



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	3 - 11
• Sección Segunda	11 - 14
• Sección Tercera	14 - 17
• Sección Cuarta	17 - 21
• Sección Quinta	21 - 25
• Sala de Consulta y Servicio Civil	25 - 27
• Noticias Destacadas	28

## Noticias destacadas

**DEL 16 AL 18 DE SEPTIEMBRE SE LLEVARÁ A CABO EL XV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN**

**LA RELATORÍA DEL CONSEJO DE ESTADO TIENE NUEVA SEDE**

## EDITORIAL

Durante los días 16 al 18 de septiembre, nuestra Jurisdicción tendrá nuevamente la oportunidad de reunirse en la ciudad de Medellín con ocasión a la realización del XV Encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, esta vez, debiendo resaltarse el objeto del mismo, como quiera que jueces y magistrados tendrán la oportunidad de analizar el Proyecto de Reforma del Código Contencioso Administrativo, hecho histórico que merece todo tipo de atención, pues es el resultado de un arduo y esmerado esfuerzo de su Comisión Redactora, dentro del cual se fijan unos nuevos lineamientos en aras de hacer que el concepto de justicia administrativa sea orientado primordialmente por los postulados de prontitud y efectividad.

**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. EN ACCIONES DE REPETICIÓN POR CONDENAS CONTRA EL ESTADO NO ORIGINADAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SE APLICAN LAS REGLAS DE COMPETENCIA DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Correspondió a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolver el conflicto negativo de competencias entre los juzgados Treinta y Tres Administrativo de Bogotá y Décimo Administrativo de Medellín, que consideraban no tener competencia para conocer la acción de repetición promovida por la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías, En Liquidación, contra un ex - funcionario suyo, con ocasión de la condena que la jurisdicción ordinaria impuso a la Empresa y que consistió en pagarle a una trabajadora oficial una indemnización por despido injusto en cuantía de \$3.042.168.

Para resolver el conflicto, la Sala inició por precisar que la Ley 678 de 2001 establece el principio de conexidad como factor determinante de la competencia en acciones de repetición, en virtud del cual el competente será “el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, de acuerdo con las reglas de competencia del Código Contencioso Administrativo, y, cuando se trata de reparaciones patrimoniales originadas en conciliaciones o en cualquier otra forma de solución de conflictos con el Estado permitida por la ley, en el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza Jurisdicción en el lugar en que se haya resuelto el conflicto” o el Consejo de Estado en única instancia cuando la acción se dirige contra alguno de los altos funcionarios señalados en el parágrafo 1º del artículo 7º de la referida ley.

Aclarado aquello, resaltó que en el caso concreto no se trataba de una condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa sino por la ordinaria, de modo que resultaban inaplicables dichas reglas especiales de competencia y debía acudirse a las del Código Contencioso Administrativo.

Así, la Sala resolvió que el competente era el Juez Treinta y Tres Administrativo de Bogotá en primera instancia, de un lado, porque la cuantía no excedía de 500 salarios mínimos legales mensuales (C.C.A., artículo 134B) y, de otro, porque la relación laboral que motivó el proceso ordinario se mantuvo en dicho Distrito (C.C.A., artículo 134D).

[Auto de 18 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2008-00422-00. M.P.: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

#### 1. a) Derechos fundamentales de las personas desplazadas

Los derechos de las personas desplazadas a la subsistencia mínima o mínimo vital, vivienda digna, educación básica para los niños y provisión de apoyo para el autosostenimiento, entre otros, son según el criterio de la Sala y de la Corte Constitucional de carácter fundamental, por lo que merece igual protección frente a aquéllos que define como tal la Constitución Nacional, razón por la cual procede el estudio de la presunta vulneración por vía de tutela.

**b) El apoyo brindado a las personas desplazadas por la violencia, no se puede suspender hasta que tengan la capacidad de auto sostenerse económicamente.**

Con relación a la **prórroga de la ayuda humanitaria de emergencia**, la sentencia T - 025 de 2004 señaló que el término de tres meses por el que se concede dicha prórroga es ilógico, puesto que resulta imposible para una persona en estado de desplazamiento forzado, organizarse económicamente en un tiempo tan corto. En ese sentido, la prórroga de la ayuda humanitaria debe ser suministrada hasta que el afectado pueda auto sostenerse económicamente. Advierte la Sala, que en el presente caso, después de dictarse fallo de primera instancia, Acción Social informó que el actor **efectivamente se encuentra inscrito en el RUPD** y que al mismo se le ha entregado ayuda humanitaria de emergencia. Igualmente, la citada entidad señaló que realizará la respectiva entrevista domiciliaria, a fin de verificar la procedencia de la prórroga del auxilio humanitario y que mientras este trámite se adelanta, entregará ayuda provisional al actor. Así las cosas, es de anotar que si bien hubo una repuesta por parte de la entidad accionada, no se puede predicar que la acción ejercida carece de objeto actual, toda vez que la situación de vulnerabilidad que hace

necesaria la prórroga, sigue vigente. Al respecto, indica la Sala que el apoyo brindado al accionante como persona desplazada por la violencia, no se puede suspender hasta que el afectado tenga la capacidad de auto sostenerse económicamente, haciéndose necesario para el Estado continuar con el suministro de la ayuda humanitaria hasta que su situación de debilidad de desplazado se haya superado.

**c) La asistencia a la población desplazada no se puede resumir a la sola entrega de auxilios humanitarios, el Estado debe brindar todo el apoyo y asesoramiento para que estas personas puedan lograr su autosostenimiento**

Para lograr la **estabilización económica del desplazado**, se debe tener en cuenta que la asistencia a la población desplazada no se puede resumir a la sola entrega de auxilios humanitarios, toda vez que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 387 de 1997, el Estado debe brindar todo el apoyo y asesoramiento para que estas personas puedan lograr su autosostenimiento, por consiguiente, debe capacitarlos y brindarles los elementos necesarios para que puedan desarrollar proyectos productivos que les permita generar sus propios ingresos. Es por ello que en el caso en estudio, Acción Social debe vincular al actor a los proyectos productivos y de capacitación laboral que la entidad esté adelantando.

**d) Fonvivienda debe informar a la población desplazada acerca de los programas ofrecidos para el acceso a subsidios para la adquisición de vivienda y la forma de utilizar esos mecanismos**

En cuanto al **subsidio para la adquisición de vivienda**, la política de atención para los desplazados ha previsto este tipo de ayudas para la fase de la consolidación y reasentamiento de la población desplazada. En ese sentido, con base al artículo 51 de la Constitución se tiene que debido a la especial situación de vulnerabilidad de los desplazados, la vivienda digna es un derecho fundamental que puede ser protegido por medio de la acción de tutela, puesto que estas personas han sido expulsadas de sus viviendas, sin que puedan acceder de manera rápida y eficiente a soluciones de vivienda al lugar de arribo, situación que puede conducir a la afectación de otros derechos fundamentales. La reglamentación de la vivienda para la población desplazada se encuentra consignada en el Decreto 951 de 2001 que se encargó de definir los subsidios y sus distintas modalidades, previendo que la entidad encargada de su manejo es el Fondo Nacional de Vivienda - Fonvivienda, entidad adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. En el sub examine, con base en lo informado por Fonvivienda después del fallo de primera instancia, se observa que el actor no se ha postulado en las convocatorias adelantadas por Fonvivienda, para el acceso a subsidios familiares de vivienda. Sin embargo, para la Sala es preocupante la poca información con que cuenta el actor en relación con la forma de utilizar los mecanismos institucionales para acceder a una solución habitacional, por consiguiente, se hace necesario conminar a Fonvivienda a fin de que informe plenamente al actor sobre los programas ofrecidos por la entidad para el acceso a subsidios para la adquisición de vivienda y la forma de utilizar esos mecanismos.

[Sentencia de 8 de julio de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-00571-01. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia](#)

## SECCIÓN PRIMERA

**1. PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN ES COMPETENTE PARA ADOPTAR LA GUÍA DEL PROCESO DISCIPLINARIO PARA LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

“Pretensiones: Que declare la nulidad de la Resolución núm. 191 de 1 de abril de 2003 expedida por la Procuraduría General de la Nación, “*Por medio de la cual se adopta la Guía del Proceso*”

*Disciplinario para la Procuraduría General de la Nación*". (...) El actor le endilga la violación de los artículos 121, 122, 150, numerales 1 y 2; 189, numeral 11, de la Constitución política; 7, numerales 7 y 41 del Decreto 262 de 2000, en síntesis, por falta de competencia del Procurador General de la Nación para adoptar la guía mencionada, ya que con ella está legislando bajo el disfraz de directrices y criterios y so pretexto de llenar vacíos. (...) De tales facultades, las descritas en los numerales 7, 8 y 36 del artículo 7<sup>1</sup> resultan ser la más pertinente al contenido y propósito de real de la resolución acusada, que es el de orientar el desarrollo de los procedimientos disciplinarios que le corresponden a sus diferentes unidades o dependencias que ejercen esa función en desarrollo de la Ley 790 de 2002. En ese orden, la Sala encuentra que vistas dichas disposiciones la expedición de la resolución enjuiciada está dentro de las facultades del Procurador de la Nación que le otorga el comentado artículo 7° del Decreto ley 262 de 2000, situación que es suficiente para despachar desfavorablemente el cargo de violación de ese artículo. Otra cosa es que lo consignado o compendiado en la guía que mediante ella se adopta, se ajuste o guarden correspondencia exacta con las normas o disposiciones vigentes establecidas en el ordenamiento jurídico en esa materia disciplinaria y que en alguna parte o contenido de dicha guía no exceda o contradiga esa normatividad. En ese caso, la acción tendrá que dirigirse específica y puntualmente contra la disposición o disposiciones que compiladas en la guía el actor considere extraña o ajena a la normatividad vigente y pertinente al procedimiento disciplinario objeto de la guía, en orden a ser expulsada o excluida de la misma (...). Pero ocurre que en este caso, el actor tiene dirigida la demanda contra toda la resolución, de allí que hubiera aportado su copia con constancia de publicación, empero no la dirige contra la incorporación de una u otra disposición en especial, pese a que censura algunas de ellas, pero a manera de ilustración del concepto de la violación, y no como objeto específico de la demanda, tanto es así que no aportó la copia de las mismas, es decir, que sus textos no militan en el expediente, como lo dispone el artículo 139 del C.C.A., esto es, en copia idónea, la publicada en el medio oficial respectivo, o autenticada por funcionario competente cuando la publicación se haya hecho por otros medios, lo que además impide su examen.

