



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 11
• Sección Primera	11 - 16
• Sección Segunda	16 - 18
• Sección Tercera	18 - 25
• Sección Cuarta	25 - 27
• Sección Quinta	27 - 29
• Sala de Consulta y Servicio Civil	29 - 30
• Noticias Destacadas	31

## Noticias destacadas

**LA MARCA JUAN VALDÉZ NO VULNERA LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA, LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO NI A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA**

## EDITORIAL

En esta oportunidad es importante destacar la ardua y dedicada labor desplegada por la Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo la semana pasada en la ciudad de Paipa (Boyacá), en donde se tuvo la oportunidad de continuar definiendo una gran parte de las directrices que orientarán, con el apoyo del poder legislativo, ejecutivo y de la sociedad civil, el desarrollo normativo de nuestra Jurisdicción en el futuro inmediato. Así mismo, me permito extender una cordial invitación a todos los miembros de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y afines a ella, con el fin de que se vinculen de manera activa al Seminario Internacional “*Función Consultiva y Calidad de la Legislación*” organizado por el Consejo de Estado Colombiano, Consejo de Estado Francés y Consejo de Estado Español, a realizarse los días 5, 6 y 7 de mayo en el Auditorio de la Biblioteca Luis Ángel Arango de la ciudad de Bogotá D.C. En este gran evento se contará con la participación de funcionarios y catedráticos de Francia, España y Latinoamérica quienes expondrán la experiencia consultiva y la actividad legislativa en cada uno de sus países.

**Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta**  
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. a) EL USUFRUCTO DE LA MARCA “JUAN VALDEZ” POR PARTE DE LA SOCIEDAD PROCAFECOL S.A. NO VULNERA LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA, LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO NI A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA**

Así lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro de la acción popular que conoció por importancia jurídica, con fundamento en los argumentos que se transcriben a continuación:

**b) La acción popular es procedente en materia contractual**

“Los hechos señalados por los demandantes como violatorios de los derechos colectivos invocados refieren situaciones de naturaleza contractual. Resulta pertinente, entonces, recordar que en la jurisprudencia actual no es discutible la procedibilidad de la acción popular en materia contractual.”

**c) Contenido y alcance de los derechos colectivos invocados en la demanda**

“Para concluir la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa es necesaria la concurrencia de tres elementos: 1) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa 2) Una forma clara de afectación y 3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión.

El derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular.

La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio. En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores -oferta y demanda- establecen las condiciones de la relación comercial, las cuales en estos casos son un punto intermedio que favorece a ambas partes.”

**d) La Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café**

“El Fondo Nacional del Café es depositario de la contribución cafetera -Leyes 9 de 1991, 788 de 2002 y 1151 de 2007-, contribución parafiscal a cargo de los productores de café, destinada a mantener el ingreso cafetero de acuerdo a los objetivos previstos que dieron origen al citado Fondo.

El Comité Nacional de Cafeteros es el órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café; órgano que cuenta con la participación de los Ministros de Agricultura, Comercio Exterior y de Hacienda y Crédito Público, del Director de Planeación Nacional y de los miembros que establecen los Estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Son funciones principales de ese Comité, relevantes para el caso concreto, las de diseñar la política para comercialización externa e interna del café colombiano y fijar directivas en materias tales como la incursión de nuevos canales de comercialización interna y externa, nuevas formas de consumo, la diversificación de calidades, etc.

La ejecución de las actividades y proyectos con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café corresponde directamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por vía de contrato, a terceros, caso en el cual el régimen de contratación es el propio del derecho privado y el fijado en el Estatuto de Contratación adoptado por el Comité Nacional de Cafeteros (Resolución 08 de 30 de octubre de 2000).”

**e) El usufructo de la marca “Juan Valdez” no se autorizó a título gratuito**

“El conjunto de pruebas relacionadas dan cuenta de que el usufructo de la marca Juan Valdez por parte de Procafecol S.A. no se autorizó a título gratuito como se sostiene en la demanda.

De hecho, en la autorización emitida en la sesión del Comité Nacional de Cafeteros del 23 de diciembre de 2002, posteriormente modificada en la sesión del 17 de julio de 2003, se dejó expresa constancia de la naturaleza onerosa del usufructo autorizado, al exigirse a Procafecol S.A. el pago de una regalía a favor del Fondo Nacional del Café desde el primer día de operaciones, en la cuantía que sería estimada por un tercero independiente, sin que exista prueba que infirme el avalúo contratado. Idéntica estipulación aparece en el contrato de licencia de uso de marca llevado a escrito el 6 de septiembre de 2004, según quedó transcrito en la descripción del marco fáctico de la controversia.

Es así como Procafecol S.A. ha cancelado diferentes sumas de dinero a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con destino a éste, por conceptos de derecho inicial, regalías, contribución a publicidad e intereses, según quedó suficientemente demostrado con los comprobantes de pago y soportes contables del caso.”

f) El usufructo de la marca “Juan Valdez” contó la anuencia del Gobierno Nacional. Es jurídica y económicamente irrelevante que el contrato de licencia de uso de marca se hubiera celebrado con posterioridad al inicio de la explotación de la marca y que no fuera escrito desde el comienzo

“Es verdad, como lo plantea la demanda, que la matrícula en el registro mercantil de un establecimiento de comercio de propiedad de Procafecol S.A., denominado “Tienda Juan Valdez” y la apertura de la primera tienda tuvieron lugar días antes de que el representante del Gobierno en el Comité Nacional de Cafeteros -Ministro de Hacienda y Crédito Público- autorizara la explotación de la marca Juan Valdez por parte de dicha sociedad.

Como la inicial autorización del Ministro y su modificación y ratificación por el Comité Nacional de Cafeteros se otorgaron el 23 de diciembre de 2002, no hay duda que el uso de la marca comenzó antes de que se autorizara esa explotación.

(...)

En las anteriores condiciones, la apertura de la primera tienda de café Juan Valdez no fue sorpresa para el Gobierno ni para los Ministros que hacen parte del Comité Nacional de Cafeteros, pues, como quedó reseñado, la estrategia comercial correspondiente ya se había aprobado y el proyecto concreto se había acordado con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Este hecho, irregular para los demandantes, no tiene relevancia jurídica ni económica en orden a verificar la vulneración de los derechos colectivos de la moralidad y del patrimonio públicos, porque carece de cualquier vestigio de dolo, mala fe, propósito de causar daño u obtener un beneficio al margen de la ley, en la medida en que está demostrado el conocimiento previo por parte del Gobierno y de los Ministros que obran en el Comité Nacional de Cafeteros y que el valor del usufructo durante todo el tiempo de la explotación de la marca fue definitivamente pagado, con los intereses moratorios incluidos.

Consta también que cuando el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en reunión del Comité Nacional de Cafeteros, autorizó el usufructo a la sociedad Procafecol S.A., lo hizo a cambio de una contraprestación a favor del Fondo Nacional del Café, precio no determinado sino por determinar mediante la valoración que haría una firma especializada en la materia. De igual modo, se demostró que cuando el Comité Nacional de Cafeteros otorgó su autorización en pleno lo hizo de manera retroactiva, aceptando de manera expresa que la contraprestación se fijaría previa valoración a cargo de la firma Future Brand. Finalmente, se tiene que en febrero de 2004 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia cobró y Procafecol S.A. pagó como adelanto la liquidación provisional de regalías correspondiente al usufructo de la marca desde el mes de diciembre de 2002.

Además, importa destacar en la autorización por parte del Comité Nacional de Cafeteros que, de conformidad con el artículo 70 de la Resolución 08 de 2000 procede la convalidación cuando se omitan procedimientos siempre que no se comprometa la transparencia ni causen perjuicio al Fondo Nacional del Café.

Por otra parte, en cuanto a la alegada falta de contrato previo, los hechos demuestran que las partes fueron adoptando gradualmente una serie de preacuerdos y acuerdos producto de la manifestación de su voluntad para desarrollar un negocio cuya cuantía se consolidó cuando la firma Future Brand terminó su labor de valoración de la regalía, momento en el cual se llevó a escrito el contrato (septiembre de 2004). Las cláusulas de este contrato establecen el objeto de la licencia de marca, el área o países de la concesión, que el usufructo no es exclusivo, los mayores porcentajes a pagar por concepto de regalías -liquidadas sobre las ventas brutas debidamente auditadas- y el cobro retroactivo del mayor valor a pagar junto con intereses fijados a la tasa de DTF más cuatro puntos, etc.

Este procedimiento no es ajeno a la negociación de una licencia de marca y, en general, del licenciamiento de bienes inmateriales.

(...)

De manera que, como para su validez y existencia (la del contrato) no existe norma en la legislación colombiana que exija la solemnidad del escrito, entonces el contrato de licencia de uso de marca es de naturaleza consensual y para su perfeccionamiento sólo basta el acuerdo de voluntades, como autoriza el Código de Comercio.

(...)

Así las cosas, es evidente que en este caso y desde un principio existió manifestación de la voluntad de las partes en el sentido de celebrar un contrato de usufructo de marca, tal como se desprende de los preacuerdos y acuerdos sucesivos analizados. Así mismo, quedó establecido que jurídicamente no es exigible la celebración por escrito de dicho contrato desde el comienzo de las operaciones.” (Texto entre paréntesis adicional - Subrayado del original).

**g) La improperidad de otros cargos**

a) “...si bien es cierto que el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia autorizó al Gerente de esa Federación para contratar el crédito ofrecido por el Gobierno Nacional por intermedio de Bancoldex para financiar el proyecto de Tiendas de Café (sesión del 9 de septiembre de 2002), también lo es que dicho crédito nunca fue contratado.”

b) “Así las cosas, los medios de prueba recaudados no permiten concluir que el estudio titulado “*Project Espresso Strategic Opportunities*”, elaborado por la firma Violy, Byorum & Partners Holdings LLC, fue efectivamente aprovechado por los socios de Procafecol S.A. y, muchos menos, que ese provecho ocasionó un detrimento al patrimonio público.”

c) “Es indiscutible que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia ejerce, de manera simultánea, la administración de recursos de naturaleza jurídica diferente. Por un lado, de los privados que le son propios y, por otro, de los públicos que maneja por mandato de la ley y del Gobierno Nacional. Sin embargo, dada su naturaleza gremial y la destinación específica de los recursos del Fondo Nacional del Café, aspectos propios del régimen parafiscal que los cobija, los intereses que concurren no son, de ningún modo, incompatibles, como pareciera sugerirlo la demanda. Así lo ha explicado la jurisprudencia, como se indica a continuación.

(...)

En estas condiciones, la alegada concurrencia de intereses incompatibles por parte del Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no fue demostrada, pues, por principio, el recaudo, administración y ejecución de las contribuciones parafiscales exige la confluencia e interacción, por una parte, de los intereses del gremio contribuyente y beneficiario y, por otra, del interés público en la protección de un trascendental renglón de la economía nacional, el mismo interés que justifica el ejercicio de la soberanía fiscal en estas materias.”

d) “Es claro, entonces, que la titular de la marca Juan Valdez (Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en nombre del Fondo Nacional del Café) está legitimada para defenderla si advierte que, sin su consentimiento, dicho signo distintivo es utilizado indebidamente.”

e) “Los demandantes no explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que, según ellos, el Estado “*se hace aparecer*” como interventor de la actividad económica de venta de café tinto al detal, ni tampoco la autoridad, ente u órgano que encarna al Estado como interventor en estas materias, sin que sea de recibo como descripción del hecho irregular la mera referencia a “*las maniobras arbitrarias e inmorales antes descritas*”.

Tampoco explica la demanda las razones por las cuales la intervención -no descrita- del Estado en la actividad económica de venta de café al detal no satisface los presupuestos constitucionales que para ese efecto prevén los artículos 333 y 334 constitucionales.”

f) “Finalmente, los demandantes no explicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron conductas que impidieron la libertad económica y que constituyeron abuso de posición de dominante por parte de Procafecol S.A. Se trata, entonces, de un mero juicio de valor que carece de sustento fáctico susceptible de prueba.”

