



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	3 - 10
• Sección Segunda	10 - 12
• Sección Tercera	12 - 16
• Sección Cuarta	16 - 23
• Sección Quinta	23 - 32
• Sala de Consulta y Servicio Civil	32 - 33
• Noticias Destacadas	34

## Noticias destacadas

## HOMENAJE A JUAN CARLOS CASAGNE

## EDITORIAL

Los Consejos de Estado de Colombia y España en asocio con la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, realizaron con gran éxito el pasado lunes 14 de Septiembre un “Taller de Técnica Legislativa” dirigido a los directores jurídicos de la administración nacional, así como de los órganos autónomos que en el Estado tienen la responsabilidad de preparar textos normativos. Dicho evento, que constituye un primer desarrollo concreto de los trabajos del Seminario del mes de mayo sobre la “Función consultiva y la calidad de la legislación”, fue auspiciado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo AECID, El PNUD y el Banco de la República.

**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:

### ACCIONES CONSTITUCIONALES

## ACCIÓN POPULAR

1. a) El accidente del bus del Colegio Agustiniano, se debió a la omisión de las autoridades distritales en el deber de vigilancia y control sobre el transporte de maquinaria pesada en las vías de la ciudad

Es importante resaltar que por ser los alcaldes la primera autoridad administrativa de policía en el respectivo ente territorial, son los encargados de hacer cumplir las normas constitucionales y legales, entre las cuales se encuentran las correspondientes al control y vigilancia del espacio público municipal o distrital, así como de salvaguarda de la vida y la integridad de los habitantes de su territorio. Se puede asegurar sin lugar a dudas que el accidente ocurrido en el lugar de los hechos y que puso en entredicho los derechos colectivos invocados en la presente acción, es de público conocimiento, por cuanto es innegable el despliegue mediático que se le dio al hecho.

Lo anterior se trae a colación ya que la Sala considera que, contrario a lo expuesto por el Tribunal, no es desestimable el argumento de hecho notorio bajo el cual las partes demandantes fundamentan los argumentos de la demanda, esto, puesto que el siniestro ocurrió debido al desplazamiento a deshoras y sin ningún tipo de control por parte de las entidades encargadas para el efecto, de una maquinaria pesada, lo que implica una responsabilidad de éstas. Si bien en otras oportunidades esta Corporación ha señalado que el Estado no puede constituirse en un ente omnisciente, omnipresente ni omnipotente para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia por los actos de un tercero, también ha establecido que dicha absolución sólo es viable en las ocasiones en que no tiene la oportunidad o los medios de prever un eventual riesgo, circunstancia que no se presenta en este caso puesto que apenas unos días antes, el 2 del mismo mes y sobre la misma avenida, en hechos que también tuvieron un despliegue mediático, que fueron alegados en las respectivas demandas y que no fueron desvirtuados por las demandadas, ocurrió otro accidente que tuvo como origen el transporte indebido de maquinaria pesada y que dejó una persona muerta y varios heridos. Dicha situación, sumada al hecho de que se trataba de una maquinaria de más de 20 toneladas de peso, forzosamente arrojan como resultado que no se trataba de una circunstancia difícil de prever o detectar por los organismos encargados de la seguridad pública configurándose así una vulneración a los derechos colectivos invocados. En ese orden de ideas, para la Sala es claro que las entidades demandadas incumplieron con su deber de vigilancia y control sobre el transporte de maquinaria pesada y especificaciones técnicas en la vía en cuestión.

#### **b). Medidas de prevención por intervención de vías públicas**

El parágrafo del artículo 101 de la Ley 769 de 2002 prevé que quien realice actividades que alteren la circulación en las vías públicas deberá obtener por parte de la autoridad competente autorización previa y adicionalmente, deberá imponer señales preventivas, reglamentarias e informativas que iluminen incluso en horas nocturnas. A su vez, las personas interesadas en realizar la intervención en la vía pública deberán avisarle a las autoridades de tránsito local la licencia que se le ha concedido, el lugar de la intervención y su duración estimada con 8 días de anterioridad con el fin de que tome las medidas pertinentes para mitigar el impacto que pueda producir, incluso si así lo amerita restringir o suspender el tránsito por la vía, disponiendo su traslado a trayectos alternos, y señalizándola de acuerdo con las restricciones que determine la autoridad competente. La persona que realice la intervención debe retirar los dispositivos de control de tránsito que utilice, so pena de que la autoridad de tránsito lo multe. Por lo anterior, se exige que el interesado presente junto con su solicitud un plan de señalización y desvíos, que debe ser aprobado por la autoridad competente.