[Sentencia del 16 de julio de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2003-00428-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## **2. PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE PRETENDAN EXPLOTAR JUEGOS DE SUERTE Y AZAR PROMOCIONALES DEBEN OBTENER AUTORIZACIÓN Y OBTENER CONCEPTO FAVORABLE SOBRE VIABILIDAD TÉCNICA, JURÍDICA Y ECONÓMICO DE TALES JUEGOS, A FIN DE GARANTIZAR LA CANCELACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y EL PAGO EFECTIVO DE LOS PREMIOS.**

En efecto, el demandante cuestiona en este proceso la legalidad de la autorización que por virtud de lo dispuesto en el Decreto 493 de 2001 se debe tramitar y obtener en forma previa por la persona natural o jurídica que pretenda realizar un juego de suerte y azar de carácter promocional, y el hecho de que en el acto reglamentario se esté exigiendo la emisión de un concepto sobre la viabilidad técnica, jurídica y económica de los juegos promocionales. En palabras muy escuetas, el actor considera que tanto el trámite de la autorización como la emisión del concepto antes referidos, violan en forma palmaria el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política de 1991 y constituye al mismo tiempo un desconocimiento de las prohibiciones establecidas en los artículos 1° de la Ley 232 de 1995 y 1° numeral 1 de la Ley 962 de 1995 (...) De conformidad con las anteriores disposiciones resulta indiscutible que en nuestro régimen constitucional se establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres. Con todo, su alcance se entiende supeditado al bien común, lo cual equivale a predicar que tales libertades no tienen un carácter absoluto e ilimitado como en forma acertada lo resalta el señor Agente del Ministerio Público. (...) Dejando de lado el comentario que antecede, la Sala es del criterio que el acto administrativo acusado no es violatorio de las normas superiores invocadas en la demanda, pues si bien es verdad que en ellas se prohíbe expresamente a las autoridades exigir licencias o permisos de funcionamiento para autorizar la apertura o continuidad de los establecimientos de comercio, o

<sup>1</sup> Del Decreto Ley 262 de 2000.

exigir el cumplimiento de requisito alguno que no esté expresamente ordenado por el legislador, en este caso la misma Ley 643 de 2001 fue la que dispuso en su artículo 31 la emisión de las autorizaciones y la expedición de los actos reglamentarios que ahora son objeto de censura. (...) Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que las autorizaciones y conceptos cuestionados coinciden plenamente con lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001, pues es clara su intención de contribuir al estricto cumplimiento de lo que allí se dispone, especialmente en lo que atañe a la cancelación de los derechos de explotación y al pago efectivo de los premios. En efecto, la norma legal que fue objeto de reglamentación determina de manera perentoria que la totalidad de los premios que formen parte de un juego promocional, deben quedar necesariamente en poder del público y establece asimismo que la persona natural o jurídica que obre como gestora del juego debe cancelar los derechos de explotación del juego promocional “[...] *al momento de la autorización*”. Además de garantizar que las sumas de dinero provenientes de la explotación de los juegos promocionales, sean recaudadas de manera efectiva para que cumplan con la finalidad social que establece nuestra Constitución, se busca evitar la evasión fiscal en la explotación de los monopolios ya mencionados. Así las cosas, el hecho de que en cumplimiento de las normas demandadas, la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), exijan la justificación técnica y económica del plan de premios; la precisión del lugar y el calendario de realización de los sorteos; la entrega de las facturas de compra, promesa de contrato de compraventa o certificado de matrícula inmobiliaria según el caso, de los bienes, servicios o elementos que componen el plan de premios o en su defecto, la cotización de los mismos con un certificado de disponibilidad que garantice el pago de plan de premios; la constitución de la garantía de cumplimiento y la cancelación del valor de los derechos de explotación y gastos de administración, no significa en modo alguno que se esté obrando al margen del ordenamiento jurídico, pues el Presidente de la República, al establecer dichas exigencias, no está haciendo nada distinto a garantizar el estricto cumplimiento del precepto legal reglamentado. De no ser así, el pago efectivo de los premios y la cancelación de los derechos de explotación, podría quedar en entredicho, afectándose no solo la confianza del público sino la misma prestación de los servicios de salud.

[Sentencia del 30 de julio de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2006-00062-00. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

### **3. ACTAS DE APREHENSIÓN DE MERCANCÍAS SON ACTOS DE TRAMITE Y POR ELLO CONTRA LAS MISMAS ES IMPROCEDENTE ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DEFECTOS EN NOTIFICACIÓN NO CONSTITUYEN CAUSAL DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

Dicho esto, para la Sala no basta sino revisar el escrito contentivo de la presente acción de nulidad y restablecimiento para llegar a la indefectible conclusión de que lo que lo pretendido por la demandante es la declaratoria de nulidad de las Actas de Aprehensión 051 a 057, 059 a 063 y 065 a 069 de 1998 (24 de abril) por medio de las cuales la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales dispuso el decomiso de unas mercancías, de manera principal, y, de manera subsidiaria, que se deje sin efecto la notificación de dichos actos administrativos por haberse efectuado en claro desconocimiento del procedimiento administrativo aduanero que le es aplicable y en general a las reglas básicas de notificación de actos administrativos particulares de que tratan los artículos 43 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo. (...) La Sala ya ha tenido oportunidad de sentar su criterio en torno a la cuestión que hoy vuelve a plantearse. En efecto, ha dicho la Sala que contra las Actas de Aprehensión proferidas dentro de los procesos administrativos aduaneros de decomiso de mercancías no procede el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en tanto que se trata de actos administrativos de trámite pues no definen la situación jurídica de las mercancías aprehendidas. (...) En cuanto respecta a la pretensión subsidiaria formulada por la sociedad AGENCIA MARÍTIMA GRANCOLOMBIANA S.A. consistente en dejar sin efectos la notificación de los Actas de Aprehensión 051 a 057, 059 a 063 y 065 a 069 de la División de Servicio al Comercio Exterior de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN -

Administración Aduana Local Buenaventura en tanto que se realizó por estado de 29 de abril de 1994 y, en consecuencia inobservó el procedimiento dispuesto en el artículo 97 y subsiguientes del Decreto 1909 de 1992 y las normas del Código Contencioso Administrativo que regulan el procedimiento de notificación de los actos administrativos particulares, la Sala considera que es pertinente recordar que la falta de notificación, o su realización en indebida forma, no es causal de nulidad de los actos administrativos, sino de ineficacia por falta de publicidad, conforme lo dispone el artículo 48 del citado compendio de normas jurídicas (...). (En relación con la naturaleza de las Actas de Aprehensión como actos de trámite se cita la sentencia de 22 de noviembre de 2001, proferida en el expediente núm. 05001 2315 000 1994 0834 01 (6774), Consejero Ponente Doctor Camilo Arciniegas Andrade).

**[Sentencia del 16 de julio de 2009. Exp. 76001-23-25-000-1998-01215-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)**

**4. CONCESIÓN DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES ES INDEPENDIENTE Y DISTINTA DEL PERMISO PARA USAR EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO ASIGNADO / EL HECHO DE PRESENTARSE INTERFERENCIAS EN LAS FRECUENCIAS, NO EXIME AL USUARIO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS DERECHOS TARIFARIOS.**

El Ministerio de Comunicaciones profirió el Decreto 2041 de 1998 (derogado por el Decreto 1972 de 2003), «por el cual se establece el régimen unificado de contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los procedimientos para su liquidación, cobro, recaudo y pago» y en su artículo 2º definió los términos de concesión y permiso de la siguiente manera: «d) Concesión: Instrumento mediante el cual la autoridad competente otorga en forma temporal a una persona natural o jurídica, pública o privada la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones o desarrollar actividades de telecomunicaciones.» «f) Permiso: Acto mediante el cual se asigna por un término definido a una persona natural o jurídica el uso de una o varias porciones específicas del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones.» El artículo 4º ibídem establece que toda concesión, autorización, permiso o registro que se confiera o se realice en materia de telecomunicaciones dará lugar al pago de las contraprestaciones señaladas en este Decreto o en las normas que lo subroguen, modifiquen, aclaren o desarrollen, conforme a los términos y procedimientos fijados para el efecto en el presente Decreto. (...) La concesión del servicio es independiente y distinta del permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado. (...) El Ministerio de Comunicaciones puede modificar el permiso para uso del espectro radioeléctrico para acceso fijo inalámbrico, con el fin del establecer su correcto y racional uso en caso de perturbación, interferencias o irregularidades y de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1900 de 1990, asignando una banda o rango de frecuencias diferente de la inicialmente asignada o haciendo reubicaciones que sean del caso. Por lo anterior, los permisos otorgados por el Ministerio de Comunicaciones no dan derecho al titular del mismo a un uso del espectro radioeléctrico que inhiba las facultades de administración, planificación y control del mismo o que genere su uso irracional o incorrecto, o que dé lugar a perturbaciones, interferencias o irregularidades en su uso. En tal sentido, los permisos no generan un título inmodificable a favor del beneficiario. (art. 32 idem) (...) El Ministerio de Comunicaciones argumenta que erró el Tribunal en considerar que INTERLOOP S.A. tenía una concesión y no un permiso para el uso de las frecuencias asignadas, pues aduce que la concesión hace referencia al servicio de telecomunicaciones, mientras que para el uso del espectro electromagnético se entregan permisos. Está probado en el expediente que el Ministerio de Comunicaciones mediante Resolución 005195 de 29 de diciembre de 1997 (fl. 110 anexos), otorgó a INTERLOOP S.A. permiso para el uso del espectro radioeléctrico, con el fin de ser utilizado en la prestación del servicio telefónico fijo inalámbrico en los municipios de Santa fe de Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Santa Marta, Pereira, Villavicencio y Cúcuta. Tratándose del uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio telefónico fijo inalámbrico, el artículo 20 del Decreto 1900 de 1990 «por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines», es claro

al establecer que, el uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y da lugar al pago de los derechos que correspondan. Asimismo, cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, requiere de nuevo permiso, previo y expreso. Para la Sala, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no acertó al considerar que existía una concesión y no un permiso, pues según el artículo 2° del Decreto 2041 de 1998, la concesión se refiere a la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones o desarrollar actividades de telecomunicaciones, en tanto que el permiso se otorga para el uso del espectro radioeléctrico o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones. (...) El Ministerio de Comunicaciones sostiene que INTERLOOP S.A. fue negligente al omitir verificar la adecuación de las frecuencias asignadas a sus fines y al no adoptar medidas preventivas y ajustes frente a las frecuencias iniciales que presentaban interferencias y que, por lo tanto, no le servían. El artículo 7° de la Resolución 5195 de 1997 (fl. 110 anexos), por la cual el Ministerio de comunicaciones otorgó a INTERLOOP S.A. permiso para el uso del espectro radioeléctrico, con el fin de ser utilizado en la prestación del servicio telefónico fijo inalámbrico dispuso: «El Ministerio de Comunicaciones se reserva el derecho de reasignar para uso compartido con otros operadores las frecuencias asignadas a la EMPRESA INTERLOOP S.A. NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES E.S.P. con el fin de garantizar la compatibilidad electromagnética entre diferentes sistemas de acceso inalámbrico que operen dentro de una misma área de servicio, se podrá reducir el ancho de banda autorizado, sin que exista reclamación alguna por parte de la EMPRESA INTERLOOP S.A. NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES E.S.P. Parágrafo Primero: En caso de existir la interferencia perjudicial, los operadores deberán de común acuerdo tratar de solucionar la misma, caso contrario el Ministerio de Comunicaciones determinará las acciones pertinentes.» Se infiere de lo anterior, que la posibilidad de compartir frecuencias y de que existieran interferencias perjudiciales estaba prevista desde el momento en que el Ministerio de Comunicaciones otorgó el primer permiso a INTERLOOP S.A. para usar el espectro radioeléctrico. Está demostrado en el expediente que el Ministerio de Comunicaciones en cumplimiento del artículo 7° de la Resolución 5195 de 1997, convocó a INTERLOOP S.A. y a TELECOM, para que de común acuerdo solucionaran los problemas de las interferencias que se presentaron en las frecuencias asignadas. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio profirió la Resolución 2783 de 21 de octubre de 1999 (fl. 147 anexos), reasignando a INTERLOOP S.A. las frecuencias correspondientes a las bandas 3475-3493 HMz. El 27 de octubre de 1999 (fl. 149 anexos), INTERLOOP S.A. solicitó al Ministerio de Comunicaciones autorización para pagar la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico, sólo a partir de la fecha en la cual quedó en firme la Resolución 2783 de 21 de octubre de 1999 y no desde el primer momento de la asignación, pues sostuvo que las irregularidades que se presentaron, impidieron la escogencia de tecnología, la definición de plataformas y la realización de las actividades técnicas, comerciales, operativas tendientes a iniciar la prestación de los servicios. Según los artículos 4° y 25 del Decreto 2041 de 1998, todo permiso que se confiera o se realice en materia de telecomunicaciones da lugar al pago de contraprestaciones. Por lo anterior, la Sala considera que el hecho de presentarse interferencias en las frecuencias, no exime al usuario de la obligación de pagar los derechos tarifarios, máxime cuando las interferencias no se presentaron en todas las frecuencias otorgadas. La Sala encuentra razonable el argumento expuesto por el Ministerio de Comunicaciones en los actos acusados, por cuanto estimó que la existencia de interferencias perjudiciales no puede invocarse, como lo hace la actora, como argumento para no pagar esos derechos, o devolver aquellos que se habían pagado, toda vez que no existe norma alguna que permita vincular una figura (el pago de derechos tarifarios) con la otra (la existencia de interferencias perjudiciales).