[Sentencia de 24 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2004-00739-01 \(AP\) M.P: MAURICIO TORRES CUERVO](#)

\* **Salvamentos de voto:** Gerardo Arenas Monsalve, Susana Buitrago Valencia, Mauricio Fajardo Gómez, Enrique Gil Botero, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Ramiro Saavedra Becerra.

\* **Aclaraciones de voto:** Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Martha Teresa Briceño de Valencia, Bertha Lucía Ramírez de Páez y Marco Antonio Velilla Moreno

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

#### **1. LA FALTA DE MANIFESTACIÓN, BAJO JURAMENTO, DE NO HABER PRESENTADO ACCIÓN DE TUTELA RESPECTO A LOS MISMOS HECHOS Y DERECHOS, NO ES CAUSAL DE RECHAZO DE LA DEMANDA**

Considera la Sala que si bien el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, prevé que el que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos, no lo es menos que la carencia de dicho juramento sea causal de rechazo de la misma, pues el artículo 17, ibídem, señala que habrá lugar a ello cuando no se pudiere determinar el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela, y que no obstante concedido el término para tal efecto no se haga la corrección en tal sentido. En este orden de ideas, estima la Sala que el a quo debió entender otorgado tal juramento con la presentación de la demanda, y acceder a la admisión de la misma, pues dicha manifestación es un requisito meramente formal que no puede sacrificar el derecho sustancial, como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política, amén de que no hay prueba dentro del proceso que demuestre que la apoderada de la actora recibió el telegrama que daba cuenta del término con el que contaba para corregirla, situación esta última que compromete el derecho de defensa de aquella. La Sala ha sido del criterio de que el juez debe despojar su decisión de rechazo de demanda de rigurosos formalismos dando prevalencia al derecho sustancial, máxime cuando se trate de la protección de derechos fundamentales.

[Auto de 26 de marzo de 2009. Exp.13001-23-31-000-2008-00651-00\(AC\). M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

#### **2. a) La vivienda digna es un derecho fundamental para la población desplazada**

El artículo 51 de la Carta Política de Colombia, establece que se reconoce el derecho a la vivienda digna a todos los colombianos; de tal manera que bien podría pensarse que existe un precepto normativo que vincula a todos los ciudadanos frente a un imperativo estatal de provisión de las condiciones mínimas que requiere una persona para desarrollar su proyecto de vida. En tanto, en la segunda parte de la norma en cita, se prescriben una serie de obligaciones en pro del desarrollo progresivo de este derecho, esta vez referido a las posibilidades de acceso de los ciudadanos a los proyectos de vivienda, financiación, promoción de planes para atender a la población menos

favorecida; de ahí que corresponde al Estado en desarrollo de los preceptos constitucionales, establecer las vías de acceso al disfrute de este derecho. Tratándose del derecho a la vivienda digna de la población desplazada, esta prerrogativa cobra un mayor grado de acción, toda vez que se trata de un sujeto cualificado, protegido por el artículo 13 de la Constitución Política, que en interpretación del derecho a la igualdad, dispone no solo la igualdad formal “todos los ciudadanos son iguales ante la ley”, sino que prescribe la fórmula aristotélica de justicia distributiva, “a cada uno lo suyo” es decir se reconoce en el género humano condiciones desiguales; lo que infiere en pro del desarrollo al principio de igualdad un trato desigual entre desiguales. Las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de la población desplazada, han requerido del Estado una intervención inmediata a través de acciones y planes que mitiguen la situación que deben enfrentar las víctimas de los grupos que bajo acciones violentas provocan destierro y desarticulación de la vida de estos ciudadanos, junto con su núcleo familiar. De conformidad con lo hasta aquí expresado, es claro para esta Sala que en desarrollo al principio de igualdad (art. 13 CP) de la población desplazada, el derecho a la vivienda digna constituye un derecho fundamental exigible a través del recurso de amparo. Así las cosas es claro para esta Sala, que el derecho a la vivienda digna posee en su estructura la calidad de derecho fundamental; lo que indica que la problemática de este derecho se encuentra situada, en la exigibilidad, toda vez que se trata de un derecho que requiere una actuación ya no de omisión del Estado como es el caso de los derechos de libertad, sino contrario sensu, una actuación positiva, que implica la disposición de recursos para proveer el desarrollo del citado derecho.

**b) La Corte Constitucional es la competente para verificar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los desplazados**

Tratándose de la sentencia T-025 de 2004, proferida por la Corte Constitucional, el mismo Tribunal ha determinado a través de los Autos 177 de 2005 y 218 de 2007 que: De conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, “el juez (...) mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.” La Sala Segunda de la Corte Constitucional, en el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004, mantiene su competencia para verificar que las autoridades adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas desplazadas en el país.

**c) El reconocimiento de derechos debe limitarse a las posibilidades que ofrece el estado**

La jurisprudencia como parte del ordenamiento jurídico debe guardar un alto grado de relación con la situación sobre que recaen sus juicios, con el propósito de validar los imperativos señalados en su propia decisión, es decir cruzar en el mismo ámbito al tratarse del reconocimiento de derechos, la fundamentalidad de los mismos y su consecuente exigibilidad, a fin de no constituir decisiones inválidas en la realidad, en tanto la eficacia de las reglas decisorias en el derecho contemporáneo son una evidente condición de juridicidad. La actividad judicial al desplegarse al reconocimiento de derechos debe limitar su actuar frente a las posibilidades que ofrece cada Estado en concreto, por lo que es claro que las decisiones judiciales están estrechamente relacionadas con el reparto de bienes, de tal forma que resulta inapropiado o mejor materialmente imposible establecer la vigencia del Estado Social cuando las realidades propias del sistema económico demuestran la deficiencia de recursos.

**d) No es posible el amparo a un beneficiario de subsidio familiar en virtud del derecho de igualdad de las personas que se encuentra en igual supuesto de hecho**

Es oportuno señalar que el derecho a la igualdad estatuido en el artículo 13 de la Constitución Política, impone el trato idéntico a todas las personas que se encuentran en el mismo supuesto de hecho, regla solo susceptible de ser fraccionada, al encontrar condiciones de discriminación o diferenciación en cada caso particular. En el caso sub lite el accionante no es susceptible de amparo por lo expresado y además en consideración al derecho a la igualdad de las cerca ochenta mil familias que se encuentran en espera del subsidio familiar, dato señalado por la entidad accionada, así que cualquier pronunciamiento al respecto, implicaría, en primera instancia, la

comprobación de situaciones de discriminación que hayan tenido lugar sobre el actor, frente a las decisiones tomadas por FONVIVIENDA. Así las cosas, es claro que ante la falta de prueba de una situación particular del actor, que lo haga diferente, frente a las cerca ochenta mil familias, que como él esperan turno, esta Sala negará el amparo invocado.

[Sentencia de 12 de febrero de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2008-01438-01. M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

### **3. LOS DESCUENTOS QUE HACE LA ADMINISTRACIÓN A LOS TRABAJADORES POR DÍAS NO LABORADOS ES LEGÍTIMA**

En el caso que ocupa la atención de la Sala el pago del salario guarda una interpretación específica al tratarse de la remuneración debida a los servidores públicos, al respecto, el Decreto 1647 de 1967 reglamenta el pago de los servidores del Estado. De conformidad con esta norma bastará con la certificación de los servicios prestados para que se proceda al pago del salario devengado, cualquier percepción de dinero que no se encuentre relacionada con la prestación del servicio, deviene en enriquecimiento sin causa a favor del trabajador. En este orden de ideas, es claro para esta Sala, que la actuación de la Administración de realizar descuento de los días no laborados a los trabajadores es legítima no solo en cumplimiento del imperativo legal que así lo prescribe, sino en defensa del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Así las cosas, la Administración se encuentra facultada para realizar los descuentos respectivos por los días no laborados, potestad que opera de plano no como una sanción, sino ipso jure; sin requerir ningún tipo de procedimiento o formalidad especial. Los mencionados descuentos se pueden realizar tan solo con la verificación de los siguientes presupuestos: (i) Ausencia al sitio de trabajo para la prestación del servicio sin justificación legal. (ii) Certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia. (iii) Orden de descuento por nómina de los días certificados como no laborados.

En el caso concreto, se encuentra que efectivamente se realizó un cumplimiento de labores por parte del accionante Willigton Cordero Chávez, es decir que la relación sinalagmática, en la cual opera la remuneración en caso de prestación efectivo del servicio, fue cumplida por parte del peticionario; razón por la cual no le asistía a la Dirección Ejecutiva realizar descuentos por este concepto. La Sala confirmará la decisión proferida por el Juez de primera instancia, procediendo al amparo del mínimo vital y el debido proceso del accionante, quien cumplió con allegar al expediente que se estudia, los elementos probatorios que dieran claridad acerca de la prestación de sus servicios.

[Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Exp. 50001-23-31-000-2008-00336-01\(AC\). M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

### **4. EL DERECHO DE IGUALDAD SE VULNERA CUANDO EN UN CONCURSO A UN PARTICIPANTE SE LE IMPIDE AGOTAR ETAPAS A LAS QUE OTROS CONCURSANTES TUVIERON ACCESO**

Alegó el actor de manera especial la vulneración del derecho a la igualdad, pues, en el proceso de inscripción a la carrera notarial, no se le permitió el registro de todas las opciones de notarías, en el orden de su preferencia, como sí se le autorizó al señor Óscar Wilches Donado, que también se inscribió para el mencionado concurso.

El Tribunal ha debido detenerse en sí, en efecto, al actor se le habría o no violado el derecho a la igualdad, en cuanto que por un error del sistema informático no pudo hacer dicha actualización cuando otros concursantes sí lo lograron. En ese sentido, la petición hecha por el correo electrónico del 22 de enero de 2007 no tuvo eco en la administración por ese daño del sistema y, en consecuencia, de forma tácita, la entidad demandada terminó por denegar injustificadamente la solicitud de que se actualizara la lista de preferencia de las notarías. Como se verá en el aparte siguiente, la Sala estima que mediante la tutela que se concederá respecto del derecho de

igualdad, queda también protegido el derecho de petición respecto de la petición electrónica del 22 de enero de 2007, que es el objeto principal de las pretensiones. Para la Sala es clara la vulneración del derecho a la igualdad del actor, por lo que, en aras de proteger el derecho fundamental invocado y con fundamento en los principios que gobiernan las actuaciones administrativas (artículo 3 del C.C.A.), en especial, el de economía, se tomará el orden de preferencia manifestado por el actor en las peticiones de 20 de febrero de 2007 y 8 de julio de 2008. De esa manera, debe quedar prescrito que el señor Norberto David Salas Guzmán se inscribió para la totalidad de las notarías del Círculo de Barranquilla, en el orden de su preferencia: Notaría Quinta, Segunda, Tercera, Cuarta, Primera, Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Once

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2008-00594-01\(AC\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

**5. a) La tutela no es el mecanismo para controvertir el acto de retiro del servicio de magistrado de tribunal**

La tutela no es el mecanismo para calificar si la desvinculación del accionante se presentó o no por una justa causa, pues, como se indicó, el acto administrativo por el cual fue retirado del servicio como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja puede ser cuestionado mediante el ejercicio de la acción respectiva. Igualmente debe la Sala reiterar que la acción de tutela no puede ser considerada como un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos, pues como se ha dicho en múltiples ocasiones es un mecanismo residual y subsidiario, es decir que sólo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial que permitan hacer valer las pretensiones de los afectados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio. En el caso concreto, se tiene que no se demostraron las condiciones de urgencia, gravedad e inminencia que hagan improrrogable el amparo por esta vía. En consecuencia, advierte la Sala que no se cumplen los requisitos para que la presente acción proceda en forma transitoria y para desvirtuar la legalidad de la Resolución No. PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual fue retirado del servicio y su confirmatoria la No. PSAR08-49 de marzo de 2008 del Consejo Superior de la Judicatura, el actor tuvo a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la que pudo solicitar la suspensión provisional de dicho acto administrativo. Significa que la acción de tutela se torna improcedente frente a la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo para lograr la protección efectiva, cierta y concreta de los derechos invocados, el cual no fue utilizado por el señor LUIS HUMBERTO OTALORA MESA.

