



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 12
• Sección Primera	12 - 14
• Sección Segunda	14 - 22
• Sección Tercera	22 - 25
• Sección Cuarta	26 - 33
• Sección Quinta	33 - 40
• Sala de Consulta y Servicio Civil	40 - 43
• Noticias Destacadas	44

Noticias destacadas

PRESIDENTES DE LAS ALTAS CORTES SE REUNIERON CON JUAN MANUEL SANTOS

EDITORIAL

Es importante reiterar en esta ocasión la disposición de las Altas Cortes y el nuevo gobierno para lograr un acercamiento entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

Y fue precisamente dentro de este ambiente de diálogo que se llevó a cabo una reunión entre los presidentes del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, con el presidente electo de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón. Este encuentro resultó ser muy positivo y abrió las puertas para grandes concertaciones entre la Rama Judicial y el Gobierno.

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

En esta sección destacamos algunos de los fallos proferidos por el Consejo de Estado en las últimas semanas:

SALA PLENA

1. Se declara ajustada a la legalidad la Resolución 227 de 2010 por la cual se adoptan unas modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de junio 2 de 1994 se efectúa control automático de legalidad a la Resolución 227 de 2010, expedida en desarrollo del Decreto Legislativo 127 de 2010.

Extracto: Según quedó expuesto, la Resolución sub examine fue dictada en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Legislativo 127 de 2010, expedido en desarrollo de la declaración del Estado de Emergencia Económica y Social. Se fundamenta en la necesidad de ajustar los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco para acompañarlos al incremento en la tarifa del impuesto para los años 2010 y 2011 dispuesta por el artículo 5° del Decreto 127 de 2010. Este acto encuentra sustento jurídico en los artículos 5° y 7° del Decreto 127 de 2010.

Ciertamente, el contenido normativo de la Resolución materia de control constituye cabal desarrollo de la función asignada por el artículo 7º. del Decreto 127 de 2010 a la Dirección de Apoyo Fiscal pues, introduce ajustes a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco para hacer operativo el pago del incremento de la tarifa de este impuesto que el artículo 5º ídem dispuso, con miras a generar los recursos requeridos para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, atendiendo a que la declaración de la emergencia económica y social tuvo por fundamento, entre otras consideraciones, la necesidad de generar un mayor recaudo de recursos, ante la insuficiencia de los ingresos del Sistema para atender la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud. En tal virtud, sus fines se acompañan con los establecidos en los multicitados artículos 5º y 7º del Decreto 127 de 2010. Concluye la Sala que la Resolución cuya revisión se adelanta, se aviene al ordenamiento jurídico y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia no sin antes aclarar que dejará de producir efectos a partir del 17 de diciembre de 2010 de conformidad con lo dispuesto en las sentencias C-252 y C-253, ambas de 2010, de la Corte Constitucional. *Tema nuevo*

Sentencia del 1º de junio de 2010. Exp. 11001-03-15-000-2010-00352-00, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Control Automático de Legalidad.

* Con aclaración de voto del Consejero de Estado Mauricio Fajardo Gómez.

2. Se selecciona para revisión eventual la procedencia del incentivo económico en acción popular cuando el proceso termina con pacto de cumplimiento

La Sala Plena seleccionó para su revisión eventual una sentencia de acción popular en que se confirmó la decisión de otorgar el incentivo al actor en un proceso que culminó mediante aprobación del pacto de cumplimiento.

La Sala señaló que, en relación con el otorgamiento del incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, para cuando el proceso termina con pacto de cumplimiento, han sido formulados varios criterios jurisprudenciales encontrados. Se pueden apreciar al menos tres grandes líneas jurisprudenciales: (i) Se debe reconocer el incentivo aunque el proceso termine con pacto de cumplimiento, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 39 de la ley 472 de 1998 que no condicionó el reconocimiento del incentivo económico a que el proceso terminara de manera anticipada o a que se surtiera todo su trámite; (ii) Sólo procede el incentivo económico en el evento en que el proceso termine por sentencia y no en los casos en que su finalización obedezca a un pacto de cumplimiento, salvo - en este último caso - que exista acuerdo concreto sobre el reconocimiento del incentivo en dicho pacto; y (iii) El solo hecho de que el proceso termine con pacto de cumplimiento no implica necesariamente que la actividad del actor fue menos diligente y para determinar la diligencia se tiene en cuenta la naturaleza, calidad y la duración útil de la gestión. En tal virtud, seleccionó la providencia proferida el 2 diciembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con el fin de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unifique los criterios jurisprudenciales sobre el tema y se establezca por esta vía, una única interpretación que oriente la aplicación del artículo 39 de Ley 472 de 1998, en relación con el otorgamiento del incentivo a favor del actor popular en los casos en los cuales el proceso de acción popular termina con sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento.

Auto de 15 de junio de 2010. Rad. 05001-33-31-029-2008-00327-01(AP) M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO

*Con salvamento de voto del Consejero Mauricio Fajardo Gómez

*Con aclaración de voto de los Consejeros Enrique Gil Botero y María Claudia Rojas Lasso

ACCIONES POPULARES

TUTELAS

1. El derecho al buen nombre no se vulnera por publicación de boletín de prensa en que no se propaga una información falsa

La Sección Primera confirmó la sentencia de primera instancia en que se negó el amparo al derecho al buen nombre, al considerar que no este no se vulneró con un boletín de prensa de la Procuraduría General donde se informó acerca de la remisión de copias al juez natural del actor con el fin de que investigara disciplinariamente

Para la Sala, en el caso sub examine no se vislumbra la vulneración del derecho al buen nombre del actor, pues como puede observarse en el auto de apertura de investigación, proferido por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio propio de sus funciones, dentro de las personas que ordena investigar, no se encuentra relacionado el nombre del actor, lo que quiere significar de manera clara que él no es sujeto disciplinable. En ninguno de los apartes del aludido auto se hace mención o valoración alguna de actuaciones que le generen responsabilidad o compromiso, con los hechos objeto de la investigación que adelantaba la entidad a funcionarios de esta Corporación. Ahora bien, en reiteradas providencias la Corte Constitucional ha expresado que la apertura de una investigación disciplinaria o penal y la información que sobre la misma se dé, per se no puede afectar el derecho al buen nombre, circunstancia esta predicable en el caso de los funcionarios o empleados a quienes se refería el auto de pliego de cargos. Con mayor razón no puede afectarse el buen nombre en el caso del actor, si como ya se dijo, en la investigación a que alude el boletín, no es sujeto pasivo. Es preciso mencionar que la Procuraduría General de la Nación, como organismo de control, tiene dentro de sus funciones más importantes la de velar por el cumplimiento de las que le han sido impuestas por la Constitución y la ley, a los servidores públicos. (Artículos 275 a 278 de la Constitución Política de Colombia), por lo que mal podría esta entidad no dar cumplimiento a sus propias funciones, como lo es la compulsación de copias al juez natural del actor, que para el caso concreto sería la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes; todo con el fin de que investigue si existen o no conductas que puedan ser catalogadas como faltas disciplinarias o como delitos, lo que deja a salvo la presunción de inocencia, esto es que el actor se presume inocente hasta tanto su juez natural no lo declare culpable de la comisión de alguna conducta reprochable penal o disciplinariamente; y desde esta perspectiva, el boletín de prensa, que informó de la compulsación de copias a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, no atenta contra el derecho al buen nombre del actor, pues a través del mismo no se está propagando entre el público una información falsa, sino que, por el contrario, se está dando a conocer un hecho cierto, cual es el de la compulsación de copias. Es deber de la entidad accionada, a través de su Oficina de Prensa, informar a la ciudadanía de las actuaciones que a su interior se adelantan con el fin de garantizar el derecho a la información, salvo las excepciones de ley.

Sentencia de 27 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-01644-01(AC), MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

2. Vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por no practicarse nueva diligencia de testimonio ante la inasistencia del testigo

La Sección Segunda amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los actores, vulnerados por el Juzgado Segundo Administrativo de Barranquilla, al dar por surtida una diligencia de testimonio por inasistencia del testigo sin señalar nueva audiencia para oírlo, conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

En el asunto bajo, estima la sala que se configuró la vulneración de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, por lo siguiente: En la decisión impugnada a través de la presente acción, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla no accedió a fijar una nueva fecha para la diligencia de declaración y dio por surtida la misma al no llenarse los requisitos previstos en el artículo 225-2 del C.P.C. De acuerdo con los documentos allegados al expediente y de los hechos narrados en el escrito de tutela, se acreditó que en efecto la señora Rosibel Figueroa Jiménez no asistió a la diligencia de recepción de testimonio programada para el 20 de febrero de 2008 a las 9 A.M., sin embargo, se observa que era su intención cumplir con la orden judicial, pues el mismo día siendo las 10:18 de la mañana allegó un escrito en el que consignó las razones por las cuales no asistió a la misma. De acuerdo con el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, es claro que la inasistencia justificada o no del testigo a la diligencia de testimonio, no lo libera de la obligación de rendir declaración, ni al juez de señalar una nueva audiencia para oírlo. Nótese que justificada o no la ausencia del testigo, siempre deberá darse una nueva oportunidad. En el presente asunto, si bien la señora Figueroa Jiménez, no allegó prueba sumaria de su inasistencia, lo cierto es que asistió el día en que estaba programada la diligencia explicando las razones de su retraso, argumentos que el Juez no tuvo en cuenta y dio por surtida la diligencia programada, siendo que su obligación de declarar no se ha extinguido es decir, el funcionario judicial pretermitió una etapa dentro del trámite del proceso. La decisión proferida es vulneradora del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues le impide a los interesados acudir a los medios de prueba que consideran pertinentes para demostrar los hechos que generaron la interposición de la acción de reparación directa. Por lo anterior, la Sala decretará el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, en consecuencia le ordenará al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla que profiera una nueva decisión ordenando la práctica de la diligencia de recepción de testimonio solicitada.

Sentencia de 27 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-00559-00(AC), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN

3. a) Procedencia de la acción de tutela para el reintegro de madre cabeza de familia declarada insubsistente

En el sub-lite se controvierte la legalidad de la resolución 0588 de 25 de enero de 2010, proferida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, por medio de la cual fue declarada insubsistente la demandante del cargo que desempeñaba de Asistente Administrativo - Grado 05, para nombrar en su reemplazo a una mujer cabeza de familia en cumplimiento de una orden de tutela desconociendo, con esa medida, que ella también se encontraba en la misma condición especial.

Como primera medida, es necesario precisar que si bien es cierto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo para alegar la ilegalidad de un acto de desvinculación, como el que se controvierte, y solicitar el correspondiente restablecimiento del derecho, también lo es que en el caso de las madres cabezas de familia, esta vía no resulta eficaz para disponer sobre el reintegro inmediato. Es importante indicar en este punto, que como la situación particular de las mujeres cabeza de familia es apremiante, cuando la administración las priva de los recursos económicos para atender su subsistencia y la de los suyos, el juez de tutela debe impartir órdenes de cumplimiento inmediato, con el fin de garantizar los derechos fundamentales comprometidos, entre ellos los de los menores, y contrarrestar el perjuicio irremediable relacionado con la atención del mínimo vital. En ese orden de ideas, los derechos fundamentales de permanecer en cargos públicos de las madres cabeza de familia que han sido declaradas insubsistentes, deberán restablecerse sin perjuicio de la competencia definitiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para pronunciarse sobre la validez de los actos de

retiro, siempre que las servidoras desvinculadas afronten un perjuicio irremediable y grave relacionado con la atención de su mínimo vital y el de su familia.

b) Vulneración del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por declararse insubsistente a una madre cabeza de familia para, en su lugar, nombrar a otra mujer en iguales condiciones, sin adoptarse las medidas tendientes a asegurar la estabilidad de la primera

Del recuento efectuado se establece que la actora, por la ausencia permanente de un cónyuge o de un compañero permanente, tiene actualmente la responsabilidad de sus hijos Kevin de Jesús Parra Jaramillo y Eduardo Andrés Marín Jaramillo. Si bien es cierto el primero de ellos, cumplió reciente la mayoría de edad, también lo es que éste se encuentra desempleado y sin alternativa de educación superior. Ahora bien, también está evidenciado en el plenario que el salario de la actora constituía su única fuente de subsistencia y la de los hijos que dependen económicamente de ella. De otra parte, es necesario indicar que la demandante había puesto en conocimiento de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta su condición de madre cabeza de familia, ya que desde el año 2003 allegó a esa entidad una declaración extrajuicio donde manifestaba esa situación especial. Hecho que es corroborado por la administración, en su contestación de la demanda. Bajo las anteriores consideraciones, para esta Sala existen suficientes elementos que llevan a inferir que la actora sí es una madre cabeza de familia, por lo que, frente a esa circunstancia, es evidente que tanto ella como su núcleo familiar se encuentran ante un peligro inminente (perjuicio irremediable), dado que se han visto desprovistos de manera intempestiva de los ingresos necesarios para asegurar su subsistencia en condiciones dignas. Finalmente, en cuanto a los derechos de la demandante como madre cabeza de familia no se encuentra evidencia que demuestre que la administración haya desplegado todas las acciones para no dejarla desprotegida, en lo que se refiere a propender por la estabilidad reforzada, primero, ordenando el reintegro inmediato de Gloria Esther Martínez Solano a un cargo similar, equivalente o de superior categoría al dispuesto por el juez de tutela u adoptando otros criterios, que no fueran sólo los académicos, para escoger dentro de los Asistentes Administrativos - Grado 05 existentes, a quien se debería desvincular para dar cumplimiento a la orden judicial o, segundo, una vez comprobada la no viabilidad de dichas opciones, proceder a retirarla explicando, así ésta fuera provisional, dichas razones de manera específica. Lo anterior, evidencia que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta vulneró el derecho a la estabilidad reforzada que le asistía a la actora, al declararla insubsistente para dar cabida a otra madre cabeza de familia (resolución 0588 de 25 de enero de 2010), sin adoptar las medidas tendientes a que no quedara desprotegida.

Sentencia 1º de junio de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2010-00041-01(AC), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

4. El requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial se subsana si se cumple durante el trámite de la apelación del auto que rechazó la demanda

Corresponde a la Sala establecer si se vulnera el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia por la parte accionante al rechazarse de plano la demanda que en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron los accionantes, por carecer del requisito de conciliación que con posterioridad a la presentación a la demanda fue acreditado.

el Juez constitucional no puede pasar por alto que si bien se cumplió tardíamente con la solicitud de conciliación ante la Procuraduría, la cual en últimas resultó fallida, este requisito se cumplió previo a dictarse el auto que rechazó la demanda y que una vez aportados tales documentos debieron tenerse en cuenta por el Juez de segunda instancia al considerar el recurso de apelación interpuesto contra el auto que rechazó la demanda, pues ya era de su conocimiento que se había adelantado dicho presupuesto y así pudo darse trámite a la demanda. Se debe entonces poner de presente que el requisito procesal de conciliación estaba subsanado y que podía haberse tenido en cuenta por el juez natural del proceso de segunda instancia, permitiéndose a la parte actora acceder a la justicia,

tramitando la demanda y dando inició al proceso de reparación directa, por la muerte de sus familiares presuntamente ocasionada por miembros de la fuerza pública. Respecto a la posibilidad de entenderse el requisito de la conciliación, como subsanado se tiene que en el caso bajo estudio, la providencia que rechazó la demanda se dictó el 19 de marzo de 2009; este auto fue recurrido lo que permite afirmar que esta decisión no se encontraba en firme, dado que el recurso se concedió en el recurso suspensivo. Así las cosas era procedente que el Juez de Segunda instancia examinara los documentos que se aportaron con la apelación, en los cuales se encontraba la solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial 53 de Yopal, lo lleva a considerar esta instancia podía haberse tenido como cumplido el requisito procedimental de la conciliación y entendiéndose que el requisito fue subsanado antes de finalizar la actuación judicial.

La Sala actuando como Juez Constitucional pondera el derecho sustancial sobre el formal, considerando que el requisito de conciliación prejudicial en este caso se encontraba cumplido, pues si bien se realizó la conciliación con posterioridad a la presentación de la demanda ésta se adelantó previó a encontrarse en firme la actuación procesal que impuso el rechazo de la demanda. Así la Sala considera que hace efectivo el derecho al acceso a la administración de justicia de la parte accionante. De otra parte, es necesario señalar que en el presente caso a pesar de que la Ley Estatutaria 1285 de 2009 se encontraba vigente desde el momento de su promulgación, y que dada su naturaleza ya se había dado el control previo de constitucionalidad, la misma no se encontraba reglamentada, lo que pone de presente que si bien los administrados eran concientes de la exigencia del requisito procesal, podrían tener dudas respecto a los temas conciliables y al trámite que se debía seguir para adelantar dicha actuación, tema que fue resuelto al expedirse la reglamentación de la misma por medio del Decreto 1716 expedido el 14 de mayo de 2009. Lo anterior da un argumento más al Juez Constitucional, para adoptar decisiones en pro de los usuarios de la justicia flexibilizando en el caso bajo estudio la oportunidad de cumplir con este requisito previo de procedibilidad, sin que se esté obviamente desconociendo su naturaleza y finalidad.

Sentencia de 3 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-00395-00(AC), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE

* Con salvamento de voto de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez

5. No se vulneró el derecho al debido proceso de los aspirantes en el concurso de méritos con la metodología utilizada para la calificación de la prueba de aptitudes y competencias básicas

Corresponde a la Sala determinar si el ICFES y el Ministerio de Educación, al calificar las pruebas de aptitudes hechas en el concurso para nombrar Docentes y Directivos Docentes en Boyacá, violaron los derechos fundamentales al Debido Proceso y Trabajo de la actora al no fijar en forma específica el valor asignado a cada una de las respuestas acertadas; luego anular dos de las respuestas de la prueba de aptitudes y competencias básicas.