[Sentencia del 9 de julio de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2001-00307-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**5. FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS DETERMINA LA NORMA APLICABLE EN MATERIA SANCIONATORIA POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN CAMBIARIO. COMO TAL SE TIENE LA FECHA DE FIRMEZA DE LA DECISIÓN DE DECOMISO, POR SER EL MOMENTO EN QUE LA DIAN CONOCE DE LA OCURRENCIA DE LA INFRACCIÓN.**

Por lo tanto, el problema jurídico del presente asunto se centra en dilucidar si el Decreto 1074 de 1999, con base en el cual la DIAN individualizó la multa a cargo del actor, se encontraba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos constitutivos de infracción a la ley cambiaria o si, al contrario, como lo asevera el demandante, debió aplicarse el Decreto 1092 de 1996 antes de ser modificado por el citado Decreto 1074 de 1999. (...) Por lo anterior se precisará cuál es el momento de ocurrencia de los hechos para efectos de determinar la ley aplicable, pues a juicio del demandante debe tenerse como tal, el día en que éste adquirió las mercancías objeto de la sanción que le fue impuesta o, en todo caso, el día de la aprehensión, mientras que para la DIAN dicho momento ocurre en la fecha de ejecutoria del decomiso de las mismas. (...) Ahora bien, el momento a partir del cual se tienen como ocurridos los hechos objeto de una sanción por infracción a la ley aduanera o, como en este caso, al régimen cambiario, es aquél a partir del cual la Administración identifica o tiene conocimiento de la conducta constitutiva de la infracción. (...) En el presente asunto, la DIAN identificó la conducta sancionable mediante la Resolución N° 306 de 1998, por medio de la cual dispuso el decomiso de una mercancía, decisión que fue confirmada por la Resolución N° 0099 del 19 de agosto de 1999, día en que se notificó por correo al administrado, tal como consta a folio 346. Por lo tanto, es esta fecha y no otra, el momento de ocurrencia de los hechos objeto de la multa que se pretende anular. La citada fecha define entonces cuál es la ley aplicable al asunto de la referencia, esto es, la que se encontraba vigente en ese momento, en cuanto al régimen cambiario se refiere. La DIAN impuso la multa impugnada con base en la modificación que el artículo 1° del Decreto 1074 de 1999 introdujo en el artículo 3° del Decreto 1092 de 1992, modificación que a juicio del demandante no se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos. El Decreto 1074 de 1999 “*por el cual se establece el Régimen Sancionatorio aplicable a las infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.*”, dispuso en su artículo 3° que “*El presente decreto rige a partir de su publicación*”, lo cual ocurrió en el Diario Oficial N° 43.615 del 26 de junio de 1999. En consecuencia, la citada disposición aplicada por la DIAN al presente asunto sí se encontraba vigente al momento de los hechos, esto es, a 19 de agosto de 1999, fecha en la cual quedó en firme la decisión de decomiso que dio lugar a la multa y que, se repite, constituye el momento en que la Administración identifica la infracción sancionada. Por lo tanto, el cargo de ilegalidad por inaplicación de la ley vigente no prospera, lo cual conduce a confirmar el fallo impugnado. (Sobre el momento a partir del cual se tienen como ocurridos los hechos objeto de una sanción por infracción a la ley aduanera o al régimen cambiario, se cita la sentencia de 22 de junio de 2006, dictada en el expediente núm. 00195 01, Consejero Ponente Doctor Camilo Arciniegas Andrade)

[Sentencia del 2 de julio de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2002-03238-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBON](#)

#### **6. AUTORIZACIÓN DE LEVANTE DE MERCANCÍA PROCEDE SOLO POR ERROR U OMISIÓN EN LA DESCRIPCIÓN O POR DESCRIPCIÓN INCOMPLETA DE AQUELLA Y NO CUANDO SE TRATA DE UNA MERCANCÍA DIFERENTE.**

Ahora bien, la actora pretende que se anulen los actos acusados y se dé aplicación al artículo 128, numeral 7 del Decreto 2685 de 1999, que preceptúa: “Artículo 128.- La autorización de levante procede cuando ocurra uno de los siguientes eventos: “1. (...) 7. Cuando practicada inspección aduanera física, se detecten errores u omisiones en la descripción de la mercancía, diferentes a los señalados en el numeral 4 del presente artículo, o se advierta descripción incompleta de la mercancía que impida su individualización y el declarante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la práctica de dicha diligencia, presenta Declaración de Legalización que los subsane, cancelando una sanción del diez por ciento (10%) del valor en aduana de la mercancía por concepto de su rescate”. Del análisis de las dos normas anteriormente trascritas y con base en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala concluye que en este caso no se puede hablar de que existió un error u omisión en la descripción de la mercancía o que se presentó una descripción incompleta de la misma, pues es evidente que la descripción que de la tela importada hizo la declarante difiere sustancialmente de la físicamente inspeccionada, tanto así, que las partidas arancelarias de una y

otra son diferentes. En efecto, la subpartida arancelaria que corresponde a la mercancía importada es la número 54.07.93.00.00 y la que la importadora puso en la declaración de importación es la número 52.09.42.00.00, diferencia que se debió, no a que se incurrió en un error en la descripción de la mercancía importada, sino a que se trató de una mercancía diferente, que, si bien es cierto que en uno y otro caso se trataba de una tela o tejido, lo cierto es que la que se declaró corresponde a un tejido de algodón (denim) y la físicamente inspeccionada corresponde a un tejido con hilados de distintos colores y cuya composición, de acuerdo con el concepto técnico de la DIAN es 100% poliéster, lo cual no fue objeto de controversia alguna. (...) Surge de lo expuesto que la mercancía realmente importada no es la misma que la descrita en la declaración de importación, razón por la cual no es posible, como lo pretende la apelante, que se le dé aplicación al artículo 128, numeral 7 del Decreto 2685 de 1999, pues no se dan las causales previstas para el efecto, además de que aún en el evento de que se hubieran dado tales causales, lo cierto es que fue la misma demandante quien dejó vencer la oportunidad para el efecto, esto es, 5 días después de la diligencia de inspección física de la mercancía, en la que estuvo presente la sociedad de intermediación aduanera.

[Sentencia del 16 de julio de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2002-04614-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBON](#)

#### **7. CELEBRACIÓN DE CONTRATOS POR PARTE DE APODERADO GENERAL DEL LIQUIDADOR DE ADPOSTAL CONSTITUYE CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL DE BOGOTÁ.**

En lo que respecta a la segunda causal alegada, la Sala precisa lo siguiente: El artículo 40 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 43, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, es del siguiente tenor: “Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital ... 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital, o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito...”. Lo relevante en este caso es establecer si en el interés propio o de terceros, a que alude la norma, se debe entender excluido el del apoderado general del Liquidador, persona de derecho público, a quien se le encomendó terminar la existencia jurídica de una entidad pública, en este caso, ADPOSTAL, pues es evidente que se celebraron los referidos contratos, en el período inhabilitante y con entidades públicas. Al respecto, estima la Sala que el demandado, en virtud del contrato de mandato, no solo representa los intereses de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., sino que en virtud del mismo, como ya se vio, adquirió la calidad de LIQUIDADOR lo que engendra un interés propio en sacar adelante las obligaciones que adquirió en razón del contrato de mandato y por el cual percibió a título de contraprestación el pago de unos honorarios, como se advierte a folio 49 vuelto del cuaderno principal en la cláusula Cuarta de la Escritura Pública 11272 de 1º de septiembre de 2006, que reza: “Que con relación a la remuneración que se pacta con ocasión del ejercicio del presente mandato...se determina por las partes que la remuneración será acordada en el contrato de prestación de servicios que suscriba el mandante y el mandatario”. De igual manera, puede considerarse como interés de terceros, el del mandante -La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A-, que en virtud del Decreto 2853 de 2006, también adquirió unas obligaciones, por cuyo cumplimiento también recibiría contraprestación económica y que, a su vez, como ya se dijo, se trasladaron al apoderado general en el artículo segundo de la Escritura Pública contentiva del poder general, transcrito anteriormente. (...) Una interpretación diferente de la que se ha hecho conduciría al absurdo de considerar que el apoderado general está obrando en cumplimiento de un deber legal en interés público, del cual no podía sustraerse, lo que no resulta cierto, pues en el contrato de mandato, como en todo acto jurídico bilateral, está implícita la voluntad de los contratantes y en este caso, si dicho apoderado tenía aspiraciones a ostentar un cargo de elección popular, debió sopesar esta circunstancia y declinar a aceptar el poder general o abstenerse de participar en la contienda electoral, al encontrarse inhabilitado.

[Sentencia del 18 de junio de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2008-00422-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**8. DIFERENCIAS OSTENSIBLES ENTRE AVALÚOS COMERCIALES PRIVADOS Y EL AVALÚO OFICIAL LE RESTAN CREDIBILIDAD A AQUELLOS PARA EFECTOS DE SER TENIDOS COMO PRUEBAS EN ACTUACIÓN QUE PRETENDE REDUCCIÓN DE AVALÚO CATASTRAL DE UN INMUEBLE.**

La controversia se centra en definir la legalidad de las Resoluciones acusadas, mediante las cuales se denegó la reducción del avalúo catastral solicitado por la actora, en relación con el inmueble situado en la calle 1a Sur núm. 43 A 83, de Medellín, proferidas, respectivamente, por la Subsecretaría de Catastro, División de Catastro y Secretaría de Hacienda de Medellín, para la vigencia fiscal de 1999.(...) No obstante lo anterior, le asiste razón al a quo en cuanto consideró que no se le vulneró a la actora el derecho de revisar el avalúo catastral del inmueble, por cuanto la Resolución 1794 de 1999 redujo el valor del avalúo comercial y por ende el catastral a \$946.800.000. Más aún, en la Resolución que resolvió el recurso de reposición estableció un valor comercial del inmueble de \$1.800.000.000, quedando el avalúo catastral en \$900.000.000, suma que fue confirmada en la Resolución que resolvió el recurso de apelación. De lo anterior se deduce que los avalúos a que se refiere la actora realizados por la firma Betancur Palacio y Cía. Ltda. y la señora María Isabela Sierra Rodríguez, respectivamente, adscritas a la Lonja de Propiedad Raíz, presentan una diferencia ostensible y no se aproximan en lo más mínimo a los valores de los avalúos efectuados por la Administración, pues el realizado por la primera de las citadas firmas arrojó un resultado de \$1.500.000.000 como valor comercial, mientras que el segundo, presentado por la actora junto con la demanda, contiene un valor comercial del inmueble de \$1.160.400.000. Además, para la Sala no es claro que la actora se base en el avalúo efectuado por la firma Betancur Palacio y Cía. Ltda. y presente como prueba el realizado por la señora María Isabela Sierra Rodríguez, siendo que existen grandes diferencias entre uno y otro, veamos: Avalúo efectuado por Betancur Palacio y Cía. Ltda., adscrita a la Lonja de Propiedad Raíz: VALOR COMERCIAL \$1.500.000.000 / VALOR CATASTRAL \$750.000.000. Avalúo efectuado por la señora María Isabela Sierra Rodríguez, también adscrita a la mencionada Lonja: VALOR COMERCIAL \$1.160.400.000 / VALOR CATASTRAL \$580.200.000. Desde esta perspectiva, la Sala considera que tales avalúos no ofrecen la credibilidad suficiente para estimarlos y valorarlos. Por el contrario, en los actos administrativos impugnados se observa que los valores son más aproximados y, por ende, se ajustan más a la realidad. De manera, que para la Sala resulta claro, que a pesar de que el a quo no tuvo en cuenta la apreciación de la prueba aportada por la actora en su demanda, ello no es óbice para confirmar su decisión en virtud de las razones expuestas. De igual forma, la falta de apreciación, por parte de la demandada, del avalúo efectuado por la firma Betancur Palacio y Cía. Ltda. (prueba que, como ya se dijo, no fue aportada por la parte actora), no puede servir de soporte a la ilegalidad de los actos administrativos impugnados, máxime si, se repite, existe una gran diferencia en los valores respecto a los avalúos efectuados por la Administración y los determinados en cada uno de los que pretende beneficiarse la actora, lo que le resta credibilidad a tales pruebas.