**b) El control de legalidad realizado al Acuerdo 1191 de 2009, no descarta la acción contenciosa**

Finalmente, coincide la Sala con lo expuesto por el a quo en el sentido de advertir que el control de legalidad realizado por el Consejo de Estado al Acuerdo No. 1191 de 2009, en el cual se fundamentó el Consejo Superior de la Judicatura para proferir la Resolución No. PSAR07-619 de 19 de diciembre de 2007, a través de la cual se retiró del servicio al actor, no descarta la acción contenciosa que tuvo el actor como medio eficaz para controvertir dicho acto administrativo.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-31-000-2008-01048-01 \(AC\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**6. LA FISCALÍA GENERAL NO TIENE PLAZO PARA NOMBRAR DEL REGISTRO DE ELEGIBLES, SIN EMBARGO DEBE EXISTIR UN LÍMITE RAZONABLE Y OBJETIVO**

En ninguna de las normas que reglamentan la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación se fija un plazo, como el que la actora pretende para nombrar a los elegibles, sin que proceda aplicar analógicamente el previsto en otras disposiciones, pues la accionada tiene un régimen especial y la Ley 909 de 2004 se aplica con carácter supletorio [Art. 3°, num. 2°]. Así las cosas, el que la Fiscalía no haya procedido al nombramiento de los elegibles, no implica *per se* la

vulneración de sus derechos fundamentales, pues no hay norma que así lo exija dentro de un término preciso. Además, la falta de materialización del nombramiento se justifica, entre otras razones, por la magnitud de la planta de la entidad, lo que hace necesario realizar ajustes para proceder en el estricto orden descendente del registro de elegibles y según la sede por la que optó cada uno de los participantes. Además, hay empates en el puntaje final, lo que también impone una revisión que no se puede hacer de forma automática e inmediata como solicita la actora. Por lo anterior, la Sala confirmará la providencia impugnada que negó el amparo; pero al considerar que debe existir un límite razonable y objetivo de tiempo para agotar la labor cuya omisión soporta esta tutela, instará a la Fiscalía General de la Nación - Comisión Nacional de Administración de Carrera -, para que en el término máximo e improrrogable de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a culminar la aplicación del sistema de carrera en esa entidad, proveyendo los cargos a que se refieren las convocatorias del año 2007, con el registro nacional y definitivo de elegibles contenido en el Acuerdo N° 007 del 24 de noviembre de 2008, luego de hacer los ajustes y resolver los empates indicados.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2009-00051-01\(AC\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

#### **7. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO ES LA VÍA PARA CONTROVERTIR UN ACTO ADMINISTRATIVO Y LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL MISMO, ES EL MEDIO EXPEDITO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE**

El juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, como mecanismo para la inmediata garantía del derecho, no como restablecimiento del mismo, para lo cual existen otras acciones. Cuando la situación deba resolverse por el procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria, siempre que se demuestre perjuicio irremediable, y si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar. Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados, o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

En el caso concreto, el accionante solicita que como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se revoque la Resolución 01806 de 29 de abril de 2008 de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante el cual se le retiró del servicio y, en consecuencia se ordene al Ministerio de Defensa - Policía Nacional reintegrarlo, mientras la Jurisdicción Contencioso decide de fondo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó en contra de aquella. Al respecto, se advierte que la solicitud de tutela es improcedente por cuanto la parte actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, del cual ha hecho uso, y dentro del cual puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo acusado, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley. En efecto, se reitera que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, ésta no es la vía para controvertir la legalidad de actos administrativos, máxime cuando el ordenamiento jurídico dispone una acción ordinaria y el juez competente para su conocimiento. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, a pesar de que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procede en forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable, esto es, aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que una vez producido es irreversible y, por tanto, no se puede retornar a su estado anterior, el cual tiene como requisitos esenciales la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad, los que no fueron acreditados por la parte actora, y de ser así el medio expedito es la solicitud de suspensión provisional, del acto que lo desvinculó del cargo, el cual ni se solicita ni se concede por medio de tutela.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2008-01491-01\(AC\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

**8. LA TUTELA NO PROCEDE CONTRA EL DECRETO POR EL CUAL SE DECLARÓ EL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL**

**Situación fáctica:** El actor tuteló que se ordene al Presidente de la República y a la agente interventora de la sociedad D.M.G. Holding S.A., no exigir la entrega de la tarjeta original "PRODIGY CARD" como único medio de prueba del dinero que depositó en DMG y como requisito obligado para la devolución de su dinero y así mismo, autorizarlo para entregar como medio de prueba la fotocopia autenticada de dicha tarjeta, la lectura de su saldo a través de datáfono, o cualquier otro medio que le permita tener en su poder el original de la tarjeta prepago. Lo anterior dado que en virtud del Decreto 4334 de 17 de noviembre de 2008, "por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008", en el artículo 10 establece que para la devolución inmediata de la suma de dinero dada a DMG Holding S.A. se debe entregar la tarjeta original.

**Tesis:** Advierte la Sala que los decretos controvertidos por el accionante son decretos con fuerza de ley cuyo control de constitucionalidad es posterior debido a la necesidad y urgencia que obliga su expedición y le corresponde realizarlo a la Corte Constitucional según lo establece el artículo 215 de la Constitución Nacional y no al juez de tutela, quien no es el competente para adoptar decisiones sobre la normatividad expedida en virtud del estado de emergencia económica y social. Así las cosas, por dirigirse la presente acción contra un acto general impersonal y abstracto y al no advertirse perjuicio irremediable que permita el amparo de los derechos invocados por esta vía, esta Corporación confirmará la sentencia impugnada por la cual se negó por improcedente el amparo al actor.

[Sentencia de 11 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2008-1252-01 \(AC\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**9. LA PETICIÓN EN RELACIÓN CON ACTUACIONES DEL JUEZ TIENEN UN TRÁMITE EN EL QUE PREVALECE LAS REGLAS DEL PROCESO**

**Situación fáctica:** El actor tuteló para que se ordenara a la Sección Tercera del Consejo de Estado pronunciarse sobre la petición que presentó el 29 de octubre de 2008 con el fin de que se resolviera el recurso de reposición que interpuso contra el auto de 23 de octubre de 2008 y sobre el amparo de pobreza que pidió en el recurso.

**Tesis:** Se advierte que las solicitudes relacionadas con los procesos judiciales no tienen la naturaleza de derecho de petición, pues, el legislador ha establecido diferentes mecanismos para realizarlas. En consecuencia, en el trámite de un proceso judicial no es dable hacer uso del derecho de petición para solicitar que se hagan trámites que tienen un procedimiento propio, pues, se vulnerarían las formalidades que deben observar las partes, el juez y los terceros interesados en el proceso. Por ende, en el presente asunto, la acción de tutela deviene improcedente en cuanto a la petición que el accionante formuló a la Magistrada Ponente de la Sección Tercera de esta Corporación en la mencionada fecha.

[Sentencia de 11 de marzo de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00153 \(AC\) M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

**10. LA CALIDAD DE MADRE CABEZA DE FAMILIA DEBE PROBARSE OPORTUNAMENTE DENTRO DE LOS PLAZOS SEÑALADOS POR CADA ENTIDAD PARA SER REINTEGRADAS AL CARGO QUE OCUPABAN**

**Situación fáctica:** La actora tuteló para que se le aplique el retén social establecido en la Ley 790 de 2002 y se ordene la supresión transitoria de los efectos del acto que suprimió el cargo de Auxiliar

de Servicios Asistenciales y en su lugar, su reincorporación al cargo que desempeñaba por tener la condición de madre cabeza de hogar y gozar de fuero sindical.

**Tesis:** Ahora, la Corte Constitucional en casos similares al que ahora se resuelve, mediante las sentencias SU 388 y 389 del 13 de abril de 2005, ordenó al Liquidador de TELECOM, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del fallo, reintegrar a los tutelantes a sus cargos sin solución de continuidad y “hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la Empresa”. En vista de la anterior decisión, el Gobierno Nacional ordenó la reubicación de los padres y madres cabeza de familia mediante la creación de nuevos cargos y a otros los nombró en comisión en distintos cargos públicos del orden nacional de igual o superior jerarquía al que ostentaban en TELECOM. Pero para acceder a este beneficio se debía acreditar el cumplimiento de los respectivos requisitos. En el caso concreto no se vulneraron los derechos fundamentales de la actora porque a pesar de que ésta allegó al expediente de la acción de tutela documentos con los que pretende demostrar ser madre cabeza de hogar, lo cierto es que no desvirtuó la certificación expedida por la accionada en la que se afirma que dentro del plazo fijado hasta el 10 de agosto de 2007, no envió documentos soportes para actualizar su condición de madre cabeza de familia ni antes ni después de la fecha asignada para actualización, responsabilidad que no puede atribuirle a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta y tampoco corresponde al juez constitucional revivir términos precluidos.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp 73001-23-31-000-2009-00017 \(AC\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### 1. a) ARBITRAMENTO NO PUEDE SER IMPUESTO POR UNA NORMA

Debe referirse la Sala a la excepción de falta de jurisdicción planteada por una de las partes recurrentes fundamentada en lo previsto en el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 cuyo párrafo 2° dispone que las controversias a las que den lugar las liquidaciones y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. Sobre este punto reitera la Sala lo expuesto en anteriores pronunciamientos en el sentido de que el arbitramento debe ser pactado voluntariamente por las partes y no impuesto por la norma, lo cual adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que en este caso las partes nunca suscribieron un Contrato de Conexión que hubiera podido establecer en forma clara la manera alternativa de solucionar sus controversias. No procede entonces el argumento de falta de jurisdicción esgrimido tanto en la contestación de la demanda como en el recurso interpuesto contra el fallo del a quo.

### b) DEBIDO PROCESO EN EL REGIMEN ESPECIAL DE ENERGIA ELECTRICA

FLORES III sí tenía conocimiento del trámite de los recursos y cuya definición final estaba en manos de la CREG, ante la cual presentó la solicitud. Luego, mal puede afirmar que fue ajena a esta etapa y que no pudo intervenir en ejercicio de su derecho de defensa. Así las cosas, a juicio de esta Sala, a FLORES III Ltda., sucesora de TERMOFLORES no se le ha vulnerado el debido proceso en estas actuaciones, pues los hechos antes descritos evidencian que con ocasión del conflicto de intereses surgido entre TERMOFLORES y ELECTRICARIBE con ocasión del daño sufrido por el autotransformador 220/110 KV de TERMOFLORES, sólo existió un trámite administrativo que culminó con el acto demandado. Dicho trámite se inició con las facturas y las glosas a las mismas efectuadas por la demandante y la aceptación a su favor por parte de ISA, hasta llegar a las decisiones adoptadas por las autoridades del mercado mayorista de energía eléctrica mediante los actos acusados, en los que se aprecia que las decisiones allí tomadas tuvieron en cuenta los argumentos expuestos por las

partes a lo largo de este trámite, los cuales debieron ser los mismos, puesto que no se produjo un hecho nuevo que los hubiera modificado. Estos argumentos fueron tenidos en cuenta al producirse el acto que definió lo relativo a la restricción, garantizándose así el debido proceso y el derecho de defensa de las partes involucradas. En conclusión, la Sala reitera que no hubo violación al debido proceso, por cuanto el trámite administrativo se encuentra debidamente soportado en leyes especiales que regulan la materia y que son de aplicación preferente sobre las normas generales

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2000-08499-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

## 2. a) CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CIRCULARES DE SERVICIO

Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda. En el caso *sub examine*, resulta indudable que la Circular 016 de 2005 constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, puede ser objeto de control jurisdiccional, en tanto y en cuanto consagra unos deberes que deben ser acatados por las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. Por lo expuesto, resulta claro que la Circular parcialmente impugnada es pasible de demanda ante esta jurisdicción, en razón de su indiscutible carácter de acto administrativo.

