecho económico por la fecha en que se efectuó el registro, cuando del material probatorio que reposa en el expediente se evidencia que el servicio de asistencia tecnológica contratado se prestó por la sociedad internacional desde julio de 2009 y que, como consecuencia de ello, la demandante incurrió en unos costos que son susceptibles de ser deducidos en los términos del artículo 67 del Decreto 187 de 1975. (...)

Si bien la solicitud de renovación y la prórroga del registro se efectuó en el año 2010, como quedó anotado, no existe un término perentorio para el efecto y las normas fiscales no contemplan como consecuencia del no registro oportuno la pérdida del derecho de la deducción solicitada, por otra parte, según el artículo 2 del Decreto 259 de 1992 se trata de una prórroga automática del registro del contrato cuya suscripción inicial se efectuó en el año 2006. (...)

[Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. 25000-23-37-000-2014-00838-00, M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado – Primera Instancia.](#)

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA EN LAS ACTUACIONES EMANADAS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – El acto liquidatorio debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que fueron esgrimidos en el requerimiento especial o en su ampliación / INGRESOS BRUTOS GRAVADOS Y SU CAUSACIÓN – Principio de causación / SANCIÓN POR INEXACTITUD – Definición – Principio de favorabilidad**

**Problema Jurídico:** ¿ Si hubo desconocimiento del principio de correspondencia entre los argumentos esbozados por el fisco en el requerimiento especial y la liquidación oficial, con aquellas que se invocaron en el acto que resolvió el recurso de reconsideración, al haberse adicionado en este último acto los ingresos por concepto de cuotas moderadoras y copagos provenientes de la Nueva EPS.; Si la Administración Tributaria adicionó ingresos derivados de los pagos efectuados por Nueva EPS y Famisanar EPS a favor de la demandante, causados en periodos anteriores al fiscalizado; Si hubo violación al debido proceso por indebida valoración probatoria.?

**Extracto:** “(...) De conformidad con el texto normativo pretranscrito, (Artículo 703 del Estatuto Tributario) para expedir la liquidación de revisión es necesario que la Administración envíe con antelación un requerimiento especial en el que se especifiquen las glosas cuya modificación se propone, junto con las razones en que se sustenta, lo cual significa que la expedición de este acto de trámite se constituye en una actuación imprescindible para la determinación oficial del impuesto; luego, dicho acto administrativo delimita el margen de modificación que puede proponer el fisco en los actos subsiguientes, esto es, en la liquidación oficial de revisión y en la resolución que resuelva el recurso de reconsideración interpuesto contra aquella. (...)”

De modo que en virtud del principio de correspondencia que rige en materia tributaria, el acto liquidatorio debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que fueron esgrimidos en el requerimiento especial o en su ampliación; efecto que se hace extensivo a la resolución por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración, si se hubiere interpuesto. (...)

No obstante, la Administración Tributaria puede mejorar los argumentos planteados en el requerimiento especial con posterioridad a su expedición, esto es, en el acto de liquidación oficial o en aquel que resuelve el recurso de reconsideración, inclusive, sin que ello signifique la violación al principio de correspondencia, siempre que la glosa objeto de modificación y cuyos fundamentos jurídicos se amplíen sea la misma. (...)

De manera que los argumentos que la entidad demandada incluyó en el acto que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial de revisión para mantener la glosa, no implican la violación del principio de correspondencia y del debido proceso de la actora, dado que, como se precisó, dicho acto se contrajo al hecho o glosa que se propuso en el requerimiento especial, esto es, la adición de ingresos brutos operacionales. En efecto, el acto definitivo no incluyó glosas distintas a las propuestas en dicho requerimiento. (...)

En virtud de lo establecido en los artículos 26 y 27 del Estatuto Tributario, normas vigentes para el momento de expedición de los actos demandados, los ingresos constituyen base para el cálculo de la renta líquida y se entienden realizados cuando se reciben efectivamente en especie o en dinero, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago, como en el caso de las compensaciones o confusiones.

De dicha regla general, se exceptúan los siguientes ingresos:

- Los obtenidos por los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación, los cuales se denuncian en el año o periodo gravable en que se causan.
- Los provenientes de la enajenación de bienes inmuebles, que se entienden realizados en la fecha de la escritura pública correspondiente, salvo que el contribuyente se acoja al sistema de ventas a plazos. (...)

(...) De las pruebas allegadas por la contribuyente se logra evidenciar que algunas de las facturas relacionadas por Famisanar EPS, fueron expedidas en el año 2011 sin que el fisco haya observado tal situación; luego, en virtud del principio de causación, los servicios que fueron prestados por la demandante cuya facturación sucedió en una vigencia anterior al periodo fiscalizado, no deben ser tenidos en cuenta para establecer la realidad de los ingresos percibidos durante el año 2012. (...)

(...) SANCIÓN POR INEXACTITUD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 647 del Estatuto Tributario, la sanción por inexactitud es aquella que se impone con ocasión de la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como de la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes y, en general, la utilización de datos falsos, equivocados o incompletos, cuyo resultado genera un menor impuesto o saldo a pagar o una mayor sado a favor para el contribuyente o responsable. (...)

Sin embargo, con ocasión de la reforma tributaria establecida en la Ley 1819 de 2016, el porcentaje aplicable para el cálculo de la sanción por inexactitud se redujo al 100% atendiendo al principio de favorabilidad contenido en el artículo 282 de dicha codificación que deberá aplicarse al régimen sancionatorio tributario, aun cuando la ley permisiva o favorable sea posterior.(...)”

**[Sentencia de 01 de febrero de 2018, Sección Cuarta, Subsección “B”, Exp. 25000-23-37-000-2016-01152-00, M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado – Primera Instancia.](#)**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN – No es un impuesto, porque no grava por vía general a todas las personas – Parámetros para tenerse en cuenta para liquidar dicha contribución – Grado de beneficio**

**Problema Jurídico:** ¿De los argumentos expuestos en la demanda, la contestación a la misma, y en los alegatos de las partes, se colige que en esta instancia la litis se centra en establecer si fue correcta la determinación del grado de beneficio 1 asignado por el ente demandado al predio objeto de gravamen, o si, por el contrario, este corresponde al grado medio (2)?

**Extracto:** “(...) GENERALIDADES DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN Y SU GRADO DE DETERMINACIÓN EN EL DISTRITO CAPITAL. (...)”

Tratándose de las razones por las cuales dicho tributo debe llamarse contribución y no impuesto, la H. Corte Constitucional en sentencia C – 525 de 2003 expuso:

“La contribución de valorización no es un impuesto, porque no grava por vía general a todas las personas, sino un sector de la población que está representado por los propietarios o poseedores de inmuebles que se benefician, en mayor o menor grado, con la ejecución de una obra pública. (...)”

Su destinación se mantuvo para la construcción de las obras de interés público y su recaudo se asignó a la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecute la obra.

El artículo 9° ejusdem establece los parámetros que han de tenerse en cuenta para liquidar dicha contribución, a cuyo efecto señala que su base impositiva estará constituida por el costo de la respectiva obra, dentro de los límites de beneficio que ella produzca sobre los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones. (...)”