[Sentencia del 16 de julio de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2000-02601-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**9. NULIDAD DE REGISTRO DE LA MARCA “VITASHAKE” POR CARECER DE SUFICIENTE DISTINTIVIDAD DEBIDO A LAS SEMEJANZAS CON LA MARCA “SHAKE”, MARCA ÉSTA QUE NO SE CONSIDERA COMO UN SIGNO DÉBIL.**

En conclusión, se evidencia sin dificultad alguna que la marca “VITASHAKE”, para amparar los productos comprendidos en la clase 30, guarda una estrecha semejanza tanto en la escritura (comparación visual) como en la fonética con la marca “SHAKE”, para distinguir productos de la misma clase, y las semejanzas que ofrecen son suficientes para determinar que existe riesgo de confusión que conduce a error al consumidor en el momento de seleccionarlas o en la adquisición de los productos que ellas distinguen y en cuanto el origen empresarial de las mismas. Más, aún,

cuando la partícula VITA es de común aplicación en los productos alimenticios, para designar que contienen vitaminas. No obstante lo expuesto, en donde se concluye que en efecto la marca “VITASHAKE” es confundible o asociable tanto en relación al signo “SHAKE” como con respecto a los productos que amparan, es necesario analizar si la marca registrada de la actora “SHAKE” es de aquellas denominadas por la doctrina como “marcas débiles”, ya que en tal concepto se basó el acto administrativo acusado para conceder el registro del signo “VITASHAKE”. (...) En este orden de ideas se tiene que la expresión “SHAKE” incluida en las denominaciones de las marcas en conflicto, si bien tiene traducción al español, tal como ya se adujo, no es una palabra cuyo significado sea conocida por el público en general, como tampoco evoca o describe una cualidad de los productos de la clase 30, ni es una expresión genérica de los productos que amparan. Además, la utilización de la palabra SHAKE en tres marcas de la clase 29, tales como PURACESHAKE, SPORT SHAKE y DIETSHAKE ( citadas a folio 111), no constituyen suficiente prueba que demuestre que el signo “SHAKE” para la clase 30 Internacional, de la actora, se ha convertido en un signo débil y, que por consiguiente, sea una razón para conceder la marca “VITASHAKE”, cuya partícula VITA que evoca en la mente del consumidor alimentos con vitaminas, es de uso común en nuestra lengua, dado su origen latino, tal como se explicó anteriormente, el cual no es una expresión que marque la diferencia con respecto a la marca de la actora para ser objeto de registro. Resalta la Sala que la Administración se equivocó al darle un significado a la palabra inglesa SHAKE, como si se tratara de una “malteada”, cuando quedó claro que con fundamento en los Diccionarios consultados, su definición no tiene que ver con dicho producto ni con el “batido de leche”. Así las cosas, la marca “VITASHAKE” está incurso en las causales de prohibición previstas en las normas comunitarias interpretadas por el Tribunal Andino de Justicia, por cuanto carece de suficiente distintividad debido a las semejanzas antes descritas. Luego, el acto administrativo acusado vulnera dichas normas al haber concedido el registro de la aludida marca, bajo tales circunstancias.

[Sentencia del 16 de julio de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2003-00302-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

### 1. MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - Legalidad de la modificación de la planta de personal

Mediante el Decreto 708 de 2003 el Presidente de la República modificó la planta de personal del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política, suprimió 18 cargos de asesor en la plata global, mismos empleos que creó en los despachos del Ministro y los Viceministros. En el cuaderno 3 obra copia del documento contentivo de los estudios técnicos que sirvieron como fundamento para adoptar dicha determinación, dentro del cual se encuentra la justificación de la modificación en los siguientes términos: “Igualmente, dentro de las funciones del Despacho, está la de “Ejercer la coordinación necesaria para mejorar el clima para la inversión tanto nacional como extranjera en el y para incrementar la competitividad de los bienes y servicios colombianos” En este orden de ideas, teniendo en cuenta la importancia de las funciones, volumen de las mismas y términos perentorios para cumplirlas, se hace imperioso que el Despacho del Ministro cuente con un grupo de funcionarios del nivel de asesores, así: Tres (3) Asesores, Código 1020 Grado 14, cuatro (4) Asesores, Código 1020 Grado 12, Un (1) Asesor, código 1020 Grado 11, para la adecuación, desarrollo y ejecución de las pautas del Despacho, y para dar cabal cumplimiento a las políticas del Ministerio. De otra parte, el Despacho del Viceministro de Comercio Exterior, entre otras, cumple las siguientes funciones: Desarrolla la estrategia de las negociaciones comerciales del país, de la promoción a las exportaciones, la cultura exportadora y de fomento a la inversión extranjera, de conformidad con los lineamientos señalados por el consejo Superior de Comercio Exterior. Así mismo, debe presidir el Comité de Asuntos Arancelarios Aduaneros, y de Comercio Exterior, asesorar al Ministro en la

formulación de políticas del Sector Administrativo y asistirlo en los temas de su competencia, en las funciones que cumple el Despacho del Viceministro de Comercio Exterior, se hace necesario que en la planta de personal de este Despacho tenga el apoyo de los siguientes empleos: Un (1) Asesor Código 1020 Grado 12, Dos (2) Asesores código 1030 Grado 11, Dos (2) Asesores Código 1020 grado 08. Finalmente, en la planta de personal del Despacho del Viceministro de Desarrollo Empresarial, por necesidades del servicio, se hace obligatorio el apoyo de los siguientes empleos: Tres (3) Asesores Código 1020 Grado 11, dos (2) Asesores Código 1020, Grado 08, para el cumplimiento principalmente de la función de desarrollar la estrategia de desarrollo empresarial, de productividad y competitividad, de Mypimes, turismo y regulación y para establecer mecanismos permanentes y eficaces que garanticen la coordinación y la mayor participación del sector privado.” De la anterior justificación se desprende que la creación de cargos de asesor en el Despacho del Ministro y de los Viceministros era necesaria para el cabal cumplimiento de las funciones que tenían a cargo, medida que aparece suficientemente sustentada con el análisis de las cargas de trabajo para las dependencias del nuevo Ministerio.

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

[Sentencia de 23 de julio de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2003-00433-01\(6014-03\). M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

## **2. ESTATUTO DE PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE - El ejecutivo no puede reglamentar todo el servicio estatal ni establecer requisito para el ingreso al servicio educativo estatal**

Ahora bien el artículo 7° del Decreto 1278 de 2002 disponía: (...). La sentencia C 1169 de 2004 sobre la exequibilidad de la norma transcrita (artículo 7° del Decreto 1278 de 2002) expresó: “En este sentido, el ejercicio de las facultades por parte del Presidente de la República debía limitarse a aquellas materias relacionadas con el nuevo régimen de carrera docente y administrativa, atendiendo, exclusivamente al criterio de los “requisitos de ingreso”, sin pretender regular todo el servicio educativo estatal, a través de la imposición de nuevos títulos para el ejercicio de la docencia. Dicha disposición, en los términos previstos por el Presidente de la República, sin estar expresamente facultado en la ley habilitante, implicaba la derogación del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, que expresamente establece los requisitos para acceder a la docencia en el servicio educativo estatal. Por consiguiente, y conforme a lo expuesto, esta Corporación declarará en su integridad la inexecutable del artículo 7° del Decreto-Ley 1278 de 2002, toda vez que constituye una unidad normativa con las expresiones acusadas como inconstitucionales por el demandante, según lo expuesto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991. Lo anterior, en la práctica, implica la producción de dos consecuencias jurídicas, a saber: (i) Los títulos que se requieren para el ingreso al servicio educativo estatal, así como para acceder a la carrera administrativa docente, se encuentran previstos en el citado artículo 116 de la Ley 115 de 1994; (ii) La superación del concurso de méritos enunciada en la norma declarada inexecutable, no conduce a la inconstitucionalidad de su exigibilidad, pues su obligatoriedad se deriva directamente del artículo 125 del Texto Superior, y de los artículos 8, 18, 21 y 22 del Decreto 1278 de 2002.” Se observa que la providencia cuyo desconocimiento se deprecia, se refiere a la extralimitación de las facultades extraordinarias en relación con la exigencia de requisitos adicionales a los señalados por el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, sin embargo la superación del concurso de méritos sigue siendo obligatoria para el ingreso a la carrera docente. Es decir, se declaró la inexecutable no porque hubiera desaparecido la facultad del Presidente de reglamentar la materia, sino porque se excedió al señalar requisitos adicionales a los contemplados en la ley para el ejercicio de la docencia. En esas condiciones no se desvirtuó la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos demandados.

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

[Sentencia de 23 de julio de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2005-00026-00\(0896-05\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

### **3. PENSIÓN EN DÓLARES - Derecho al reajuste pensional por aplicación de garantías constitucionales**

En nuestro ordenamiento jurídico no existe alguna disposición que expresamente señale la variación de las pensiones pagadas en moneda extranjera, porque el legislador no se ocupó del tema en particular, se repite, no implica desconocer la existencia de disposiciones legales en nuestro ordenamiento jurídico que son aplicables a la generalidad de los servidores públicos que han obtenido su reconocimiento pensional, pues los primeros (personas extranjeras, con domicilio fuera de Colombia, que laboran en la rama administrativa del servicio exterior colombiano) no fueron excluidos de la aplicación de las normas que gobiernan los reajustes pensionales. Y si la ley no estableció excepción alguna en cuanto al reajuste de las pensiones, mal haría el operador jurídico en consagrar una cuando se sabe que las excepciones gozan de cláusula de reserva legal, ya que son de interpretación y aplicación restrictiva para el caso concreto y particular regulado de manera especial por la autoridad legislativa. No ordenar el reajuste pensional conduciría, en la práctica, a aplicar un trato discriminatorio a un grupo de servidores por el simple hecho de pagarse en dólares estadounidenses su pensión de jubilación (art. 13 C.P.), desconociendo las variantes económicas que puedan presentarse frente al poder adquisitivo de la moneda extranjera en la relación con el costo de los bienes y servicios del país de residencia del servidor público extranjero. Además, se desconocería un principio mínimo fundamental en materia laboral, el cual se contrae a garantizar por parte del Estado el reajuste periódico de las pensiones legales (art. 53 ibídem) y a que se mantenga el poder adquisitivo constante de las mismas (art. 48 ibídem). Con fundamento en lo expuesto, la Sala declarará configurado el silencio administrativo negativo, en relación con el derecho de petición presentado el 27 de abril de 1999 y con el recurso de apelación interpuesto el 9 de septiembre de ese mismo año. Procederá entonces a revocar la sentencia del Tribunal Administrativo.