## b) NULIDAD DEL NUMERAL 4, LITERAL D DEL CAPÍTULO III DE LA CIRCULAR EXTERNA N° 0016 DEL 20 DE ABRIL DE 2005, EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Es necesario tomar en consideración que la medida impugnada fue adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud, con el señalado propósito de garantizar que las entidades vigiladas mantengan un margen de solvencia suficiente que les permita atender los compromisos asumidos con sus proveedores y con los propios usuarios, de tal suerte que se cumplan de manera estricta y oportuna las obligaciones contractuales y legales en el contexto de los regímenes contributivo y subsidiado. De acuerdo con lo previsto en la normativa (Decreto 882 de 1998, artículo 9° del Decreto 3260 de 2004, numerales 6° y 7° del artículo 180 de la Ley 100 de 1993), queda claramente establecido que las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, tienen la obligación de mantener un margen de solvencia suficiente para atender sus compromisos dentro del término perentorio de treinta (30) días, contados desde la presentación de la respectiva factura o cuenta de cobro, velar por la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, lo cual involucra la facultad de impartir instrucciones a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios que faciliten su ejecución y, por último, señalar los procedimientos para su aplicación. En ese mismo orden de ideas, la Sala considera que al imponerse a los entes vigilados la obligación de anular los cheques ya girados y de reversar los registros contables efectuados, los mismos pueden quedar colocados en situación de incumplimiento, pues los cheques girados oportunamente, esto es, dentro del término de treinta (30) días señalado por el artículo 9° del Decreto 3260 de 2004, tendrían que volver a girarse de nuevo en una fecha posterior a su anulación, lo que equivale a decir que en tales circunstancias el segundo pago estaría siendo efectuado por fuera del término legal.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2005-00285-00. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

**3. a) VEHICULO DE SERVICIO PUBLICO INMOVILIZADO VOLUNTARIAMENTE POR FALTA DE TAXIMETRO, NO EXIME LA OBLIGACION DE REVISION TECNICO MECANICA. MULTA**

El taxímetro es indispensable para que un taxi pueda prestar el servicio público de transporte, más no para llevar a cabo la revisión técnico mecánica de que trata el artículo 190 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, máxime cuando lo que es objeto de revisión es el estado general del vehículo, que comprende, por ejemplo, el correcto funcionamiento del sistema de frenos, dirección, luces, suspensión, etc. Debe precisarse que la actora reconoce en la demanda que inmovilizó el taxi debido a que no contaba con el respectivo taxímetro, por lo que en manera alguna puede afirmarse que los perjuicios por tal inmovilización hayan sido consecuencia de la expedición de los actos acusados, si se tiene en cuenta que mediante ellos se decidió no exonerarla de las multas causadas por la no revisión técnico mecánica, para lo cual, se reitera, no era necesario que contara con el instrumento en cuestión; lo anterior significa que no existe relación de causalidad entre los actos acusados y los perjuicios reclamados.

**b) CADUCIDAD DE MULTA POR INFRACCIÓN DE TRANSITO**

La actora alega que la Secretaría de Tránsito y Transporte le está cobrando unas multas que ella no debe, ya que el artículo 258 del Código Nacional de Tránsito Terrestre fija en 6 meses la caducidad de las multas por infracciones de tránsito. La Sala de Consulta de esta Corporación sostuvo mediante concepto de 13 de noviembre de 2007, que la caducidad establecida en el artículo 258 del C.N.T.T. es aplicable a la contravención señalada por el artículo 190 ibídem «por la no revisión técnico mecánica» y se cuenta a partir del día inmediatamente siguiente al vencimiento del plazo legal establecido para efectuar la revisión anual del vehículo. La Administración de manera oficiosa revocó mediante dicha resolución, los actos demandados en el sub lite y, decidió exonerar a la actora de pagar las multas correspondientes a los períodos comprendidos entre diciembre de 1989 y julio de 1996 por encontrarlas caducadas según el artículo 25° del C.N.T.T.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-24-000-1997-9395-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**3. COMPUTO DEL TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA**

Esta Sección en anterior oportunidad se pronunció sobre el hecho de que en materia de infracciones cambiarias basta que dentro del término legal previsto para el efecto se expida la resolución sancionatoria y no así la que resuelve el recurso de reposición. De la anterior normativa (artículos 25, 26 y 28 del decreto 1092 de 1996) no sólo se desprende que dentro del término previsto en el artículo 4° es suficiente que se expida la resolución sancionatoria, sino, además, que la DIAN cuenta con siete meses para resolver el recurso de reposición contra aquella interpuesto y que, de no hacerlo en dicho término, opera el silencio administrativo positivo. Para efectos de establecer si operó la prescripción de la acción sancionatoria contra la demandante, debe determinarse si el pliego de cargos formulado podía o no ser corregido por la DIAN y en caso afirmativo, si se hizo dentro del término para ello. Obra en los antecedentes administrativos que la citada resolución, que corrigió el pliego de cargos inicial, fue notificada el 19 de septiembre del 2001, por lo que la Sala destaca que lo aquí importante es determinar si la resolución que corrigió el pliego de cargos fue notificada dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción, como lo exige el artículo 4° del decreto 1092 de 1996, pues de ser así, a juicio de esta Corporación, nada impedía a la DIAN enmendar los errores en que incurrió, independientemente de que el citado decreto 1092 no contemple expresamente tal situación, si se tiene en cuenta que el pliego de cargos es un acto de trámite, no susceptible de recurso alguno, como lo dispone expresamente el

artículo 10° de la normativa en cita. Al haber sido expedida la resolución sancionatoria el 7 de febrero de 2002 y notificada el 13 del mismo mes y año, no cabe duda alguna para la Sala que no operó el fenómeno de la prescripción de la acción cambiaria pues, se reitera, la DIAN tenía hasta el 13 de febrero para expedir y notificar el pliego de cargos y lo hizo, respectivamente, el 10 y 19 de septiembre de 2001; y para expedir y notificar la resolución sancionatoria tenía hasta el 21 de noviembre del 2002 y lo hizo, como ya se dijo, en su orden, el 7 y el 13 de febrero de 2002.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2002-00839-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

#### 4. a) ALCANCE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La acción incoada por la actora es de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo proceso es de única instancia, y su conocimiento le corresponde a la Sala según el artículo 128, numeral 7, del C.C.A., en virtud de lo cual no sólo puede anular los actos demandados, sino también adoptar las disposiciones que sean necesarias y conducentes para restablecer el derecho que hubiere sido violado, según el artículo 170 ibídem, al prever que “*los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformas éstas.*”

#### b) REGISTRO DE MARCA MIXTA CISNE COSMETIC

La marca en cuestión, FIGURA DE UN CISNE+COSMETICS, es una marca mixta con mucha capacidad de expresión nominativa, no sólo por el elemento nominativo, sino también por el elemento gráfico, dado su alcance conceptual o ideológico. El elemento nominativo de ella es claramente descriptivo de la clase de productos que se busca distinguir con ella, pues a la pregunta de cómo son, o qué característica o propiedad es común a ellos, es posible responder COSMÉTICOS, lo cual corresponde a una de las especies y también a propiedades de la clase 3ª. El elemento figurativo adquiere una relación conceptual con el nominativo, en el sentido de reforzar la función o efectos de los productos que éste describe, COSMÉTICOS, más que su carácter descriptivo, dada la asociación o alegoría que la figura del cisne comporta en relación con la elegancia y la belleza, por una parte, y por la otra, debido a la aplicación y uso que se hace de los cosméticos para obtener o resaltar la belleza, especialmente en el rostro de las mujeres. En ese orden, se le incorporan al conjunto estilizaciones propias en su parte gráfica, pues teniendo un significado en el lenguaje natural por ser la representación de un ave determinada, se busca aprovechar de ésta su carácter evocativo específico de un concepto al que están ligados los productos que se quieren ofrecer con la marca en cuestión, esto es, la elegancia, el refinamiento y, en última, un rostro atractivo. Por consiguiente, el elemento gráfico tiene un carácter más alegórico o, incluso, evocativo en relación con los productos, por vía de la función o finalidad de éstos, de allí que en realidad la situación del conjunto marcario bajo examen no encuadra en la causal de irregistrabilidad prevista en el artículo 1356, literal e) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad, ya que como lo aduce la actora no consiste “*exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica, época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación; como tampoco por expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios.* En efecto, el signo en su totalidad, no sirve para esos fines, sino sólo su parte nominativa, y no así su parte gráfica, cuyo contenido conceptual no es utilizable para ello, ya que no es pensable que a la pregunta de cómo es el producto, alguien responda utilizando la idea de cisne, gráfica o literalmente.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 11001-0324-000-2003-00270-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

#### 5. INDIVIDUALIZACIÓN DE MERCANCÍA PARA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN

Para la Sala, en este caso, el no señalamiento **expreso** de la referencia relacionada con la marca en la casilla correspondiente, que constituyó el fundamento del decomiso de la mercancía, no era el elemento exclusivamente determinante para su plena individualización e identificación. Así pues, estima la Sala que erró la DIAN al considerar que la mercancía no se encontraba plenamente identificada, ya que, como quedó visto, cada piano fue individualizado por su correspondiente modelo y número de serial, por lo que no le era dable a la entidad aplicar el inciso 1° del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, máxime si la marca, como ya se dijo coincidía con el nombre del proveedor, que se mencionó como tal en la Declaración de Importación y se señaló como MARCA en la Declaración de Valor que se presentó ante la DIAN.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 76001-23-24-000-1995-21968-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

## **6. COMPETENCIA PARA LA SUPRESIÓN O LIQUIDACIÓN DE ESTABLECIMIENTO PÚBLICO DEPARTAMENTAL PRESTADOR DEL SERVICIO DE SALUD**

En virtud de la autonomía administrativa que la Carta Política reconoce a los departamentos para la gestión de los asuntos de naturaleza administrativa, la creación, constitución, modificación, fusión, transformación, supresión, disolución y liquidación de entidades y organismos del orden departamental, tanto del sector central como descentralizado por servicios, sea cual fuere su campo de actividad, es una tarea que corresponde de manera exclusiva a las autoridades departamentales. Así lo confirman los artículos 300 numerales 7° y 9°, 305 numerales 7° y 8°, 252, 261 y 262 de la Constitución. Como bien se puede apreciar, las normas citadas no establecen ningún tipo de excepciones, por lo cual ha de entenderse que la facultad para determinar la estructura de la administración, comprende e involucra igualmente la creación, constitución, modificación, fusión, transformación, supresión, disolución y liquidación de aquellas entidades, organismos o dependencias departamentales encargadas de la prestación de los servicios de salud. Las disposiciones de rango superior que se acaban de mencionar, fueron desarrolladas en lo pertinente por la Ley 617 de 2000, mediante la cual se dictaron algunas normas tendientes a fortalecer la descentralización y a racionalizar el gasto público, en cuyo artículo 74 se reitera que los Gobernadores, en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 305 numeral 7° de la Constitución, están facultados para crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley, las ordenanzas y los acuerdos respectivamente. Por las razones expuestas, el cargo formulado con respecto a la incompetencia del Gobernador del Departamento para decretar la supresión y liquidación no está llamado a prosperar, tal como quedará consignado en la parte resolutive de la presente providencia.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 1101 0324 000 2005 00305 01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## **7. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTA DE APREHENSIÓN DE MERCANCÍAS**

Los actos administrativos definitivos son aquellos que ponen fin a una actuación administrativa o crean una situación jurídica particular, mientras que los actos de trámite o preparatorios no contienen decisiones de fondo, lo que hace improcedente cualquier tipo de recurso frente a estos, para la Sala no hay duda que el Acta de Aprehensión es el acto con que se inicia la actuación administrativa encaminada a definir la situación jurídica de la mercancía, por lo cual, es un acto de trámite. La razón de ser de la figura de la aprehensión es identificar y evitar que las mercancías alcancen el comercio interno y se transen relaciones jurídico-negociales con aquellas. Igualmente, el acta de aprehensión busca identificar tanto las mercancías, como los titulares y posibles infractores de la normativa aduanera, lo que estuvo plenamente identificado en el procedimiento

administrativo. Así, las pretensiones de nulidad frente a las Resoluciones 311 de 27 de agosto de 1998 y 028 de 16 de diciembre de 1998 no prosperan por no existir acta de aprehensión, toda vez que dicho acto no es enjuiciable ante esta jurisdicción dado su carácter de preparatorio, en razón de que con el mismo solo se da inicio a la actuación administrativa, lo que impide catalogarlo como definitivo, condición esta última necesaria para ser pasible del control que en la demanda se pretende.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-24-000-1999-0414-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

#### 8. a) COSA JUZGADA EN CONCILIACIÓN

La cosa juzgada que se le atribuye a la conciliación es tanto formal como sustancial, pues no se hace distinción alguna. Dicho de otra forma, lo acordado por las partes en las condiciones señaladas por la ley hace tránsito a cosa juzgada plena, debiéndose tener entonces que lo acordado o conciliado no es susceptible ni de recurso ni de modificación o mutación mediante un nuevo mecanismo procesal, salvo la situación de terceros directa e inmediata interesados en el asunto que no tuvieron la oportunidad de intervenir en la conciliación. En ese orden, cabe decir que la conciliación y su correspondiente acta es equivalente o tiene la misma fuerza de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada plena respecto del asunto o diferencias objeto del acuerdo conciliatorio; de modo que cuando la ley señala que la conciliación tiene fuerza de cosa juzgada está diciendo que tiene materialmente fuerza de sentencia incontrovertible e irrevisable; pues las partes no pueden plantear o formular litigio sobre lo ya acordado, sino que lo que les está dado después del acuerdo es promover acción ejecutiva en caso de incumplimiento de alguna de las partes.