De modo que, la distribución del beneficio dependerá, entre otros aspectos, del grado del beneficio que se le atribuya al predio atendiendo a los demás factores prenotados y a las zonas de influencia establecidas en el Anexo 3 del Acuerdo 180 de 2005, definidas como la extensión superficial hasta cuyos límites se amplía el beneficio causado por la ejecución de la obra. (...)”

(...) Para determinar el grado de influencia es necesario previamente fijar si el predio cuyo gravamen se impone se halla en la zona de influencia de valorización por beneficio local. (...)”

Ciertamente, dichas obras no colindan de manera directa por el lado del predio; empero, tal circunstancia es ajena al grado de beneficio mayor discutido, pues el beneficio que reciben los predios no se limita al simple acceso, sino que incluye además el mejoramiento en la calidad de vida, reducción en tiempos de desplazamiento, economía en costos de operación, movilidad, seguridad peatonal, disminución de índices de accidentalidad, comodidad, mayor movilidad vehicular y aumento de los precios de los inmuebles. (...)”

**[Sentencia de 08 de febrero de 2018, Sección Cuarta – Subsección “B”, Exp. 250002337000201600393-00 M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado Primera Instancia.](#)**



## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CERTIFICADO AL PROVEEDOR, CP – Será documento suficiente para demostrar la exención del impuesto sobre las ventas y de la retención en la fuente respectivamente / DIFERENCIA DE CRITERIOS ENTRE LA OFICINA DE IMPUESTOS Y EL CONTRIBUYENTE – Existe diferencia de criterios “cuando la discrepancia debe basarse en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable lleva al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente...”**

**Problema Jurídico: ¿La discusión tiene como propósito determinar: i) si las operaciones de venta de bienes (flores) a otras comercializadoras internacionales para su exportación se encuentran exentas de IVA según lo dispuesto por el artículo 481 literal b) del ET, o son operaciones gravadas al no cumplir los requisitos de la citada disposición (este cargo comprende la presunta aplicación retroactiva del Decreto 380 de 2012 y la violación del principio de libertad de empresa); ii) si los productos denominados de micropropagación (MIC) vendidos en las facturas nros. 440 y 442 de 17 de julio de 2009 están excluidos del IVA, de conformidad con el artículo 424 del ET; y iii) si es procedente la sanción por inexactitud?**

**Extracto:** “ (...) La discusión tiene como propósito determinar: i) si las operaciones de venta de bienes (flores) a otras comercializadoras internacionales para su exportación se encuentran exentas de IVA según lo dispuesto por el artículo 481 literal b) del ET, o son operaciones gravadas al no cumplir los requisitos de la citada disposición (este cargo comprende la presunta aplicación retroactiva del Decreto 380 de 2012 y la violación del principio de libertad de empresa); ii) si los productos denominados de micropropagación (MIC) vendidos en las facturas nros. 440 y 442 de 17 de julio de 2009 están excluidos del IVA, de conformidad con el artículo 424 del ET; y iii) si es procedente la sanción por inexactitud. (...)

(...) El artículo 481 ibidem, vigente para la época de los hechos, establecía que únicamente conservan la calidad de bienes exentos de IVA, con derecho a devolución de impuestos, entre otros, «los bienes corporales muebles que se vendan en el país a las sociedades de comercialización internacional, siempre que hayan de ser efectivamente exportados directamente o una vez transformados, así como los servicios intermedios de la producción que se presten a tales sociedades, siempre y cuando el bien final sea efectivamente exportado».

(...) De lo anterior (Decreto 1740 de 1994 artículos 2 y 3. Nota de relatoría) se colige que la prueba necesaria para que se presuma que los bienes fueron exportados y para que opere la exención del impuesto sobre las ventas es el Certificado al Proveedor, CP. (...)

Según el artículo 1 del Decreto 1740 de 1994, las comercializadoras internacionales son aquellas sociedades nacionales o mixtas que tienen por objeto la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas, con inscripción vigente en el Registro de Comercializadoras Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior. (...)

Cabe anotar que para la época de los hechos no existía prohibición para que CULTIVOS DEL CARIBE vendiera a otras sociedades de comercialización internacional las flores que ella misma produjo. En ese evento, se insiste, la mentada sociedad actuó como proveedora de flores de las comercializadoras internacionales para que se surtiera su exportación en los términos de los artículos 481 del ET y 2 del Decreto 1740 de 1994; por consiguiente, los requisitos para que se entendiera realizada la exportación, y por ende, la procedencia de la exención de IVA sobre dicha venta, son los mismos que aplican para cualquier otro proveedor; esto es, la recepción de la mercancía por parte de la sociedad de comercialización internacional y la expedición del respectivo certificado al proveedor – CP-. (...)

Frente a la diferencia de criterios entre la oficina de impuestos y el contribuyente, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

(...) Respecto de los errores de apreciación o de la diferencia de criterios, la Sala ha dicho que debe versar sobre el derecho aplicable, con la condición que los hechos y cifras declaradas sean veraces y completos. De esta manera, existe diferencia de criterio “cuando la discrepancia debe basarse en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente, pero no ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, no tiene fundamento objetivo y razonable”.

(...)

(...) En casos como el presente, en el que la parte actora alega una diferencia de criterios en cuanto a la norma aplicable, es imprescindible que se parta del hecho que la redacción de la norma induce a varias interpretaciones, incluida la otorgada por el contribuyente, por lo que se descarta la exoneración de la sanción por inexactitud cuando la norma es clara o cuando se hace una interpretación forzada o carente de argumentación.

Con base en el anterior criterio jurisprudencial, la Sala advierte que en el presente asunto no se configura la diferencia de criterio entre la actora y la DIAN respecto del derecho aplicable, porque la discrepancia de la sociedad demandante relativa a si los productos de micropropagación (mic) deben circunscribirse dentro de la partida «12.09 semillas, frutos y esporas para siembra» del artículo 424 del ET no se basa en una argumentación sólida ni tiene fundamento objetivo y razonable, dado que como lo reconoce CULTIVOS DEL CARIBE, dichos productos son una planta joven que es utilizada en la siembra de flores, lo que de suyo implica que no pueda catalogarse dentro de ninguna de las acepciones que la RAE da a la palabra «semilla» (...)

**Sentencia de 25 de enero de 2018, Sección Cuarta Subsección “B”, Expediente 2500023370002015-1361-00 M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Primera instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEVOLUCIÓN DEL IVA POR COMPRA DE MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y PRIORITARIO – El concepto de materiales de construcción comprende también a los ascensores – En el mismo concepto quedan comprendidos los materiales eléctricos**

**Problema Jurídico:** ¿La discusión tiene como propósito determinar si los materiales eléctricos y ascensores comprados por la **CONSTRUCTORA SEVILLANA SAS -EN LIQUIDACIÓN-** con destino al proyecto «**Conjunto Residencial Sevillana Parque 2 PH**» constituido en propiedad horizontal, pueden considerarse como «materiales para la construcción de Vivienda de Interés Social y prioritaria, para estratos 1, 2 y 3» de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 850 del ET, y por tanto, si hay lugar a la devolución del IVA por dicha compra en los términos definidos por la referida norma.?