Como en el sub-examine no se solicitó informe al ICFES sobre la metodología de calificación utilizada y forma de ponderación de la prueba, la Sala está en la imposibilidad procedimental de asumir por cierta la situación fáctica respecto del error en la valoración del examen. En estas condiciones, no es posible acceder a la tutela incoada. Adicionalmente advierte la Sala que la eliminación de las preguntas 39 y 47 de las pruebas practicadas, se efectuó como consecuencia de las reclamaciones que los participantes efectuaron con posterioridad al examen escrito tomando la decisión de que no fueran consideradas para la evaluación respectiva por cuanto estuvieron mal formuladas, modificando los factores de ponderación para todos los concursantes sin que exista posibilidad alguna de otorgar un puntaje adicional a la actora, y sin que exista valoración del derecho fundamental a la Igualdad. Como la metodología utilizada para la calificación de la prueba de aptitudes numéricas fue la misma para todos los concursantes, no es pertinente ordenar el aumento de la calificación para unos colocando en desventaja a los otros, pues de ser así en criterio de justicia, o se valoran las 2 preguntas para todos o se acepta la ponderación aplicada por el ICFES para la generalidad de

aspirantes. La Sala ha sostenido en situaciones similares a la planteada que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, si el accionante tiene otro medio judicial para la defensa de sus derechos no cabe la acción de tutela, salvo que se esté ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de la acción de tutela está sustentado en la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico de proteger los derechos constitucionales fundamentales, a través de medios de defensa judicial diferentes a la acción de tutela. En este caso la actora tuvo a su alcance el término dispuesto en la convocatoria para presentar las reclamaciones que estimara pertinentes contra los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias y psicotécnica a través de la página web del ICFES. Además de lo anterior, cuenta con otro medio de defensa judicial como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para lograr la nulidad del acto que publicó los resultados de las pruebas y del que resolvió las reclamaciones presentadas fechado el 8 de septiembre de 2009 y, como medida provisional, solicitar la suspensión del mismo.

Ahora bien, en relación con la violación del derecho al debido proceso observa la Sala que el ICFES informó la forma en que sería calificada la prueba de aptitudes y competencias básicas, el porcentaje que tendría cada una de las secciones en que la dividió y el número de preguntas que las conformaban y explicó que el procedimiento adoptado para la calificación fue técnico para evitar margen de error, ello es, que todos estos aspectos estaban debidamente discriminados en la Convocatoria. Igualmente informó que el material del examen (cuadernillo y hojas de respuestas) era confidencial y de uso exclusivo de los concursantes mientras transcurre la prueba tal como lo dispone la Ley 1324 de 2009; y que una vez comprobada la formulación errónea de alguna pregunta la misma sería eliminada y en consecuencia excluida del proceso de calificación, tal como ocurrió con las preguntas 39 y 47.

Sentencia de 6 de junio de 2010, Exp. 15001-23-31-000-2010-00120-01(AC), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Nota de Relatoría: Providencia proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda

6. Vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso al exigirse a los peticionarios la designación de apoderado judicial para presentar la adhesión a la sentencia de acción de grupo

En el presente asunto la pretensión principal de la parte actora consiste en que se revoque parcialmente el auto de 25 de marzo de 2009, que decidió un recurso de apelación contra el auto de 10 de noviembre de 2008 del Juzgado 3° Administrativo de Armenia, y en consecuencia, se permita su adhesión sin apoderado a los efectos indemnizatorios de la sentencia de acción de grupo de 27 de mayo de 2008, del Tribunal Administrativo del Quindío.

Estima la Sala, sin lugar a dudas que quien inicialmente demanda en acción de grupo necesita obligatoriamente del derecho de postulación, no sólo porque así lo dispone el artículo 49 de la Ley 472 de 1998, sino porque es apenas lógico que en tal situación se va a trabar la litis y se entrará a definir el asunto en litigio, resultando imperiosa la presencia de un profesional que tenga los conocimientos técnicos necesarios, para representar al grupo hasta la terminación del proceso. Lo anterior se diferencia del asunto en litigio donde de conformidad con la jurisprudencia constitucional, al estudiarse la constitucionalidad de la Ley 472 de 1998, se avaló la regla, según la cual, en la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los demás interesados ejerza por separado su propia acción, o haya otorgado poder. Lo expuesto cobra mayor sustento cuando ya se ha proferido sentencia, pues la discusión jurídica ha terminado, de tal suerte que al no poderse invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor, resulta innecesaria la adhesión a ésta a través de apoderado judicial. De lo previamente dicho se extrae además, con suficiente claridad, que el beneficio instituido a favor de los no concurrentes al proceso, para que puedan resultar favorecidos con la

sentencia estimatoria, sin necesidad de actuar por intermedio de apoderado judicial se encuentra consagrado en la segunda parte del inciso primero del artículo 55 de la Ley 472 de 1998, y en efecto, establecer lo contrario no tendría justificación alguna. Por lo expresado, entiende la Sala que en el caso puesto a consideración, el Tribunal acusado impuso a la demandante, la carga de actuar por conducto de apoderado judicial al adherirse después de proferido el fallo que finalizó el trámite de la acción de grupo, cuando en los términos constitucionales y legales no está obligada a cumplir dicho requisito, por lo tanto no tiene porque sufrir de tal exigencia consecuencias negativas para sus intereses jurídicos, menos aún, la de llegar a perder una indemnización a la que tiene derecho, dado que lo contrario sería tanto como afirmar que el debido proceso judicial que para este caso se encuentra expresamente regulado en la legislación puede quedar al arbitrio del juzgador, pues este implica *"el respeto a las reglas del procedimiento, es decir, la correcta aplicación de las formalidades, etapas, trámites y rituales establecidos en el ordenamiento jurídico; por tanto la pretermisión o las actuaciones por fuera de estas reglas comportan su violación"*, sobre todo cuando los funcionarios públicos categoría que vincula a los Jueces de la República, están sometidos al principio de legalidad establecido en el artículo 6° de la norma superior. En estos términos, en el sub iudice están siendo vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso de la demandante, tanto así que ésta podría llegar a quedarse sin recibir la indemnización a que tiene derecho por virtud de la sentencia de 27 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que resolvió la acción de grupo; esto por cuanto, como lo dijo la Sala apartes anteriores, el primero de los mencionados derechos fundamentales, no se reduce al aspecto principal relacionado con ejercicio libre de una acción o un recurso, sino que comprende un aspecto complementario que se extiende a la posibilidad de beneficiarse -sin pretensión litigiosa- de una decisión judicial, y en cuanto al segundo de los mencionados porque, una imposición jurídica que no tiene sustento legal ni utilidad constitucional, quebranta la variante de dicho derecho que constituye el acatamiento de las formas propias de cada juicio. Así las cosas, como se expresó en líneas anteriores, existen dos visiones jurídicas sobre el asunto en debate, la del Tribunal Administrativo del Quindío y la del Juez de tutela; y si bien, es cierto y así lo ha expresado esta Sala en sede de tutela, puede haber diferentes interpretaciones posibles, sobre un mismo punto de derecho, pues en ello está ínsito el principio de autonomía interpretativa del juez de la causa ordinaria que el juzgador de amparo no puede soslayar por una simple diferencia de criterio, también lo es que, si una de aquellas, en este caso la escogida por la corporación acusada es contraria a la Constitución, por ir en contra vía del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el Juez de tutela no puede vacilar reprocharla y prohibir su aplicación al caso concreto.

Sentencia de 19 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-00284-00(AC), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

*Con salvamento de voto de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez

7. Vulneración los derechos de petición, al debido proceso y a la seguridad social de los pensionados al no resolver la solicitud de inclusión en nómina en el término de dos meses

En el *sub examine*, el actor reclama la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, de petición y a la seguridad social, que considera vulnerados por las entidades demandadas y, en consecuencia, pide que se le ordene a Cajanal en Liquidación que lo incluya en nómina de pensionados y le pague el retroactivo.

En esta instancia, la Sala determinará si existe la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales alegados por el actor. Para tal determinación, se hará referencia al Plan de Acción que presentó Cajanal EICE en Liquidación a la Corte Constitucional para resolver el problema estructural de esa entidad y que fue aprobado por la Corte, en el auto 305 de 2009. En dicho auto la Corte Constitucional aprobó, entre otras cosas, unos términos para que Cajanal en Liquidación dé respuesta a las peticiones presentadas por los interesados y, además, dijo que esos términos se

contabilizarían desde el día en que la solicitud se presentara de manera completa. En el presente caso, al señor José Cristo Quiroga, mediante resolución 3107 del 31 de diciembre de 2008, expedida por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, se le reliquidó la pensión de vejez por un valor de \$1.745.941. De la revisión del expediente, se observa que el 4 de febrero de 2009, el actor solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social que lo incluyera en la nómina de pensionados y aportó los documentos que para tal efecto se requerían. Ha pasado más de un año y esa petición no ha sido resuelta. Según el mencionado plan de acción aprobado para Cajanal en Liquidación, las solicitudes de inclusión en nómina, para el caso de las reliquidaciones de cualquier pensión, deben resolverse en un término de 2 meses. En ese entendido, para la Sala es claro que la entidad demandada no resolvió, en el término establecido, la solicitud del señor Quiroga de ser incluido en nómina de pensionados. En consecuencia, vulneró el derecho fundamental de petición que invocó el actor. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en el caso de los pensionados, la vulneración del derecho de petición implica la vulneración de los derechos al debido proceso y la seguridad social. Por lo tanto, y con el fin de proteger dichos derechos, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

Sentencia de 6 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2010-00438-01(AC), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

8. El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional no puede recobrar ante el FOSYGA el costo de los servicios adicionales no incluidos en el POS.

Mediante el ejercicio de la presente acción el actor solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, para ello, pide que se le ordene a las entidades accionadas suministrarle el equipo "C-PAP Y MASCARA MEDIUM A PRESION 8 cm de H 2 O" y el tratamiento de oftalmología requerido y ordenado por el medico tratante (cirugía láser).

Para la Sala es evidente que la falta del suministro del equipo "C-PAP Y mascara medium a presión 8 cm de H 2 O" pone en peligro la salud y la vida del actor por cuanto - según el dictamen médico y la consulta realizada por el Despacho sustanciador, no iniciar el correspondiente tratamiento con el citado equipo conlleva a provocar posibles enfermedades cardiovasculares como: hipertensión arterial, insuficiencia cardíaca, accidente cerebro vascular y arritmias cardíacas. Respecto a la cirugía láser como tratamiento de oftalmología requerido y ordenado por el médico tratante, se advierte de la historia clínica allegada al expediente que el actor actualmente padece de "disminución en el campo visual lateral" por "anmitropía en ambos ojos". Así mismo, observa la Sala que el especialista en oftalmología recomendó la cirugía láser para mejorar su visión y la calidad de vida del actor, razones suficientes para coincidir con el a quo al acceder al amparo de los derechos invocados por el señor Ángel José Gonzalo Guzmán Sánchez.

En cuanto a la autorización que solicita la accionada para recobrar ante el FOSYGA el costo del el equipo "C-PAP y mascara medium a presión DE 8 c; DE H 2 O", así como el valor de la cirugía láser ordenada por el médico, pues, no está previsto en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial; no se accederá a esta petición, habida cuenta que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional es un régimen excepcionado del Sistema General de Seguridad Social según lo establece el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Con fundamento en lo anterior en el presente caso no es procedente aplicar las normas que facultan a las instituciones que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social para recobrar ante el FOSYGA el costo de los servicios adicionales no incluidos en el POS.

Sentencia de 29 de abril de 2010, Exp. 73001-23-31-000-2008-00448-01(AC), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

9. Procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales de comunidad de pescadores del Parque Nacional Natural Tayrona

En el presente caso, se trata de determinar si las resoluciones de la UAE del Sistema de Parques Nacionales Naturales que ordenaron a los actores demoler sus viviendas por encontrarse en el Parque Nacional Natural Tayrona, vulneran sus derechos fundamentales al trabajo, vida, debido proceso, defensa, protección integral a la familia, asistencia a las personas de la tercera edad, vivienda digna, propiedad privada y de acceso a la propiedad, producción de alimentos y justicia.

Resulta evidente que si se ejecutan los actos de la entidad accionada y, por ende, se adelantan las demoliciones de las viviendas de los accionantes se causaría a éstos un perjuicio inminente, urgente y grave, esto es, irremediable. Lo anterior, porque los tutelantes quedarían desprovistos del sitio que les provee la habitación y la base para desarrollar la actividad de pesca, que les proporciona los recursos para su subsistencia. Ahora bien, no se puede dejar de lado que los actores construyeron sus viviendas y desarrollan la actividad de pesca artesanal en el Parque Nacional Natural Tayrona. Este territorio, por mandato del artículo 328 [a y b] del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, debe ser destinado únicamente a la conservación de la fauna y flora y a la perpetuación de éstas en su estado natural. Sin embargo, la actividad estatal encaminada a lograr el cumplimiento de las obligaciones mencionadas no debe ser indiferente a la afectación que, por ella, se genere a los derechos de quienes habitan y obtienen su sustento en áreas de protección ecológica. En la controversia *sub iudice*, es claro que hay una tensión entre el deber estatal de proteger la integridad de los recursos naturales y garantizar el derecho colectivo al ambiente sano por un lado, y, por otro, procurar la efectividad de los principios del Estado Social de Derecho e impedir el menoscabo de los derechos fundamentales de los actores a la vida, vivienda digna y la protección especial que la Constitución ordena a los menores y adultos mayores. Como los derechos colectivos, el uso público y la protección del ambiente sano priman sobre los derechos fundamentales de los particulares (artículos 1 y 82 de la Constitución), en este caso, no se puede predicar la violación de los derechos que invocan los demandantes. Esto, sin perjuicio de que el juez constitucional procure también la garantía del derecho a la vivienda y a la subsistencia de los mayores adultos y de los menores de edad objeto de desalojo. Tampoco se desconoce que los otros tutelantes tienen en la misma zona sus viviendas y derivan su sustento de la pesca artesanal, por ende, el cumplimiento inmediato del desalojo los deja en estado de indefensión manifiesta, de manera que es viable la protección transitoria por esta medida. Entonces, resulta indispensable que la Administración implemente medidas encaminadas a mitigar los efectos que tiene la recuperación del área de Gairaca para los accionantes. De no ser así, se propiciaría que éstos lleguen a una situación de pobreza y marginalidad que, desde luego, pugna con el deber estatal de la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, se advierte que es impostergable la intervención del juez de tutela para estudiar el amparo de los derechos de los actores que se afectan por la ejecución de las resoluciones de la accionada.

En cuanto al alcance de la protección que se brindará en este fallo, es necesario modificar la previsión del *a quo*, que sólo la extendió a Clemente Cecilio Cayón Gutiérrez, Reinaldo de Jesús García Leiva y Carlos Rivas Herrera. En su lugar, se concederá el amparo de forma transitoria a todos los actores. Lo anterior, porque, de acuerdo con los hechos que se constataron en la inspección judicial y en la copia de la actuación administrativa que adelantó la entidad accionada, la orden de demolición de las viviendas afectó a todos los accionantes. Además, según dicha inspección, todos los accionantes se dedican a la pesca, de manera que el perjuicio irremediable se configura para todos, en la medida que se les priva de su medio de subsistencia. Por otra parte, los tutelantes conviven o tienen a su cargo sujetos de especial protección, a saber, niños y adultos mayores. En ese orden de ideas, es necesario garantizar la protección especial que ordena los artículos 44 y 46 de la Constitución Política para los niños y adultos mayores a los que se hizo referencia, toda vez que el fallo de primera instancia no los incluyó en la orden de amparo.

Sentencia de 3 de junio de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2010-00025-01(AC), MP. MAURICIO TORRES CUERVO

ACCIONES POPULARES

1. No se vulneran los derechos colectivos a los consumidores y usuarios y a la salubridad pública con empaques de artículos de aseo que muestran imágenes de alimentos

La pretensión del actor está encaminada a que se protejan los derechos del consumidor y el derecho colectivo a la salubridad pública, a través de la prohibición de la utilización de imágenes de frutas o alimentos en los empaques de productos de aseo, limpieza e higiene, que inducen a error al consumidor, en especial a la población infantil, quienes pueden consumir esta clase de productos bajo el convencimiento de ser comestibles, atentando de esa manera contra la salud.

Aplicadas las disposiciones analizadas al asunto *sub examine*, es claro para la Sala que la sentencia apelada debe ser confirmada, dado que no aparece probado en el proceso que los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda se encuentren ante la inminencia de un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio que sea necesario precaver por el juez de la acción popular. El argumento central de los demandantes está referido al riesgo de intoxicación que se presenta para la salud de los consumidores y usuarios, especialmente de la población infantil, cuando en los empaques o etiquetas de los artículos de aseo se muestran imágenes de frutas o alimentos que inducen a error. Sin embargo, la parte actora no aportó ningún elemento probatorio para demostrar idónea y validamente el daño, la amenaza o la vulneración a los derechos e intereses colectivos invocados, por la utilización de imágenes de frutas o alimentos comestibles en las etiquetas de los productos de higiene, aseo y limpieza. La expresión *“la intoxicación de menores con sustancias nocivas de uso casero ha demostrado un preocupante aumento en los últimos años...”* contenida en la demanda (folio 7) no hace referencia a la fuente estadística o documento epidemiológico de autoridad sanitaria competente que sustente o demuestre dicha aseveración. Sobre el particular, el INVIMA tiene previsto que cuando la Subdirección de Licencias y Registros considere que el producto de higiene, aseo o limpieza lleve una etiqueta de alto riesgo, lo remitirá al Comité de Publicidad del Instituto, para su evaluación. Para la Sala, esta decisión lejos de representar una amenaza a los derechos colectivos, salvaguarda los derechos de los consumidores en el control del registro sanitario que pueda inducir a error al consumidor sobre el contenido del productos que atenten contra la salud; ello aunado al hecho de que la normativa sanitaria sobre la materia prohíbe *inducir a error al consumidor*, pero no la utilización de figuras o imágenes de frutas en los artículos de aseo, higiene y limpieza de uso doméstico.