#### b) REGISTRO DE ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

La instrucción acusada no resulta incompatible con los artículos 80 de la 23 de 1991 y 66 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970 en cuanto excluye del registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y las sujeta a la previa protocolización, las actas de conciliación extrajudicial en materia civil en las cuales consten acuerdos en relación con derechos reales sobre inmuebles, puesto que, en primer lugar, no es cierto que el mencionado artículo 80 le otorgue la condición de título traslativo de dominio a esas actas y, en segundo lugar, el carácter de cosa juzgada y de título ejecutivo no les da esa condición.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 11001 0324 000 2004 00203 01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**1. PENSIÓN DE VEJEZ - Regulación legal / INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ- Reconocimiento. Requisitos/ PENSION DE RETIRO POR VEJEZ- Reconocimiento. Requisitos / INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ- Tiene un causa distinta a la pensión retiro por vejez / PENSION DE RETIRO POR VEJEZ- Tiene una causa distinta a la indemnización sustitutiva de la pensión de retiro por vejez / PENSION DE RETIRO POR VEJEZ- No se produce su derogatoria tácita con la expedición de la ley 100 de 1993**

Esta Sala se ha ocupado ya de discutir el argumento expuesto por la entidad demandada conforme al cual, la norma aplicable sería el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que contempla la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ante la supuesta derogatoria de la referida pensión. En efecto, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 contempla una situación específica del sistema de pensiones establecido en dicha ley, cual es el cumplimiento de la edad mínima pensional, la ausencia de las

cotizaciones mínimas y la imposibilidad de continuar cotizando. En tal hipótesis, se causa la indemnización prevista en esa norma. Esta situación es totalmente distinta de la contemplada en el caso de la pensión de retiro por vejez, en la cual la protección estatal surge en razón del hecho específico de que el funcionario deba ser retirado del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso, y no ha causado aún el derecho pensional que le correspondería en virtud del régimen de transición pensional. De otra parte, resulta pertinente debatir el argumento del fallo apelado, consistente en la supuesta derogatoria tácita de la pensión de retiro por vejez por la ley 100 de 1993. Al respecto señala la Sala que una institución pensional de la magnitud y relevancia de la pensión de retiro por vejez, establecida no solamente como parte del régimen pensional del sector público anterior a la Ley 100, sino también como integrante de la normatividad administrativa laboral de los empleados públicos, en cuanto alude a la situación administrativa del retiro forzoso por cumplimiento de la edad límite de permanencia en el servicio público, no podía entenderse derogada por la ley general de seguridad social sin una referencia expresa.

**Nota de Relatoría:** En relación la aplicación del Régimen de Transición para el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez se cita la sentencia del 7 de abril de 2005, Exp No 1721-03, M.P. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

[Sentencia del 19 de febrero de 2009. Exp. 25000-2325-000-2005-05429-02\(0720-08\). M.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

## **2. a) CESIÓN DE CONTRATO - Silencio Administrativo Positivo. Protocolización. Efecto**

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, precisa, entre otras eventualidades, que en virtud del principio de economía “En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley” (num. 16). Obra en el plenario prueba documental según la cual el cesionario Jimmy Suárez Arévalo, coadyuvado por el demandante, manifestó a TELECOM que remitía el Contrato de Venta de Bienes Muebles y Cesión de unos derechos del SAI Rondón en el Espinal, según Contrato RIB - 00010-95; el escrito respectivo fue recibido en la Entidad estatal el 30 de mayo de 1995, sin que en el proceso aparezca prueba alguna de la respuesta. La Sala considera que el silencio administrativo positivo a que se refiere el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 no se configura en este caso, porque si bien es cierto TELECOM recibió la comunicación referida en el párrafo precedente y no respondió en el término que para el efecto señala la norma pretranscrita, el peticionario no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo. El acto de protocolización es el medio que la ley ha señalado para demostrar la ocurrencia del silencio administrativo positivo, él constituye un requisito *Ad solemnitatem*, que no se cumplió en el sub-lite y por tal razón no puede tenerse como probado el hecho alegado por el recurrente, que hace consistir en que la cesión del contrato se realizó efectivamente y de ella tuvieron conocimiento los Gerentes Departamental y Municipal de El Espinal, lo cual, a su juicio, significa que hubo aceptación tácita de TELECOM.

## **b) REVOCATORIA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO- Por ocultar información de la actividad económica privada / REVOCATORIA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO - Acto Condición. No requiere consentimiento del empleado**

El acto impugnado da cuenta que para tomar posesión el señor Leovigildo Suárez Céspedes diligenció el formato único de hoja de vida, previsto en el artículo 1° de la Ley 190 de 1995, en el cual manifestó bajo la gravedad del juramento que no se encontraba incurso en las causales de incompatibilidad de orden constitucional o legal, para ocupar el cargo de Director I con registro No. 21193, ubicado en la Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima del Instituto de Seguro Social, con lo cual el actor ocultó información sobre su actividad privada económica empresarial y

en consecuencia se encontraba incurso en causal de inhabilidad que le impedía tomar posesión de cargo público. Para establecer si el acto de nombramiento del actor podía ser revocado sin su consentimiento expreso y escrito, la Sala precisa que la jurisprudencia de esta Sección ha reiterado que el acto mediante el cual se nombra a una persona en un cargo público, es de los denominados condición, que se expide para la satisfacción del interés general y no para el beneficio de la persona llamada a ocuparlo, razón por la cual no es imperativo obtener el consentimiento del empleado para la revocatoria de su nombramiento

**Nota de Relatoría:** Sobre la revocatoria del acto de nombramiento sin necesidad de consentimiento del empleado se citan las sentencias del Consejo de Estado del 10 de abril de 2003, Exp No 4978-01, M.P. ANA MARGARITA OLAYA FORERO y del 9 de agosto de 2007, Exp No 0905-05, M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.

[Sentencia del 19 de febrero de 2009. Exp. 73001-23-31-000-2001-04981-01\(4981-05\). M.P.: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

## SECCIÓN TERCERA

### 1. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTROL JUDICIAL DEL DECRETO 2474 DE 2008.

El Decreto 2474 de 2008, es de indiscutible naturaleza reglamentaria, según lo ha expuesto la Sala para otros decretos de similar naturaleza, verbigracia para los decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, dado que fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de reglamentar, como su epígrafe lo indica, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que reformó esta última. De su contenido se colige que se expidió para desarrollar diferentes normas de las citadas leyes, en particular, aunque no restringido, las modalidades de selección y los principios de publicidad y selección objetiva. Así las cosas, recuérdese que en la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación se ha manifestado que, tratándose de decretos que simplemente desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, como el del *sub examen*, el control judicial se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. Por consiguiente, como quiera que se está delante de un decreto reglamentario, vale decir de un acto administrativo, de conformidad con lo prescrito por el numeral 7° del artículo 97 del C.C.A, modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1996, en armonía con los derroteros trazados por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, la acción incoada es de simple nulidad, y no de nulidad por inconstitucionalidad, como la nominó la parte demandante. En efecto, nótese que la parte actora invoca en el concepto de violación normas de índole constitucional y legal; que en medio de las normas de la Constitución Política y las reglamentarias acusadas se encuentran las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; y que los cargos son sustentados por violación de preceptos legales, de manera que, por esa vía, la infracción de las disposiciones constitucionales estaría mediatizada por la violación de normas legales, lo cual excluye el ejercicio de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, en los términos expuestos. Además, la delimitación de la acción idónea para ventilar las pretensiones, no corresponde a una mera discusión acerca de su nominación, sino que implica darle curso mediante el trámite que corresponde según su clase y, por ende, de acuerdo con la vía dispuesta por la ley o por la propia Constitución Política para el efecto, lo cual resulta imperativo en aras del cumplimiento estricto del principio del debido proceso (artículo 29 C.P), respecto del adelantamiento del juicio observando las formas propias del mismo.

[Sentencia del 1° de abril de 2009. Exp. 110010326000200900009 00 \(36.312\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

## 2. DECRETO 2474 DE 2008. SUSPENSIONES PROVISIONALES

### a) ARTICULO 7 PARCIAL. PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS

La Sala considera que del simple cotejo de los textos normativos emerge en forma diáfana y palmaria la ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que, como lo acusa el actor, mientras el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite prorrogar el plazo de la licitación pública para la presentación de las ofertas, de oficio o a petición de los interesados, antes de su vencimiento y por un término no superior a la mitad del inicialmente previsto, o sea, inclusive hasta el mismo día del cierre del proceso de selección; el precepto reglamentario, en abierta oposición a la norma legal, prohibió la posibilidad de que en ese último día fijado para el cierre del proceso de selección, mediante adenda, se adicionara, ampliara o prorrogara el plazo para la presentación de ofertas, con lo cual, además, restringió indebidamente tanto la facultad que en este sentido atribuyó la norma legal a la entidad pública, como el derecho de solicitarla que detenta la mayoría calificada de los interesados que hubiesen retirado los pliegos.

### b) ARTÍCULO 44. INFORME DE EVALUACION DE OFERTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN ABREVIADA POR MENOR CUANTÍA

De la sola confrontación de las normas citadas, salta a la vista para la Sala que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 ciertamente vulnera de manera flagrante el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el Gobierno Nacional en el reglamento no estableció, como lo ordena esta norma de la ley de contratación pública, una etapa que permita a los oferentes en el proceso de selección abreviada por menor cuantía conocer y controvertir los informes y el concepto de la evaluación de sus propuestas con antelación a la adjudicación del contrato. Teniendo en cuenta la ilegalidad manifiesta en que incurre el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, al omitir la etapa señalada en la reglamentación del procedimiento de selección abreviada por menor cuantía, contrariando los términos de los artículos 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 3 del C.C.A. y 29 de la Constitución Política, que garantizan en los procesos contractuales los derechos de defensa y contradicción corolarios del debido proceso, fuerza concluir que sus efectos deben ser suspendidos provisionalmente por la razón aludida.

### c) ARTÍCULO 88 PARÁGRAFO -PARCIAL -. OPORTUNIDAD PARA LA DETERMINACION Y DISTRIBUCION DE RIESGOS CONTRACTUALES

Se observa que el Legislador, en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, nítidamente estableció que el momento para la asignación definitiva de los riesgos debía señalarse “con anterioridad a la presentación de las ofertas”, o sea, para que se efectuase en forma previa al comienzo del plazo de la licitación, pues iniciado éste ya es posible para los oferentes formular sus propuestas a la Administración; mientras el Gobierno Nacional, en el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dejó a criterio de la entidad fijar la realización de la audiencia para ese propósito coincidiendo con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, de donde, sin mayores elucubraciones o razonamientos, surge una modificación y contradicción a lo regulado en la ley. Por consiguiente, la Sala decretará la medida cautelar solicitada, pero sólo respecto de la expresión “A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...” del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y no en relación con la expresión restante del mismo, esto es, “...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...”, pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma que se invoca como infringida.