**Extracto:** “(...) A juicio de la Sala y como lo entendió el a quo, en el caso concreto el concepto de materiales de construcción comprende también a los ascensores, pues se enmarcan en la naturaleza de uso común y sirven para garantizar la habitabilidad de la VIS. Al respecto ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la Licencia de Urbanismo nro. 09-4-1640 de 5 de noviembre de 2009 el proyecto «Conjunto Residencial Sevillana Parque 2 PH» consta de dos bloques con una altura de 17 pisos, lo que implica que los ascensores constituyan bienes necesarios en la construcción de las VIS del mencionado proyecto. Desde luego que son parte estructural de los edificios en la medida en que permiten el funcionamiento, uso, goce y explotación de cada una de las unidades VIS en ellos contenidas.

En el mismo concepto quedan comprendidos los materiales eléctricos, dado que son necesarios para garantizar la habitabilidad de las VIS y VIP, como que son bienes indispensables para dotar a las soluciones de vivienda y bienes comunes del servicio público de energía, que correlativamente garantiza el acceso a otros servicios como internet, televisión, etc., así como la iluminación de las áreas privadas y comunes. (...)

Cabe precisar que la devolución del IVA por la compra de los anteriores materiales resulta procedente porque las facturas que la respaldan cumplen con los requisitos señalados en el artículo 617 del ET, en especial el contenido el literal f) de dicha norma referente a la «descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados», pues respecto de las demás facturas aportadas ese requisito no se cumplió. (...)

**[Sentencia de 1º de febrero de 2018, Sección Cuarta Subsección “B”, Expediente 1100133370432016-00024-01 M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Segunda instancia.](#)**



## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IVA – EL uso de petróleo por parte del operador, antes de que el hidrocarburo sea puesto en el punto de entrega o fiscalización, no causa el IVA / PROPIEDAD DEL ESTADO SOBRE EL PÉTROLEO – 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: ¿La discusión tiene como propósito 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 PIEDEMONTTE 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, 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.

Al efecto ha dicho lo siguiente:

(...) es claro que para que se configure el retiro, como hecho generador del impuesto, es **indispensable que lo realice o protagonice el propietario del bien retirado**; vale decir, el responsable (...) (Destaca la sala).

Ahora, si bien el artículo 421 numeral b) del ET alude al término responsable y no al de propietario en el retiro de bienes para uso (también conocido como retiro de inventario), es lo cierto que la calidad de propietario es necesaria, pues, se insiste, solo puede disponer de un bien quien ejerce la propiedad sobre el mismo.

Similar posición asumió la sala en sentencia de 3 de agosto de 2017, en la que se precisó lo siguiente:

(...) Se concluye 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**. (Resalta la sala).

Con arreglo a lo anterior, 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. (...)

En criterio de la sala las anteriores excepciones reafirman la primacía de la propiedad del Estado sobre los hidrocarburos, quien se reserva el derecho a explotarlos de manera directa o en asociado con los particulares. (...)

Por consiguiente, a partir de la expedición del Decreto 2310 de 1974 la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional a través de los contratos de concesión quedó abolida, pues en adelante dicha labor sería adelantada directamente por ECOPETROL o por medio de contratos de asociación.

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».(...)

(...) 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 PIEDEMONTTE 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 en 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, (...)

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 causa el IVA en los términos 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. (...)

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 PIEDEMONTTE, la sociedad EQUION ENERGÍA LIMITED usó 8.252 barriles de crudo, 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 22 de febrero de 2018, Sección Cuarta Subsección “B”, Expediente 2500023370002015-01839-00 M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Primera instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE OBRA PÚBLICA – Estructura del daño fiscal / CONTRATO DE OBRA – Definición – 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 de la Ley 80 de 1993, luego es preciso colegir que la suscripción de los precitados negocios jurídicos no genera el pago de la contribución de obra pública**

**Problema Jurídico: ¿Determinar si Ecopetrol S.A. es sujeto pasivo de la contribución especial por obra pública?**

**Extracto:** “(...) De conformidad con la preceptiva rectora (Artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. Nota de relatoría), el diseño fiscal de la contribución especial por contratos de obra pública tiene la siguiente estructura:

Sujeto activo: la Nación, el departamento o municipio, según el nivel de la entidad de derecho público que celebre el contrato de obra pública.

Sujeto pasivo: toda persona natural o jurídica que suscriba contratos de obra pública con las prenotadas entidades o la concesión de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales

Hecho generador: es la suscripción de los contratos de obra pública y de concesión, así como la adición del valor de los contratos existentes con entidades de derecho público.

Base gravable: esta contribución se liquida sobre valor del correspondiente contrato o de la respectiva adición y sobre la suma total del recaudo bruto que genere la concesión de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales.

Tarifa: es la equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato de obra pública o la adición y en el caso de las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales, será el 2.5 por mil de la suma total del recaudo bruto que genere dicha concesión. (...)

(...) A partir de la vigencia de la Ley 1106 de 2006, las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamento o municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución del 5% del valor total del correspondiente contrato o adición; en tanto que las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales deberán pagar con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión. (...)

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho:

Tratándose del hecho generador de la contribución, es claro que se compone de un elemento material, asociado, se repite, a la suscripción de todos los contratos de obra pública y de concesión para la construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales, y a la adición del valor de los contratos existentes; y de un elemento subjetivo, en cuanto no vale cualquier tipo de suscripción o celebración, sino que se requiere que ella se haga sobre contratos celebrados con “entidades de derecho público”. (...)

Con arreglo a lo anterior (Transcripción cita 32 y 76 de la Ley 80 de 1993. Nota de relatoría), la contribución especial por contratos de obra pública recae sobre los contratos de obra que contempla el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al paso que los contratos suscritos de conformidad con el artículo 76 ibidem, están excluidos de la contribución porque no se rigen por dicha normativa sino por leyes especiales. Es decir, los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, así como la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, no están sujetos al pago de este gravamen en consideración a que no se enmarcan dentro de la definición de obra que se consigna en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Al decidir un asunto similar entre las mismas partes en reciente providencia el Consejo de Estado sostuvo: (...)

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el caso los contratos suscritos por ECOPETROL corresponden a actividades directa y necesariamente relacionadas con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales, no se configura el hecho generador del tributo, por lo que se concluye que no es procedente la determinación de la contribución de obra pública efectuada por la entidad demandada en los actos acusados.

En armonía con lo expuesto, a través de los conceptos 063832 de 2008 y 048027 de 2014, la DIAN 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». Por tanto, se reitera, los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, así como la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, no se encuentran sujetos al pago de este tributo, toda vez que según lo manifiesta el Consejo de Estado y la DIAN, 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.

Pues bien, revisado el contenido de cada uno de los contratos relacionados en el cuadro de páginas anteriores, se concluye que el objeto de los mismos se encuentra directamente relacionado con las actividades de exploración, explotación y refinación de hidrocarburos, así como de operaciones complementarias de esta actividad, razón por la cual, por su naturaleza y régimen especial se enmarcan dentro de la excepción prevista en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, es decir, no comportan hechos generadores de la contribución por obra pública.

Si bien algunos de estos contratos consisten en la construcción, mantenimiento, instalación y adecuación de obras civiles que entrañan la ejecución de un trabajo material sobre bienes inmuebles, no puede desconocerse que los mismos se encuentran intrínsecamente relacionados con el objeto social de ECOPETROL S. A., esto es, «la explotación, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos», en la medida en que constituyen actividades complementarias propias del sector de hidrocarburos que por subsumirse en la prenotada excepción, se hallan al margen del tributo. (...)

**Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Cuarta Subsección “B”, Expediente 2500023370002015-1159-00 M.P. Dr. José Antonio Molina Torres – Primera instancia.**

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Para que proceda debe cumplir con unos requisitos generales y especiales – No puede ejercerse con el propósito de procurar una instancia judicial adicional**

**Problema Jurídico: ¿Se deben amparar los derechos fundamentales del accionante al encontrar probado que en la decisión emitida por el Juzgado 55 Administrativo del Circuito de Bogotá existe una irregularidad procesal o por el contrario se debe negar el amparo deprecado al encontrar que la acción no cumple con la totalidad de los requisitos generales exigidos para que prospere?**

**Extracto:** “(...) Tal como lo ha referenciado la Jurisprudencia Constitucional, cuando la acción de tutela va dirigida contra providencias judiciales, debe cumplir con unos requisitos previamente establecidos, ya que las autoridades judiciales al proferir sentencias pueden llegar a afectar o desconocer derechos fundamentales, razón por la cual la Tutela es el mecanismo excepcional para tener protección constitucional.

En la Sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional hace alusión a los requisitos generales y especiales para que la acción de tutela proceda contra decisiones judiciales, (...)

En igual medida, la acción de tutela no puede ejercerse con el propósito de procurar una instancia judicial adicional para que sean revisadas las decisiones adoptadas, con plena competencia, por los jueces de conocimiento.

Así las cosas, cuando la acción de tutela es interpuesta para dejar sin efectos una providencia judicial, hay que referenciar que la Corte Constitucional en sentencia T-225 de 2010 señaló: (...)

**(...) Cuando al juez de tutela se le presenta una solicitud de amparo en la que la presunta violación de derechos fundamentales proviene de un fallo judicial debe, en primer lugar, verificar que concurren los requisitos generales de procedibilidad, y, una vez comprobada la viabilidad de la tutela, corresponderá examinar el fondo del asunto para lo cual, en segundo lugar, deberá estudiar si se presenta o no alguno de los defectos que se acaban de enunciar. Sólo en el evento de que en el caso concreto se presente uno de tales defectos, le será posible al juez constitucional dejar sin efecto o modular la providencia judicial respectiva, la cual está amparada por el principio de cosa juzgada, y respaldada por los valores constitucionales de la seguridad jurídica y la independencia judicial. Por esta razón, sólo la rigurosa constatación de todos los requisitos generales y de por lo menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad permite al juez de tutela desestimar estos importantes principios constitucionales para poder, de manera supremamente excepcional, privilegiar otros.**

Este proceso de análisis busca, precisamente, evitar que la acción de tutela se vuelva un mecanismo expedito para ignorar estos importantes principios constitucionales, e impide que se convierta en una instancia más, utilizada abusivamente para dirimir asuntos que pudieron y debieron ventilarse en las instancias ordinarias. Con el fin de evitar tal abuso, el juez de tutela debe ser particularmente riguroso y estricto al abordar el examen de las solicitudes dirigidas contra providencias judiciales, y esta doctrina de los requisitos de procedibilidad acude en su auxilio para ayudarle a disminuir el riesgo de subjetividad, toda vez que le proporciona unas reglas metodológicas objetivas para examinar, en cada caso, la procedencia y prosperidad de una acción de tutela contra decisiones judiciales”. (...) (Negritas fuera del texto) (...)

La Sala aclara que la procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales es excepcional, cuando con dichas providencias se desconocen los derechos fundamentales de las partes; por tanto, la sentencia C-590 de 2005, ya referenciada en la parte considerativa, menciona que la procedencia de la solicitud de amparo en aquellos casos está subordinada al cumplimiento de los requisitos generales y especiales cuando se presenten actuaciones fuera del orden legal por parte de los jueces, lo que enmarcaría aquel actuar en cualquiera de los defectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

Cabe recordar que para poder ejercer el amparo constitucional frente a providencias judiciales y que la misma sea procedente, se tienen que reunir todos los requisitos de carácter general y al menos uno de los requisitos especiales.

Del caso que nos compete, se desglosa lo siguiente:

(...) Sobre éste requisito, valga referenciar que el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación No. 1100103150002012-02201-01, señala que para determinar si una solicitud de amparo de tutela tiene o no relevancia constitucional es necesario examinar dos elementos, a saber: (i) que el actor cumpla su carga argumentativa justificando suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales, donde no basta con “aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”; y, (ii) que la acción de tutela no se erija en una instancia adicional al proceso en el cual fue proferida la providencia, ya que la tutela es residual y subsidiaria, que tiene la finalidad de proteger derechos fundamentales y no para debatir las controversias que surgen frente a una decisión judicial. (...)

**[Sentencia de 20 de marzo de 2018. Sección Primera Subsección “A”, Expediente 2500023410002018-00293-00 M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Primera instancia.](#)**

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCION DE TUTELA – DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR EN CONDICIONES DE IGUALDAD ELECTORAL – Por expedición de documentos que permite que los candidatos a la Presidencia de la República que están sujetos a consulta inscriban su fórmula con posterioridad a los que no deben someterse a tal consulta – Jurisprudencia – Niega el amparo solicitado**

**Problema Jurídico:** *¿Si al expedición del documento “REQUISITOS PARA SER CANDIDATOS A LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA –ELECCIONES 27 DE MAYO DE 2018” viola el derecho fundamental a elegir en condiciones de igualdad electoral al demandante?*