[Sentencia de 30 de abril de 2009. Exp. 25000-23-25-000-1999-06959-01\(4189-05\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

### **4. a) EL NO APORTE DEL ACTO ACUSADO FRENTE A LA FALTA DE CUIDADO DEL JUEZ EN LA REVISIÓN DE LA DEMANDA NO DA LUGAR A DECLARAR SU INEPTITUD NI A FALLO INHIBITORIO**

La demanda fue admitida por el Tribunal en auto del 31 de octubre de 2002 porque “reunía los requisitos legales” para su admisión (folio 32) y en ese mismo auto decidió la suspensión provisional de los actos acusados. En otras palabras el Tribunal no advirtió que la demanda adolecía del requisito formal consagrado en el artículo 139 del C.C.A., de aportar copia del Decreto 173 de 29 de abril de 2002 y, además, de que el Decreto Municipal 213 de 13 de junio de 2002, se aportó en copia simple. No obstante la falta de cuidado del A quo al revisar la demanda para su admisión, al momento de decidir el asunto, simplemente, declara la inhibición para decidir el fondo del asunto, olvidando que era su deber revisar la existencia de una demanda en forma y que cumpla con los requisitos legales, como el de aportar copia del acto acusado. El artículo 37-4 del Código de Procedimiento Civil señala de manera perentoria como deber del Juez evitar providencias inhibitorias, obligación que ha sido incumplida porque no sólo no revisó bien la demanda al momento de admitirla, sino que omitió las medidas necesarias que la ley le otorga, como conminar a la parte demandante para que lo aportara so pena de rechazo (artículo 143 del C.C.A.), el decreto de pruebas de oficio (artículos 168, ibídem) o requerir la respuesta del oficio No. 0162 del 24 de enero de 2003, que solicitó los antecedentes administrativos del acto acusado. Es obligación del Juez revisar la existencia de una demanda en forma, de manera que no resulta razonable el fallo inhibitorio por no aportar copia de uno de los actos acusados, porque esta actuación soslaya los derechos de los administrados de obtener un pronunciamiento de mérito. Conforme a lo antes expuesto se revocará la decisión inhibitoria del Tribunal y decidirá en el fondo el asunto, para este último punto tendrá en cuenta que la parte demandante, con el recurso de alzada, aportó el Decreto Acusado 173 de 29 de abril de 2002, por medio del cual la Alcaldía Municipal de Quibdó,

determinó trasladar a la actora, de la Escuela Normal Superior de Quibdó a la Escuela Rural República de Panamá.

**b) NO SE REQUIERE APORTAR COPIA AUTENTICADA DEL ACTO ACUSADO PARA LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA. Antecedente jurisprudencial**

Para la admisión de la demanda no se requieren que se aporten los actos acusados en copia auténtica, al respecto esta Sala en auto de 5 de julio de 2001, actor SEGUNDO CHARFUELAN, Consejero Ponente Dr ALEJANDRO ORDEÑEZ MALDONADO, dijo: “En el caso presente, la actora, como anexo de la demanda trajo copia simple de los actos acusados, es decir que por este aspecto no había lugar a ordenar la corrección de la misma, pues la norma no ordena que éstos deban venir autenticados. Lo anterior tiene su razón de ser en el hecho de que dichas copias son para aducir en proceso en el que la autoridad que los expidió va a ser parte y dentro del cual puede hacer uso de los mecanismos de defensa que le brinda la ley. Además de lo anterior, la exigencia que consagra el inciso 1° del precitado artículo, se hace indispensable para determinar ciertos aspectos procesales tales como caducidad, legitimación en la causa, etc., los cuales en este caso en particular, se podía hacer con las copias allegadas.

**c) SE ORDENA EL REINTEGRO AL CARGO DE DOCENTE TRASLADADO**

Conforme a las pruebas antes señaladas para la Sala resulta evidente que la Alcaldía Municipal de Quibdó desconoció el procedimiento previsto en el Decreto 180 de 1982, para realizar el traslado de la demandante, por las siguientes razones: 1) La Administración señaló como razón de servicio para trasladar a la demandante, la necesidad de trasladar docentes para cubrir vacantes o plazas requeridas en establecimientos de zonas rurales. El establecimiento educativo rural al cual fue trasladada la demandante certificó, como se mostró arriba, que no requería de vacantes y tenía las plazas completas. Es decir, la Administración no verificó las reales necesidades de la escuela rural a la que se trasladó a la demandante y, en cambio, si dejó sin docente el denominado “Colectivo de Comunicación” en la Escuela Normal Nacional de Quibdó, circunstancia que se le había puesto de relieve antes de que proferiera el acto administrativo de traslado. 2) La Administración debió obtener el concepto del docente, conforme a los artículos 5° y 7°, de la norma arriba transcrita, el que no se obtuvo y era necesario para poder conocer las condiciones laborales y personales del empleado que iba a ser objeto de traslado. 3) La entidad demandada adujo como causal para el traslado las necesidades del servicio, sin embargo, no sustentó dicha figura en alguna de las causales que se señalan en el artículo 5° del Decreto 180 de 1982, simplemente, indicó que era en cumplimiento de un acuerdo interadministrativo y, como ya se indicó, se hizo a una escuela rural que tenía completa su nómina de empleados y no requería de otro docente. Los anteriores vicios probados en el proceso, conducen inexorablemente a declarar la nulidad del acto complejo acusado y, a ordenar el restablecimiento del derecho pertinente que corresponde sólo a su reintegro al cargo que venía ocupando en la Escuela Normal Superior de Quibdó.

[Sentencia del 1 de julio de 2009. Exp. 27001-23-31-000-2002-01189-01 \(2604-05\), M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

## SECCIÓN TERCERA

**1. SE DECLARA RESPONSABLE A EX - PRESIDENTE DEL SENADO DE LA REPÚBLICA POR SU ACTUACION GRAVEMENTE CULPOSA QUE ORIGINÓ UNA CONDENA EN CONTRA DEL ESTADO**

Se advierte que de acuerdo con lo previsto en la Ley 5ª de 1992, concretamente en el artículo 375, la remoción del Director General del Senado podía adoptarse por decisión mayoritaria de la Plenaria y si bien la norma en comento no contempló contra tal decisión, en forma expresa, los medios de

impugnación procedentes, no es menos cierto que sí precisó que cuando en el reglamento no se encontrare disposición aplicable a la situación concreta se debe acudir a la aplicación de las normas que regulan el caso, la materia o un procedimiento similar al adelantado por el Congreso de la República en cualquiera de sus Cámaras. De forma tal que la parte general del Código Contencioso Administrativo resulta aplicable a las actuaciones administrativas adelantadas por las Cámaras del Congreso de la República, salvo en aquellos casos referidos al ejercicio de las facultades contempladas respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción; sin embargo, el caso que en esta oportunidad se analiza no encuadra dentro tal excepción, puesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 348 de la Ley 5ª de 1992, los empleos de esa Corporación se clasifican por el origen de su nombramiento en i) empleos de elección; ii) empleos de libre nombramiento y remoción y iii) empleos de carrera administrativa. Dentro de los primeros se encuentran los Secretarios Generales, Subsecretarios Generales, Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y los Coordinadores de las Comisiones legales de ambas Cámaras, así como el Director General del Senado de la República. De acuerdo con lo anterior, se impone precisar que el empleo de Director General del Senado no era provisto en ejercicio de las facultades de libre nombramiento y remoción y que su cargo era de elección por un período fijo de dos años, de forma tal que la decisión de retiro sí era susceptible de ser impugnada por parte del perjudicado en atención a lo dispuesto en los artículos 2º, 50 y 51 del C.C.A., según los cuales toda actuación administrativa se debe desarrollar con arreglo, entre otros principios, a los de contradicción y de audiencia, derechos de defensa y debido proceso por virtud de los cuales los interesados tendrán la oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones administrativas por los medios legales, esto es, mediante la interposición del recurso de reposición, el cual procede por regla general contra todas las decisiones que pongan fin a las actuaciones administrativas, salvo que una norma especial establezca lo contrario. La competencia asumida en forma irregular por el demandado determinó la terminación de la actuación administrativa sin que la autoridad que adoptó la decisión inicial hubiere sido informada de que en contra de su decisión se había interpuesto un recurso de reposición que sólo podía ser resuelto por la Plenaria del Senado, pues sólo ésta era la competente para ordenar el retiro definitivo del Director General de esa Cámara. Concluye entonces la Sala que la conducta del señor Tito Edmundo Rueda Guarín fue gravemente culposa “al no manejar los negocios con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”, porque no previó -a pesar de estar en posibilidad de hacerlo- los efectos nocivos de su actuación, acogió una competencia que no le correspondía al despojar a la Plenaria del Senado del ejercicio de las facultades que por ley le están atribuidos a esa Corporación; culminó en forma irregular un procedimiento administrativo, vulnerando con ello tanto las normas de competencia como los derechos de contradicción, de audiencia y de defensa que le asistían al afecto e incluso los derechos de información y de publicidad de la Plenaria del Senado respecto de las decisiones adoptadas por esta. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala considera configurada la responsabilidad personal del señor Tito Edmundo Rueda Guarín en los términos del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, lo cual determina su obligación de indemnizar los perjuicios causados al Estado.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2003-00057-01 \(25659\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPETICIÓN](#)

## **2. CUANDO SE ESTUDIA EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA SE DEBE VALORAR LA CONDUCTA DEL PARTICULAR PARA ESTABLECER SI SU DESMEDRO PATRIMONIAL ESTÁ O NO JUSTIFICADO**

Según la doctrina y la jurisprudencia (tanto civil como contencioso administrativa), son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C., y iv) como consecuencia de lo anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial (motivo por el cual se abre paso la actio de in rem verso). El juez, en estos eventos, debe ponderar

la conducta del sujeto de derecho público frente a la persona de derecho privado, toda vez que, en multiplicidad de eventos, es la propia administración quien con su comportamiento induce o motiva al particular, en lo que se conoce como tratativas o tratos preliminares, a la ejecución de una determinada obra o servicio sin que exista negocio jurídico de por medio, lo que genera, prima facie, un traslado injustificado de un patrimonio a otro, de tal manera que se ocasiona un empobrecimiento con un consecuencial enriquecimiento, no avalado por el ordenamiento jurídico. De otro lado, el requisito de ausencia de causa, como elemento para la configuración de la institución del enriquecimiento sin causa, hace referencia a la ausencia de derecho del demandado para conservar el incremento en su patrimonio; en consecuencia, se radica un privilegio fuera de la ley con el que no cuenta la entidad estatal beneficiaria del servicio prestado, de la obra realizada, o del bien entregado, de mantener en desmedro del particular, una serie de ventajas o incrementos patrimoniales que nunca se verían compensadas, al menos, para el sujeto de derecho privado. La teoría del enriquecimiento sin causa en sí misma, supone simplemente el rebalanceo de los traslados patrimoniales injustificados, cuando no existe otro medio jurídico para solicitarlo. Entonces, el juez valorará cada situación en concreto para establecer si bajo las correspondientes premisas, hay lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa o, si por el contrario, la conducta desplegada por el particular trasgrede el ordenamiento jurídico, en tal magnitud, que su comportamiento fue el directo desencadenante del éxodo patrimonial; situación en la que ese detrimento estaría justificado dada la conducta desplegada por el sujeto de derecho privado. En el caso concreto, fue la misma sociedad demandante la que generó el desplazamiento patrimonial a favor del INVIAS, motivo por el que no es posible afirmar que el enriquecimiento alegado es injustificado. En efecto, según los medios de convicción que integran el plenario, deviene incuestionable el hecho de que fue la misma sociedad Integral S.A., la que, al margen de haber cumplido de manera diligente con los trámites y procedimientos previos para la suscripción de un contrato adicional para la prórroga del plazo y del valor del contrato, continuó ejecutando la prestación de interventoría sin que la misma tuviera soporte o sustento contractual.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2003-00035-01 \(35026\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - ACCIÓN IN REM VERSO](#)

### **3. SE ANULA EL ACUERDO 003 DE 2001 EXPEDIDO POR LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, POR DESCONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LEY 182 DE 1995**

Conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 13 de la Ley de televisión, los actos administrativos de carácter general expedidos por la CNTV, que deben revestir la forma de “acuerdos”, están sujetos a un requisito de publicidad previa a su expedición, pues se le ordena a la entidad poner en conocimiento del público su intención de reglamentar o regular la materia que será objeto del futuro acto administrativo general, para darles oportunidad a los interesados de presentar, dentro de los dos meses siguientes a la publicación, las observaciones que consideren pertinentes, antes de tomar la decisión definitiva, que en consecuencia, deberá tener en cuenta tales observaciones. El Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre la exigencia de este requisito legal de formación de actos administrativos de carácter general como el demandado -Acuerdos de la Junta Directiva de la CNTV-, considerando que su omisión vicia estas decisiones y declarando nulo el acto que ha incurrido en dicha irregularidad. No obstante la importancia de las modificaciones que se estaban introduciendo a los contratos de concesión a través del acto administrativo acusado, no consta en el mismo ni en parte alguna del expediente, que la entidad demandada haya dado cumplimiento al deber legal de publicar previamente el proyecto de reforma o los términos en que pretendía efectuarla, de tal manera que hubiese garantizado la posibilidad de opinar a sus destinatarios y a los interesados en general, sobre la modificación propuesta. Si la regla general en materia de expedición de acuerdos por parte de la Comisión Nacional de Televisión es que se debe poner previamente en conocimiento del público ese proyecto de reglamentación, dicha regla imperativa se imponía, aún con más veras, en este caso, en el que se afectaban contratos de concesión vigentes; ésta era razón más que suficiente para que la Administración diera

cumplimiento a su obligación de oír a los interesados antes de tomar cualquier decisión modificatoria del régimen tarifario existente. Considera pues la Sala, que en el presente caso el requisito procedimental omitido era de naturaleza sustancial, no solo porque era impuesto por la ley -motivo suficiente para que así sea-, sino porque versaba sobre la modificación de una obligación pecuniaria a cargo de los administrados destinatarios de la nueva norma, y porque de haberse cumplido, el sentido del acto administrativo pudo haber sido otro, como resultado de la participación previa de los interesados mediante la formulación de observaciones frente a la reglamentación que se pretendía expedir.

[Sentencia de 13 de mayo de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2004-00020-00 \(27832, acumulados\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

#### **4. SE SUSPENDE PROVISIONALMENTE EL PARÁGRAFO 2 DEL ARTÍCULO 77 DEL DECRETO 2474 DE 2008, POR SER ABIERTAMENTE ILEGAL**

La contratación directa, entendida como el procedimiento a través del cual la Administración escoge al titular del contrato, previa consulta de los candidatos, se rige por los principios rectores de la contratación estatal, entre ellos, el principio de motivación de las decisiones contractuales, que obliga a la entidad a justificar la escogencia del contratista para asegurar que la selección sea objetiva. Es así como el legislador previó en el parágrafo 1° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el deber de la entidad pública “justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”, sin excepción alguna, por lo que es dable concluir que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada, porque así lo exige la ley. Por consiguiente, el Ejecutivo no podía crear excepciones que la ley no contempló, máxime cuando el procedimiento de la contratación directa es excepcional y, por lo tanto, de aplicación e interpretación restrictiva. Bajo este postulado es evidente que la Administración siempre deberá justificar, antes de la apertura del proceso de selección que se trate, las razones jurídicas que fundamentan tal decisión, pues la actividad contractual no es arbitraria sino que está regulada por el legislador y la reglamentación del Gobierno Nacional sobre el tema debe ceñirse a los principios consagrados en el Estatuto de Contratación. Con fundamento en lo anterior, es evidente que el parágrafo 2° del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 resulta abiertamente ilegal, porque modifica la regla general contemplada en el parágrafo 1° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, circunstancia que permite concluir que el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria. Con fundamento en lo anterior, la Sala decretará la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 2° del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008.

[Providencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2009-00070-00 \(37044\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. ACCIÓN DE NULIDAD CON SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.](#)

### **SECCIÓN CUARTA**

#### **1. EL RECONOCIMIENTO DE INTERESES POR PAGOS EN EXCESO O INDEBIDOS NO PROCEDE CUANDO SE ORIGINAN EN LA ACTUACIÓN EXCLUSIVA DEL CONTRIBUYENTE**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le rechazó el reconocimiento de intereses sobre el valor devuelto por el pago de lo no debido realizado por concepto del gravamen a los movimientos financieros.

**Tesis:** El pago indebido de tributos genera una desvalorización monetaria, que debe ser resarcida con la respectiva actualización, que por originarse en sumas de dinero se presume en el 6% anual, de conformidad con el artículo 1617 del Código Civil. Es a esta recuperación del dinero a lo que

debe entenderse referida la sentencia. Cabe advertir que el reconocimiento de intereses por pagos en exceso o indebidos de impuestos no es procedente cuando éstos se originan en la actuación exclusiva del contribuyente. Si el desembolso sin causa legal no se produjo por un hecho, acto u operación administrativa, sino por la conducta del particular equivocada o de cualquier otra índole, el fisco debería restituir las sumas recibidas, porque de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa, pero sin que haya lugar a actualizar dichas sumas o al reconocimiento de intereses. El Tribunal en la sentencia objeto de apelación reconoció el pago de intereses desde la fecha del pago indebido, hasta la de la sentencia de esta Corporación, 29 de mayo de 2003, para lo cual aplicó la tasa de interés moratorio para efectos impositivos consagrada en el artículo 864 del Estatuto Tributario e imputó el valor devuelto por la Administración a intereses. Esta decisión debe ser modificada porque, como ya se indicó anteriormente, las normas tributarias que prevén el pago de intereses sólo los permiten previa solicitud de devolución y, por tanto, antes de que ello ocurriera los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario no podían servir como fundamento legal para reconocerlos. Por el contrario, el artículo 1617 del Código Civil prevé la manera de recuperar el pago indebido, con el interés legal del 6%, por lo que así lo ordenará la Sala.

[Sentencia de 23 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-02153-01 \(16785\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

## **2. a) EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO ES UNA CONSECUENCIA DE LA OMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y NO DE UN TERCERO**

**Situación Fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN revocó el acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo positivo relacionado con el régimen especial de estabilidad tributaria.

**Tesis:** No es pertinente inferir que el silencio administrativo positivo se configure por la omisión de un sujeto distinto de la administración. El silencio administrativo positivo es una consecuencia clara de la omisión de la Administración y, en consecuencia, no se configura, en el caso concreto, por el hecho de que el particular demandante se negara a suscribir el contrato de estabilidad tributaria y, en este sentido, reitera la doctrina judicial de fallos anteriores.

## **b) NO SE CONFIGURA ACTO FICTO O PRESUNTO CUANDO LA ADMINISTRACIÓN RESPONDE OPORTUNAMENTE**

**Tesis:** El acto ficto positivo tiene el deber de respetar de forma estricta la constitución y la ley, tanto o más como lo haría el acto expreso. Como el contenido y los efectos del acto ficto o presunto positivo quedan librados a la voluntad del particular, la Constitución le impone a éste el deber de obrar no sólo con base en el principio de la buena fe, sino con sujeción estricta a la ley que regula la respectiva actuación. Así, el particular no puede pretender que el silencio administrativo positivo sirva para hacer valer interpretaciones privadas de la ley, ejercer derechos que no se tienen o sacar ventajas francamente abusivas ante el hecho de la omisión de la Administración en responder oportunamente una petición o un recurso. De ahí que el segundo inciso del artículo 73 del C.C.A. diga que el acto ficto presunto puede ser revocado directamente si se dan las causales del artículo 69 o si se da cuenta que el acto ocurrió por medios ilegales. En este caso, no se configura un verdadero acto de silencio administrativo positivo porque la Administración sí respondió la petición de la parte actora dentro del término previsto en la ley. Empero, la parte demandante, por un medio ilegal, esto es, suponiendo arbitrariamente estar en una situación de silencio positivo, seis años después de haber sido notificado el acto expreso, pretendió configurar un acto en su favor mediante la suscripción de una escritura que, en apariencia, contenía un acto ficto presunto. Cuando la Administración responde oportunamente y el particular ignora esa respuesta y protocoliza un supuesto acto presunto positivo el acto deviene también manifiestamente ilegal. Los particulares no tienen la competencia suficiente para interpretar las normas a su arbitrio, ora para

desconocerlas, ora para sacarles ventaja. La competencia la da el ordenamiento a las autoridades, para que estas actúen conforme el derecho y previa una interpretación plausible de la ley.

[Sentencia de 30 de julio de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2006-00048-00\(16253\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

### **3. a) EL SERVICIO DE CONSULTORÍA PRESTADO POR PERSONA NATURAL NO ESTÁ GRAVADO CON EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Situación fáctica:** El actor solicitó la nulidad de los artículos 21 (total), 23 (parcial), 127 literales a y g y 145 parágrafo (parcial) del Acuerdo 083 de 1999, y el acápite 1.2.40.107 del Acuerdo 081 de 1999.

**Tesis:** Frente al servicio de consultoría realizado por personas naturales, esta Corporación en la sentencia antes citada indicó que ello “no implica necesariamente que los servicios de consultoría profesional estén gravados, pues dicha norma debe interpretarse en armonía con la Ley 14 de 1983, artículo 36, que considera gravados los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho y en consecuencia, los servicios profesionales prestados por personas naturales no están gravados, por ello, no se presenta contradicción entre la norma municipal y la ley”. En efecto, para la Sala la disposición demandada constituye una definición de “actividad de servicio” que no se opone a norma superior alguna en cuanto al concepto que allí se consagra, y su alcance, debe ser entendido e interpretado de acuerdo con las normas superiores del impuesto de industria y comercio, al cual está sometido el Acuerdo en estudio. En tales condiciones y en armonía con la Ley 14 de 1983, es que no caben interpretaciones que permitan inferir que el servicio de consultoría prestado por personas naturales se encuentra gravado con el mencionado tributo. En consecuencia respecto del artículo 21 del Acuerdo 083 de 1999, prospera el recurso de apelación y por tanto se revocará la decisión del a quo en este punto.

### **b) LA FACULTAD POTESTATIVA DE LOS MUNICIPIOS NO INCLUYE LA MODIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL IMPUESTO**

La facultad consagrada para los municipios en el artículo 179 literal b) de la Ley 223 de 1995 antes transcrito, de adoptar las normas sobre administración que rigen para los tributos del Distrito Capital no incluye la potestad de modificar la estructura del impuesto de industria y comercio la cual esta supeditada a la Constitución y a la ley (artículos 287, 300 y 313 CP.). De acuerdo con lo antes expuesto es claro que para el caso del impuesto de industria y comercio, es la Ley 14 de 1983 en la cual el Legislador delimitó los elementos esenciales del tributo.

[Sentencia de 23 de julio de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2000-01545-01\(16684\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

### **4. a) EL CONTROL DE CALIDAD ES UN SERVICIO INTERMEDIO DE LA PRODUCCIÓN DE MEDICAMENTOS**

**Situación fáctica:** El actor solicitó la nulidad del Concepto 071920 de 5 de octubre de 2005 y de los aparatos de los numerales 2.1. y 2.1.1 del capítulo I del Título IV del Concepto Unificado 001 de 19 de junio de 2003.

**Tesis:** se advierte que, a diferencia de lo que consagró la DIAN en el concepto 071920 de 2005, el servicio de control de calidad no solo concluye en un dictamen técnico sino que implica poner el bien en las condiciones necesarias para su comercialización, en la medida que tal control se encuentra presente en todo el proceso de manufactura del producto, incluyendo su manipulación, hasta que culmina con el aval para su utilización. El control de calidad, conforme se deriva de las normas y manuales citados, constituye parte de todo el proceso de manufactura de los productos

farmacéuticos y como tal, puede ser desarrollado por la misma empresa que produce o elabora el producto o por un tercero, sin que por tal hecho se desvirtúe el objeto principal y último del control de calidad. En consecuencia, cuando el servicio es prestado por un tercero en desarrollo de un contrato, adquiere la calidad de servicio intermedio de la producción.