Sentencia de 20 de mayo de 2010, Rad. 66001-23-31-000-2004-00850-01(AP), MP. (E) MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

2. El IDU y la Alcaldía Local de Engativá son competentes para ejecutar las medidas tendientes a la protección y conservación del humedal Jaboque

Según se observa de los artículos 2º del decreto 980 de 1997 y 1º del decreto 759 de 1998, y contrario a lo sostenido por la apoderada del IDU durante el transcurso del proceso de primera y segunda instancia, este ente si es competente para la conservación, habilitación, construcción, reconstrucción, mantenimiento y pavimentación de zonas de uso público destinadas a la movilidad, tales como, zonas verdes, peatonales, andenes y obras complementarias, como las que se ponen en consideración en este proceso. En ese orden, probado como quedó en primera instancia, la vulneración del derecho colectivo goce del espacio público y sobre todo la protección especial que ha merecido la existencia del Humedal Jaboque, es necesario ordenar al IDU que en atención a las funciones de las que es titular, inhabilite la zona comprendida entre la carrera 114 y el río Bogotá sobre la calle 62 de manera progresiva hasta lograr el cierre definitivo, de modo que se garantice que zonas como la del citado humedal sean utilizadas para los fines prescritos en las normas

ambientales, como las recreación pasiva y educación ambiental, adoptando para ello las decisiones administrativas, técnicas y demás, necesarias para el cumplimiento de la presente orden. Ahora bien, revisadas las funciones de las que es titular la Alcaldía Local de Engativá y su correspondiente Junta Administradora, y habida cuenta de que fue vinculada al proceso cuando se admitió la demanda, esta Sala encontró que en el artículo 3° del Acuerdo 6 de 1992 se dispone que las Juntas Administradoras Locales deben propender por el mantenimiento y construcción de las zonas verdes, y promover acciones tendientes a la protección, recuperación y desarrollo de los recursos naturales y del medio ambiente, así como realizar campañas de educación ambiental y reforestación en sus localidades. En tal escenario, resulta evidente que la Alcaldía Local de Engativá y su Junta Administradora participen en la protección del derecho colectivo a un ambiente sano, razón esta suficiente para que de manera coordinada con las entidades distritales que tengan competencia para ello, deberán ejecutar la orden de cierre de la vía de la calle 62 comprendida desde la carrera 114 hasta el Río Bogotá, adoptando para ello las decisiones administrativas, técnicas y demás necesarias para el cumplimiento de la presente orden.

Sentencia de 10 de junio de 2010, Exp. 25000-23-24-000-2004-92425-01(AP), MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

SECCIÓN PRIMERA

1. Decreto municipal de estratificación socioeconómica de inmuebles residenciales no es objeto de control jurisdiccional directo mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Se demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el Decreto 10 52 de 1996 del Alcalde Municipal de Cali, por el cual se establece la estratificación socioeconómica de inmuebles de ese municipio, en cuanto ubicó a la demandante en el estrato 5 debiendo hacerlo en el 4.

Extracto: Vista esa normatividad y el contenido del Decreto municipal 1052 de 28 de junio de 1996, se observa que en cuanto adopta la estratificación socioeconómica del municipio de Cali, es un acto administrativo general e impersonal y, por lo tanto, susceptible de acción de simple nulidad; pero en tanto precisa el estrato de cada predio residencial, pasa a tener efectos particulares y concretos, lo cual según se señala en el mismo, se da en los anexos 1, Estratificación de manzanas agrupadas por comuna y barrio; 2, Estratificación de viviendas atípicas por comuna y barrio; y 3, Estratificación de lado no agrupados por comunas y barrio. De esa forma cabría decir que se trata de un acto administrativo mixto, pero que en virtud de su específica regulación, a diferencia de lo que ocurre con sus efectos generales y abstractos, no puede ser objeto de acción contencioso administrativa directa en relación con sus efectos particulares o concretos individualmente considerados, puesto que por fuerza de esa normatividad, el directamente afectado o interesado deberá provocar primero una decisión sobre su situación específica, mediante la reclamación señalada en el artículo 104 de la Ley 142 de 1994, con lo cual bien se puede afirmar que continúa la actuación administrativa iniciada por la Administración municipal en ejercicio de las funciones y atribuciones que le otorgan las normas en comento. Igualmente tendrá que agotar la vía gubernativa respecto de la decisión que se adopte frente a su reclamación, que en este caso implica la interposición y consiguiente definición del único recurso de que es susceptible ese acto, el de apelación, dado el carácter obligatorio de éste para cumplir aquel presupuesto de procedibilidad de la acción (artículos 50 y 63 del C.C.A.), con la observación de que si la reclamación o el recurso no se resuelven dentro de los términos señalados en la norma citada, operará el silencio administrativo positivo a favor del reclamante. *Tema nuevo*

Sentencia del 20 de mayo de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2001-03414-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2. Legalidad de Resolución de la DIAN que impuso a la sociedad demandante una sanción por infracción al régimen cambiario

Se invoca por la demandante la presunta violación de normas superiores, derivada de que, al parecer, la DIAN incurrió en una deficiente valoración de las pruebas documentales que acreditan el cumplimiento de sus obligaciones cambiarias, lo cual la llevó a considerar de manera equivocada que se violó el régimen cambiario.

Extracto: Tal como se comentó en páginas anteriores, el artículo 4° Resolución Reglamentaria N° 8 de 2000 dispone de manera clara e inequívoca que quien incumpla la obligación de presentar correctamente la declaración de cambio por las operaciones de cambio que realice, se hará acreedor a las sanciones previstas en el régimen cambiario, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales que sean pertinentes. No obstante lo anterior y ante la eventualidad de que se cometan errores en el diligenciamiento de los formularios respectivos, la Circular Externa DCIN-83 proferida por el Banco de la República, admite la posibilidad de que se hagan las aclaraciones y correcciones a que haya lugar. (...) Si se revisan con detenimiento los voluminosos documentos que forman parte de los cuadernos de antecedentes y de pruebas, como en efecto lo hizo la entidad demandada al imponer la multa cuestionada y al resolver el recurso de reposición, se puede advertir que en ellos no obra la más mínima evidencia de que ni la firma demandante ni el Banco de Bogotá hayan radicado dentro de dicho término, nuevas declaraciones de cambio encaminadas a corregir las inconsistencias que fueron advertidas en el auto de cargos 0001 de fecha 7 de enero de 2003, con respecto a las declaraciones de exportación mencionadas en esta providencia, en virtud de lo cual las declaraciones presentadas adquirieron un carácter definitivo. En ese orden de ideas, no puede predicarse que la administración haya incurrido en este caso en un error en la valoración del acervo probatorio, pues lo cierto es que en él no milita documento alguno que acredite la corrección de aquellos documentos dentro del término legal. *Reiteración de jurisprudencia*

Sentencia del 20 de mayo de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2005-00090-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

3. DIAN es competente para adoptar medidas administrativas para prevenir y controlar el lavado de activos que pueda derivarse de operaciones de comercio exterior

Se discute por el demandante la nulidad de la Circular Externa 170 de 2000 de la DIAN, porque, presuntamente, esa entidad carece de competencia para adoptar medidas contra el lavado de activos, ya que ello le corresponde a la Unidad e Información y Análisis Financiero.

Extracto: En el primer cargo la actora sostiene que la Circular 170 viola el artículo 5° del Decreto 1071 del 26 de junio de 1999 “Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones”, ya que, a su juicio, de su contenido no se deriva competencia alguna de la DIAN para regular la materia del acto acusado. (...) Como se advierte de la norma transcrita, la DIAN tiene por competencia, entre otras, la de controlar y vigilar el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, el apoyo a las operaciones de comercio exterior y la aprehensión, decomiso o declaración en abandono de mercancías a favor de la Nación, así como su administración, control y disposición, razón por la cual nada le impedía regular los mecanismos de prevención, detección y control del lavado de activos asociado con operaciones de comercio exterior y cambiarias sospechosas. Además, es importante destacar lo previsto también en el Decreto 1071 de 1999, artículo 4°: “Artículo 4o. Objetivo de la entidad. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias y la facilitación de las

operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad. (...) De igual manera, puede afirmarse que la expedición de la Circular 170 por parte de la DIAN encuadra dentro de la función otorgada a su Dirección General en el artículo 19, literal i) del Decreto 1071 de 1999 (...). Lo anterior, por cuanto es sabido que, por ejemplo, una de las modalidades de lavado de activos es mediante la importación de mercancía de contrabando que va a parar a los San Andresitos y al mercado informal (callejero), al igual que a sociedades de pantalla (importadoras, casas de cambio, etc.), en los que se mezcla el dinero ilícito con las ganancias legales, con el fin de dar apariencia de legalidad a los dineros así obtenidos. *Tema nuevo*

Sentencia del 10 de junio de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2006-00217-00, M.P. (E) MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad

4. Legalidad de Resolución de la DIAN que declaró el incumplimiento obligación aduanera consistente en acreditar en tiempo reembarque de mercancía y ordenó hacer efectiva una garantía

En acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demanda una Resolución de la DIAN que declaró el incumplimiento obligación aduanera y ordenó hacer efectiva una garantía, porque según la demandante sí se reembarcó una mercancía y esa entidad constató dicho hecho.

Extracto: La controversia en este caso gira en torno de establecer si basta que la actora hubiera reexportado la mercancía en tiempo o si además tenía la obligación de probar la salida ante la Administración dentro del término previsto en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 y, por lo mismo, si se podía o no hacer efectiva la garantía prestada para tal fin. (...) La póliza Global de Cumplimiento suscrita por la actora a favor de la DIAN, que se ordenó hacer efectiva mediante los actos acusados, señala como objeto de la misma (folio 9 del cuaderno principal): "ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACIÓN ADUANERA Y PARA LA IMPORTACIÓN Y/O EXPORTACIÓN Y/O TRÁNSITO ADUANERO Y/O CABOTAJES...". De lo reseñado se colige que a lo que se obligó la actora, de acuerdo con el texto del artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, en consonancia con la póliza suscrita, fue a "LA ENTREGA, DENTRO DE LOS QUINCE (15) DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE EMBARQUE, DE UNA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR EL TRANSPORTADOR DONDE ACREDITE LA SALIDA DE LA MERCANCÍA DEL TERRITORIO ADUANERO NACIONAL, so pena de que se le hiciera efectiva la garantía. Se afirma en la demanda y en el recurso que la actora sí cumplió con dicha obligación, pues reembarcó la mercancía oportunamente, hecho éste del que dio cuenta a la DIAN como respuesta al requerimiento que se le hizo, anexando certificación de salida de la mercancía. Al respecto, cabe señalar, que si bien es cierto que está probado dentro del proceso que la mercancía de la actora salió del país el 1º de febrero de 2001, no lo es menos que no demostró que le hubiera acreditado a la DIAN, para los fines de la cancelación de la póliza, con la certificación, que la mercancía salió del país en dicha fecha. Fue tan solo el 15 de marzo de 2001, conforme obra a folio 13 del cuaderno de antecedentes administrativos, que la demandante remitió a la DIAN la mencionada certificación, es decir, una vez vencidos los 15 días siguientes al embarque. *Reiteración de jurisprudencia*

Sentencia del 10 de junio de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2001-05057-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN SEGUNDA

1. Nulidad del acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Protección Social incluyó tres nuevas causales para negar la inscripción en el registro sindical no contempladas en la ley

Situación fáctica: Se centra en definir si el Ministerio de la Protección Social desbordó su potestad reglamentaria al contemplar en la Resolución 0626 de 2008, tres causales nuevas para negar la inscripción en el registro sindical.

En el orden legal colombiano, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 365 a 367, señaló el procedimiento para la inscripción del registro sindical y las causales que impiden dicho acto. El artículo 366 ídem, fue objeto de análisis constitucional por intermedio de la sentencia C-567 de 17 de mayo de 2000, que declaró inconstitucional el literal c), que limitaba la inscripción de un nuevo sindicato de empresa en donde ya existiere una organización de esta misma clase; de manera que las causales se circunscribieron a las contempladas en los literales a) y b), que hacen referencia a cuando los estatutos de la organización sindical sean contrarios a la Constitución Nacional, o la ley, y a cuando la organización sindical se constituya con un número de miembros inferior al exigido por la ley. Señala la norma que se podrá negar la inscripción únicamente por las causales allí contenidas. La expresión únicamente es excluyente, sin otras de su especie, es decir, no admite otras opciones a las allí consignadas, de manera que al incluir la resolución 0626/08 nuevas causales, como indefectiblemente lo fue, el ejecutivo legisló limitando la libertad sindical más allá de lo dispuesto por el legislador, vale decir, invadió la órbita del Congreso de la República excediendo su potestad reglamentaria, lo que conduce a declarar la nulidad del artículo 2 numerales 3°, 4° y 5° de la resolución 0626/08. El Ministro de la Protección Social, expidió la resolución que contiene los numerales demandados incluyendo como ya se expuso, tres nuevas causales para la improcedencia de la inscripción en el registro sindical de las contempladas en el artículo 366 del C.S.T., desbordando así la facultad subordinada, de contera que se constituye en una causal de nulidad que conduce a dejar por fuera del ordenamiento jurídico los numerales 3°, 4° y 5° de la Resolución 626 de 22 de febrero de 2008.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

Sentencia de 20 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2008-00192-00(2229-08), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad.

2. No hay lugar a devolución de sumas pagadas en exceso por indemnización por supresión de cargo recibidas de buena fe

Situación fáctica: Establecer si al demandado le asiste la obligación de devolver las sumas que le fueron pagadas en exceso por supresión de cargo o si en aplicación del principio de buena fe se encuentra eximido de tal obligación.

Es necesario precisar que en situaciones como las que ocupa la atención de la Sala, es carga de la administración cuando impugna su propio acto, y en tanto invoca como tema de la controversia un error que le es imputable, no solo demostrar el fenómeno de la ilegalidad dentro del que se contextualiza el error que hace anulable el acto, sino a demás la ausencia de la buena fe en el sujeto del derecho que a la sazón se beneficia del error; no cabe duda que la presunción constitucional del artículo 83 citada es de aquellas que la doctrina denomina *iuris tantum*, cuestión que evidencia la imposibilidad de su infirmación, claro siempre que millite la prueba o el argumento que de manera suficientemente explícita permita la convicción en torno a la ausencia de la buena fe de quien en su condición de titular del derecho establecido en el acto demandado concurre al plenario como parte pasiva de la acción. En consecuencia para la prosperidad de la demanda, las cargas que sume la administración demandante no se agotan solo con la prueba de la ilegalidad del acto sino además en y en conjunto aquella que toca con los elementos que logren infirmar la presunción a que se refiere el artículo 83 Constitucional. Como se infiere de la norma transcrita, en este caso en particular, le es exigible al Hospital, para que sea procedente la devolución de las sumas liquidadas en exceso, la demostración de la mala fe del demandado, pues la buena fe en sus actuaciones es una presunción

constitucional; es decir, la demostración de que el particular hubiese asaltando la buena fe del demandante para hacerse acreedor a las sumas que le fueron liquidadas y a las cuales no tenía derecho, pero lo cierto es que nada demostró. Con lo anterior, los pagos efectuados por el Hospital Centro Oriente E.S.E gozan de amparo legal, porque fueron recibidos de buena fe por el demandado y en ese orden de ideas, se considera que mal puede ahora el demandante, alegar en su favor su propia culpa, para tratar de recuperar unos dineros, que como se advirtió, fueron recibidos por una persona amparada por el principio de la buena fe.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

*** Salvamento de voto del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero:**

Las sumas pagadas en exceso por indemnización por supresión del cargo, las entidades tienen la obligación de recuperarlas sin que le sea oponible el principio de la buena fe

El acto administrativo que, de manera equívoca, reconoce un derecho para el administrado que no se ajusta al ordenamiento jurídico, no puede constituirse en fuente legítima del derecho reconocido ni, por ende, producir efectos jurídicos intangibles e inmodificables. Las entidades públicas no solo tienen el legítimo derecho, sino la obligación de recuperar los dineros públicos que por error hubiesen pagado de más a los administrados y más aún en tratándose de servidores públicos. Actuación que de ninguna manera riñe con el principio de la buena fe que se predica respecto del administrado que se beneficia con el acto administrativo. Precisamente, para casos como el del sub lite la ley previó una herramienta jurídica -acción de lesividad- que permite corregir los errores de la administración, previo el debido proceso y con plena garantía del derecho de defensa.

*** Salvamento de voto del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE**

Improcedencia de devolución de sumas pagadas en exceso por indemnización por supresión del cargo por tratarse de una prestación unitaria cuya prosperidad no depende de la inobservancia del principio de buena fe

En mi criterio, la limitación establecida en el citado artículo 136 [2], no implica que cuando se trate del reconocimiento indebido de prestaciones de pago único, la administración no esté en posibilidad de obtener del administrado el reembolso de lo mal pagado por dicho concepto. En consecuencia, tratándose del reconocimiento de prestaciones unitarias como la que se discute en el presente caso, consistente en el pago de una suma a título de indemnización por supresión del cargo en exceso a lo legalmente permitido, la declaratoria de nulidad del acto administrativo hace evidente el error de la administración, el cual no puede constituirse en fuente que legitime un derecho que carece de justa causa, y que se traduce en un detrimento patrimonial para el Estado. Con fundamento en lo expresado, considero que la acción de lesividad es la vía procesal adecuada para que la administración obtenga, a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la nulidad del acto enjuiciado, la devolución del mayor valor pagado por la entidad por concepto de prestación unitaria, cuya prosperidad no depende, como ya se ha dicho, de la inobservancia del principio de buena fe. Verificada la ilegalidad del acto demandado, considero, sin embargo, que el demandado si bien tiene la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado, la indexación del dinero no constituye en esta ocasión una carga en su contra, conforme la regla contenida en el artículo 2319 del Código Civil.

Sentencia de 20 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-13188-01(0807-08), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Se decreta la suspensión provisional del acto administrativo expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil donde se exige al concursante aportar nuevamente documentos requeridos en cada una de las etapas del Concurso

Situación fáctica : Se solicita la suspensión provisional del acto administrativo expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil donde exigen a los concursantes aportar documentos que obran en su poder y aquellos que fueron requeridos en actuaciones anteriores al concurso

El acto administrativo cuya suspensión se pretende es el artículo 20 del Acuerdo 21 de 2008, que dispone en lo pertinente: ARTÍCULO 20.- FORMA DE PRESENTAR LA DOCUMENTACION PARA LA ACREDITACION DE LA PRUEBA DE ANÁLISIS DE ANTECEDENTES. Para efectos del análisis de antecedentes, el aspirante deberá allegar toda la documentación que aportó en la etapa de estudio de requisitos mínimos, además de los documentos que acreditan estudios y experiencia adicionales a tales requisitos mínimos. Esta documentación deberá estar legajada, foliada y presentada en carpeta tamaño oficio, con marbete horizontal, indicando nombres, apellidos y número de cedula del aspirante (...). Considera la Sala que, en principio, la Comisión Nacional del Servicio Civil mal puede exigir la entrega de documentos que no sólo ha recibido por requerimiento expreso de su parte, conforme a lo dispuesto en la Convocatoria 001 de 2005, sino que además sirvieron de presupuesto para la citación y evaluación del examen de conocimientos específicos de los concursantes. Tal afirmación cobra sustento, en consideración a que la ley 962 de 2005 “por la cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la administración pública”, y el Decreto 2150 de 1995, prohibieron la exigencia de todo comprobante o documentos que acredite el cumplimiento de una actuación administrativa agotada, o de aquellas copias o fotocopias de documentos que la entidad pública tenga facultad legal de acceder. Así entonces, el hecho de solicitar nuevamente la documentación que el concursante aportó en la etapa de estudio de requisitos mínimos, quebranta, prima facie, las disposiciones de orden superior.