### d) ARTÍCULOS 47 Y 52 - PARCIAL- . PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN ABREVIADA. MANUAL INTERNO DE CONTRATACION

Es evidente que las expresiones contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, que implican que la escogencia del contratista en los contratos para la prestación de servicios de salud consagrados en la letra c) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se adelantará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar"; o, en los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada entre otros consagrados en la letra h) *ibidem* se realizará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar", respectivamente, son ostensiblemente violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del propio artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007. En efecto, si la Constitución Política estableció la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República (art. 189 No. 11), y la Ley 1150 de 2007 (numeral 2 del artículo 2) reiteró la necesidad de su ejercicio para reglamentar el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para cada una de las causales de la modalidad de selección abreviada, no podía el Gobierno Nacional, en verdad, como lo acusa el actor, entregar, transferir o delegarle a otro órgano de la Rama Ejecutiva o de cualquier otra Rama del poder público u órgano independiente o de control la expedición de ese procedimiento. Y, en el *sub examen*, de la sola lectura de las normas acusadas, se desprende que el Gobierno Nacional ciertamente se sustrajo de la labor de reglamentar dicho procedimiento para la selección abreviada por las causales c) y h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y, en su lugar, entregó, transfirió y delegó su competencia reglamentaria a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a cargo de la celebración de esos contratos, con el fin de que lo adoptaran a través de sus manuales internos de contratación. Es decir, cuando el Gobierno Nacional en las normas atacadas remitió el procedimiento de contratación a seguir en esos precisos eventos de selección abreviada a los Manuales Internos de Contratación de las entidades públicas, renunció a la facultad constitucional reglamentaria que le es propia y la transfirió indebidamente a las entidades públicas sujetas al estatuto general de contratación, lo cual, a todas luces, vicia de ilegalidad esas disposiciones.

[Sentencia del 1° de abril de 2009. Exp. 110010326000200900024 00 \(36.476\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

### **3. a) FALLA DEL SERVICIO DE PROTECCIÓN DEL PERIODISTA HENRY ROJAS MONJE**

Lo que indica el abundante material probatorio, de manera cierta, es que la muerte del periodista Henry Rojas Monje no fue consecuencia de un acto impulsivo o de venganza personal del autor material del hecho, sino de complejas y, por lo mismo, oscuras circunstancias que vivía el departamento de Arauca al momento del crimen. No resultaría lógico, ni justo, derivar de la impunidad respecto de los autores intelectuales una actuación insular y por lo tanto una culpa puramente personal del agente estatal involucrado. En efecto, la actuación de miembros de la fuerza pública hacía parte de esas complejas y oscuras circunstancias a las que se ha hecho referencia. No encuentra explicación el hecho de que Wilson Eduardo Daza Rosso fuera al mismo tiempo soldado de la contraguerrilla del Grupo Reveíz Pizarro en Saravena y "auxiliar" de la alcaldía de Arauca, y aunque se dijo que este último estipendio era para ayudarlo, debido a su precaria situación económica y la de su familia, y que además fue por corto tiempo, resulta incomprensible y al menos fraudulento para el municipio. Sin duda, los anteriores antecedentes llevan a la Sala a concluir que existen indicios graves de responsabilidad contra la administración en la muerte del periodista Henry Rojas Monje. Afirmar lo contrario, sería patrocinar las graves irregularidades que revela la situación, es decir, el que perteneciera a las fuerzas militares un individuo como Daza Rosso del que se sabía que estaba delinquiendo o, quizás más grave, que estaba siendo utilizado como ejecutor de propósitos criminales por miembros de la propia fuerza pública, la administración municipal o departamental de Arauca o la clase política de la misma región. Es el juzgador quien

declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. Los anteriores, son hechos indicadores suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en falla del servicio, consistente en violación del deber de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del periodista Henry Rojas Monje, toda vez, que en estos casos, se ha determinado que el Estado se encuentra en posición de garante, como lo ha reconocido la jurisprudencia reciente de la Sala. En efecto, el no haber intervenido respecto de las actividades criminales previas del autor material del hecho, conociéndolas, así como en la irregular estructura de ex guerrilleros pagados por la alcaldía de Arauca, relacionadas con actividades desconocidas de inteligencia, que al mismo tiempo se desempeñaban como soldados del ejército, permite concluir que las autoridades públicas correspondientes, en éste caso la unidades del Ejército Nacional con sede en Saravena y Arauca, sí conocían de la situación de peligro en que se encontraba el comunicador afectado y no actuaron para evitarlo. Este supuesto, por sí solo, reviste la entidad suficiente como para dar por acreditado el incumplimiento del deber constitucional y legal al que se ha hecho referencia.

#### **b) PRESUNCIÓN DE MANUTENCIÓN DE LOS HIJOS HASTA LOS 25 AÑOS DE EDAD**

Respecto de los hijos del occiso reconocerá el lucro cesante hasta la edad de 25 años, toda vez que fue solicitada en la demanda y de acuerdo a jurisprudencia reciente de la Sala, así debe reconocerse en todo los casos en que un hijo solicite indemnización por la muerte de su padre.

[Sentencia del 26 de febrero de 2009. Exp. 070012331000199300063 01. M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

\* Salvamento de voto de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio

#### **4. POSICIÓN DE GARANTE FRENTE A WILLIAM OCAMPO CASTAÑO, MIEMBRO DE LA UNIÓN PATRIÓTICA**

Es claro que la muerte de William Ocampo Castaño es imputable a la demandada por omisión en el deber de protección y cuidado que le correspondía respecto de la vida del funcionario. Sin duda, la situación de peligro en la que se hallaba el burgomaestre, denunciada por él mismo, conocida, además, por los múltiples actos de violencia política que se presentaban en la región y contra el movimiento político al que pertenecía, hacía que la administración se encontrara en posición de garante frente a él. No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la vida del ciudadano. No resulta atendible, por tal razón, el que la demandada afirme que la situación del país no le imponía “la obligación de estar en todos y cada uno de los rincones de la patria”, del mismo modo, el Ministerio Público, en esta instancia, señaló que la efectividad de la protección dependía de la disponibilidad de personal de la policía. En el presente caso el riesgo en que se encontraba la vida del alcalde afectado era evidente para las autoridades y su reacción fue sin duda precaria; no resulta adecuado aducir que se hicieron advertencias previas de que no se movilizara fuera del municipio, cuando se desconoce si ello correspondió a un estudio previo y riguroso de seguridad; menos aún, se puede afirmar que se le dio protección, pues la solicitud de la víctima se tramitó después de su asesinato; tampoco se puede alegar que se trataba de una situación de imposible manejo, cuando a la información sobre la misma ni siquiera se le dio un adecuado trámite de archivo y correspondencia. Las conductas descritas permiten acreditar la omisión de la demandada en el deber de proteger la vida de William Ocampo Castaño.

[Sentencia del 11 de febrero de 2009. Exp. 23.067 \(R-199204478 01. M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

#### **5. FALLA DEL SERVICIO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES EN FAVOR DE LOS CONSCRIPTOS**

Para la Sala, la responsabilidad de la Administración se encuentra comprometida a título de falla en la prestación del servicio, en tanto los soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades, por ende, someterlo a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los conscriptos. A juicio de la Sala la causa extraña conocida como el hecho de un tercero alegada por la Entidad demandada carece, en el asunto sub - lite, de la virtualidad suficiente para enervar la relación etiológica entre el hecho imputable jurídicamente a la Administración y el daño antijurídico experimentado por la víctima, pues si bien es cierto el tercero tuvo participación en la causación del hecho dañoso, la administración debió haberlo evitado, absteniéndose de exponer al soldado al fuego del adversario enviándolo a cumplir las labores de inteligencia táctica con los riesgos que ello conlleva, los cuales fácilmente podía prever la administración, de manera que la causa extraña no se abre paso para impedir la estructuración de la responsabilidad de la administración, porque no evitar el daño teniendo la obligación de impedirlo o pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

[Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp. 1800123310005743-01 \(15793\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

#### 6. a) CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y CONSTANCIA EN LA HISTORIA CLÍNICA

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse. El derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad. Por ello importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente. Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que **siempre se consigne su obtención en la historia clínica**, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio. El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente. El consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, *in genere*, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico. Así las cosas, resulta demostrado que el daño por el cual reclaman los demandantes, debe serle imputado a CAJANAL, teniendo en cuenta que luego de la cirugía, la única referencia existente en la historia clínica se limitó a habersele dado salida al día siguiente de la intervención. Pero en dicho

documento no aparece que se le hubiesen dado órdenes expresas sobre el cuidado que debía mantener en el post-operatorio, o sobre controles inmediatos en el post-operatorio.

#### **b) CAMBIO JURISPRUDENCIAL. LIQUIDACION DE LUCRO CESANTE FUTURO CUANDO SE SUPERA LA EXPECTATIVA DE VIDA PROBABLE**

Según tabla de mortalidad que incluye la esperanza completa de vida adoptada por la Superintendencia Bancaria a través de resolución 0996 del 29 de marzo de 1990, un hombre de 76 años tendría una expectativa de vida de 7.94 años, es decir, hasta agosto de 1999. Sin embargo, dentro del proceso no se tiene noticia que el señor Bermúdez Bautista hubiese fallecido, razón por la que debe presumirse que dicha persona aún vive. Entonces, al sobrepasar la expectativa de vida, debe reconocérsele la indemnización pertinente, a lo cual surge la pregunta de hasta cuándo deben liquidarse dichos perjuicios a título de lucro cesante. La Sala, en otras oportunidades, en las que se enfrentó a una situación similar, en la que un demandante sobrepasó la expectativa de vida, liquidó el período consolidado hasta la fecha de la sentencia, y para liquidar el período futuro, reconoció al demandante el valor correspondiente en forma mensual, hasta la fecha de su muerte, para lo cual debía presentar mensualmente un certificado de sobrevivencia. El fundamento de dicho razonamiento es la imposibilidad de saber, con un grado de certeza, el momento en el que el beneficiario de la indemnización dejará de existir, pues habiendo sobrepasado la expectativa de vida se entiende que ese hecho puede suceder en cualquier momento. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala considera que la respuesta a la incertidumbre planteada puede solucionarse con la misma tabla de mortalidad que adopta el gobierno nacional, pues se entiende que los resultados consignados en la misma son producto de estudios específicos y prolongados, sobre una población cierta y sobre unos eventos reales previamente monitoreados, como así se manifiesta en los actos en los que se adoptan dichas tablas. Resulta entonces más acorde con la línea jurisprudencial de la Corporación liquidar el lucro cesante futuro con base en la expectativa de vida, y más aproximado con el marco técnico de los estudios referidos, aplicar la tabla de mortalidad vigente para el momento en el que se dicta esta sentencia, obteniendo el período futuro a liquidar con base en la expectativa actual de vida que tiene el demandante beneficiario de la condena, conforme a dicha tabla.

[Sentencia del 11 de febrero de 2009. Exp. 54001-23-31-000-1993-08025-01 \(14726\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

#### **7. PERJUICIOS MORALES PARA MADRE DE CRIANZA**

Respecto a la madre de crianza, el *a quo* señaló que al no existir vínculos de sangre entre el lesionado y la misma, se debían allegar pruebas suficientes para demostrar el grado de afectividad. En su criterio, los testimonios recaudados son confusos en cuanto al nombre de ella, así que negó el reconocimiento de los perjuicios morales. La Sala discrepa de la posición adoptada por el Tribunal, pues si bien, los testimonios que se refieren a la madre de crianza del lesionado, no son exactos en el nombre de la señora, de la lectura y análisis de las declaraciones es fácil concluir que se trata de la misma persona. Además, está probado que Luis Antonio Téllez y Matil Antonia García contrajeron matrimonio el 31 de octubre de 1982, lo que permite inferir que no sólo ostentaba la calidad de madre de crianza sino de madrastra del lesionado. Así las cosas, se le reconocerá la suma de 10 smlv por concepto de perjuicios morales, en su calidad de madre de crianza. Ahora bien, respecto a la figura de la madre de crianza, la Sala, en la perspectiva del hijo de crianza ha hecho las siguientes precisiones conceptuales para efectos del reconocimiento de perjuicios morales, y de allí que se puedan yuxtaponer las mismas como "*tertium comparatio*", en atención a que se trataría de una lógica igual para las dos situaciones.