**Extracto:** “... El actor acude a través de este medio de defensa para que se le amparen sus derechos fundamentales invocados, toda vez que éstos han sido vulnerados por las autoridades accionadas con la presunta irregularidad que se comete con la expedición del documento denominado “REQUISITOS PARA SER CANDIDATOS A LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – ELECCIONES 27 DE MAYO DE 2018”, toda vez que, este interpreta de manera errada la Resolución No. 5552 de 26 de mayo de 2017, por la cual se establece el calendario electoral para las elecciones de Presidente, y añade una distinción injustificada, pues permite que los candidatos a la Presidencia de la República que están sujetos a consulta inscriban su fórmula con posterioridad a aquellos candidatos que no deben someterse a tal consulta...Ahora bien, se advierte que a través de **sentencia C-1153/05**, la Sala Plena de la Corte Constitucional realizó el proceso de revisión de constitucionalidad del texto definitivo del Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, *“por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”*, que posteriormente se convertiría en la **Ley Estatutaria 996 de 2005**, y que respecto a la constitucionalidad del **artículo 8º**, consideró lo que sigue:.... sobre las **características del control que se realiza sobre los proyectos de ley estatutaria**, la Corte Constitucional, por ejemplo en **Sentencia C-096/17**, con ponencia del Magistrado Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO, ha expuesto que este es integral y definitivo, conforme lo establece el artículo 241 de la Constitución Política, y que, además, **produce los efectos de cosa juzgada absoluta**. Al respecto, indicó:....Por lo tanto, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional en cita, en el presente asunto la Sala no encuentra que se esté violando o amenazando los derechos fundamentales invocados por el actor, puesto que las disposiciones contenidas en la tanto en la Resolución No. 5552 de 26 de mayo de 2017, como en el documento “REQUISITOS..... respecto a los periodos de inscripción de los candidatos a la Presidencia de la República, están dando aplicación a los mandatos legales estatuidos en los **artículos 8º de la Ley 996 de 2005** y **30 de la Ley 1475 de 2011**, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte mediante las sentencias C-1153/05 y C-490/11, razón por la cual, en principio sobre estos estudios se extienden los efectos de cosa juzgada absoluta. Además, tal permisión es compatible con la Constitución Política de Colombia, toda vez que la misma tiene como fundamento el **artículo 107**, según el cual, *“Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.”* (Se subraya). Finalmente, no se advierte que con la conducta asumida por la encartada se esté causando un perjuicio irremediable al demandante, que amerite la intervención urgente e inmediata del juez de tutela en aras de salvaguardar los derechos fundamentales invocados, dado que, no aporta prueba, siquiera sumaria, que demuestre que con la decisión tomada por la accionada mediante Resolución No. 5552 de 26 de mayo de 2017 y el documento “REQUISITOS PARA SER CANDIDATOS A LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – ELECCIONES 27 DE MAYO DE 2018”, se le esté modificando una situación jurídica individual y concreta o se le esté dando un trato diferente entre iguales dentro de la actuación administrativa adelantada por esa entidad, máxime cuando todos los electores estarán en las mismas condiciones que las del tutelante en las elecciones que se realicen de Presidente y Vicepresidente de la República para el periodo constitucional 2018-2022. Por tal razón, la Sala no tutelaré los derechos fundamentales invocados por el señor (...).

**Sentencia de 6 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. 201800450 M.P. Dr. Cerveleón Padilla Linares – Primera Instancia.**

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCION DE TUTELA / DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, TRABAJO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, CONFIANZA LEGÍTIMA- C.N.S.C. – Universidad de Medellín – Convocatoria 428 de 2016 – inadmisión al actor a participar en proceso de selección adelantado en dicha convocatoria – No tener en cuenta la experiencia adquirida en la Rama Judicial – Debido proceso – Normatividad.**

**Problema jurídico:** *¿Las entidades accionadas, vulneraron los derechos fundamentales del actor, al no admitirlo para participar en el proceso de selección adelantado dentro de la convocatoria No. 428 de 2016, para proveer el cargo de Profesional Especializado Grado 22, Código 2028, argumentando que la experiencia adquirida en los cargos de nivel asistencial de la Rama Judicial no sirve para acreditar la experiencia profesional relacionada exigida para ese cargo?*

**Extracto: “Debido Proceso:**... manifiesta el accionante que cumple con todos los requisitos de admisión dispuestos en la Convocatoria No. 428 de 2016, para proveer el cargo de Profesional Especializado Grado 22, Código 2028; por su parte, la entidad considera que la experiencia adquirida en cargos del nivel asistencial de la rama judicial no puede tenerse en cuenta como experiencia profesional relacionada... el Acuerdo No. PSAA13-10039 de 07 de Noviembre de 2013 “Por medio del cual se modifica el Acuerdo PSAA06-3585 de 2006 para algunos cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios”, estableció:... **Artículo 3º.- El Nivel Asistencial comprende los empleos cuya función es asistir, sustanciar, colaborar y servir de apoyo a los superiores en el desarrollo, ejecución y cumplimiento de las funciones propias de su cargo para la administración de justicia.** **Artículo 4º.- El Nivel Profesional agrupa los empleados a los que corresponden funciones de investigación y desarrollo de actividades que implican la aplicación de conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley.** Por su parte, el ya referido Decreto 1785 de 2014, en su capítulo segundo establece las funciones de los empleos según el nivel jerárquico, y contempla (...) cotejando las dos normas, se evidencia con claridad que contrario a lo que ocurre en la Rama Ejecutiva, en la Rama Judicial el nivel asistencial no es inferior jerárquicamente al del nivel profesional, pues para desempeñar dichos cargos como mínimo se debe acreditar la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de la profesión requerida para el perfil correspondiente, y se diferencian en que los empleos del nivel asistencial en la Rama Judicial colaboran y apoyan en el cumplimiento de las funciones propias de un superior, mientras que los profesionales aplican de manera directa sus conocimientos para el cumplimiento de sus propias funciones, por lo que no le asiste razón a la Universidad de Medellín cuando afirma que el cargo de sustanciador u oficial mayor puede ser desempeñado “por personas no letradas”. Sumado a lo anterior advierte la Sala que según se encuentra probado en el expediente, en un caso de idéntica situación fáctica al del *sub examine*, en el que incluso convergieron las mismas partes, la Comisión Nacional del Servicio Civil, al momento de rendir el informe solicitado por el Juzgado 31 Administrativo Oral de Bogotá indicó que la experiencia de sustanciador nominado corresponde a experiencia profesional. Textualmente manifestó: “(...) De las certificaciones aportadas, dos de ellas corresponden a experiencia en el cargo de sustanciador nominado; en relación con este cargo, y haciendo un análisis de las funciones presentadas en los documentos, se puede inferir que estas corresponden a las ejercidas por un profesional del derecho, entre ellas, el estudio y proyección de demandas, decreto y análisis de pruebas, entre otras (...)”. Por consiguiente, según se expuso, los tiempos laborados como sustanciador en la Rama Judicial -47 meses- deben tenerse en cuenta como experiencia profesional relacionada; y de la simple confrontación entre lo exigido respecto a experiencia para el empleo 18004, es decir 37 meses de experiencia profesional relacionada, y lo acreditado por el actor, incluyendo los 10 meses que fueron aceptados por la entidad en sede administrativa, que suman un total de 57 meses, advierte la Sala que debe tenerse como admitido para participar en el proceso de selección adelantado dentro de la convocatoria No. 428 de 2016, para proveer el cargo de Profesional Especializado Grado 22, Código 2028. Finalmente, comparte la Sala lo expuesto por el *a quo* en relación con los otros derechos fundamentales invocados por el actor, pues no se demostró su vulneración”.

Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “C”, Exp. 11001333501420180002501 M.P. Dr. Samuel José Ramírez Poveda – Segunda Instancia.