Auto del 29 de abril de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2009-00136-00(1949-09), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad.

4. Situación fáctica: Se revisa la legalidad del Acuerdo 0001 de 2006, mediante el cual se expide el reglamento del proceso de selección y concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación

a) La exigencia de información mínima en la convocatoria del concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación, no vulnera los principios de legalidad, publicidad, mérito e igualdad de oportunidades

El artículo 9º, inciso primero del Acuerdo 0001 de 2006, hace relación al contenido mínimo que debe tener la convocatoria, que no dista de los señalados en las normas generales que regulan la materia y a los cuales habría de acudirse en caso de vacíos. De lo dispuesto en el acto acusado no se deduce la violación que el actor le atribuye a los principios de legalidad, publicidad, mérito e igualdad de oportunidades. Por el contrario, las reglas que contiene la convocatoria, se ajustan a las previsiones contenidas en las normas superiores, fueron conocidas por todos los interesados en participar en el concurso, tiene en cuenta las calidades de los aspirantes y respeta el derecho a la igualdad en cuanto las condiciones en ella fijadas deben ser cumplidas por todos los que quieran acceder a alguno de los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

b) Posibilidad de contratar con personas naturales o jurídicas la asesoría o la realización total o parcial del proceso de selección y concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación. Procedencia

En cuanto al artículo 3º, inciso segundo del Acuerdo 0001 de 2006 afirma el actor, que al establecer la posibilidad de contratar con personas naturales o jurídicas la asesoría o la realización total o parcial del proceso de selección y concurso de méritos, previó una atribución a favor de la Comisión Nacional de Carrera de la Fiscalía, que no se encuentra prevista en la Ley. Sea lo primero expresar

que de conformidad con la Constitución Política, artículo 253 y la Ley 270 de 1996, artículo 159, la Fiscalía General de la Nación tiene un régimen autónomo de carrera y en desarrollo de esa autonomía integró la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de esa Entidad y le dio la facultad de otorgarse su propio reglamento, el cual está contenido en el Acuerdo No. 0002 del 27 de octubre de 2005, en cuyo artículo 3° se fijaron las funciones de la Comisión. De la comparación entre los artículos 11 y 13 de la Ley 938 de 2004 y el artículo 3° del Acuerdo No. 0001 de 2006 que el actor cita para afirmar que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera no tiene la facultad de contratar para el efecto referido en la norma acusada, no aparece la aludida transgresión.

c) Las reclamaciones por fallas o errores de la administración en el concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación, no incluye la solicitud de documentos que reposa en la entidad

Por último en relación con el aparte final del inciso tercero del artículo 12 del Acuerdo 0001 de 2006, al ordenar que las reclamaciones serán admitidas únicamente en el evento en que se aleguen fallas o errores de la administración, vulnera la disposición consagrada en el artículo 10 del C.C.A., que dispone que los funcionarios no podrán exigir a los particulares constancias, certificados o documentos que ellos mismos tengan o que puedan conseguir en los archivos de la Entidad. El actor funda la vulneración de la norma contenida en el Código Contencioso Administrativo, en el hecho de que existen funcionarios de la Entidad que participan en el concurso y que por la disposición demandada se podrían ver afectados por cuanto al no allegar algún documento que repose en la Entidad y no teniendo ésta la facultad de pedirlo, podría verse excluido del concurso sin posibilidad de alegar que la falta es de la Entidad y no del concursante. La situación que a manera de ejemplo trae el demandante, precisamente constituiría una falla o error de la administración, susceptible de reclamación por parte del concursante que siendo empleado de la Fiscalía no está obligado a aportar los documentos que estén en manos de la Entidad.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

Sentencia del 28 de abril de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2008-00017-00(0414-08), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.

5. Acuerdo de reestructuración de pasivos financieros no puede conllevar el desconocimiento de créditos laborales legalmente adquiridos

Situación fáctica: Se trata de establecer si la Administración al negar la indemnización por mora en el pago de las cesantías definitivas argumentando el proceso de reestructuración de pasivos financieros a la que se vio sometida, encuentra respaldo legal.

Con base en las consideraciones y en la jurisprudencia se puede decir que si bien en el proceso de reestructuración se deben supeditar derechos individuales del acreedor, al colectivo de satisfacer todos los créditos en igualdad de condiciones, también lo es que dicho sacrificio no puede ser de tal magnitud que conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales que puedan ser trasgredidos por un Acuerdo que cercene créditos laborales legalmente adquiridos. Es cierto que los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la ley 550, son de obligatorio cumplimiento para el empresario y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en ella. (Artículo 34 Ley 550 de 1999). También lo es que en el expediente no existe prueba que determine si el demandante en calidad de acreedor del municipio, hubiera participado en el acuerdo o habiéndolo hecho hubiera consentido en la condonación del pago de la indemnización por mora en el pago de sus cesantías. La Sala considera que la Administración no debió desconocer la obligación preexistente que tenía con el actor en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, por la potísima razón de que en los Acuerdos de reestructuración "Todas las obligaciones se atenderán con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a rebajas, disminución de

intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor..." (Artículo 34 Numeral 8 Ley 550 de 1999). Así pues, las obligaciones preexistentes a la celebración del acuerdo no se desconocen, sino que se ATIENDEN y se sujetan a rebajas, a disminución de intereses, a plazos o a prórrogas, pero en ningún momento se permite que el deudor insolvente las desatienda, las desconozca o peor aún, se auto absuelva de ellas. En el caso concreto, se tiene que el 4 de abril de 2003 la Administración Municipal le pagó, a través de la Fiduciaria FES, al señor De La Hoz, la suma de \$36.102.019.00, por "Pago Acreencia Ley 550 de 1999" sin que entre los conceptos cancelados haya alguno referente a la sanción por mora en el pago de cesantías. Pero por ningún lado se observa que la obligación causada antes de la celebración del Acuerdo, consistente en la sanción por la mora en el pago de las cesantías definitivas del señor De La Hoz de conformidad con la Ley 244 de 1995, hubiera sido pagada, simplemente fue desconocida por la Administración. Así las cosas, y de conformidad con las consideraciones que preceden, la entidad territorial demandada deberá reconocer y pagar lo referente a la sanción o indemnización por el no pago oportuno de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas al actor el 8 de marzo del 2001, por cuanto ningún sustento legal tenía para desconocerla.

Sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 44001-23-31-000-2004-00257-01(0928-07), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

6. La indemnización por supresión del cargo del empleado de carrera que ha desempeñado otro en encargo, debe ser liquidada con base al promedio de lo devengado en el último año de servicios

Situación fáctica: Establecer la base de liquidación de la indemnización por supresión del cargo de empleado que desempeñó otro en encargo

El Gobierno Nacional al reglamentar la forma como debe liquidarse la indemnización precisó que debe efectuarse con base "en el salario promedio causado durante el último año de servicios" (...). La dificultad aparece en la posibilidad de armonizar el inciso primero del artículo 140 del Decreto 1572 de 1998, con el numeral primero porque, aplicados a los casos concretos pueden resultar inequitativos y por ende, excluyentes, porque al liquidar "el salario promedio causado durante el último año de servicios", frente a la "la asignación básica mensual devengada a la fecha de supresión del cargo", contiene elementos subjetivos que pueden alterar, indebidamente, el reconocimiento de la indemnización. En efecto, la norma es clara al indicar que lo utilizado es el promedio de lo devengado en el último año de servicios, pero resulta que, eventualmente, un empleado antes de efectuar la supresión es encargado en un cargo de superior jerarquía lo que implica una mayor indemnización con respecto al cargo en el que estaba inscrito en carrera administrativa, o también es posible, como en este caso que, por razones del servicio, pero desconociendo el incentivo que comporta el encargo en un cargo de superior jerarquía, la Administración devuelva al grado de inferior jerarquía para efectos de lograr una inferior base indemnizatoria, por ello, la fórmula utilizada por el A quo de cuantificar la indemnización teniendo en cuenta el salario promedio causado durante el último año de servicios y los factores señalados en el artículo 140 del Decreto Reglamentario 1572 de 1998, se encuentra ajustada a derecho, pues lleva a la realización del sentido de la norma y el contenido de la indemnización prevista por el Gobierno Nacional. En otras palabras, la liquidación de la indemnización de un empleado que ha tenido variaciones durante el año anterior a su desvinculación por supresión, debe liquidarse conforme al inciso primero, es decir, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 68001-23-15-000-2002-01401-01 (0625-2007), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento

7. La fijación de la jornada de trabajo es competencia del Gobernador, por lo cual se niega la nulidad del Decreto 0206 de 2004

Situación fáctica: Determinar si el Gobernador de Cundinamarca se encuentra facultado para fijar la jornada de trabajo en la entidad territorial

La demanda que se ha instaurado se basa en una simple confusión semántica, pues el demandante se obstina en creer que fijar las horas del día dentro de las cuales el empleado debe dedicarse a la prestación del servicio, implica fijar la jornada laboral máxima y por ese camino modificar las escalas de remuneración, aspectos deferidos a la órbita del legislador y de las Asambleas y no al Gobernador del Departamento. Entonces, acude la parte demandante a la pura expresión literal empleada en el Decreto 0206 de 2004, como si la Administración hubiese afectado con el acto las escalas de remuneración o alterado la jornada laboral máxima legalmente establecida, cuando ninguna de esas dos cosas ocurrió. En su genuino sentido, el acto demandado apenas estableció el horario de trabajo que delimita la jornada laboral, sin afectar de ninguna manera el número de horas dedicadas al servicio, ni la escala de remuneración. Es cierto que la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso son una conquista de los trabajadores que no pueden ser afectados por la Administración, pues carece de competencia para ello. No obstante, el acto que fija el horario de trabajo, es decir las horas de entrada y salida de los recintos de la administración, sin exceder el número de horas legalmente establecidas, es una competencia que concierne a la buena marcha del servicio público y reside en el Gobernador, de conformidad con la normatividad que antes se citó copiosamente, en especial los artículos 305 de la Constitución Política y 95 del Decreto Ley 1222 de 1986.

Sentencia de 22 de abril de 2020, Exp. 25000-23-25-000-2004-09282-01 (1397-2008), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad

8. Retención del pago de cesantías procede cuando el empleado es destituido por conducta que pueda constituir delito contra la administración pública, sin que de su posterior pago se derive la obligación de pagar intereses de mora

Situación fáctica: Solicitud de reconocimiento de intereses de mora por retención de cesantías

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2712 de 1999 que en su artículo 3° previó medidas para proteger a la administración, permitiéndole efectuar la retención de las cesantías del servidor que es destituido como consecuencia de un proceso disciplinario cuando su conducta pueda llegar a constituir alguno de los tipos penales contemplados en el Título XV del Código Penal, de los delitos contra la administración pública. De acuerdo con lo anterior, el fin de la norma es preservar el interés general cuando la conducta del funcionario afecta el erario público pues, de esta manera, la administración puede contar con mecanismos jurídicos para asegurar que parte de lo que le fue sustraído ilegalmente retorne al patrimonio del Estado, porque al empleador estatal no sólo le asiste el derecho a defender el patrimonio público sino que, correlativamente, tiene el deber legal de hacerlo para garantizar la moralidad administrativa. Además de lo ya dicho, considera la Sala que, contrario a lo sostenido por el recurrente, no se requiere que se adelante el proceso penal inmediatamente por los hechos que dieron origen a la sanción disciplinaria de destitución sino que resulta suficiente, para que la administración pueda válida y jurídicamente retener las cesantías del trabajador, que los hechos por los cuales fue destituido se consideren como uno de los delitos previstos en el capítulo XV del C.P., porque del tenor literal del mencionado artículo 3° del Decreto 2712 de 1999 se desprende que los servidores públicos no podrán recibir el auxilio de cesantía cuando han sido "destituidos por faltas disciplinarias por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública". La Sala confirmará la decisión de primera instancia al encontrar probado que al actor se le liquidaron y pagaron sus cesantías dentro de los

términos señalados por los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995, esto es, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 109 del 27 de mayo de 2003, razón por la cual no hay lugar a ordenar la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso

Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 73001-23-31-000-2004-01302-02 (1872-07), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento

9. Se niega el impedimento por interés directo en el proceso para el reconocimiento de prima especial de servicios en la Fiscalía General de la Nación, por aplicarse un régimen distinto en la rama judicial

Situación fáctica: Impedimento de Magistrados de tribunal para conocer de proceso que tiene por objeto el reconocimiento de la prima especial de servicios

El Decreto 038 de 1999, que creaba una prima especial del 30% sin carácter salarial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, fue declarado nulo. Así las cosas, estima la accionante que la reliquidación se debe efectuar con la nueva remuneración fijada en el artículo 3 del Decreto 53 de 1993, sin tener en cuenta el artículo 6 del mismo estatuto. Revisado el expediente y la causal alegada, se estima infundado el impedimento para conocer del presente asunto, ya que los Magistrados del Tribunal no pueden verse involucrados en la situación descrita, porque a pesar de que el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 les reconoció la misma prima especial de servicios que a la demandante, el régimen de las prestaciones de los Magistrados de los Tribunales Administrativos es distinto al de las prestaciones que se solicitan en el escrito de la demanda. Como se puede observar, el régimen aplicable a los Magistrados del Tribunal Administrativo, Decreto 57 de 1993, no es el mismo que se aplica a la accionante al ser ésta una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, Decreto 053 de 1993, por lo que una eventual decisión que reconozca las pretensiones de la demandante no incide en su propia situación laboral y económica.

Auto de 11 de marzo de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2003-00870-01 (0151-2010), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento

10. No se pierde el fuero de carrera administrativa por ser incorporado a una nueva planta de personal, por lo que la insubsistencia en el cargo del empleado sólo procede por calificación insatisfactoria, sin que la administración pueda argumentar la falta actualización del escalafón cuando dicha omisión sea atribuible a ella

Situación fáctica: Determinar si la actora al estar inscrita en Carrera Administrativa, por el hecho de haber sido nombrada en provisionalidad en un cargo también de Carrera, y luego en virtud de la primera reestructuración de la entidad haber sido incorporada a la Planta Central de Personal y posteriormente en la segunda reestructuración se suprimió el cargo del cual fue retirada del servicio, perdió los Derechos de Carrera, o por el contrario tenía tal prerrogativa.

En el caso sub judice, aparece constancia de que la actora fue nombrada en otro cargo distinto al que era titular, el 6 de junio de 1990 ; no obstante, no perdió el fuero de la carrera, porque el ingreso al cargo del cual fue declarada insubsistente (Secretaría Ejecutiva Código 5040 Grado 18) se produjo por incorporación a la Planta de Personal y su vinculación laboral no varió, pues lo que se hizo fue incorporarla al mismo cargo que venía desempeñando, con el cambio de nomenclatura que en la nueva planta le correspondió. Y si el acceso a ese cargo no le originó pérdida de sus derechos antes de la incorporación y continuó en el mismo, mal podría predicarse después pérdida del derecho de Carrera Administrativa. Para declararla insubsistente, por calificación insatisfactoria, debieron calificarle sus servicios bajo las formas propias de un empleado inscrito en Carrera Administrativa,

circunstancia ante la cual no se acreditaron las necesarias y oficiosas gestiones administrativas tendientes a cumplir con las ritualidades propias del Concurso de Méritos, a efectos de que la libelista tuviera la obligación de realizar la actualización del escalafón que tanto le preocupa a la entidad demandada. No obstante realizó el procedimiento para la actualización de su documentación. Por ello el Tribunal de Cundinamarca se equivoca al considerar que con su aceptación voluntaria del nombramiento a otro cargo sin cumplir el proceso de selección perdía los derechos de Carrera Administrativa, ya que los efectos de las falencias del nominador dentro de un proceso de selección en el escalafón no le pueden ser endilgados al empleado que ha obrado de buena fe, bajo el pretexto de un escalafonamiento "desactualizado" ocurrido por omisión o negligencia de la Administración. El sub exámine es un vivo ejemplo de las recurrentes inconsistencias que en materia de manejo de personal se cometen con ostensible perjuicio de los funcionarios y de la imagen de la Administración Pública.

Sentencia de 15 de abril de 2010, Exp. 25000-23-25-000-1995-07690-02 (4021-05), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento

11. Se niega el reconocimiento de la pensión gracia por mala conducta, hecho aislado grave al incurrir el docente actos sexuales abusivos con estudiantes, aún después de cumplir la pena impuesta en el proceso penal

Situación fáctica: Determinar si el demandante tiene derecho a que Cajanal le reconozca, liquide y pague una pensión gracia teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a adquirir el status o si por el contrario, la sentencia penal condenatoria en contra del actor por el delito genérico "de actos sexuales abusivos" constituye una causal de mala conducta y en consecuencia, no tendría derecho a la pensión gracia en aplicación del régimen especial establecido en la Ley 114 de 1913.

La pensión vitalicia de jubilación consagrada en la Ley 114 de 1913 es una prestación especial y dado su carácter de excepcional, para su reconocimiento y pago, es indispensable que se cumplan a cabalidad las exigencias contempladas en la Ley. El artículo 4 de la Ley 114 de 1913 señala que para gozar de la pensión de jubilación gracia, se debe comprobar, entre otros requisitos, haber observado buena conducta. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, la mala conducta debe ser permanente durante el ejercicio de la labor docente, sin embargo, si bien es cierto que las consecuencias de un hecho aislado no pueden perpetuarse, también lo es que de ser considerado grave puede significar una mala conducta que impida el reconocimiento pensional. En el recurso de apelación el demandante manifestó que como ya cumplió la pena que constituyó la causal de mala conducta, ésta se encuentra subsanada. La Sala observa que el delito cometido por el actor fue desarrollado con ocasión de su ejercicio docente, puesto que los actos sexuales abusivos tuvieron como sujetos pasivos y víctimas a las estudiantes de la Escuela Anexa a la Normal Mixta "Los Andes", plantel en el que se desempeñaba como docente de 2º grado de primaria, lo cual evidencia una conducta reprochable durante su desempeño como docente que, además de ser una causal de mala conducta - Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 46, literal g) - constituye una falta grave que impide el reconocimiento pensional, independientemente de que haya sido pagada.