#### **b) EL SERVICIO DE CONTROL DE CALIDAD ESTÁ EXCLUIDO DEL IVA**

Aclarado que el servicio de control de calidad es un servicio intermedio de la producción de medicamentos y que, por lo tanto, se enmarca dentro de los casos que regula el parágrafo del artículo, la Sala analiza si, por tratarse como “excluidos”, en general, los servicios para la salud humana, tal tratamiento también se aplica para el servicio intermedio de control de calidad de medicamentos, teniendo en cuenta que el parágrafo del artículo 476 del E.T. determina que lo que se aplica es la “tarifa” del bien que resulte de la prestación del servicio. Dice la DIAN que tal disposición no se aplica por cuanto al referirse a la “tarifa”, se hace alusión a los bienes gravados y a los bienes exentos, esto es, a los bienes a los que les corresponde una tarifa, así sea la tarifa cero, para los casos de los bienes exentos. En la medida que los bienes excluidos no causan el impuesto sobre las ventas y no están sujetos a ninguna tarifa, se argumenta en el concepto 071920 de 2005 demandado que el parágrafo del artículo 476 del Estatuto Tributario no aplica para los bienes excluidos. Fue voluntad del legislador regular el impuesto sobre las ventas de los servicios intermedios de la producción conforme con el régimen aplicable al bien que resulte del proceso de producción. Bajo este contexto, no es pertinente interpretar de manera restrictiva el parágrafo del artículo 476, en el entendido de que está referido únicamente a los bienes gravados o bienes exentos, sino que también comprende a los bienes excluidos. Una interpretación en sentido contrario, vulneraría el principio de equidad derivado del artículo 363 de la Constitución Política. En consecuencia se anula el concepto 071920 de 5 de octubre de 2005 y las expresiones “o en la correcta elaboración de productos farmacéuticos y drogas” y “control de calidad” contenidas en el numeral 2.1. y 2.1 del Concepto 0001 de 19 de junio de 2003.

[Sentencia de 23 de julio de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2006-00016-00\(16012\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

#### **5. a) NO ES REQUISITO PREVIO LA CORRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN PRIVADA PARA QUE PROCEDA LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN rechazó la solicitud de devolución del impuesto de industria y comercio pagado respecto de las UPC recibidas por la actora durante los 6 bimestres de 1996 a 2002 y 1 al 4 de 2003.

**Tesis:** La normatividad tributaria ha establecido la figura del pago de lo no debido a favor de los contribuyentes y para ello ha señalado las reglas para su procedencia, sin que dentro de ellas se prevea como requisito previo e indispensable la corrección de la declaración privada. Se observa que en relación con el pago en exceso o de lo no debido también es posible obtener su devolución, en el primer caso cuando se cancelan por impuestos, sumas mayores a las que corresponden legalmente, y en el segundo evento, cuando se realizan pagos “sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento”. Los pagos en exceso o de lo no debido pueden surgir de las declaraciones, de los actos administrativos o de las providencias judiciales, que determinen un valor pagado en exceso o la ausencia de obligación, lo que da derecho a solicitar su compensación o devolución.

#### **b) CUANDO SE APORTA PÓLIZA DE GARANTÍA LOS INTERESES MORATORIOS SE CAUSAN DESDE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN HASTA LA FECHA DEL GIRO DEL TÍTULO**

Frente a los intereses moratorios se observa que la regla general prevista en el artículo 148 del Decreto 807 de 1993 establece que la administración tributaria debe devolver, previas las compensaciones a que haya lugar, los saldos a favor originados en los impuestos que administra,

dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la solicitud de devolución presentada oportunamente y en debida forma. No obstante lo anterior se advierte que la demandante con la solicitud inicial de devolución aportó la póliza de garantía de conformidad con el artículo 152 del Decreto 807 de 1993. De acuerdo con lo anterior en el sub lite la Administración debía devolver el pago de lo no debido a la actora dentro de los 10 días siguientes a la solicitud presentada el 30 de diciembre del 2003, momento a partir del cual empiezan a causarse los intereses moratorios, hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación.

[Sentencia de 16 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00326-01\(16655\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **6. a) PROCEDEN LOS INTERESES LEGALES DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le negó la petición de modificar el contrato de estabilidad tributaria. Además, solicitó que tiene derecho a la devolución de las sumas pagadas por concepto de GMF y los demás tributos establecidos durante la vigencia del régimen de estabilidad tributaria, con los intereses de mora.

**Tesis:** Existe un lapso dentro del cual la ley tributaria no previó la causación de interés alguno, que es el comprendido entre el pago que hace el contribuyente y la notificación del acto que resuelve la solicitud de devolución, a pesar de que durante el mismo, el administrado se vio privado de sus recursos y la Administración se benefició de esos dineros. Dado que quien paga lo que no debe, tiene derecho para repetir lo pagado y quien recibe el pago está obligado a restituirlo (artículos 2313 y 2327 del Código Civil), la Administración debe devolver el dinero que no le pertenece, pero con intereses -que son los frutos civiles del capital exigible (artículo 717 del Código Civil). Ello, porque los mismos son sólo el reconocimiento por el uso del dinero en el tiempo. Así pues, ante el vacío legislativo respecto del reconocimiento y pago de intereses a cargo de la DIAN entre el momento en que el contribuyente paga sus impuestos y se notifica el acto que resuelve la solicitud de devolución, en aplicación de los principios de justicia y equidad, durante el lapso en mención, la Administración debe reconocer y pagar al contribuyente los intereses legales, equivalentes al 6% anual (artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 1617 del Código Civil), dado que la relación entre el administrado y la autoridad tributaria no puede calificarse como comercial.

#### **b) LOS INTERESES DEL CÓDIGO CIVIL SE DEBEN NO HASTA LA FECHA DE EXPEDICIÓN DEL ACTO QUE ORDENA LA DEVOLUCIÓN SINO HASTA EL MOMENTO DE SU NOTIFICACIÓN**

**Tesis:** Los intereses se deben no hasta la fecha de expedición de los actos que ordenaron la devolución del GMF (3 de junio de 2003), sino hasta el momento de su notificación (5 de junio de 2003), comoquiera que sólo a partir de tal momento las decisiones de la DIAN resultaron oponibles a la actora.

[Sentencia de 9 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-01993-01\(15923\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

## **SECCIÓN QUINTA**

### **1. SE ANULA LA ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR EL DEPARTAMENTO DE SUCRE JAIRO ALFREDO FERNÁNDEZ QUESSEP**

Seis demandas fueron instauradas contra el acto de elección de los representantes a la Cámara por el Departamento de Sucre. Una de ellas planteó la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1° del Decreto 4767 de 2005, que fijó el número de representantes a la Cámara para la vigencia 2006-

2010, por violación directa del artículo 176 de la Constitución Política porque, a juicio del actor, a ése Departamento debieron corresponderle 4 y no 3 curules.

Sobre el cargo, la Sala recordó la posición previamente expuesta sobre la constitucionalidad de dicho Decreto (radicación 3975), según la cual *“bajo la interpretación que el Gobierno le ha dado al artículo 176 de la Constitución Política, a través del Decreto 4676 de 2005, no se establecen discriminaciones y se otorga la misma representatividad básica de dos (2) curules a todas las circunscripciones territoriales, y a partir de allí se otorgan curules adicionales en proporción a su población que exceda de un mínimo preestablecido de doscientos cincuenta mil (250.000) habitantes”*.

Por su parte, las demás demandas estaban dirigidas en particular contra el Representante Jairo Alfredo Fernández Quessep, a quien los actores atribuían las causales de inhabilidad de intervención en la gestión de negocios (C.P., artículo 179-3) y la denominada “coincidencia de períodos” (C.P., artículo 179-8); también cuestionaron su elección con fundamento en las causales de nulidad por falsedad de registros electorales y cómputo de votos a favor de candidatos inelegibles (C.C.A., artículo 223-2 y 3), debido a que la candidatura del demandado fue inscrita y avalada por una persona distinta a la delegada por el representante legal de su partido.

Las inhabilidades fueron desestimadas. La primera, porque no se probó que las relaciones que tuvo el demandado, en la condición de Presidente de la Liga de Softbol de Sucre, con el Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre configuraran intervención en la gestión de negocios.

Al respecto, la Sala reiteró que la inhabilidad por ésa causa requiere *“demostrar que, ante entidades públicas, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, el congresista elegido intervino personal y activamente en diligencias o actuaciones tendientes a obtener cualquier interés o beneficio, incluso de naturaleza extramatrimonial (sic), y no sólo la consecución de un resultado lucrativo”*; pero en el caso concreto encontró que, contrario a lo exigido, *“los documentos aportados no revelan que el señor Jairo Alfredo Fernández Quessep como Presidente de la Liga de Softbol hubiese desplegado diligencias o desarrollado una participación personal y activa ante INDERSUCRE, tendiente a obtener de dicha entidad la participación o el patrocinio en los torneos realizados por la Liga que él presidía, con miras a obtener un interés o beneficio”*.

La segunda inhabilidad, por coexistencia o coincidencia de períodos, tampoco se configuró porque, si bien se demostró que el demandado fue elegido concejal de Sincelejo para el período 2004-2007, también se probó su renuncia al cargo antes de su inscripción como candidato a la Cámara de Representantes, circunstancia que, según la jurisprudencia reiterada de la Sala, elimina la prohibición constitucional.

Sin embargo, el cargo por irregularidades en la inscripción y aval de la candidatura del demandado sí prosperó, pero no con fundamento en las causales invocadas por el demandante, sino por infracción en las normas en que debió fundarse el acto de elección acusado.

En efecto, en el proceso se acreditó que el delegatario del representante legal del Partido Acción Social delegó a su vez en otra persona la inscripción y aval de tres candidatos a la Cámara de Representantes, incluido el demandado, actuación que la Sala advirtió contraria a los artículos 108 de la Constitución Política y 9º de la Ley 130 de 1994, porque si bien ésta última disposición legal permite a los representantes legales de los partidos o movimientos políticos delegar la inscripción y el aval de candidaturas -que les corresponde en primer término-, no permite al delegatario una nueva delegación de éstas facultades.

Tal argumento fue explicado por la Sala, además con fundamento en el numeral 2º del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, así:

*“Para la Sala, la delegación a la que se ha hecho referencia, esto es, la otorgada por el señor Merlano Fernández al señor Carlos Daniel Fajardo Osuna para que este último realizara la inscripción de los candidatos por el partido a la Cámara de Representantes por el Departamento de Sucre, no tiene validez, pues contraría el precepto constitucional del artículo 108 inciso 3 y el inciso 2 del artículo 9 de la Ley 130 de 1994, que sólo autorizan a realizar el acto de otorgamiento de aval para la inscripción del candidato al representante legal del partido -en este caso el señor Alfonso Angarita Baracaldo- o a su delegado - señor Jairo Enrique Merlano-, por lo que no se encuentra justificada y carece de sustento la actuación desplegada por el señor Carlos Daniel Fajardo Osuna al realizar la inscripción de los candidatos por el partido a la Cámara de Representantes por el Departamento de Sucre, sin tener facultad para ello.*

(...)

*El responsable ante el electorado por la candidatura de uno de sus militantes es el partido o movimiento político, por lo cual es muy importante que el aval al respectivo candidato lo otorgue quien constitucional y legalmente está facultado para ello, es decir, el representante legal del partido o su delegado y no persona diferente, pues como organizaciones políticas tienen un deber para con el elector y una responsabilidad social.”.*

En consecuencia, la Sección Quinta decidió declarar la nulidad parcial del acto demandado, en cuanto declaró elegido al señor Jairo Alfredo Fernández Quessep como representante a la Cámara por el Departamento de Sucre.

Los consejeros doctores Susana Buitrago Valencia y Mauricio Torres Cuervo salvaron el voto.

[Sentencia de 13 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2006-00011-00 \(3944-3957\). M.P.: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA](#)

**\*Salvamentos de voto: Susana Buitrago Valencia y Mauricio Torres Cuervo**

## **2. ANULADA ELECCIÓN DEL ALCALDE DE SOGAMOSO**

La Sección Quinta revocó el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Boyacá y, en su lugar, anuló el acto de elección del alcalde de Sogamoso, Enrique Javier Camargo.