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCION DE TUTELA / DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN / RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA JURIDICA AL MOVIMIENTO NUEVO LIBERALISMO – Consejo nacional electoral – Derecho de petición – Debido proceso – Del derecho a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna – Ampara los derechos fundamentales**

**Problema Jurídico:** *¿Es pertinente amparar el derecho fundamental de petición invocado por los tutelantes, por cuanto, el Consejo Nacional Electoral no ha dado respuesta a la petición radicada el 9 de noviembre de 2017, donde solicita el reconocimiento de la personería jurídica al movimiento Nuevo Liberalismo?*

**Extracto: “Derecho de petición.** La Constitución Política en su artículo 23 consagra el derecho de petición como un derecho fundamental en virtud del cual los ciudadanos tienen la posibilidad de presentar solicitudes respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular, y a obtener de ellas respuesta oportuna y completa. **Debido proceso.** El artículo 29 superior consagra el derecho fundamental al debido proceso que se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que ha sido protegido en múltiples ocasiones por la jurisprudencia constitucional. Esta garantía comprende cautelas de orden sustantivo y de procedimiento cuya omisión no permitiría la realización de un Estado social de derecho...**Del derecho a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna.** El artículo 40 de la Constitución Política señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y que para hacerse efectivo, puede constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, como también lo señala el artículo 1º de la Ley 130 de 1994...Lo primero que debe decir la Sala, es que no se aplica la Ley 1755 de 2015, porque existe una reglamentación especial en materia de solicitud y expedición de personería jurídica de los partidos políticos, que en este caso, es el inciso final del **artículo 3 de la Ley 130 de 1994**, que señala: **“El Consejo Nacional Electoral no demorará más de treinta (30) días hábiles en estudiar una solicitud de obtención de personería jurídica”**. Lo anterior, quiere decir que el Consejo Nacional Electoral cuenta con un término preclusivo de 30 días hábiles para estudiar la petición de reconocimiento de personería jurídica de los partidos...Cabe destacar, que el Consejo Nacional Electoral, en virtud de la autonomía concedida en el numeral 13 del artículo 265 Superior, expidió su propio reglamento, el cual se encuentra regulado en la Resolución No. 65 de 1996, y que en lo que tiene que ver con el quórum y las reuniones de Sala Plena del Consejo Nacional Electoral, dispuso que esa Corporación se debe reunir ordinariamente, una vez por semana, en los siguientes términos:....Bajo ese contexto, se tiene que los actores elevaron petición el 9 de noviembre de 2017 solicitando el reconocimiento de la personería jurídica del Movimiento Nuevo Liberalismo, y teniendo en cuenta que la respuesta fue que a la fecha no se ha resuelto por parte de la Sala Plena tal solicitud, para la Sala es claro que el término con el que contaba el Consejo Nacional Electoral para contestar, se encuentra ampliamente superado, pues tenía hasta el 26 de diciembre del mismo año para decidir si otorga o no personería al movimiento político. Esta omisión va en contra de las normas que regulan la materia y de los principios constitucionales de eficacia y celeridad consagrados en el artículo 209 Superior, lo cual trae consigo que quede de manera indefinida los derechos fundamentales para los que reclaman protección los demandantes. En consecuencia, habrá de ampararse los derechos fundamentales de petición, al debido proceso y a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna de los accionantes y, se ordenará, lo pertinente”.

[Sentencia de 15 de febrero de 2018, Sección Segunda Subsección “D” , Exp. 25000234200020180025600 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza. – Primera Instancia.](#)

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCION DE TUTELA / DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO, NACIONALIDAD Y AL TRABAJO – Anulación del Registro Civil de Nacimiento extemporáneo / Normatividad que regula el Registro Civil de Nacimiento – Jurisprudencia – El respeto al debido proceso administrativo en el trámite de anulación de registro civil de nacimiento – Ampara los derechos fundamentales al debido proceso y personalidad jurídica del actor**

**Problema jurídico:** *¿Si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y al trabajo del señor (...), al expedir la Resolución No. 226 de 11 de enero de 2017, a través de la cual se le anuló el Registro Civil de Nacimiento del actor, pues no se aplicó el procedimiento correcto por parte de la accionada, sino una norma sustantivamente errónea al caso y no se realizó un debate probatorio que le permitiera ejercer sus derechos de defensa y contradicción?*

**Extracto:** Normatividad que regula el Registro Civil de Nacimiento. El Decreto No. 1260 de 1970 “Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas”, en su artículo 48 en cuanto a la inscripción del nacimiento previó:... Como se observa, este trámite normal u ordinario está previsto para el registro del niño, a efectuarse en los 30 días siguientes a su nacimiento, mientras que cuando de registro extemporáneo se trata, el artículo 50 ibídem, modificado por el artículo 1º del Decreto 999 de 1998 señala: ...De lo anterior, se puede evidenciar que el registro puede hacerse: i) dentro del mes siguiente al nacimiento de la persona que desee obtener la nacionalidad, frente a un registrador territorial o un cónsul, dependiendo del caso y, ii) de forma extemporánea...El respeto del debido proceso administrativo en el trámite de anulación de registro civil de nacimiento. Dado que el registro civil de nacimiento tiene gran importancia, como se mencionó líneas atrás, tampoco se puede dejar de lado que el procedimiento administrativo para modificar, anular o cancelar el registro civil de nacimiento también tiene cierta relevancia.... Asimismo, cabe resaltar que en las normas del Código Electoral no se establece un procedimiento especial para que la Registraduría Nacional del Estado Civil anule el registro civil de nacimiento de una persona. ... De lo anterior, se concluye que el respeto al debido proceso en trámites administrativos de cancelación de documentos de identidad en casos de doble cedulación, otorga al interesado el derecho de defensa para ser escuchado y tener la oportunidad de allegar las pruebas correspondientes durante dicho trámite. Nótese que para ese evento, la actuación se puede iniciar de oficio....el actor señala que no pretende que se deroguen las resoluciones que anulan su registro civil, sino que su inconformidad radica en el procedimiento que se aplicó para expedirlas, toda vez que no se entrevistó a los testigos que fueron objeto de tacha por parte de la demandada, tampoco se dio oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, y mucho menos se efectuó un debate probatorio, lo cual, en sentir del demandante afecta su derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política....Revisado el expediente, se observa que en el procedimiento administrativo adelantado por la entidad demandada para anular el registro civil de nacimiento del señor (...) se realizó, entre otras razones, porque presuntamente se comprobó un fraude ideológico en la obtención de documentos de identidad colombianos....sin embargo, no se advierte que la accionada haya notificado al interesado el inicio del proceso administrativo tendiente a anular su registro civil de nacimiento, y mucho menos, le otorgó la posibilidad de defenderse, en aras de alegar y presentar su versión sobre los hechos allegando las pruebas que considerara pertinentes, pues únicamente se vislumbra la expedición de la resolución citada y de la interposición y decisión de los recursos de reposición y apelación contra dicho acto, no obstante lo cual, para no vulnerar los derechos invocados en esta acción, desde el inicio se debe notificar al interesado, la apertura del trámite administrativo, lo cual no ocurrió en este caso. En ese orden de ideas, resulta evidente y palmario la lesión a la garantía constitucional del debido proceso administrativo del demandante, en atención a que le fue pretermitida la oportunidad de oponerse al asunto cuestionado y demostrar su auténtica identidad, lo que, de suyo, le produjo la violación de su prerrogativa fundamental a la personalidad jurídica, junto con sus sustanciales implicaciones, al punto que el Director Nacional del Registro Civil previo a expedir la Resolución No. 226 de 11 de enero de 2017, nunca le dio la oportunidad, o por lo menos eso no está probado en el proceso, que haya notificado el inicio de la actuación administrativa al señor (...), y por ende, surtido un debate probatorio, como lo dispone el artículo 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, lo que trajo como consecuencia que se desconocieran los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del interesado. Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la tutela, para en su lugar, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la personalidad jurídica del actor y, en consecuencia, se ordenará lo pertinente”.