Sentencia de 29 de abril de 2010, Exp. 19001-23-31-000-2001-01664-01 (2293-2008), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.

SECCIÓN TERCERA

1. Condena en contra del Estado por la pérdida del derecho de dominio sobre un automotor que había sido retenido por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

La Sección Tercera de la Corporación abordó el estudio de un caso en el cual se hurtó un automotor de propiedad del demandante en el año 1996, pero que días después fue retenido por una patrulla policial porque dentro del mismo fue encontrada una sustancia ilegal. El bien fue puesto entonces a disposición de las autoridades competentes y una vez iniciada la investigación penal correspondiente, el automotor fue dejado a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual decidió entregarlo en forma provisional a un cabildo indígena en Mocoa - Putumayo. Culminado el proceso de extinción del dominio, la Fiscalía encargada de adelantar la investigación declaró la improcedencia de la extinción del dominio sobre el citado vehículo y, como consecuencia de tal decisión, ordenó la entrega definitiva del mismo a su respectivo propietario (demandante); sin embargo, ello no fue posible debido a que el bien había sido hurtado nuevamente, esta vez cuando se encontraba bajo tenencia del referido Cabildo.

En primer lugar, la Sala consideró que la acción de reparación directa ejercida por el demandante sí era procedente porque el daño que invocó como sustento de sus pretensiones lo fue el de la pérdida definitiva del derecho de dominio respecto de su vehículo automotor y porque tal daño se había imputado por la omisión en el deber de administrar eficientemente el bien y vigilar su cuidado.

La Sección Tercera del Consejo de Estado encontró demostrada la responsabilidad patrimonial de la Dirección Nacional de Estupefacientes por la pérdida total y definitiva del vehículo en la medida en que consideró que dicho ente faltó a sus deberes de custodia y vigilancia del automotor, el cual debía administrar de conformidad con lo previsto en la Ley 30 de 1986. Agregó la Sala que la negligencia de la entidad demandada fue de tal magnitud que ni siquiera se enteró del hurto del vehículo; también recalcó la Sala que la Dirección se limitó a informar al Cabildo Indígena que detentaba la tenencia del bien, de sus deberes como depositario provisional, pero nunca le exigió los informes, inventarios y garantías que acreditaran su cumplimiento; tampoco efectuó requerimiento alguno ni realizó inspecciones para verificar la situación del bien y fue tal la desidia de la entidad que dejó de verificar la situación del mismo, casi desde que realizó su entrega habida cuenta que no se enteró del hurto que se produjo dentro del año siguiente al depósito provisional. Como consecuencia de lo anterior, el Estado deberá pagar al demandante, una suma superior a \$ 260'0000.000, por perjuicios de índole material.

Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 52001-23-31-000-2004-01238-01(35.335) M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ (E). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

2. Debido al hurto de los materiales de la obra, el Estado deberá indemnizar a contratista por la afectación del equilibrio económico del contrato.

Aunque en el caso analizado se determinó que el riesgo sobre la actividad delincinencial que se cierna en relación con los materiales de la obra y las obligaciones respectivas no estaban específicamente asignadas en el contrato a alguna de las partes y que emana de la naturaleza del contrato que la firma contratista debe cuidar y prestar vigilancia a unos materiales que son de propiedad de la entidad contratante, lo cierto es que ello, a juicio de la Sala, no da lugar a que el contratista deba responder objetivamente por el hurto de tales materiales. Así discurrió la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar que la parte contratista adoptó las actuaciones que se requerían para cuidar los materiales con los cuales se ejecutaría el contrato, como lo fue la contratación de celaduría y encontrándose en una zona con graves dificultades de orden público hizo propuestas a la entidad estatal para cumplir con la vigilancia de los materiales, sin embargo, tales esfuerzos resultaron infructuosos para evitar el hurto de los mencionados bienes por parte de terceros. A juicio de la Corporación, al colaborador de la Administración no podía exigírsele el tener que responder por riesgos que excedieron lo razonable, como por ejemplo hacer frente a bandas fuertemente armadas, de modo que ante ese hecho resultaba procedente acceder al restablecimiento del equilibrio económico, habida cuenta concurrieron en el caso los elementos exigidos para que nazca la obligación correspondiente a cargo de la entidad estatal y a favor de la contratista, a saber: (i) ocurrieron eventos "exógenos a las partes del negocio"; (ii) con posterioridad a la celebración del

contrato; (iii) los cuales no se previeron dentro del texto contractual; (iv) son ajenos a la voluntad de las partes contractuales y (v) no resultan imputables a alguna de las mismas.

Sentencia de 28 de abril de 2010. Exp. 05001-23-26-000-1987-06047-01 (17.430) M.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ (E). ACCIÓN CONTRACTUAL.

3. Frente a la nulidad parcial del Decreto 3535 de 2005, operó la cosa juzgada relativa.

Al estudiar una acción de simple nulidad formulada, en única instancia, contra el inciso final del artículo 2º del Decreto 3535 de 2005, relacionado con la potestad que le asiste a la Superintendencia de Salud para contratar estudios de mercado selectivos sobre el juego de apuestas permanentes o chance, la Sala encontró que frente a esa misma disposición demandada, la Sección Primera de la Corporación se había pronunciado al respecto en el sentido de denegar su nulidad, la cual se sustentaba en los mismos cargos de la demanda que ahora era objeto de decisión, lo cual imponía la declaratoria, de oficio, de la excepción perentoria de cosa juzgada. En relación con este punto, se efectuaron las siguientes consideraciones:

El inciso segundo del artículo 175 del C.C.A., dispone que la sentencia que niegue la nulidad producirá cosa juzgada “erga omnes” pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada, de modo que, por una parte, la sentencia dictada aunque tiene un valor general, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tiene la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, sólo frente a los cargos de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia. Precisó la Sala que la decisión adoptada en el fallo desestimatorio, en tanto se contrae a los cargos de ilegalidad formulados en la demanda, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y -por lo mismo- no empece ni es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma. Cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aún cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto. Se agregó dentro del fallo en mención que en los juicios contenciosos de nulidad pura, para que prospere la excepción perentoria de cosa juzgada es preciso establecer respecto del otro juicio anteriormente decidido en el fondo mediante sentencia ejecutoriada: (i) si efectivamente media identidad de objeto, esto es que el objeto del litigio sea el mismo [la pretensión]; y (ii) si hay identidad de causa, o sea que los motivos de ilegalidad alegados en ambos litigios sean idénticos. En síntesis, si la decisión jurisdiccional es negativa para la pretensión anulatoria propuesta, la cosa juzgada tan sólo se configura respecto de lo efectivamente estudiado, vale decir, las causales de nulidad alegadas y el contenido del petitum que no prosperó.

Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 11001-03-26-000-2008-00103-00 (36.060). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE.

4. Condena en contra de la Nación por la muerte de soldado conscripto a quien se le disparó su arma al momento de limpiarla porque presentaba desperfectos.

En el proceso de reparación directa analizado por la Sección Tercera, se demostró que la muerte del soldado bachiller se produjo como consecuencia de un accidente cuando se le disparó el arma de dotación oficial que iba a limpiar debido a los imperfectos que ésta presentaba, no obstante que el arma se encontraba asegurada, circunstancia que comprometía la responsabilidad de la entidad demandada por ese lamentable hecho, dado que ocurrió mientras la víctima directa prestaba el servicio militar obligatorio y por una falla del servicio de la entidad demandada; precisó la Sala que el Estado debe responder por incumplir con el deber de devolver a la víctima, quien ingresó al servicio militar en buen estado de salud, en condiciones similares a las que se encontraba y además

debe responder porque hubo falla en el servicio por los imperfectos que tenía el arma con la cual se ocasionó el disparo.

Sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 76001-23-31-000-1995-02632-01 (18.717). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

5. El Estado deberá indemnizar a familiares de recluso que murió dentro del centro carcelario en el cual se encontraba recluso.

La Sección Tercera de la Corporación declaró la responsabilidad patrimonial del INPEC por la muerte de una persona que se encontraba reclusa en el centro carcelario del Distrito de Pereira, a causa de las heridas propinadas por otro recluso.

Señaló la Sala que en relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia. Así lo determinó la Sala para reafirmar que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas privadas de la libertad, en sitios de reclusión oficiales, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentran.

La Sala precisó que si bien el título de imputación de responsabilidad al Estado por excelencia corresponde al de la falla del servicio, lo cierto es que en estos eventos, debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que priva de su libertad por su cuenta y decisión, el régimen de responsabilidad se torna objetivo, esto es que a pesar de demostrar la diligencia de la Administración, queda comprometida su responsabilidad, sin perjuicio, claro está, que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a reclusos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles -por acción u omisión- a la Administración Pública.

Finalmente, la Corporación consideró que el cuántum indemnizatorio debía reducirse en un 50% -por concurrencia de culpas- dado que la víctima, a través de una actuación abiertamente temeraria, decidió tomar partido en una disputa que le era ajena y le ocasionó una herida a otro recluso con un arma cortopunzante, hecho que provocó que aquél respondiera a dicha agresión, causándole la lesión que finalmente le produjo la muerte.

Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp. 66001-23-31-000-1998-00454-01 (18.800) M.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

* Con aclaración de voto de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Enrique Gil Botero.

SECCIÓN CUARTA

1. a) Al Pago de lo no debido y al pago en exceso se les aplica el procedimiento para la devolución de saldos a favor

La controversia se concreta a determinar si procede el reconocimiento de intereses de mora a favor del demandante a partir del vencimiento del término que tenía la DIAN para decidir la solicitud de devolución que el actor presentó el 31 de julio de 2003. Si se determina que sí había lugar a ese reconocimiento, se deberá precisar si es procedente aplicar a la devolución a favor de los contribuyentes, las reglas de imputación del artículo 804 del E.T.

Extracto: De conformidad con el artículo 855 del E. T., la administración de impuestos debe devolver, previa las compensaciones a que haya lugar, los saldos a favor originados en los impuestos sobre la renta y complementarios y sobre las ventas dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la solicitud de devolución presentada oportunamente y en debida forma. Este término también se aplica para la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso. También está probado que, según la DIAN, el demandante no debió presentar esa declaración, porque para el año gravable en comento no estaba obligado a hacerlo en consideración a que no generó ingresos. En esa medida, la declaración no producía efectos, razón que motivó a la DIAN a conminarlo a presentar otra solicitud de devolución, pero no por saldo a favor sino por pago de lo no debido. Para la Sala, ese proceder de la DIAN vulneró los principios de economía, celeridad y eficacia de la actuación administrativa, pues, no obstante que teóricamente pueden establecerse diferencias entre el saldo a favor y el pago de lo no debido, lo cierto es que el trámite previsto para la devolución, por los dos conceptos, es el mismo. En efecto, el artículo 850 del E.T. dispone que la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor. En consecuencia, sí se vulneraron los artículos 863 y 855 del E.T. y, por lo tanto, sí había lugar al reconocimiento de intereses, a partir del vencimiento del término que tuvo la DIAN para responder la solicitud que el demandante formuló el 31 de julio de 2003, esto es, a partir del 15 de septiembre de 2003, como lo determinó el a quo.

b) No es procedente aplicar a la devolución a favor de los contribuyentes las reglas de imputación del artículo 804 del E.T.

En el recurso de apelación, la parte actora interpretó que de conformidad con el artículo 804 del E.T., los pagos que debía realizar la DIAN, a título de devolución a favor del contribuyente, debían imputarse primero a intereses y luego a capital. El artículo 804 del estatuto Tributario es claro en cuanto dispone que las reglas de imputación se aplican a los pagos que hagan los contribuyentes, no a los pagos que haga el Estado a los contribuyentes.

Sentencia de 27 de mayo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-01814-01(16963) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2. a) Son deducibles los pagos efectuados por concepto de contribución a las Superintendencias de Valores y Financiera

En los términos de la apelación interpuesta por las partes, la Sala decide la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la DIAN modificó la declaración de renta y complementarios a la Corporación Financiera de Occidente S.A. - En Liquidación, por el año gravable de 1999.

Extracto: La sentencia apelada concluyó, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de 13 de octubre de 2005, que la contribución a la Superintendencia Financiera es una erogación que

constituye aporte parafiscal por lo que tiene carácter obligatorio, vale decir, no queda al arbitrio del declarante pagarla o no, por lo tanto, era procedente su deducibilidad. Es decir, el Tribunal sí explicó la razón de la decisión. La Sala confirmará la decisión del Tribunal en relación con esta partida, pues al igual que se analizó respecto de la contribución a la Superintendencia de Sociedades consagrada en el artículo 88 de la ley 222 de 1995, la contribución a la Superintendencia Financiera es un aporte parafiscal que está dirigido a un grupo o sector socio-económico representado por las entidades financieras sometidas a su vigilancia y control, y aunque se trata de un tributo obligatorio no participa de las características de las tasas ni de los impuestos. Estas contribuciones están destinadas a brindar servicios o beneficios especiales a las sociedades obligadas a su pago y su recaudo no entra a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-465 de 1993 señaló que “las contribuciones para el mantenimiento de la Superintendencia Bancaria no son *impuestos*, sino tasas retributivas por la prestación de servicios por parte de la Superintendencia Bancaria que recaen sobre las entidades vigiladas”. La Sala mediante sentencia del 13 de octubre de 2005, reiterada en varias oportunidades, analizó la deducibilidad del pago de la contribución a la Superintendencia de Sociedades y precisó que las contribuciones parafiscales cumplen los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, como quiera que hacen parte de los egresos que con el fin de dar cumplimiento a disposiciones legales, de carácter obligatorio, deben cumplir las personas jurídicas y en consecuencia, forman parte de los gastos por administración de los entes económicos. Si bien no tienen una relación directa con el ingreso obtenido en desarrollo de su actividad, puesto que para obtenerlos no se requiere de su pago, es evidente que sí forman parte de las expensas necesarias, que a manera de gasto o deducción deben cumplir los entes económicos. (REITERACION)

b) Son deducibles los pagos efectuados por gastos de mantenimiento de los bienes recibidos en dación en pago

Los bienes que, excepcionalmente, reciben las entidades financieras como dación en pago de deudas previamente adquiridas en desarrollo de su objeto social, no son para que las entidades financieras se queden con ellos en forma permanente para el desarrollo de sus negocios. La intención es enajenarlos a la mayor brevedad posible, para recuperar el valor su acreencia. Además, la Superintendencia Financiera dispone un plazo de dos años para su enajenación, razón por la cual la Sala en diversas oportunidades lo ha calificado como activo movable. Por lo anterior, para la Sala, si bien por la dinámica de los negocios de las entidades financieras los bienes recibidos en dación en pago no hacen parte del giro ordinario de los negocios porque no están vinculados a un proceso de producción o venta del contribuyente, sí son activos que al ser enajenados representan recursos líquidos para la entidad, lo cual constituye la base para nuevas operaciones activas de crédito. Por otra parte, no es acertado el argumento de la DIAN según el cual los bienes recibidos no generan ingresos, sino solo cancelaron una obligación a su favor y a cargo del deudor hipotecario, ya que todo crédito concedido por las entidades financieras, genera necesariamente un rendimiento, el que para el evento en que el deudor incumpla con los pagos pactados, se sigue causando e incrementando la acreencia, luego, el bien se recibe por el valor de la deuda más los intereses que haya generado hasta la entrega, los cuales constituyen ingreso para la entidad, y los gastos incurridos con posterioridad que no hacen parte del costo por cuanto al recibirlos se abonan a la deuda, persiguen poder recuperar el costo por el cual fue recibido, y, que en el evento de ser superior genera una utilidad que en su momento va a ser gravada, de donde cumplen los presupuestos del artículo 107 del Estatuto Tributario, dado que el no ponerlos en condiciones adecuadas para su venta, daría lugar a una menor obtención de recursos líquidos para la entidad y, paralelamente, a un crecimiento patrimonial de la entidad representado en activos improductivos.

c) Para determinar la deducción por provisión de cartera se debe analizar el movimiento de la cuenta de gastos y no la de cartera

Se observa que la DIAN estableció la deducción con base en la cuenta 149010, correspondiente a provisiones, sin tener en cuenta que el análisis debía efectuarlo frente a la cuenta 51 (gastos) que es la que refleja lo que se llevó a la cuenta de gastos en el año y que al final de cada periodo gravable se cancela. A juicio de la Sala, no fue apropiado establecer la deducción con base en la cuenta 14, porque en ésta, que es una cuenta del activo, se traslada el saldo de un año a otro, de acuerdo con el movimiento de la misma provisión. En efecto, no es válido considerar que por el sólo hecho de que la cuenta 149010 refleje un saldo al 1 de enero de 1999, se deba rechazar la deducción por considerar que se está trasladando una provisión y, por lo tanto, una deducción de años anteriores, pues esta cuenta, que es del activo, refleja el movimiento que tuvo el rubro de provisiones en forma acumulada de años anteriores y muestra los movimientos créditos y débitos del año, además de varios ajustes. Ahora bien, el hecho de que se revise la correspondencia de los movimientos de las cuentas 14 (activo) y 51(gastos) en el transcurso del año, teniendo en cuenta que una es la contrapartida de la otra (en materia de provisiones), no significa que el saldo inicial de la cuenta del activo sea el mismo saldo de la cuenta de gastos, o que la provisión que se arrastró del año anterior se haya registrado como un gasto en el año siguiente. Lo anterior, porque una es cuenta del activo (14) que es permanente y que en materia financiera con mayor razón lo es la provisión de cartera, mientras que la otra cuenta (51) gastos es una cuenta de resultados, cuyo saldo final se cancela a 31 de diciembre de cada año, por lo que los gastos que en esa cuenta se registran corresponden a los de ese periodo gravable. En la cuenta de provisiones (14), el saldo inicial del periodo, corresponde al arrastre del saldo final del año anterior que puede contener arrastres de años anteriores, pero de provisiones y no de gastos. La DIAN ha debido verificar el desglose de la cuenta 51, con los auxiliares, para determinar si la sumatoria de esos movimientos coincidía con el total solicitado como deducción. Finalmente, el ejercicio que efectuó la DIAN de restar del saldo final de la cuenta provisiones, el saldo inicial de la misma cuenta, sería razonable, si la cuenta sólo registrara los movimientos correspondientes a la provisión y no otros movimientos como ajustes o reversiones, que modifican los saldos correspondientes.

d) No son deducibles los pagos efectuados a las asociaciones gremiales y profesionales

Para la Sala los pagos efectuados por la actora a las asociaciones gremiales y de profesionales ANDI y ACRIP no son deducibles del impuesto de renta, pues no son gastos necesarios para poder desarrollar su actividad productora de renta. Se tratan de aportes que, si bien reportan algún tipo de beneficio para la actora, como acceso a boletines y publicaciones sobre artículos relacionados con tales asociaciones, así como actualidad legal y administrativa, o acceso a foros, ofertas o cursos de formación que interesan al recurso humano de la actora, no puede considerarse que tales pagos fueran indispensables para obtener la renta, en la relación de causa - efecto.