La Sala encontró que el demandado fue inscrito como candidato a alcalde con menos del 20% de ciudadanos del censo electoral de Sogamoso, como lo exigen los artículos 108 de la Constitución Política y 9º de la Ley 130 de 1994 para la inscripción de candidatos por movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos.

En la sentencia, la Sala recordó que, si bien los actos de inscripción son actos de trámite, las irregularidades graves que se adviertan en su expedición pueden viciar de nulidad los actos de elección, como ocurrió en el caso concreto, en que se demostró que de las 21201 firmas con que fue inscrita la candidatura del demandado, 6107 fueron certificadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil como irregulares y 2154 estaban repetidas, lo que arrojó tan sólo 12940 firmas válidas, cifra inferior a la que certificó la misma Registraduría.

La Sala finalizó precisando que *“pese a que el demandado fue elegido alcalde, para el caso con 16.058 votos, este hecho en modo alguno convalida la inscripción de su candidatura, violatoria de la ley y la Constitución, porque de conformidad con lo expuesto si su inscripción no era jurídicamente válida (sic) por no cumplir con las exigencias legales, no podía participar en las elecciones y por tanto era inelegible. Además, prohijar la tesis contraria conduciría a que por esta vía, es decir, con la elección, también se tendría que admitir la convalidación de inhabilidades y demás prohibiciones previstas en la Constitución y la ley”.*

**Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 15001-23-31-000-2007-00813-01. M.P.: MAURICIO TORRES CUERVO**

**3. EL EJERCICIO DE AUTORIDAD COMO CAUSAL DE INHABILIDAD SE ESTUDIA CONFORME AL ALCANCE DE LAS FUNCIONES DESEMPEÑADAS POR EL EMPLEADO PÚBLICO**

La inhabilidad acusada en la demanda señala que el elegido se desempeñó como empleado público del orden nacional, en el cargo de Director Técnico de la Planta Global - Dirección de Asuntos Políticos y Electorales del Ministerio del Interior y de Justicia donde actuó como ordenador del gasto y que ejerció autoridad administrativa, civil y electoral, dentro de los doce meses anteriores a la elección.

El demandado en desempeño de dicho cargo no ostentó la clase de autoridad que exige la configuración de la inhabilidad, pues ninguna de las funciones a su cargo le otorgaban competencia para ejercer poder decisorio de mando o de imposición sobre los subordinados o la sociedad, las cuales se manifiestan, entre otras formas, a través del nombramiento o remoción del personal asignado a la respectiva dependencia, o bien, mediante la imposición de sanciones, o por medio de la ordenación del gasto, celebración de contratos o diseño de las políticas de la entidad.

Las comisiones de servicios que le fueron autorizadas durante su vinculación con el Ministerio del Interior y de Justicia sólo lo facultaban para que desempeñara una de las funciones asignadas a su cargo: presidir o asistir a eventos académicos relacionados con los temas a su cargo, por lo tanto, no ejercía autoridad administrativa. El concepto de autoridad electoral no está legalmente entendido ni se contempla como una facultad que inhabilite. La administración de sus viáticos, que le son otorgados para que cumpla las comisiones, no implica ordenación de gasto porque la prohibición sólo se configura en la medida en que *“quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”*, es decir, frente a quien como empleado público esté investido de atribución para determinar partidas presupuestales ya de inversión, ya de funcionamiento a fin de satisfacer el objeto social del organismo o dirigidas a cumplir una obligación parafiscal en el municipio en el que resulta elegido.

Por lo expuesto, se confirma la sentencia denegatoria de pretensiones.

**Sentencia de 31 de julio de 2009. Exp. 23001-23-31-000-2007-00550-01. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. ACCIÓN ELECTORAL.**

**4. LA INTERDICCIÓN DE FUNCIONES COMO CAUSAL DE INHABILIDAD PARA PARTICIPAR EN LA ELECCIÓN DE ALCALDE PUEDE DERIVARSE DE SENTENCIA JUDICIAL O DE DECISIÓN ADMINISTRATIVA**

La prohibición que contempla el art. 37 de la Ley 617 de 2000 impide al ciudadano que haya sido declarado en interdicción de derechos para ejercer funciones públicas, ya por decisión de carácter judicial o ya por acto administrativo, que participe válidamente en el proceso electoral y opera desde el momento de la inscripción. Si ésta es inválida porque el aspirante para entonces estaba incurso en dicha inhabilidad, el acto de elección que luego se produzca estará también viciado de nulidad.

La jurisprudencia de la Sección Quinta ha considerado que la redacción del num. 1° del art. 37 de la Ley 617 de 2000 varió el num. 2 del art. 95 de la Ley 136 de 1994. Antes se distinguía como causa de inhabilidad la interdicción judicial de la derivada de una sanción administrativa disciplinaria. Pero la norma posterior únicamente se refiere a encontrarse en interdicción para el ejercicio de

funciones públicas. No es posible restringirla sólo a la que se impone por declaración judicial porque ello vaciaría de contenido las normas que permiten que la autoridad administrativa imponga también esta sanción.

En el caso concreto, la Resolución de 14 de septiembre de 2006, expedida por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública confirmó el fallo de primera instancia que declaró disciplinariamente responsable al ciudadano Ovidio Mejía Marulanda, acto que fue notificado el 27 de octubre de 2006 en dependencias de la Procuraduría General de la Nación - Regional de La Guajira, lo cual significa que los diez (10) meses de la inhabilidad especial comenzaron a correr desde el 27 de octubre de 2006 y abarca hasta el 26 de agosto de 2007.

El señor Ovidio Mejía Marulanda se encontraba incurso en la inhabilidad que preceptúa el num. 1° del art. 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el art. 37 de la Ley 617 desde cuando la sanción disciplinaria adquirió ejecutoria, es decir, por espacio de diez meses desde el 27 de octubre de 2006 hasta el 26 de agosto de 2007.

De este modo es claro que para el 2 de agosto de 2007, fecha de la inscripción y aceptación de la candidatura del señor Ovidio Mejía Marulanda como Alcalde del Municipio de Maicao, período 2008 a 2011, recaía sobre él una inhabilidad para acceder a ese cargo público, en razón de una decisión administrativa en firme que le inhabilitaba para el ejercicio de funciones públicas, traducidas en este caso, en la imposibilidad de participar en el debate electoral, en el que resultó elegido.

Por lo expuesto, la Sala concluye que el señor Ovidio Mejía Marulanda estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de Maicao. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada y, en su lugar, se declarará la nulidad de dicha elección.

[Sentencia de 31 de julio de 2009. Exp. 44001-23-31-000-2007-00244-02. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. ACCIÓN ELECTORAL.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### 1. CONCEPTO SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL AEROPUERTO EL DORADO

Con ocasión del contrato de concesión suscrito con el Concesionario OPAIN S.A. para la administración, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C., el Ministro de Transporte preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil, por un lado, sobre la posibilidad de modificar un contrato de esa naturaleza “*por razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado...y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación*” y, de otro, si es viable dentro de esa clase de contratos que un amigable componedor defina “*un asunto de interés*” para las partes que no constituya un conflicto.

La Sala contestó a la primera pregunta que “*Aplicando la regulación del artículo 16 de la ley 80 de 1993, es posible modificar de común acuerdo un contrato de concesión de servicio público cuando existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público y se busque un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los mismos, siempre que se demuestre que no hacer tal modificación acarrearía una grave afectación del servicio. Por fuera de la aplicación de la norma citada, no es posible modificar el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, de acuerdo con las consideraciones de este concepto.*”.

En respaldo de su respuesta, la Sala inició por advertir el carácter de servicio público del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, debido a la naturaleza igualmente pública de la actividad aeroportuaria. Seguidamente, analizó el objeto y las obligaciones de dicho contrato y resaltó que:

*“- Comprende un conjunto de actividades, obras y servicios, indispensables para el adecuado desarrollo del transporte aéreo, que no pueden tratarse de manera aislada o independiente y que, además, deben ser prestados de forma general, permanente y continua, como corresponde al interés general ínsito en el servicio público de transporte.*

*- El concesionario se obliga a “su ejecución completa y oportuna a su costa y riesgo”, es decir, responde por el resultado de la misma, al punto de que una interrupción del servicio de transporte aéreo desde el aeropuerto, por un término igual o superior a 24 horas continuas, es causal para la declaratoria inmediata de la caducidad del contrato.*

*- La entidad estatal originalmente a cargo del servicio, lo cede, conservando la titularidad y sus atribuciones en materia de regulación, vigilancia y control. Conforme a la ley, no puede concesionar lo referente a la seguridad aérea.*

*- La remuneración del Concesionario está estructurada en torno al recaudo de los denominados ingresos regulados, no regulados y la explotación comercial.*

*- Aerocivil recibe el 46.16% de estos ingresos brutos, los cuales acrecen al presupuesto general de la entidad.*

*- Al concesionario se le entregó el conjunto de bienes y actividades que responde a los conceptos legales de “aeródromo” y de “servicios conexos.” La construcción de parte de la infraestructura física, es un medio para la prestación del servicio público entendido como una empresa”.*

A continuación expuso las generalidades de la modificación de los contratos estatales y en especial los de concesión de servicio público, a partir de la regulación legal, la jurisprudencia y la doctrina sobre el tema, de donde señaló que *“el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente”* pero *“toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes”*.

Con base en ese estudio y en particular de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, la Sala concluyó que:

*“Para la situación consultada, tanto la afectación como la mejora del servicio público deben ser realmente sustanciales, que redunde favorablemente en los diferentes aspectos y circunstancias de la prestación que se le entrega a la comunidad, como la oportunidad, eficacia, costo, generalidad, tecnología apropiada, cumpliendo los estándares de calidad generalmente aceptados, etc. La administración debe ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de modificación, y demostrar que sin la modificación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano.*

*En tanto se reúnan las condiciones anteriormente expuestas, es claro que, cuando exista la necesidad demostrada de modificar un contrato estatal con miras a evitar graves afectaciones del servicio por no obtener una mejoría en la prestación a cargo del concesionario, ello puede hacerse dentro del marco del artículo 16 transcrito, según el cual debe buscarse primero un mutuo acuerdo y si no se obtiene, la administración deberá imponerla mediante acto administrativo debidamente motivado”.*

En cuanto a la amigable composición, la Sala explicó a la autoridad consultante que ésta figura jurídica exige como presupuesto la existencia de un conflicto y adicionalmente legalmente está instituida exclusivamente para los particulares, por lo que no es posible para las entidades públicas acudir a ella.

Concepto 1952 de 13 de agosto de 2009. SOLICITANTE: MINISTERIO DE TRANSPORTE.  
CONSEJERO PONENTE: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

## NOTICIAS DESTACADAS

**DEL 16 AL 18 DE SEPTIEMBRE SE LLEVARÁ A CABO EL XV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN**

El próximo miércoles 16 de septiembre se inaugurará el XV Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, organizado por el Consejo de Estado.

La sede escogida para este año es la ciudad de Medellín, que durante 3 días será escenario de conferencias, charlas y espacios culturales relacionados con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El encuentro se extenderá hasta el viernes 18 de septiembre y contará con la participación de diferentes magistrados del Consejo de Estado e importantes personalidades.

**LA RELATORÍA DEL CONSEJO DE ESTADO TIENE NUEVA SEDE**

La Relatoría del Consejo de Estado se trasladó desde el pasado martes 18 de agosto al Edificio de la Bolsa de Bogotá, ubicado en la Carrera. 8 No. 13 - 82, cuarto piso.

El teléfono de la nueva sede es 3506700, Ext. 7469; ahí los usuarios podrán comunicarse y solucionar todas sus inquietudes.

**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 Galán

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: [boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co)