[Sentencia de 13 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “D”, Exp. 11001333501320180000501 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza- Segunda Instancia](#)

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCION DE TUTELA / DEBIDO PROCESO, DEFENSA, CONTRADICCIÓN Y OTROS - Asignación de bien inmueble al Departamento de San Andrés y Providencia, a título traslativo de dominio, como consecuencia de la extinción de dominio de que fue objeto sin haber dado el trámite administrativo de comunicar y notificar a la accionante – Normatividad – Revoca la sentencia que negó por improcedente la acción de tutela y en su lugar niega amparo solicitado**

**Problema Jurídico:** *¿Si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, a la igualdad, .....a la accionante , al expedir la Resolución No. 1480 de 22 de noviembre de 2017, a través de la cual, entre otras, asignó en forma definitiva a título traslativo de dominio, y como cuerpo cierto, a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el inmueble urbano ubicado en esa circunscripción... y no le fue notificada, la iniciación del proceso administrativo previo a la expedición de la resolución y tampoco se le permitió la interposición de recursos?.*

**Extracto:** “ Se adelantó un proceso de extinción de dominio, por lo que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá, a través de sentencia de 4 de junio de 2004 declaró la extinción de dominio del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 450-15629, decisión que se confirmó el 27 de octubre del referido año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala de Extinción de Dominio, y quedó ejecutoriada el 27 de noviembre de ese año, trasladando de esta manera la titularidad del predio a la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO). El artículo 91 de la Ley 1708 de 2014, modificada por el artículo 22 de la Ley 1849 de 2017, establece que “(...) **una vez decretada la extinción de dominio de los bienes localizados en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, estos deberán ser entregados a la Gobernación Departamental, al igual que los rendimientos y frutos que se generen antes de la declaratoria de extinción del dominio. Estos bienes serán destinados prioritariamente a programas sociales que beneficien a la población raizal** (...)” En atención a lo anterior, la presidenta de la Sociedad de Activos Especiales – SAE expidió la Resolución No. 1480 de 22 de noviembre de 2017, que como se señaló líneas atrás, decidió entre otras, asignar en forma definitiva a título traslativo de dominio a la Gobernación del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el inmueble que se encuentra ubicado en esa circunscripción e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 450-15629 y removió al administrador designado Fondo Nacional de Turismo - FONTUR de dicha labor, respecto del inmueble citado, lo que denota que el acto cuestionado se profirió en obediencia a un mandato legal y expreso, como lo concluyó el *a quo*....Así las cosas, se advierte que Fiducoldex S.A. era la entidad fiduciaria que administraba el bien identificado con matrícula inmobiliaria No. 450-15629 y que le dio en administración el Fondo Nacional del Turismo - FONTUR, por lo que para la Sala, la parte demandante no podía oponerse a la extinción de dominio, y una vez decretado, a que el inmueble se asignara en forma definitiva a título traslativo de dominio al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y tampoco a que el Fondo Nacional del Turismo - FONTUR rindiera cuentas de la administración del citado bien. Bajo esas condiciones, la decisión contenida en la mencionada resolución no afecta sus derechos fundamentales invocados en este recurso de amparo, por el contrario, lo que se infiere es que si fue afectado como consecuencia de la terminación del contrato de fiducia, podrá hacer las reclamaciones que considere pertinentes ante su contratante, pero pretender que el inicio de la actuación administrativa que culminó con el traslado de dominio del inmueble al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina le hubiere sido notificado y se le diera la posibilidad de interponer los recursos, no puede ser de recibo, pues son decisiones relacionadas con la propiedad del bien inmueble que afectan directamente a su propietario, pero no a quien simplemente tiene la calidad de fiduciario. En tales condiciones, se revocará la sentencia de primera instancia que negó por improcedente la acción de amparo, para en su lugar, negarla”.

[Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Segunda Subsección “D” , Exp.11001333500720180001901 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza.- Segunda Instancia.](#)

## ACCIONES DE TUTELA

**ACCIÓN DE TUTELA / DE LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN** – El derecho fundamental de locomoción no es absoluto y está sujeto a limitaciones para fines específicos como el manejo del orden público / **PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL** – En virtud de la prevalencia del interés general sobre los derechos individuales se pueden adoptar medidas con el fin de evitar afectaciones en el orden público

**Problema Jurídico:** ¿Se vulneraron los derechos fundamentales a la libertad de locomoción y trabajo del accionante, con las medidas adoptadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Policía Nacional para asegurar el orden público durante la temporada taurina de 2018?

**Extracto:** “(...) Al respecto, la sala considera que el derecho fundamental de locomoción no es absoluto y está sujeto a limitaciones para fines específicos como el manejo del orden público o el mejoramiento de las condiciones de un espacio público, entre otras.

En el presente caso, el señor (...) hizo alusión al perjuicio ocasionado por la no circulación de vehículos en las zonas aledañas a la Plaza de Toros la Santamaría y por los efectos negativos que esto generó en las ventas de los restaurantes que ahí se encuentran incluido uno de su propiedad, derivados de la limitación a la locomoción tanto de duelos como de público en general. Sobre el particular, se advierte que el accionante no acreditó la vulneración del derecho fundamental ni de los supuestos indicados en la solicitud de tutela, pues los cierres viales se impusieron únicamente para los vehículos que transitan por la zona aledaña a la Plaza de Toros, es decir que el paso peatonal era permitido sin restricción, por lo que el derecho a la libre locomoción, no fue trasgredido con dicha medida. Por el contrario, la limitación que impuso tanto la Alcaldía Mayor de Bogotá, como la Policía Nacional en la zona aledaña a la plaza de toros está justificada, pues como se indicó anteriormente, el fin de esa restricción se produjo por la necesidad del mantenimiento del orden público en la ciudad, mientras se desarrollaba el evento taurino, sin que ello signifique que las accionadas quebrantaron el núcleo esencial de la libertad de locomoción del accionante o de las demás personas que residen y trabajan en ese sector.

**Del derecho al trabajo y la prevalencia del interés general (...)**

Es decir que en aras de *armonizar* los derechos individuales con los derechos e intereses generales, las accionadas dieron prevalencia a estos últimos, pues la situación de orden público derivada del desarrollo de la actividad taurina, pudo verse afectada a tal punto que limitar temporalmente los derechos de los comerciantes del sector era necesario, precisamente dada la ponderación entre el interés individual y el de la mayoría.

23. Así, el derecho al trabajo del accionante no se vulneró, pues no se limitó el flujo peatonal en la zona ni se le requirió para que cerrara su restaurante, como tampoco se prohibió el desarrollo de su actividad personal, por el contrario – se reitera – el interés general prevaleció en consideración a que el orden público podría verse seriamente afectado si la Alcaldía Mayor de Bogotá y Policía Nacional no hubieran actuado de la manera en que lo hicieron, sumado a que en el expediente no hay pruebas que permitan establecer que el derecho al trabajo del señor (...) haya sido vulnerado tal como lo planteó desde un principio. (...)