Sentencia de 27 de mayo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-00846-01(16800). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

3. a) La falta de notificación del acto administrativo no genera nulidad sino inoponibilidad

Inicialmente se estudiarán aspectos tales como la notificación de los actos que resuelven los recursos tributarios; la motivación del requerimiento especial y la naturaleza de los conceptos de la DIAN. Luego, la Sala se centrará en establecer en qué momento se entienden realizadas y causadas las deducciones registradas en la declaración del impuesto de renta y complementarios, correspondientes a los pagos que se efectúan por indemnizaciones derivadas de un contrato de seguro y por el pago de intereses derivados de operaciones repo.

Extracto: De acuerdo con el artículo 565 del E.T., los actos que decidan los recursos interpuestos en el curso del proceso de determinación del impuesto deben ser notificados al contribuyente, por regla general, de manera personal y, subsidiariamente, por edicto cuando el contribuyente no comparece a notificarse personalmente del acto dentro de los 10 días siguientes, contados a partir de la fecha

del aviso de citación. De tal forma que la notificación por edicto procede cuando a pesar de haber enviado la citación al contribuyente a la dirección de ley, éste no se hace presente. Sin embargo, si la citación no se realiza debidamente, no puede la administración entender agotado el trámite para la notificación personal y proceder a notificar el acto mediante edicto, pues no se cumpliría la finalidad de garantizar que los actos administrativos sean conocidos por los administrados, para que puedan ejercer su derecho de defensa. Para la Sala, la notificación por edicto que efectuó la DIAN resulta inválida, toda vez que no agotó el mecanismo legal previo para efectuar la notificación personal, consistente en el envío de la citación a que alude el artículo 565 del E.T. No obstante lo anterior, si bien la notificación de la Resolución 622-900.012 fue irregular, no es procedente anular la liquidación demandada por esa sola circunstancia, “porque la falta o indebida notificación del acto definitivo, no es per se causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo); la violación del debido proceso como motivo de nulidad se refiere a la formación del acto, no a su falta de notificación, dado que ello lo hace inoponible (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), no nulo. Además, se insiste, la actora se notificó de la liquidación por conducta concluyente.” (REITERACIÓN)

b) Los gastos originados en los contratos de seguro de cumplimiento para efectos del impuesto de renta se entienden causados cuando se realiza el riesgo asegurado

Extracto: El seguro de cumplimiento, al cual ceñirá su estudio la Sala por ser aplicable al caso, tuvo su origen en la Ley 225 de 1938, cuyo objeto es el de servir de garantía a los acreedores de obligaciones que emanen de la ley o de los contratos, acerca de su cumplimiento por parte del obligado, entre otras. El riesgo asegurado, de conformidad con el artículo 1054 del Código de Comercio, se define como aquel “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.” El siniestro, por su parte, es la realización del riesgo asegurado, y, por tanto, “incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado.” En ese orden de ideas, en un contrato de seguro de cumplimiento, el nacimiento de la obligación a cargo del asegurador está subordinado al acaecimiento del evento dañoso previsto por las partes. Por ende, el siniestro constituye el origen de la obligación de pagar las correspondientes indemnizaciones. El nacimiento de la obligación no puede confundirse con la exigibilidad de la misma. La obligación nace por la realización del riesgo asegurado. La obligación es exigible a partir del momento en que el asegurador está obligado a pagar la indemnización, derivada de la ocurrencia del siniestro. De conformidad con el artículo 1080 del C. de Co., “el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad. (...)” Por tanto, se concluye que una vez verificado el siniestro, no nace, sino que se consolida el derecho del asegurado a obtener del asegurador el cumplimiento de la prestación, que no es otra que el pago de la correspondiente indemnización. Con fundamento en esos presupuestos, para efectos del impuesto de renta, y para los contribuyentes que llevan el sistema de causación, los gastos que se deriven de los contratos de seguro de cumplimiento, nacen cuando se realiza el riesgo asegurado. En ese momento se entiende causada y realizada la deducción por dichos gastos de acuerdo con los artículos 104 y 105 del E.T.

c) Los intereses originados en las operaciones de reporto o repo son deducibles en el mismo año o período gravable que surgieron los contratos respectivos

De conformidad con el artículo 1º del Decreto 4432 de 2006, las operaciones de reporto o repo “son aquellas en las que una parte (el “Enajenante”), transfiere la propiedad a la otra (el “Adquirente”)

sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el "Monto Inicial") y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero ("Monto Final") en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada." Este tipo de operaciones implica que quien hace la recompra paga una cantidad mayor al monto inicial de los valores vendidos. Esa diferencia entre la cantidad que se paga en el futuro y la que recibe quien compró inicialmente, es la tasa de interés pactada en las operaciones repo. En esa medida, la operación repo constituye un sólo negocio jurídico, cuyas obligaciones nacen en el contrato y no de manera independiente con la compra de los valores y la recompra de los mismos. En el sub lite es un hecho no discutido que la demandante suscribió el contrato por operaciones repo en el año 1998, pero contabilizó los intereses en el año 1999. En ese contexto, la Sala considera que esos intereses eran deducibles en el período gravable 1998, no obstante que se contabilizaron en el año 1999, porque tales intereses se derivaron de las obligaciones que surgieron de los contratos. De tal forma que al haber surgido para la actora la obligación de pagar los intereses a favor de la Compañía Asesores en Valores S.A. en el año 1998, la deducción de los intereses causados debió registrarse en la declaración del impuesto de renta y complementarios del mismo año. Lo anterior guarda coherencia con lo dispuesto en el literal a) del artículo 27 del E.T., en cuanto prescribe que los ingresos obtenidos por los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable, así no se haya recibido efectivamente el ingreso bajo cualquier forma que equivalga al pago.

Sentencia de 12 de mayo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-00977-01(16534) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

4. Cuando se cambia la modalidad de importación de temporal a ordinaria, los bienes que inicialmente no estaban gravados con IVA quedan gravados

La discusión se centra en determinar si hay lugar a la devolución del IVA que pagó la demandante en la importación de maquinaria pesada para industrias básicas.

Extracto: La ley aduanera respeta el régimen del IVA del Estatuto Tributario, cosa distinta es que si, al momento de presentar la declaración inicial de importación el bien estaba excluido, en consideración a la modalidad, importación temporal, cuando se modifica la declaración a una modalidad de importación ordinaria y el E.T. dispone que tales bienes cuando se importan por esa modalidad, están gravados, surge la obligación de pagar el impuesto. Cuando el artículo 428 del Estatuto Tributario señala "las siguientes importaciones no causan el impuesto a las ventas", se está refiriendo a que dichos bienes se encuentran excluidos de este tributo, por lo que se debe considerar que la importación de los productos allí descritos, entre los que se encuentra la maquinaria pesada para industrias básicas, no están sometidos al IVA y no les rige tarifa alguna, ni siquiera la del 0%, contemplada para bienes y servicios exentos. La intención del legislador con el artículo 14 de la Ley 223 de 1995 fue evitar el desequilibrio económico en los contratos con entidades estatales, en lo que se refiere a la tarifa general del impuesto a las ventas, exclusivamente, por lo que no se puede hacer extensivo a otros aspectos que rigen este tributo, como lo pretende la actora. En este caso particular, el bien fue importado temporalmente, y por tanto, no se encontraba gravado con el IVA, pero al modificarse la modalidad de importación a ordinaria, se causa el tributo, aspecto que desborda el alcance la citada disposición que la actora pretende que le apliquen. Se concluye también que tal disposición reafirma una vez más la obligación de liquidar y pagar el impuesto a las ventas en la importación de maquinaria pesada para industrias básicas y que en el caso particular los hechos sucedieron con posterioridad a la vigencia de la ley en comento. Por lo tanto, la Sala encuentra que las importaciones efectuadas por la sociedad actora no se encontraban exentas del pago del Impuesto a las Ventas, por lo que el IVA cancelado no constituye un pago de lo no debido, razón por la cual, se confirmará la sentencia apelada.

Sentencia de 12 de mayo de 2010. Exp. 13001-23-31-000-2003-02253-01 (17192). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

5. a) Está gravado con el impuesto de timbre el contrato de fletamento respecto de bienes entregados en zona franca

Se analiza si el contrato de fletamento suscrito por la actora con OCEAN TRADING INTERNATIONAL INC., está sujeto al impuesto de timbre. Concretamente, la demandante controvierte la decisión del Tribunal en los siguientes aspectos: a) El contrato de fletamento corresponde a una modalidad especial del contrato de transporte y por tanto está exento del impuesto conforme al artículo 530 numeral 27 del Estatuto Tributario; b) En el contrato de fletamento suscrito por la actora no se da el hecho generador del impuesto de timbre y, c) Se debe aplicar al presente caso la Ley 730 de 2001 que exceptuó del impuesto de timbre al contrato de fletamento.

Extracto: Actualmente, el artículo 1 del Estatuto Aduanero (modificado por el artículo 1 del Decreto 1198 de 2000) define el territorio aduanero nacional como la demarcación dentro de la cual se aplica la legislación aduanera; cubre todo el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa el Estado colombiano, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. Por lo anterior, el hecho de que el pescado deba ser entregado por el armador en una zona geográfica delimitada para efectos aduaneros, no significa que sea entregado fuera del territorio colombiano, pues como se mencionó, la zona franca pertenece al territorio colombiano y en tal sentido se concluye que el contrato de fletamento sí generó obligaciones en el país. En consecuencia, sí se configuró el hecho generador del impuesto de timbre en términos del artículo 519 del Estatuto Tributario.

b) El hecho generador del impuesto de timbre es instantáneo y por tanto se tiene en cuenta la norma vigente al momento de la suscripción del respectivo contrato

La Ley 730 del 31 de diciembre de 2001 estableció en su artículo 30 que “Los contratos de fletamento, afiliación o de vinculación de naves y artefactos navales registrados en Colombia, suscritos por empresas domiciliadas en territorio colombiano, al igual que los contratos de servicio por reparación o mantenimiento de naves y artefactos navales, no causarán impuesto de timbre”. Sin embargo, esta disposición, que es tributaria, sólo puede cobijar los contratos que se celebren a partir de que la ley entró en vigencia (12 de enero de 2002). Para la Sala, la ley 730 no puede aplicarse al presente caso por el hecho de que el recurso de reconsideración se hubiera decidido cuando la norma ya estaba vigente, pues en el impuesto de timbre, que es meramente documental, el hecho generador es instantáneo y el impuesto se causa al momento del otorgamiento de documentos públicos y privados, en los que consten obligaciones dinerarias. Es decir, que cuando la ley entró en vigencia, el impuesto ya se había causado con mucha anterioridad. En consecuencia, como para el periodo discutido no existía una exoneración legal del impuesto de timbre para el contrato de fletamento, la actora debió declarar el impuesto por este concepto en la declaración de retención en la fuente del quinto periodo de 1999.

Sentencia de 29 de abril de 2010. Exp. 13001-23-31-000-2002-01631-01 (17823). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

6. a) Los premios pagados en todo tipo de rifas promocionales están sujetos al impuesto de azar y espectáculos

Se analiza si para los periodos en discusión el actor debía declarar el impuesto de azar y espectáculos, respecto de los sorteos de suerte y azar promocionales y publicitarios que realizó. Y, por tanto, si era procedente la sanción por no declarar que le impuso el demandado.

Extracto: En el Distrito Capital, el régimen de las rifas y sorteos también estaba consagrado en los Decretos 0114 y 0115 de 1988, por los cuales se dictan normas sobre “rifas, concursos, juegos y espectáculos públicos”, puesto que tales normas estaban vigentes aún para la fecha de expedición del Decreto 352 de 2002. El artículo 6 del Decreto 115 de 1988 precisó que las rifas promocionales son “...aquellas que se realizan con fines publicitarios o de fomento a las ventas de bienes y servicios, en las que el derecho a participar en el sorteo se obtiene a título gratuito”. Así pues, todas las rifas están sujetas al impuesto de azar y espectáculos, cualquiera que sea el mecanismo utilizado para éstas, es decir, mediante la expedición de “billetes” o “boletas” vendidas previamente a los interesados en participar en ellas, o de documentos o facturas entregados a quienes adquieren determinados productos o servicios, motivados por la oferta de participar en rifas posteriores, que son precisamente las “rifas promocionales”. En sentencia de 31 de agosto de 2006 (exp. 15100), la Sala puntualizó que la palabra “rifas” utilizada por el legislador y por el Decreto 423 de 1996, en concordancia con los Decretos 114 y 115 de 1988, vigentes para los periodos en discusión, debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, como la actividad de sortear algo entre varias personas a las que se reparten o venden papeletas, billetes y cualquier otro documento que le permita acreditar su participación en el sorteo. De modo que el impuesto de azar y espectáculos lo generan tanto las rifas promocionales efectuadas mediante el uso de billetes, como las que no los utilizan sino que se valen de cualquier otro medio de participación en los sorteos. En el mismo orden de ideas, los premios pagados a los participantes en todo tipo de rifas, inclusive en las promocionales, generan el impuesto de azar y espectáculos, porque lo que la ley grava en las últimas no es el ingreso proveniente del pago de la boleta para participar en la rifa promocional, sino el premio entregado en virtud de ésta, al momento en que la rifa se realiza.

b) La base de la sanción por no declarar impuesto de azar y espectáculos públicos es el valor de los premios entregados

Comoquiera que en las rifas promocionales no existen ingresos gravados, porque el derecho a participar en los sorteos se obtiene a título gratuito, de modo que tales ingresos no se perciben, la Sala precisó que la base de la sanción está constituida por el valor de los premios entregados y no de la totalidad de los ingresos percibidos en el periodo gravable. En otras palabras, en las “rifas promocionales” la base gravable del tributo es el “valor de los premios que se deben entregar” y ésta, a su vez, es la base sobre la cual debe cuantificarse el monto de la sanción por no declarar

Sentencia de 29 de abril de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-00513-01(17162). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

7. a) Las actividades taurinas en Bogotá como espectáculo público no están gravadas con el impuesto de azar y espectáculos ya que las no sujeciones provienen de la ley

En los términos de la apelación, se examina si las actividades que desarrolló la Corporación Taurina de Bogotá durante los meses mencionados, se encuentran sujetas al impuesto de azar y espectáculos, conforme con los literales h) del artículo 11 del Acuerdo 28 de 1998, y del artículo 82 del Decreto 400 de 1999.

Extracto: La competencia del IDRD respecto de la “no sujeción” del literal h) de los artículos 11 del Acuerdo 26 de 1998 y 82 del Decreto 400 de 1999, se restringe a considerar las actividades taurinas como espectáculo público, conforme con el numeral 10 del artículo 2 del Acuerdo 4 de 1978, y esa consideración hace parte de las condiciones legales para que opere el referido tratamiento fiscal. Por tanto, la expresión administrativa del IDRD en relación con la naturaleza de la actividad taurina, es la que determina el momento a partir del cual puede aplicarse la “no sujeción” en cada caso concreto. Las normas distritales no previeron algún mecanismo específico para que el IDRD manifestara el carácter de espectáculo público a la actividad taurina. En consecuencia, concluye la Sala que cualquier forma de acto declarativo, entre los cuales se incluyen las certificaciones, es

medio idóneo para realizar dicha manifestación. En consecuencia, la certificación del 16 de enero de 2002 es documento suficiente para reconocer que, a partir de esa fecha, la Corporación Taurina de Bogotá no es sujeto pasivo del impuesto de azar y espectáculos, de acuerdo con el literal h) del artículo 11 del Acuerdo 26 de 1998 y del artículo 82 del Decreto 400 de 1999, normas que fueron invocadas en el mismo texto de la certificación, como marco legal de la misma.

Sentencia de 27 de mayo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00099-01(17262) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN QUINTA

1) Se declara nulidad de nombramiento de Cónsul General de Colombia en Chicago: falta de motivación del acto de nombramiento y falta de prueba de tiempo de experiencia requerido en lugar de título profesional

La Sección Quinta accedió a la pretensión de la demanda electoral instaurada por Misael Torres Ladino, anulando el Decreto 3359 de 7 de septiembre de 2009, por el cual el Presidente de la República nombró a Nancy Pulecio Vélez como cónsul general grado ocupacional 04 en el Consulado General de Colombia en Chicago, Estados Unidos.

En las consideraciones, la Sala inició por precisar su competencia para conocer el proceso en única instancia. Seguidamente, recordó que en el proceso electoral el demandado es únicamente el elegido o nombrado y que en las normas que lo gobiernan no está prevista la vinculación de la autoridad que expidió el acto impugnado.