[Sentencia del 28 de enero de 2009. Exp. 68001-23-15-000-1995-08959-01 \(18.073\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

#### 8. FALLA DEL SERVICIO MEDICO. EXÁMENES PRE ANESTÉSICOS E HISTORIA CLÍNICA

La valoración conjunta de los elementos probatorios del presente proveído evidencia, la falta de diligencia y cuidado que se registró en la preparación de la paciente para la cirugía a la cual habría de someterse, especialmente en cuanto atañe a la práctica de los exámenes pre-anestésicos de rigor y a la puesta a disposición de los mismos a los médicos que practicaron la intervención quirúrgica, quienes carecían de la información mínima imperativa que debía obrar en la respectiva historia clínica con el propósito de contar con todos los elementos de juicio necesarios para evitar, al máximo posible, cualquier tipo de compromiso previsible para la salud de la paciente. La palmaria omisión que se ha puesto de presente, además de la dejadez y la negligencia que caracterizó el diligenciamiento de una historia clínica muchos de cuyos apartes, además de inconexos e incompletos, resultan absolutamente ilegibles, da lugar a que, a juicio de la Sala, se configure una evidente falla del servicio, falla que, sin lugar a la menor hesitación, obró como causa en la producción de las lesiones sufridas por Deiny Gissel Riveros y, por tanto, compromete la responsabilidad del Instituto del Seguro Social.

[Sentencia del 28 de enero de 2009. Exp. 500012331000199203589-01 \(16.700\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ](#)

#### 9. PERICIA, DILIGENCIA Y CUIDADO EN ATENCIÓN MEDICA A DE MENOR DE EDAD POR CAÍDA

Para la Sala, la atención médica brindada a la menor Ariza fue oportuna, pues desde su ingreso hasta el momento de su muerte, recibió toda la atención de los diversos médicos que la trataron más allá del nivel de cuidado que les es exigible, pues como se advierte del material probatorio, todos los actos médicos se realizaron de una forma que tendía a mejorar o, al menos, a recuperar la salud de la paciente Ariza. En este caso, si bien se demostró el daño, consistente en la muerte de la menor, también se acreditó la pericia, diligencia y cuidado en la prestación del servicio médico, de acuerdo con las obligaciones que le eran exigibles a la entidad de salud. Cabe precisar que en los casos en que se debate la responsabilidad del Estado por una presunta falla médica, deben evaluarse las circunstancias y el momento en que se empieza a tratar el paciente, el cuadro que presenta y las obligaciones exigibles al momento de la atención. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala no encuentra la falla médica y hospitalaria que se le imputó al ISS en el caso de la paciente Ariza, en tanto la parte demandada no incumplió el contenido obligacional que le era exigible al momento en que sucedieron los hechos. A pesar de que el médico neurocirujano afirmó que, si hubiera tenido claridad en el diagnóstico antes de que el estado neurológico de la paciente se hubiera agravado -resultados del TAC -, lo más probable es que hubiera podido operarla con éxito, lo cierto es que, la demora en la práctica del examen no es imputable al ISS en este caso. Cabe destacar finalmente, que el tumor cerebral que padecía la menor Ariza no era nuevo, sino que llevaba varios meses de evolución, circunstancia que conlleva a cuestionar la atención médica recibida por la menor con anterioridad, dado que, como se observa del material probatorio (testimonios y denuncia penal), la menor acudía desde sus primeros meses de vida a la Clínica Cumaral del ISS, entidad que se abstuvo de diagnosticarla, ordenarle exámenes, o al menos remitirla a un especialista que seguramente habría advertido el tumor cerebral, la hubiera tratado y, probablemente, evitado su muerte. No obstante lo anterior, este juicio no versa sobre la eventual responsabilidad de los médicos generales que atendían constantemente a la menor, y los demandantes tampoco imputaron responsabilidad alguna al ISS por estos hechos, circunstancia que obliga a la Sala a abstenerse de realizar pronunciamiento alguno sobre la eventual falla del servicio del ISS por los hechos ocurridos en la Clínica Cumaral, con anterioridad a la lesión y en el momento de la misma, dado que la paciente ingresó al servicio de salud a través de esa entidad médica de primer nivel de atención.

[Sentencia del 11 de febrero de 2009. Exp. 50001-23-31-000-1998-0210-01\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

## SECCIÓN CUARTA

### 1. LA NOTIFICACIÓN ENVIADA A QUIEN NO TIENE LA TENENCIA Y POSESIÓN DE UN BIEN INMUEBLE POR DECISIÓN JUDICIAL ES ERRADA

**Situación fáctica:** El actor demandó los actos mediante los cuales la DIAN libró mandamiento de pago en su contra por las obligaciones correspondientes al impuesto de renta por los años 1994, 1995 y 1997.

**Tesis:** De lo anterior se colige que a la fecha del mandamiento de pago [25 de mayo de 2001], el contribuyente ya no tenía ni la tenencia, ni la posesión, ni la disposición del inmueble ubicado en la dirección informada en la declaración de renta de 1997, dado que por orden de la Fiscalía General de la Nación, lo había entregado a un depositario provisional, a órdenes de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Medida que si bien no implica una decisión definitiva de la pérdida de los derechos del propietario sobre el inmueble, la cual se declara por sentencia judicial, practicada la diligencia de ocupación, se afectó la tenencia y posesión del bien y en consecuencia, la “dirección” del mismo, por orden judicial y de manera provisional, dejó de ser del contribuyente, pues lo entregó al depositario y quedó a disposición de una entidad oficial. Así las cosas, si bien la dirección a la que se enviaron el mandamiento de pago y la citación, correspondía a la informada en la declaración de renta de 1997, lo cierto es que a esa fecha, ya no correspondía al contribuyente, situación no desconocida por DIAN, pues le fueron remitidos los certificados de tradición y libertad de los inmuebles con las correspondientes anotaciones de las medidas adoptadas por la Fiscalía General de la Nación y por la propia entidad. Con conocimiento de las medidas oficiales adoptadas, la administración debió adelantar todas las diligencias posibles para ubicar la dirección del deudor y proceder entonces a citarlo para efectuar la notificación personal de la orden de pago y en el evento en que no hubiera comparecido, si realizar la notificación por correo, como lo dispone el artículo 826 del E.T., o de no haber sido posible establecer la dirección por los medios de que trata el artículo 563 ib., acudir de manera excepcional a la notificación por aviso.

[Sentencia de 12 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2006-00170-01 \(16630\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

### 2. LA OBLIGACIÓN DEL DEUDOR SOLIDARIO EN EL PROCESO DE COBRO COACTIVO ES MANCOMUNADA NO SOLIDARIA

**Situación Fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN decidió las excepciones contra el mandamiento de pago librado en su contra como deudora solidaria de TEXTILES DURÁN LTDA. -en liquidación.

**Tesis:** Es necesario precisar que el artículo 794[1] del Estatuto Tributario denomina impropiaamente “responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad” a la obligación que adquieren de salir al pago de las obligaciones fiscales de la sociedad “a prorrata de sus aportes en la misma” y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable, pues, una obligación es solidaria o in solidum cuando “en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse, a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda” conforme al artículo 1568[2] del Código Civil. En efecto, en oposición a una obligación mancomunada, en la que hay pluralidad de deudores y el acreedor sólo puede exigir el pago a cada

uno de los deudores o a todos en la parte que a cada uno le corresponde, en la obligación solidaria pasiva, un solo deudor puede ser llamado a satisfacer la totalidad de la prestación debida sin que pueda oponer el beneficio de división, ya que frente al acreedor todos y cada uno de los deudores responden íntegramente por el total de la obligación y, se repite, el acreedor puede exigir la ejecución total; de manera que satisfecha la prestación por uno de los deudores, se extingue la obligación de los demás respecto del acreedor, sin perjuicio de la subrogación que opera a favor del deudor que pagó la deuda frente a los demás deudores (artículos 1571 y 1579 *ibídem*). En el caso del artículo 794 del Estatuto Tributario, los socios responden frente a la DIAN por las obligaciones fiscales de la sociedad “a prorrata de sus aportes en la misma” es decir, es una obligación mancomunada, como quiera que la Administración sólo puede exigir a cada socio la parte de la obligación que le corresponde de acuerdo con su participación en el ente societario y, no es solidaria, como equivocadamente lo denominó el legislador.

[Sentencia de 12 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-00849-01 \(16244\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

### **3. a) SON DEDUCIBLES LOS INTERESES SIEMPRE QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN DE PAGARLOS**

**Situación fáctica:** El actor demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificaron el impuesto de renta de 1998.

**Tesis:** La Sala reitera el criterio expuesto en sentencia de 18 de abril de 2002 y recoge la tesis jurisprudencial sentada en las sentencias de 22 de febrero y 21 de noviembre de 2007 y 6 de marzo de 2008, en atención a lo siguiente. Se precisó en la jurisprudencia que se reitera que el artículo 117 del Estatuto Tributario, antes de la modificación de la Ley 488 de 1998, no debe interpretarse en forma aislada al artículo 104 del Estatuto Tributario. Según se evidencia, el tratamiento es diferente cuando se trata de contribuyentes que lleven contabilidad de causación, pues para éstos se realiza la deducción cuando nace la obligación de pagarla, aunque no se haya hecho efectivo el pago (art. 105 del E.T.). Para los que están obligados a llevar contabilidad por el sistema de causación, como el caso de la actora, implica que se reconozca el ingreso, el costo o la deducción cuando se realiza; esto es, al comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, la empresa tiene o tendrá un resultado económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en todo caso cuantificables (art. 12 del D.R. 2649 de 1993). En el presente caso, la sociedad aportó una certificación del Banco Ganadero en la que se certifica que “los intereses y otros gastos financieros causados a su cargo” fueron por \$800.137, por tanto no fue acertada la decisión administrativa de no reconocer como lo decidió el Tribunal, razón por la cual en este aspecto se confirmará la decisión.

### **b) NO ES DEDUCIBLE EL IMPUESTO DEL DOS POR MIL PORQUE NO ESTÁ DENTRO DE LOS IMPUESTOS QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 115 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO**

**Tesis:** Según el artículo 115 del Estatuto Tributario, vigente para el año gravable 1998, “Son deducibles los impuestos de industria y comercio, de vehículos, de registro y anotación de timbre, que efectivamente se hayan pagado durante el año o periodo gravable, siempre y cuando tuvieren relación de causalidad con la renta del contribuyente. Con iguales condiciones, es deducible el impuesto predial y sus adicionales para los contribuyentes no sujetos al impuesto complementario de patrimonio”. De acuerdo con la disposición es clara la voluntad del legislador de autorizar la deducibilidad de los impuestos que de manera expresa se señalan. Los requisitos para que proceda su deducción, son que efectivamente sean pagados durante el respectivo año gravable y que tengan relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente. En consecuencia, como la “contribución especial” es un impuesto no procede su deducibilidad como lo decidió la Administración, pues, no se consagró su deducibilidad en el mencionado decreto legislativo y no está dentro de los impuestos que según el artículo 115 citado son deducibles. La Sala reitera que la circunstancia de que el Decreto 2331 de 1998 no hubiera limitado su deducción y que el artículo 38

de La ley 488 de 1998 la hubiera exceptuado expresamente, no significa que antes de esta disposición, la “contribución especial” fuera deducible, pues, siempre fue un impuesto y para su deducibilidad debía estar expresamente autorizada por el artículo 115 citado.