Como consecuencia de lo anterior, la sala confirmará la sentencia (...) que negó las pretensiones de la solicitud de tutela interpuesta (...)” (Destacado de la Sala)

[Sentencia de 15 de marzo de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 11001333603420180001501, M.P. Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada. – Segunda Instancia.](#)



## ACCIONES DE TUTELA

**ACCIÓN DE TUTELA – Derecho a la salud y a la unidad familiar / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ORDEN DE TRASLADO – Supuestos en los que procede el amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable / DEL IUS VARIANDI – Potestad del empleador para modificar las condiciones en que se realiza la prestación del servicio / DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD Y A LA UNIDAD FAMILIAR – Se vulneran con la decisión de reubicar a una madre cabeza de hogar con un hijo menor de edad con afectaciones en su salud.**

**Problema Jurídico: ¿La Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamental invocados por la accionante, al ordenar su reubicación laboral?**

**Extracto:** “(...) En ese sentido, la Corte ha considerado que el amparo constitucional resulta procedente cuando se encuentra que el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario y adicionalmente, se cumple alguno de los siguientes supuestos:

“(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia.”

La sala advierte que en los anteriores eventos, la Corte ha enfatizado que no toda implicación de orden familiar y económico del trabajador causada por el traslado, tiene relevancia constitucional y amerita la procedencia del amparo transitorio y las circunstancias concretas deben revestir particular gravedad, de manera tal que la intervención del juez constitucional es necesaria para conjurar un perjuicio irremediable. (...)

**Del ejercicio del ius variandi en las plantas de personal de carácter global y flexible.**

El ius variandi se concreta en la potestad que tiene el empleador para modificar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio.

Así, en algunas entidades estatales existen plantas de carácter global y flexible, que pueden ser manejadas con mayor discrecionalidad para ordenar reubicaciones territoriales, en aras de garantizar los fines estatales y optimizar la prestación del servicio, sin embargo, dicha potestad se ve limitada cuando con la reubicación de sus servidores desmejoran las condiciones de aquel. (...)

La Sala advierte que la señora (...) presenta una situación familiar especial debido a su condición de madre cabeza de hogar, puesto que el mismo está conformado por ella y sus tres hijos - uno de los cuales es menor de edad - y su cónyuge; no obstante, este último no cumple con sus obligaciones de padre, ni presta el apoyo debido. (...)

Conforme lo anterior la señora (...) explicó que el acompañamiento de su cónyuge no es eficaz en el proceso de recuperación del menor, situación que no fue desvirtuada por la Fiscalía General de la Nación en el desarrollo del proceso.

Estas circunstancias conducen a establecer que las condiciones de ubicación laboral y familiar de la accionante se han consolidado en la ciudad de Bogotá, de tal forma que su traslado afecta su situación personal, particularmente en su entorno familiar en lo que tiene que ver con su hijo, lo que determina la amenaza de un perjuicio irremediable con la decisión de la accionada de nombrarla en otra sede.

Por todo lo anterior, la sala considera que la decisión de la Fiscalía de reubicar a la señora (...) en la seccional de Apartadó para el cargo de Asistente de Fiscal II de la Dirección Especializada Contra las Organizaciones Criminales, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar, al trabajo en condiciones dignas y justas.

Así las cosas, la sala concederá la tutela de los derechos fundamentales de la accionante como mecanismo definitivo, en atención a que no puede condicionarse esa protección de manera indefinida hasta la terminación del proceso judicial ordinario en el que la discusión ha de centrarse en los aspectos de legalidad del acto administrativo, cuando en este caso se ha evidenciado la necesidad de que el juez constitucional intervenga para garantizar los derechos de rango superior tanto de aquella como de su hijo menor de edad. En consecuencia, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación dejar sin efecto la Resolución (...), en relación con la reubicación de la señora (...) al municipio de Apartadó- Antioquia. (...)" (Destacado de la Sala)

**Sentencia de 25 de enero de 2018. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 25000233600020170217000. Magistrado Ponente. Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada. – Primera Instancia.**

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE LA SECCIÓN SEGUNDA Y LA CUARTA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CUOTAS PARTES PENSIONALES** – La naturaleza de la cuota parte pensional es la de una contribución parafiscal – El recobro de las cuotas partes pensionales debe ser entendido como un derecho de naturaleza crediticia del orden parafiscal – El Tribunal concluyo que es un asunto cuyo conocimiento corresponde a la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

**Problema Jurídico: ¿Corresponde a la Sala Plena de esta Corporación resolver el conflicto de competencia que existe entre el Tribunal de Cundinamarca, Sección Segunda contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta para pronunciarse sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho?**

**Extracto:** “(...) Sobre las cuotas partes, la Corte Constitucional en sentencia C - 895 de 2009, señaló:

“(...) las cuotas partes son un importante soporte financiero para la seguridad social en pensiones, que representan un esquema de concurrencia para el pago de las mesadas pensionales, a prorrata del tiempo laborado en diferentes entidades o de las contribuciones efectuadas.

Las cuotas partes son obligaciones de contenido crediticio a favor de la entidad encargada de reconocer y pagar la pensión, (...)

De igual forma, el Consejo de Estado, frente a la naturaleza de las cuotas partes pensionales ha señalado:

“...se encuentra que la naturaleza de la cuota parte pensional es la de una contribución parafiscal, en tanto que constituye un aporte obligatorio del empleador, destinado al pago de las mesadas pensionales dentro del esquema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. (...)

Y, en más reciente jurisprudencia, el alto tribunal, en un caso similar al que ocupa la atención de la Sala, indicó que: (...)

“(...) Las contribuciones efectuadas y el recobro de las cuotas partes pensionales debe ser entendido como un derecho de naturaleza crediticia del orden parafiscal. (...)

Vale la pena precisar que no es factible acudir a la regla de competencia prevista en el numeral 3.º ib., en la medida en que ésta es exclusiva respecto de conflictos en materia laboral y para el caso, aunque las reclamaciones administrativas en el proceso liquidatorio de la CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN corresponden al recobro de cuotas partes pensionales, por no tratarse de la discusión propia del reconocimiento pensional con base en la obligación de concurrir a su pago por parte de varias entidades, sino en el derecho al recobro de las mismas por parte de la entidad respectiva, ello se desliga de la naturaleza laboral, como lo ha establecido esta Corporación. (...). (...)

De lo anterior, se infiere que, las cuotas partes pensionales son una contribución parafiscal y constituyen el principal sustento financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, fundado en la concurrencia en el pago de las mesadas pensionales, dependiendo del tiempo laborado por el afiliado en las diferentes entidades o de las contribuciones efectuadas, mientras que el recobro de las mismas constituye un derecho crediticio a favor de las entidades encargadas de reconocer y pagar las pensiones de jubilación, las cuales tienen derecho a repetir contra las demás entidades empleadoras o cajas de previsión en quienes concurra la obligación de pagar la proporción de ese derecho, cuyo conocimiento está asignado a la sección cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal y como ya se expuso. (...)

[Sentencia de 05 de marzo de 2018, Sección Primera Subsección “A”, \(Sala Plena\) Expediente 2500023360002017-01674-00 M.P. Dr. Felipe Alirio Solarte Maya – Primera 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 RENGIFO SANGUINO

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. CERVELION 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 T.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. OLGA LUCIA JIMÉNEZ TORRES**

Relatora Sección Primera y Cuarta

**Dra. CLARA INÉS SÁNCHEZ GUEVARA**

Relatora Sección Segunda

### -Auxiliares de Relatoría

**María Amparo Kerguelen Botero**

**Mery 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/trib/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.

*«cogito ergo sum», pienso, luego existo, siendo más precisa la traducción literal del latín «pienso, por lo tanto soy». René Descartes.*