En cuanto al fondo del asunto, analizó la estructura de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores e identificó al cargo de cónsul como uno de carrera diplomática y consular, que excepcionalmente puede ser provisto en provisionalidad, como era el caso de la demandada. Luego advirtió la necesidad de motivar esa clase de actos administrativos y profundizó en los requisitos del cargo de cónsul y en la posibilidad de homologar el de título profesional con experiencia debidamente acreditada. La nulidad se sustentó en la falta de motivación del acto demandado y, además, en la falta de prueba de la experiencia que la demandada debía demostrar ante la ausencia de título universitario.

a) Competencia del Consejo de Estado para conocer demandas contra nombramientos de altos dignatarios del Estado, como es el caso de los cónsules

“Para la Sala el apoderado de la parte demandada se confunde al creer que la competencia en este tipo de acciones se rige por la naturaleza jurídica de la relación surgida entre la prestataria del servicio personal y la entidad pública para quien lo hace bajo la relación legal y reglamentaria, cuando en verdad ello se gobierna por el acto que es sometido a control de legalidad, frente a lo cual el legislador extraordinario ha sido bastante claro en asignarle al Consejo de Estado, en única instancia, el conocimiento de las acciones encaminadas a juzgar la legalidad de los actos de elección o de nombramiento de los altos dignatarios del Estado, como claramente lo señala el numeral 3 del artículo 128 del C.C.A. (...) Además, el conocimiento del proceso electoral fue asignado a esta Sección por el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, que en lo pertinente prescribió que la Sección Quinta se ocuparía de “3. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos”. Así, aunque ya lo había anunciado la Sala en el acápite relativo a competencia, no cabe la menor duda que el juzgamiento de la designación de la señora Nancy Pulecio Vélez como Cónsul General de Colombia en Chicago - EEUU, efectuada por el señor Presidente de la República,

se asignó a la Sección Quinta en consideración a la naturaleza electoral del acto sometido a control, y no por el vínculo laboral existente entre la misma y el Ministerio de Relaciones Exteriores.”

b) Excepciones a la doble instancia tienen fundamento constitucional. Los actos de nombramiento que expide el Presidente de la República constituyen una de las excepciones a la doble instancia

“Por otra parte, sobre la garantía constitucional de la doble instancia, menguada en opinión del apoderado de la demandada porque este proceso electoral se tramita en única instancia, dirá la Sala que ese planteamiento no es de recibo porque el constituyente consagró en el artículo 31 Superior el mencionado principio en estos términos: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”. Si bien incorporó la regla general de accesibilidad a un juez de superior jerarquía para que el fallo de primera instancia fuera revisado, también reconoció que la misma podía tener excepciones, esto es que no todos los asuntos podrían contar con una segunda instancia, siendo una de esas excepciones el proceso electoral seguido contra los actos de elección o de nombramiento expedidos por el Presidente de la República, como en efecto lo prescribió el legislador extraordinario en el numeral 3 del artículo 128 del C.C.A., norma que desde la perspectiva constitucional no da lugar a su inaplicación por supuesta oposición a la Constitución Política (art. 4), ya que la situación no se ubica dentro de los eventos en que según la Doctrina Constitucional no opera la excepción.”

c) En el proceso electoral el demandado lo es exclusivamente el elegido o nombrado y no prevé vinculación de autoridad que expidió el acto de elección o nombramiento. Condiciones de aplicación del principio de integración normativa en el proceso electoral

“Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 83 del C. de P. C., el apoderado de la demandada sostiene que en este asunto ha debido demandarse, igualmente, a la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores. (...) El juez de lo contencioso administrativo no puede hacer una aplicación automática de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil cuando advierta vacíos en la normatividad del Código Contencioso Administrativo, ya que la integración normativa, para que se pueda dar, debe surtir dos pasos previos, consistente el primero en la verificación de que el proceso contencioso de que se trate no regule la misma materia, porque bajo ese supuesto la norma especial prefiere a la general, y relativo el segundo a que el operador jurídico constate que la institución del ordenamiento procesal civil armoniza con la naturaleza del respectivo proceso contencioso administrativo. Así las cosas, en cuanto al proceso electoral se refiere, no es posible aplicar el artículo 83 del C. de P. C., para inferir que al mismo debe vincularse a la persona jurídica o entidad pública que dictó el acto administrativo, ya que si bien en la expedición del Decreto 3359 del 7 de septiembre de 2009 -acto acusado-, intervino tanto el señor Presidente de la República como el Ministro de Relaciones Exteriores, frente a ellos no existe el deber legal de vincularlos procesalmente a la acción, dado que el legislador extraordinario previó, a través de un procedimiento de naturaleza especial, que las personas legitimadas para integrar el extremo pasivo de la relación jurídico-procesal, fueran los elegidos o nombrados, como así lo preceptúa el artículo 233 del C.C.A.”

d) Composición de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores

“La planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores se compone de cargos de libre nombramiento y remoción, cargos de Carrera Diplomática y Consular y cargos de carrera administrativa y los cargos de Carrera Diplomática y Consular corresponden a los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario y sus equivalentes en el servicio interno, salvo los cargos de libre nombramiento y remoción y los de apoyo en el exterior. Por lo mismo, dado que el cargo de Cónsul General resulta equivalente a los cargos de Ministro Plenipotenciario, Ministro Consejero y Consejero, que son categorías de la Carrera Diplomática y Consular superiores a la de Tercer Secretario, se infiere por la Sala que el cargo para el que fue designada la señora Nancy Pulecio Vélez -Cónsul General- forma parte de la mencionada Carrera Diplomática y Consular.”

e) Principio de especialidad en la carrera diplomática y consular. Condición para nombramientos en provisionalidad

“La posibilidad de nombrar en provisionalidad en cargos de Carrera Diplomática y Consular a funcionarios ajenos a la misma Carrera, la supeditó el legislador extraordinario a la imposibilidad jurídica de hacerlo con funcionarios allí escalafonados. (...) Luego de examinar las distintas pruebas que componen el plenario, advierte la Sala que ninguna fue aportada por la parte demandante para demostrar que en la Carrera Diplomática y Consular existían funcionarios aptos para ocupar el cargo de Cónsul General de Colombia en Chicago - EEUU, para lo cual no bastaba con suministrar un listado de funcionarios allí inscritos, sino que igualmente estuvieran legalmente disponibles según la alternación prevista en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000, ya que el personal al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores está obligado a laborar “con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna”.”

f) Doble connotación del principio de publicidad: derecho y deber. También involucra deber de la administración de expresar los motivos de sus actos. Clasificación de los actos administrativos según deber de motivación: discrecionales y no discrecionales

“El principio constitucional de la publicidad en el ejercicio de la función administrativa, es ambivalente porque puede considerarse, al mismo tiempo, como derecho y como deber. Desde la perspectiva del derecho, no hay duda que alude a los asociados, en la medida que, salvo las excepciones que imponga la reserva legal, los mismos bien pueden enterarse de las actuaciones y decisiones adoptadas por la administración pública, ya sea con un propósito de mera ilustración, o también con la intención de activar su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político para “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”, si consideran que el proceder de la administración se alejó de los dictados del ordenamiento jurídico. Y desde la óptica del principio de la publicidad, como deber, corresponde a las obligaciones que surgen para la administración, a fin de que sus actuaciones y decisiones se hagan conocer del público en general, cuando ello sea procedente, empleando con tal fin las diferentes formas de notificación legalmente previstas para actos de contenido particular o general. Una de las consecuencias jurídicas por omitir la publicidad de los actos administrativos se observa en el artículo 48 del C.C.A., consistente en la ineficacia de la respectiva decisión administrativa, porque la falta de notificación o la defectuosamente realizada lleva a que no se tenga por surtida y a que no produzca efectos legales la decisión. Para la Sala el principio de la publicidad incorpora una teleología especial y consagra una regla de actuación a ser observada por la administración. En efecto, la finalidad de ese principio es la interdicción de la arbitrariedad de la administración pública, ya que sus agentes, que deben actuar guiados también por el Principio de Legalidad, ya no lo pueden hacer a la sombra u ocultando sus actuaciones a los ojos de los asociados, puesto que por regla general han de hacerlas públicas, a efecto de que no puedan escapar al control que eventualmente pueda recaerles por una acción jurisdiccional. Y la regla general que de allí aflora, está referida al hecho de que la administración debe hacer públicas sus decisiones, pero también debe expresar en el respectivo acto las razones que la llevaron a actuar en determinado sentido, pues expresados los motivos en que se soporta el acto administrativo más factible resulta la tutela judicial efectiva, en la medida que los interesados podrán debatir abiertamente la legalidad de las causas del acto; sólo excepcionalmente le resulta procedente no motivar el acto administrativo, pero para ello debe recibir una habilitación legal. (...) La doctrina anterior, según la cual los actos administrativos deben motivarse por regla general, lleva a precisar que los actos administrativos se clasifican entre discrecionales y no discrecionales, siendo tipificados los primeros por lo prescrito en el artículo 36 del C.C.A., que sin exigir su expresa motivación sí ordena que los mismos se orienten ontológicamente por un proceso de proporcionalidad, consistente en que la medida “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, de modo que el empleo de la facultad discrecional obedezca, necesariamente, al fin legítimo de mejorar el respectivo servicio público. Por su parte, en los actos administrativos no discrecionales la administración pública está compelida a justificar la decisión respectiva, y para ello no puede menos

que motivarla, al punto que si la determinación calla en cuanto a su motivación, el acto surge a la vida jurídica viciado de nulidad, pues como se dijo líneas arriba, la regla general es que la decisión se motive, más cuando no corresponde al ejercicio de una facultad discrecional.”

g) El presidente de la Republica debe motivar los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular porque no constituyen facultad discrecional

“El Presidente de la República tiene el deber legal de motivar los actos de nombramiento en provisionalidad que se profieran para proveer cargos vacantes pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular. En segundo lugar, el deber de motivar actos de nombramiento como el acusado surge también de la configuración de esa potestad. Si en el artículo 60 se brinda la posibilidad al jefe del Ejecutivo Nacional de nombrar en provisionalidad y en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas ajenas a la misma por la imposibilidad de hacerlo con funcionarios pertenecientes a ella, es porque no se está en presencia de una facultad discrecional, sino por el contrario ante una facultad no discrecional, de modo que el nombramiento debe motivarse en el sentido de explicar las razones que llevan a hacerlo así, pues con ello se pueden estar vulnerando los derechos de los funcionarios escalafonados que serían llamados a ocupar provisionalmente el cargo, así como el mismo artículo 60 en cita. Y en tercer lugar, dado que los cargos inherentes al Ministerio de Relaciones Exteriores son los de Libre Nombramiento y Remoción, los de Carrera Diplomática y Consular y los de Carrera Administrativa, los nombramientos que se hagan para proveer cualquier cargo de las dos últimas categorías, sin importar el tipo de nombramiento al que se acuda, deben estar debidamente motivados porque no se trata del ejercicio de una facultad discrecional; en cambio, si la designación recae sobre un cargo perteneciente a la categoría de los de Libre Nombramiento y Remoción, el Presidente de la República puede hacerlo sin motivación, ya que se trata del ejercicio de una facultad discrecional.”

h) Requisitos para ocupar el cargo de cónsul. Homologación de experiencia por título universitario. La prueba documental extendida por autoridades extranjeras requiere autenticación y la extendida en idioma extranjero requiere además traducción oficial. Nulidad de nombramiento de cónsul por falta de motivación del acto y falta de prueba de experiencia en ausencia de título profesional

“Concreta este reparo el accionante en que la señora Nancy Pulecio Vélez, al momento de ser designada Cónsul General de Colombia en Chicago - EEUU, no reunía los requisitos previstos en los artículos 20 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000, ya que no contaba con título profesional, pues según su hoja de vida apenas sí acreditaba quinto (5º) grado de primaria. (...) Como quiera que el cargo de Cónsul General de Colombia en Chicago - EEUU, se asimila al de Ministro Plenipotenciario, supletivamente y por no contar con título universitario, la señora Nancy Pulecio Vélez estaba obligada a acreditar, como mínimo, siete (7) años de experiencia en cargos de dirección, confianza y manejo, por haberse desempeñado en el sector privado. (...) En idioma inglés obran el documento titulado Corporation Annual Report 1995 - Florida Department of State - Secretary of State - Division of Corporation, relativo a Stubbs & Pulecio Associates, Inc., en el que figura Pulecio Nancy como Officers and Directors, así como el denominado 2000 Uniform Business Report (UBR) Document # P99000064325 Entity Name Contactos USA, Inc., en el que bajo la casilla Officers and Directors aparece el nombre de Nancy Pulecio; junto a cada uno figura impreso y carente de firma un documento escrito en castellano bajo la leyenda Traducción No Oficial. Pues bien, tanto de la perspectiva formal como desde el punto de vista material, estos documentos no logran probar la experiencia alegada por la parte demandada. En cuanto a lo formal, porque según lo dispuesto en el artículo 259 del C. de P. C. y dado que se trata de documentos públicos por haber sido expedidos por autoridades de los Estados Unidos de América, su valor probatorio quedaba sujeto a que se presentaran “debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país”; empero, ni la parte demandada ni el Ministerio de Relaciones Exteriores al remitir la copia auténtica de la hoja de vida de la señora Nancy Pulecio Vélez, acreditaron esa exigencia, lo

cual lleva a que no se le pueda reconocer ningún mérito probatorio a los mismos, pues no alcanzó a configurarse la presunción iuris tantum prevista por el legislador extraordinario. Además, siguiendo en lo formal, por tratarse de documentos extendidos en idioma distinto del castellano, su apreciación probatoria igualmente dependía de que al proceso fueran aportados “con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez” (art. 260 C. de P. C.); es decir, que sólo con una traducción efectuada por un funcionario público de tal Ministerio o por un auxiliar de la justicia designado por la Sala para el efecto, podría reconocérsele mérito probatorio a su contenido. Sin embargo, ello tampoco ocurrió dentro del proceso (...) La pretensión anulatoria será acogida, ya que se demostró que con el acto acusado se infringieron las normas señaladas por el accionante, en particular porque el nombramiento no se motivó y porque la señora Nancy Pulecio Vélez, que no acreditó título profesional, tampoco probó tener los 7 años de experiencia requeridos para poder ocupar el cargo, apenas sí probó haberse desempeñado entre el 28 de marzo de 1980 y 1982 como Subgerente de la firma Citeve Asociados Limitada, tiempo inferior al indicado.”

i) En el proceso electoral no proceden órdenes de hacer o no hacer a la administración pública, como designar a una persona en un cargo

“Se desestimaré, en cambio, la pretensión segunda, encaminada a ordenarle al Presidente de la República -nominador- que designe como Cónsul General de Colombia en Chicago - EEUU, a un funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, porque el proceso electoral, como especie que es del proceso de simple nulidad, sólo se ocupa de efectuar un control objetivo de legalidad, sin que exista la posibilidad de que a través del fallo respectivo se impartan órdenes de hacer o de no hacer a la administración pública, quien a raíz de la nulidad decretada obrará conforme a Derecho.”

Sentencia de 3 de junio de 2010. Exp. 11001-03-28-000-2009-00043-00. M.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

* Aclaraciones de voto: Mauricio Torres Cuervo y Filemón Jiménez Ochoa

2) Se niega nulidad de elección del gobernador de San Andrés: a pesar de probarse la existencia de más votos que votantes en una mesa, los votos en exceso no modificaron el resultado

La Sección Quinta confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que negó las pretensiones de la demanda electoral instaurada por Leandro Pájaro Balseiro contra el acto que declaró elegido a Pedro Clavel Gallardo Forbes como gobernador de ese departamento.

El actor alegaba falsedad de documentos electorales porque en una mesa de votación las diferencias entre los formularios E-11 y E-14 sugerían más votos que votantes y porque el formulario E-14 de la misma mesa fue firmado por tan solo dos jurados de votación. De otra parte, atribuía al acto demandado las causales de nulidad de expedición irregular porque en el trámite previo a la declaratoria de elección no fueron incinerados los votos excedentes de la mesa que indicó y violación de normas superiores porque el Consejo Nacional Electoral no excluyó la votación espuria.

La Sala despachó desfavorablemente todos los cargos, con fundamento en los siguientes argumentos:

a) Modalidades de falsedad de documentos electorales. Para anular el acto de elección la falsedad debe alterar el resultado

“Esta causal de nulidad, sustentada en la presencia de registros electorales falsos o apócrifos, o de elementos falsos o apócrifos que hubieran servido para su formación, deriva en la alteración de la

verdad electoral, como cuando se supone la votación de personas que no han intervenido en las urnas, se hacen constar resultados que son ajenos a los verdaderamente escrutados (por exceso o por defecto), se finge la calidad de jurado de votación para sufragar sin estar autorizado, o se aduce una autorización inexistente para votar, o también cuando se altera materialmente el contenido de las actas o se incorporan en los cómputos de votos actas inválidas, y en general, cuando la declaración que contiene el documento no corresponde a la realidad. (...) Ha dicho esta Sala que un documento o un registro electoral es falso o apócrifo cuando se ocultan, modifican o alteran los verdaderos resultados electorales, por vía de acción u omisión, como cuando manifiesta algo diferente a la realidad electoral o deja de decir lo que debía expresar. (...) De otra parte debe tenerse en cuenta en la valoración del cargo que la existencia de un elemento falso o apócrifo, por sí mismo no conduce a la nulidad de las actas de escrutinio, pues ello se presenta sólo cuando la irregularidad tenga por efecto la alteración de los resultados electorales.”

b) Los votos depositados en exceso con respecto a los votantes deben incinerarse. Los votos irregulares no son determinantes en el resultado si no superan la diferencia entre el candidato elegido y el siguiente en votación

“La circunstancia de que en las actas de escrutinio de los jurados (Formulario E - 14) se consignen más votos que votantes (Formulario E-11), produce una alteración de la verdad electoral, y puede dar lugar a la anulación del acto de elección. Ello porque en la medida en que cada ciudadano está habilitado para depositar un voto, en la respectiva mesa sólo puede aparecer un número de sufragios consecuente con el de electores. Aquellos que se contabilicen más allá del de votantes habrán sido incluidos en forma irregular. (...) Ahora, puede suceder que en una mesa de votación sean depositados más votos de los posibles habida cuenta del número de personas que sufragaron, pero tal circunstancia no puede trascender a las actas de escrutinio porque en los artículos 134 y 135 del Código Electoral se establece la manera de corregir tal anomalía, asunto que le corresponde a los jurados de votación. Cuando se presenta un mayor número de votos en las urnas que votantes registrados en el formulario E-11, los jurados electorales deben devolver las tarjetas electorales a la urna, revolverlas, retirar tantos votos como excedan el número de votantes e incinerarlos. (...) Entonces las cifras totales de votos que arrojan los formularios E - 14 deben ser menores o iguales al número de votantes. Igual debe suceder con el E - 24, que se elabora con base en el E - 14. Pueden ser menores, porque como lo ha precisado la Corporación, en una jornada en la que se eligen varias autoridades es posible que un elector se abstenga de depositar la tarjeta electoral respecto de alguna de ellas. En la demanda en forma concreta se dijo que en el Formulario E - 14 de la mesa 6 del municipio Providencia, en la elección de Gobernador, fueron contabilizados 302 votos no obstante que en ella, conforme el Formulario E - 11, votaron 295 personas, por lo que el Acta de Jurados de Votación registra 7 votos irregulares. (...) Pues bien, como quiera que el exceso de votos sobre el número de votantes no puede justificarse de manera alguna se tiene que la falsedad así alegada se halla debidamente probada pues en la mesa 6 del municipio de Providencia se registraron más votos que votantes. (...) No obstante que la diferencia entre los registros contenidos en los Formularios E - 11 y E - 14 de la mesa 6 de Providencia se encuentra debidamente probada, ésta no tiene la idoneidad para generar la anulación del Acuerdo 7, pues tratándose de elecciones a cargos unipersonales la incidencia de los sufragios irregulares, por virtud del principio de eficacia del voto, consagrado en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral, debe analizarse considerando los resultados alcanzados por la persona que logró el favor popular y aquella que le siguió en votación, de manera que si al imputar los votos irregulares se vislumbra un cambio en los resultados, tal circunstancia se tornará suficiente para disponer la nulidad del acto de elección y ordenar un nuevo escrutinio. (...) De manera que si los votos registrados de más en el Formulario E - 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia se hubieran contabilizado a favor del candidato que resultó elegido y ahora se descontaran, no cambiaría la elección y por esa razón el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.”