[Sentencia de 12 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-01377-01 \(16242\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

#### **4. LOS APORTANTES DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO AL NO TENER LA CALIDAD DE TRABAJADORES NO ESTÁN OBLIGADOS A PAGAR PARAFISCALES**

**Situación fáctica:** El actor demandó la nulidad del apartes del Decreto 3555 de 28/10/04 que dispone “y las contribuciones especiales al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar” y del Decreto 1996 de 16/09/2004 la frase “Profesionales y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar”.

**Tesis:** La obligación de efectuar los aportes al SENA y al ICBF surge en virtud del vínculo laboral entre empleador y trabajador, y que el salario es la base sobre la cual deben calcularse tales aportes. Dado que por la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, los asociados no tienen el carácter de trabajadores, ni la cooperativa actúa como patrón o empleador de los mismos, y, que la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta la función que cumple el asociado, su especialidad, rendimiento, cantidad y calidad del trabajo aportado, no se cumplen los presupuestos para que surja la obligación de efectuar los aportes al SENA y al ICBF, como lo prevé la norma acusada. Además, no puede pretenderse que el régimen de compensación de los asociados a estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, toda vez que ello equivaldría a desconocer la naturaleza jurídica de tales organizaciones. Así las cosas, y como los aportes al SENA y al ICBF son contribuciones parafiscales obligatorias, impuestas con base en la facultad impositiva del Estado, que se encuentran sometidas al principio de legalidad y tienen una naturaleza excepcional, por cuanto no afectan genéricamente a todas las personas con igual capacidad de pago, sino sólo al grupo de personas que legalmente deben efectuar los aportes, debe concluirse que la norma acusada es violatoria del principio de legalidad de los tributos, motivo por el cual procede su nulidad.

[Sentencia de 12 de marzo de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2005-00241-01 \(15921\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ \(E\)](#)

### **SECCIÓN QUINTA**

#### **1. EL ACTO QUE DECLARO LA ELECCIÓN DE LOS CONCEJALES DE SANTA MARTA PARA EL PERIODO 2008-2011 NO ADOLECE DE LOS VICIOS DE NULIDAD ADVERTIDOS EN PRIMERA INSTANCIA**

Correspondió a la Sección Quinta conocer las apelaciones interpuestas contra la sentencia de 21 de agosto de 2008, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena anuló la elección de los concejales de Santa Marta para el período 2008-2011. La Sala revocó el fallo apelado por las siguientes razones:

En primer lugar, la Sala consideró que una de las concejales demandadas no estaba incurso en las inhabilidades previstas en los artículos 40, numeral 3 de la Ley 617 de 2000 y 21, parágrafo 6 de la Ley 789 de 2002, porque en su condición de directora departamental de la Caja de Compensación Familiar Campesina, Comcaja, en el Departamento del Magdalena, no fue representante legal de esa entidad, calidad que la ley (Ley 21 de 1982, artículo 46) atribuye exclusivamente al director administrativo. Sobre el punto también resaltó que, debido a su relación con el derecho

fundamental a la participación en la conformación del poder político y por ser un tema de reserva legal, las inhabilidades en materia electoral son de interpretación estricta y por lo mismo no pueden extenderse a situaciones de hecho no contempladas en las normas correspondientes.

Después, al iniciar el estudio de los cargos objetivos, resaltó su determinación cualitativa, es decir, el deber del demandante en el proceso electoral de identificar con precisión esa clase de imputaciones, debido al carácter rogado de la jurisdicción, de la magnitud y complejidad de las elecciones y sus escrutinios y por respeto al derecho de defensa del demandado.

Seguidamente, advirtió la Sala que las causales de reclamación de las decisiones de las autoridades electorales en el curso de las elecciones no son, a su vez, causales de nulidad de los actos de elección, aunque es posible demandar esos actos administrativos junto con el acto de elección en el proceso electoral. Así mismo, precisó, de una parte, que el cargo de entrega extemporánea del material electoral era en realidad una causal de reclamación, razón que impedía su análisis en sede judicial y, de otra parte, que el cargo fundado en tachones y enmendaduras en los documentos electorales no era causal de reclamación ni de nulidad electoral, pero que podía justificar el recuento oficioso de votos por parte de las comisiones escrutadoras.

Más adelante, se ocupó del cargo de nulidad de la Resolución No. 13 de 16 de noviembre de 2007, por medio de la cual la Comisión Escrutadora de Santa Marta decidió excluir la votación de las mesas de la zona 01 puesto 02, por entrega extemporánea de los documentos electorales por parte de los jurados. Para el efecto, explicó que las comisiones escrutadoras, en principio, deben proceder a excluir la votación contenida en documentos electorales entregados tardíamente, salvo que esa entrega se justifique por: (i) violencia, (ii) fuerza mayor o caso fortuito y (iii) hechos imputables al funcionario encargado de recibir los pliegos.

Revisadas las pruebas pertinentes, la Sala concluyó sobre dicho cargo que la demora en la entrega de los pliegos electorales no obedeció a ninguna de las causas legales anteriores, sino a la desidia y el desorden de algunos jurados de votación, por lo que encontró ajustada a derecho la decisión de la Comisión Escrutadora contenida en la resolución demandada.

Luego abordó el cargo formulado contra uno de los concejales elegidos, relacionado con la calidad de docente que ostentaba al momento de la elección. El cargo no prosperó porque la mayoría de la Sala consideró que la prohibición de intervención en política para los servidores públicos no podía interpretarse como una inhabilidad para ser elegido, pues no está consagrada como tal en el ordenamiento jurídico. La Consejera Ponente anunció su salvamento de voto frente a este punto.

De otra parte, frente al cargo de doble militancia política, atribuido a tres de los concejales demandados por su supuesta pertenencia a partidos políticos distintos de los que avalaron sus inscripciones, la Sala reiteró la posición de la mayoría de la Sala, en cuanto a que esa circunstancia no constituye inhabilidad porque, de nuevo, no es una situación a la que la Constitución Política o la ley le otorguen expresamente esa consecuencia.

Finalmente, en cuanto a los cargos de fraude en las elecciones, la Sala aplicó el reciente criterio jurisprudencial estructurado para evaluar la eficacia del voto en esos casos. En tal sentido, recordó que debido a los importantes cambios introducidos al sistema electoral por la reforma política implementada con el acto legislativo 1 de 2003, ya no puede seguirse calculando la incidencia de irregularidades en la legalidad de la elección evaluando cuantitativamente respecto del total de la votación la diferencia de votos entre el candidato ganador y el que le sigue en orden descendente.

El nuevo sistema consiste en calcular en cada una de las mesas señaladas por el accionante el porcentaje de deducción que cabe a cada uno de los candidatos y partidos que hayan obtenido votación en la misma, frente al número de irregularidades que según el demandante se presentaron allí; luego, reagrupar el número de votos a deducir globalmente y con base en la votación total

válida registrada en las elecciones acusada, hacer las deducciones del caso y se calculará de nuevo el umbral, la cifra repartidora y, en fin, qué partidos, según las nuevas cifras, superan el umbral y conquistan curules, lo que permite establecer si, supuesta la veracidad de todas las irregularidades señaladas por el actor, el resultado electoral se modifica o no.

Como resultado de las operaciones realizadas con base en esa metodología, la Sala llegó al convencimiento de que, aún en el evento de resultar ciertas las irregularidades invocadas en la demanda, no cambiaba el resultado electoral, ya que terminarían siendo elegidas las mismas personas que lo fueron con el acto demandado.

Todos los consejeros de la Sala aclararon sus votos frente a diversos aspectos abordados en la providencia.

[Sentencia de 27 de marzo de 2009. Exp. 47001-23-31-000-2007-00523-01. M.P. MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### 1. EL CONCEJO MUNICIPAL DE ALGECIRAS ELEGIDO EL 26 DE OCTUBRE DE 2003 NO ESTUVO CONSTITUCIONALMENTE CONFORMADO

Ese fue el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuya reserva se levantó recientemente, frente a la consulta del Ministerio del Interior y de Justicia.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del Alcalde Municipal de Algeciras (Huila), consultó a la Sala acerca de la viabilidad jurídica para que el Concejo Municipal pueda sesionar sin reunir el número mínimo de miembros exigidos por la Constitución, y acerca de la validez de los actos proferidos en esas condiciones por dicha Corporación.

La Sala encontró que para elegir el Concejo Municipal de Algeciras se hicieron dos votaciones en días diferentes, con diferentes candidatos, propuestos por los mismos partidos o movimientos políticos, en las que participaron los mismos votantes. Para la declaración de los electos se aplicó la cifra repartidora en el primer caso sobre 6 puestos por proveer y en la segunda sobre 7. Este procedimiento, a criterio de la Sala, fue claramente violatorio de buena parte de las reglas antes expuestas, toda vez que desfiguró por completo la finalidad y el sentido de la contienda electoral.

Advirtió que no hay en la legislación electoral una norma que regule qué sucede cuando el número de los candidatos inscritos sea inferior a las curules por proveer, situación de hecho que se constata en el momento del cierre de las inscripciones, lo que sucede varias semanas antes de los comicios.

En el caso del Concejo de Algeciras, la Sala señaló que las autoridades electorales optaron por declarar electos los primeros 6 Concejales y luego por realizar una segunda elección para completar el número de miembros exigidos por la ley que era de 13, lo que llevó al desconocimiento de las normas legales antes expuestas.

A juicio de la Sala, la acción legal debió ser la de no realizar la primera elección pues no se habían inscrito suficientes candidatos para proveer el número de miembros del Concejo Municipal, pero aún, efectuada la primera elección debió repetirse ésta para elegir en un solo día la totalidad de los concejales de Algeciras, aplicando las normas citadas entre las cuales cabe mencionar las que ordenan que la elección es a una sola vuelta y en un solo día para poder garantizar los principios de igualdad del voto, de igualdad en la postulación de candidatos, la autenticidad de la representación

y la legitimidad democrática de los elegidos, y aplicar por analogía el artículo 131 del Código Electoral.

En tal sentido, concluyó que el Concejo elegido en el Municipio de Algeciras el 26 de octubre del 2003 no estaba constitucionalmente conformado, toda vez que al tenor del artículo 312 superior y del 21 de la ley 136 de 1994, para su integración se requiere un mínimo de trece miembros. En consecuencia, al no darse los supuestos constitucionales y legales necesarios para la integración del concejo municipal de Algeciras, las reuniones realizadas por los 6 concejales electos, al no representar al pueblo de Algeciras no produjeron ningún efecto. Por esta misma razón, conceptuó que no se podían pagar honorarios a quienes actuaron en ellas.

Añadió que en el caso de los seis primeros concejales elegidos para el municipio de Algeciras, no era procedente dar aplicación analógica al artículo 35 de la ley 782 del 2002, por no darse el supuesto básico de la norma, esto es, que la asamblea o concejo se encontrare conformado en su integridad.

CONCEPTO 1591 DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2004. M.P: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. SOLICITANTE: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. LEVANTADA LA RESERVA MEDIANTE AUTO DE 18 DE MARZO DE 2009

## NOTICIAS DESTACADAS

### LA MARCA JUAN VALDÉZ NO VULNERA LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA, LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO NI A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Así lo determinó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sesión celebrada el 24 de marzo de 2009.

La Sala Plena conoció este proceso debido a su importancia jurídica, pues en un principio fue de conocimiento de la sección tercera de la Corporación.

### CONSEJO EDITORIAL

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**  
Presidente

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**  
Vicepresidente

#### Sala de Gobierno

**Maria Claudia Rojas Lasso**  
Presidente Sección Primera  
**Alfonso Vargas Rincón**  
Presidente Sección Segunda  
**Ramiro Saavedra Becerra**  
Presidente Sección Tercera  
**Martha Teresa Briceño de V.**  
Presidente Sección Cuarta  
**Filemón Jiménez Ochoa**  
Presidente Sección Quinta  
**William Zambrano Cetina**  
Presidente Sala de Consulta

#### Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

#### Coordinación General

- **Carolina Leal**  
Secretaría Privada de Presidencia  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co), opción **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 escribanos a: [boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)