c) Sería viable aplicar sistema de distribución ponderada en elecciones a cargos unipersonales

“Esta Corporación ha sostenido que cuando se presentan irregularidades que provienen de suplantación de electores, diferencias entre formularios E-11 y E-24, votos depositados frente a cédulas correspondientes a personas fallecidas o con pérdida de derechos políticos o de cualquier otra modalidad de fraude respecto del cual no sea posible determinar el candidato que resultó beneficiado, para determinar su incidencia, también puede acudir al sistema de distribución ponderada conforme al cual se toma el número de votos fraudulentos que por cualquiera de los anteriores conceptos fueron acreditados en una mesa de votación y se distribuye en forma ponderada entre los candidatos que hayan obtenidos votos en la mesa o mesas donde se presentaron. En otros términos, teniendo en cuenta el número de votos obtenidos por los diferentes candidatos en la mesa o mesas que resultaron afectadas, se procede a calcular la participación porcentual de cada uno respecto del total de votos validos depositados, luego de establecido el porcentaje de participación, se les asigna en esa misma proporción el voto o votos irregulares comprobados, procedimiento que se sigue en cada una de las mesas afectadas por las irregularidades antes descritas. Agotada la anterior etapa se suman los resultados que arroja cada una de las mesas hasta obtener cifras enteras y depuradas que corresponden al número total de votos irregulares que deberán descontarse a cada partido y candidato; concluida esta sustracción queda totalmente depurada la votación y puede precisarse si las irregularidades generaron un cambio en el resultado de la elección y, por lo mismo, si se impone la anulación de la elección. La anterior metodología consulta el principio de eficacia del voto, en cuanto permite que se tomen los votos irregulares en su justa medida y se distribuyan a prorrata de la participación que han obtenido los diferentes partidos y candidatos en la votación válida, sin sacrificar ni afectar los votos mayoritarios que representan la auténtica voluntad del elector. En principio, es aplicable a las elecciones para Corporaciones Públicas, pero esa circunstancia no es óbice para que se considere en cargos unipersonales.”

d) Presupuestos de configuración de la expedición irregular como causal de nulidad de actos administrativos. Irregularidades relevantes o sustanciales e irrelevantes o accidentales. No incineración de votos que exceden votantes no configura expedición irregular del acto de elección si no alteran el resultado

“El vicio de la expedición irregular se configura cuando se desconocen las reglas establecidas para la formación del acto administrativo, ya porque no se cumple con alguna formalidad en el trámite previo, ora porque se desconoce la forma en la que, según la ley, debe dictarse. En el procedimiento de formación del acto pueden darse 2 clases de irregularidades, unas relevantes o sustanciales y otras irrelevantes o accidentales. Son relevantes aquellas que tienen la suficiencia para alterar el sentido de la decisión e irrelevantes aquellas otras que no inciden en éste. Sólo las primeras son capaces de estructurar el vicio de la expedición irregular, en términos generales, por virtud del principio de legalidad con arreglo al cual se cumple la función pública administrativa y, de manera especial, tratándose de actos electorales, por virtud del principio de eficacia del voto establecido en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral. El demandante adujo que la omisión de implementar el proceso establecido en el artículo 135 del Código Electoral vició de ilegalidad el acto de elección. Pero como quedó analizado en el aparte anterior (falsedad por razón de las diferencias entre los Formularios E- 11 y E - 14) la citada irregularidad no estructura una causal de anulación porque el hecho de que no se hubieran incinerado los 7 votos de más, no afectó el resultado electoral, pues como quedó precisado si éstos hubieran sido a favor del demandado, y se le descontaran, mantendría la diferencia que lo erigió en gobernador.”

e) Competencia del Consejo Nacional Electoral para resolver desacuerdos entre delegados se limita a reclamaciones y recursos sobre los escrutinios

“Si bien el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para apreciar cuestiones de hecho y de derecho, y resolver los desacuerdos que se presentan entre sus delegados, esa atribución se circunscribe a las diferencias que se susciten al momento de decidir sobre la reclamaciones que, con base en el artículo 192 del Código Electoral, se presentan por primera vez en el escrutinio que éstos

adelantan y/o sobre los recursos presentados contra los actos que resuelven sobre las reclamaciones radicadas en el escrutinio de mesa o en el municipal.”

Sentencia de 20 de mayo de 2010. Exp. 88001-23-31-000-2008-00001-01. M.P.: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

*Aclaración de voto: Mauricio Torres Cuervo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. Adjudicación de contrato de concesión del tercer canal privado de televisión requiere por lo menos dos ofertas

En ese sentido respondió la Sala de Consulta y Servicio Civil la solicitud de ampliación del concepto 1966 de 5 de octubre de 2009, que formuló el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El Ministerio consultante indagaba, esencialmente, sobre la posibilidad de adjudicar el contrato de concesión del tercer canal de televisión al proponente único, ante el retiro de los otros dos participantes en el proceso de selección.

La Sala de Consulta y Servicio Civil contestó enfáticamente que aquello no era viable, porque si bien la ley permite la adjudicación al proponente único bajo expresas condiciones (Decreto 2474 de 2008, artículo 90), en el caso concreto *“la presentación de una sola oferta haría inoperante el mecanismo de calificación económica de las propuestas y truncaría el propósito de maximización de recursos del Estado”,* además de que *“en este caso no se está frente a un bien cualquiera del Estado, sino ante un recurso escaso cuya adjudicación debe satisfacer las diferentes exigencias legales”.*

Dice el concepto:

a) Adjudicación de contrato de concesión de canales de televisión debe hacerse siempre por licitación pública y con pluralidad de oferentes. Es inadmisibles la contratación directa, aun cuando exista un solo operador inscrito en el RUO

“La exigencia de licitación pública presupone una convocatoria pública para que, en igualdad de oportunidades, se presenten ofertas para contratar con el Estado, por todos aquéllos que están en condición de cumplir los requerimientos de la Administración. Ello conlleva, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, publicidad, igualdad de oportunidades, concurrencia y competencia entre los interesados, de lo cual debe surgir la propuesta más favorable para el interés público. (...) En estos casos en que sólo una persona estaría en posibilidad de cumplir el objeto contractual, la contratación directa facilita, sin abandonar en todo caso los principios de publicidad y transparencia, que la Administración pueda negociar los términos del contrato con el oferente único, con el fin de obtener, por esa vía, la mejor propuesta posible para el interés general. Si se usara la licitación pública, además de la ineficacia de un llamado público a contratar, la Administración perdería esos espacios de negociación y quedaría atada a los términos de la oferta del único participante, quien al saber por anticipado que no tendrá oponentes, ajustará su propuesta a los mínimos requeridos por la entidad en el pliego de condiciones, desvirtuándose así los fines de la licitación. Por tanto, en este punto no le asiste razón a la entidad consultante cuando señala para el caso concreto que si en esa verificación previa del RUO se estableciera que solamente existe un único inscrito, ello no sería obstáculo para abrir la respectiva licitación pública, pues es claro que en tal evento el uso de este procedimiento contractual, que se sustenta en la posibilidad de concurrencia real de varios interesados, sería puramente formal y no atendería a una voluntad real de recibir varias propuestas.

Ahora, como en el caso de la adjudicación de los canales nacionales de televisión es inadmisibles, se repite, acudir a la contratación directa habida cuenta de la exigencia legal de licitación pública, la Sala considera que si sólo existiera una persona inscrita en el RUO, no se podría iniciar el respectivo proceso contractual y la Comisión Nacional de Televisión estaría obligada a hacer nuevas convocatorias o llamados para lograr un número plural de inscritos con los cuales abrir una licitación pública, en la que la libre competencia en igualdad de oportunidades permita la adjudicación del tercer canal de televisión en las mejores condiciones posibles para el interés general."

b) Requisitos generales de adjudicación de contratos estatales

"Sin perjuicio de las demás condiciones que se advierten enseguida, la adjudicación de los contratos estatales, está sujeta a que se cumplan los fines de la contratación (tanto los generales como los particulares de cada caso) y a la aplicación de los criterios técnicos y los factores económicos de escogencia definidos en el pliego de condiciones, todo ello en orden a establecer la existencia real de la que pueda ser considerada como la oferta más favorable para la entidad."

c) Principio de concurrencia: Garantiza la libre competencia en la contratación estatal

"El principio de concurrencia impone así a la Administración cargas y actos de garantía en relación con la elaboración de pliegos de condiciones que permitan el acceso y participación efectiva de todos los posibles interesados y favorezcan la competencia entre los participantes, así como la presentación del mayor número de ofertas posibles. Por tanto, proscribida la discriminación en el acceso al proceso de selección y todas aquellas exigencias que impidan la participación de los interesados en condiciones de igualdad y claridad. Se busca entonces que la Administración pueda beneficiarse, a partir de la oposición entre los interesados, de las ventajas económicas que la libre competencia aporta a la contratación estatal al momento de obtener la oferta más favorable."

d) El principio de concurrencia no condiciona la adjudicación del contrato a la presentación de más de una propuesta. La presentación de una sola oferta no conduce por sí sola a declarar desierta la licitación

"Con la desaparición en la Ley 80 de 1993 de la exigencia de dos propuestas hábiles como condición necesaria para adjudicar el contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido señalando que la presentación de una sola oferta no desconoce per se el principio de concurrencia de la licitación pública y que, por ende, es suficiente para que la Administración pueda adjudicar el contrato a aquél proponente único que cumple las condiciones objetivas de selección señaladas en el pliego de condiciones; y que, en esa medida, la presentación de una sola propuesta no es razón válida y suficiente para declarar desierta la respectiva licitación."

e) Condiciones para adjudicar el contrato al proponente único. Reglas de adjudicación del contrato en la subasta inversa, según existan varios o un solo proponente

"La posibilidad de adjudicar al proponente único tiene varias condiciones: a) El proponente debe reunir los requisitos habilitantes exigidos; b) La oferta debe satisfacer los requerimientos del pliego de condiciones, tanto formal como materialmente; c) Se deben respetar en todo caso las normas sobre subasta inversa. Con relación a este último requisito, cuya revisión es de utilidad por tratarse también el caso analizado de una subasta (aunque ascendente), es especialmente importante el artículo 22 del mismo Decreto 2474 de 2008, que regula lo relativo a la pluralidad de oferentes en los casos de subasta inversa. (...) Respecto de este artículo, la Sala observa lo siguiente: -Como regla general exige que existan dos proponentes hábiles para realizar la subasta (inciso 1); -Si no existe dicha pluralidad, permite ampliar los plazos para sanear requisitos habilitantes con el fin de conseguir varios oferentes que participen en la subasta (inciso 4); -Agotado lo anterior, permite

incluso rehabilitar participantes ya eliminados con el fin último de lograr un número plural de proponentes que concurren a la puja (parágrafo); -Consagra como posibilidad última la de adjudicar al único oferente “siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones” (inciso 5), es decir que ello no afecte patrimonialmente a la entidad. Así las cosas, la expresión “sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa” del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 significa que si bien en los casos de subasta inversa también es posible adjudicar un contrato a un oferente único, tal posibilidad constituye una opción última y residual, que sólo es viable, por la naturaleza y fines de ese mecanismo de adjudicación (maximizar los beneficios para el Estado a partir de la competencia entre varios oferentes), cuando luego de varios llamados a participar y de buscar por diversas vías la habilitación de otros proponentes, se tiene certeza que sólo una persona, que cumple los requisitos habilitantes y satisface las necesidades de la entidad, tiene interés en ofrecer al Estado los bienes y servicios que éste requiere. Y en todo caso, como se dijo, siempre que ello no impida cumplir los fines que persigue la entidad, obtener un precio que se adecúe a lo presupuestado y obtener la oferta más favorable. Se observa así que la posibilidad de adjudicación con oferente único, nacida en el contexto de los tradicionales mecanismos de adjudicación del contrato, en los que operan ciertas reglas de de automaticidad o adjudicación compulsoria, no puede aplicarse con la misma lógica e intensidad en aquéllos casos en los que, como en la subasta, se busca que la oferta definitiva surta de un proceso de conformación dinámica y gradual a partir de la competencia real y efectiva entre distintos oferentes habilitados, que disputan, optimizando, las condiciones mínimas fijadas por la entidad estatal. De esta forma, cuando por su estructura y fines, el proceso contractual requiere esa pluralidad de oferentes, las posibilidades de adjudicación con oferente único se reducen y estarán condicionadas a la satisfacción de las exigencias del pliego, a las necesidades de la Administración, y, lógicamente, a los fines que la ley haya previsto para cada procedimiento contractual en particular.”

f) Es imperativo que exista más de un oferente en la licitación para la adjudicación del tercer canal nacional de televisión privada. Es inviable adjudicar el contrato de concesión al proponente único

“Si sólo existe un oferente y éste de antemano sabe que no habrá competencia (porque es el único inscrito en el RUO o porque los demás interesados se retiran del proceso contractual antes de vencerse el plazo para presentar ofertas), es claro que aquél no tendría ningún interés en hacer un ofrecimiento por encima del precio base o a lo sumo por ese valor más uno ($x+1$), lo cual le bastaría para cumplir, formalmente, con la exigencia del pliego de condiciones de presentar una Oferta Económica para Competir y Ser Elegido que sea superior al precio inicial propuesto por la CNTV; no obstante, es claro que en ese escenario se desvanecerían los propósitos del respectivo proceso contractual y se estaría renunciando por anticipado a una oferta real y efectiva por encima del precio base que se ha fijado. Como señala el Ministerio Público, en el contexto de la estructura contractual que se ha escogido por la CNTV, la presentación de una sola oferta haría inoperante el mecanismo de calificación económica de las propuestas y truncaría el propósito de maximización de recursos del Estado, lo que haría imposible entender cumplidos, tanto los fines del contrato (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007) como las condiciones necesarias para hacer una adjudicación con proponente único (artículo 90 del Decreto 2474 de 2008), especialmente en lo relativo a que se satisfagan materialmente las exigencias del pliego de condiciones. Advierte la Sala que en este caso no se está frente a un bien cualquiera del Estado, sino ante un recurso escaso cuya adjudicación debe satisfacer las diferentes exigencias legales antes mencionadas. (...) Además, en la medida en que el proceso contractual del tercer canal también está estructurado para que los aspectos técnicos y de programación (no sólo los económicos) se mejoren por los proponentes a partir de la expectativa de competencia entre ellos, el hecho de hacer una licitación con un oferente único al que le bastaría conformarse con los requerimientos mínimos del pliego, afectaría también la calidad de la propuesta que se espera, que, como señaló la Sala, debe ser igualmente tenida en cuenta por la CNTV por mandato de la Ley 182 de 1995. Por tanto, la Sala considera que en las condiciones expuestas no se darían los supuestos previstos en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 para adjudicar una licitación con oferente único, en tanto que los fines que se persiguen no se lograrían

con la participación de una sola persona, sino con la de varios interesados que compitan de manera real y efectiva en el mejoramiento de las condiciones técnicas y económicas del pliego de condiciones.”

g) Vigencia de la inscripción en el registro único de oferentes de la Comisión Nacional de Televisión. Retiro de proceso de contratación no revoca inscripción

“Como se señaló anteriormente, la Ley 182 de 1995 establece que la inscripción en el Registro Único de Oferentes de la Comisión Nacional de Televisión tendrá una vigencia de dos (2) años y que “esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación”. (art.182). De otra parte, la Sala observa que la revocatoria del acto de apertura de la licitación pública 001 de 2009 para la adjudicación del tercer canal de televisión, tal como fue motivada, no hizo mención alguna a la renuncia de algunos de los proponentes a dicho proceso contractual, sino que se basó en las observaciones de los organismos de control, lo que determina que la misma no tendría ningún efecto sobre las actuales inscripciones en el RUO.”

Concepto 1966 (ampliación) de 25 de febrero de 2010. M.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Autorizada su publicación con oficio No. 388846 de 17 de junio de 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

NOTICIAS DESTACADAS

PRESIDENTES DE LAS ALTAS CORTES SE REUNIERON CON JUAN MANUEL SANTOS

El presidente del Consejo de Estado, Luis Fernando Álvarez Jaramillo, junto con los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, Jaime Arrubla Paucar, de la Corte Constitucional, Mauricio González Cuervo, y del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Escobar Henríquez, se reunieron con el presidente electo de los colombianos, Juan Manuel Santos Calderón.

Esta reunión se dio en el marco de un acercamiento entre el gobierno y las altas cortes, con el fin de mejorar las relaciones entre ambas ramas del poder.

En dicho encuentro quedó expuesta la disposición de ambas partes para dialogar y llegar a acuerdos sobre temas relevantes que se tratarán a partir del 7 de agosto, fecha en la que Santos se posesiona oficialmente como nuevo presidente de Colombia.

Este resultó ser un acercamiento cordial y positivo donde hubo un ambiente de diálogo y concertación entre el Gobierno y las Altas Cortes. Por su parte, Juan Manuel Santos aseguró que cualquier modificación a la Rama Judicial no se hará sin llegar antes a un consenso.

CONSEJO EDITORIAL

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Rafael E. Ostau De Lafont P.
Presidente Sección Primera
Gustavo Gómez Aranguren
Presidente Sección Segunda
Ruth Stella Correa Palacio
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Mauricio Torres Cuervo
Presidente Sección Quinta
Enrique J. Arboleda Perdomo
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Lucía Mazuera Romero**
Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escríbanos a: boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co