#### **c) Regulación y reglamentación de la circulación de maquinaria rodante y vehículos de carga en la ciudad de Bogotá**

La Ley 769 de 2002 “por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito y Transporte y se dictan otras disposiciones” establece: “Maquinaria rodante de construcción o minería: Vehículo automotor destinado exclusivamente a obras industriales, incluidas la minería, construcción y conservación de obras, que por sus características técnicas y físicas no pueden transitar por las vías de uso público o privadas abiertas al público [...] Artículo 131... C. Será sancionado con multa equivalente a quince salarios mínimos legales diarios vigentes, el conductor de un vehículo automotor que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones: ...Conducir un vehículo de carga en que se transporte materiales de construcción o a granel sin las medidas de protección, higiene y seguridad.” El Decreto 112 del 28 de febrero de 1994 de la Alcaldía de Bogotá fija los lineamientos para el tránsito de vehículos de carga industriales, en el área urbana del Distrito Capital e indica “Artículo 1°.- Prohíbese la circulación de vehículos de carga de más de 5 toneladas de las 06:30 a las 09:00 de la mañana y de las 18:00 a las 20:00 horas de lunes a viernes hábiles de la semana en la red vial principal de Bogotá, en el área comprendida ente las Calles 170 y la Avenida Primero de Mayo entre la Avenida Boyacá y los cerros orientales. Las normas citadas evidencian que al momento de la

interposición de la demanda existían normas claras y precisas sobre el control y vigilancia de maquinaria pesada en la ciudad de Bogotá, especificando las sanciones, el procedimiento y las autoridades competentes para ejercer dicho control.

[Sentencia de 27 de agosto de 2009, Exp. 25000-23-26-000-2004-01062-01 \(AP\). M.P. Martha Sofía Sanz Tobón](#)

## SECCIÓN PRIMERA

**1. NEGADA PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL AL ACREDITARSE QUE AL MOMENTO EN QUE SE CELEBRÓ CONTRATO ENTRE COOPERATIVA Y EL MUNICIPIO DE COVEÑAS AQUEL NO ERA SOCIO DE LA MISMA, PESE A QUE EN EL CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL ALLEGADO CON LA DEMANDA CONSTABA QUE SÍ TENIA TAL CONDICIÓN.**

Los hechos que sirvieron de fundamento a la anterior solicitud se refieren a que el inculpado, en su condición de concejal del aludido municipio, era socio fundador de la Cooperativa Multiactiva de Transporte Turístico del Golfo de Morrosquillo “COOTURGOLF”, la cual suscribió (sic) con el municipio de Coveñas el 20 de febrero de 2007, con el fin de prestarle un servicio de transporte escolar a la población de zonas de difícil acceso del Municipio, sin especificar lugares o sitios a beneficiarse, y violándose los principios de la contratación pública. (...) Al momento de suscribirse el contrato el concejal era socio de la Cooperativa y su investidura fue fundamental para la adjudicación del contrato en forma directa, cuando debió hacerse mediante licitación. Por lo anterior hubo conflicto de intereses, tráfico de influencias y celebración de contrato por interpuesta persona. (...) Hecha esa precisión, se observa que al haber desestimado el a quo las pretensiones de la demanda por hallar que el demandado se había desvinculado de la Cooperativa antes de firmarse el contrato, la cuestión en la instancia se contrae a establecer, en primer orden, si el demandado tenía o no la condición de socio de la Cooperativa cuando se firmó el contrato entre ésta y el Municipio, el cual se encuentra aceptado por el demandado y acreditado en el proceso, ya que las conductas que se le enrostran se basan en su condición de concejal del municipio y su pertenencia a la Cooperativa contratada en calidad de socio de la misma, para la época de la celebración del contrato. Si bien el demandado en la contestación de la demanda no alegó su retiro de la Cooperativa antes de que se celebrara el contrato, se observa que sí lo alegó en la audiencia del proceso (folio 103), y ello aparece corroborado en varias piezas probatorias, como son las aducidas por el a quo (...). En esas circunstancias, no hay lugar a hacer consideración alguna sobre las implicaciones de la celebración del referido contrato sobre el demandado por su condición de socio de la Cooperativa, pues para esa fecha, 20 de febrero de 2007, ya no tenía esa condición, así apareciera como tal en el certificado de constitución y gerencia de la Cooperativa, pues la inscripción de la correspondiente novedad era de cargo de la misma cooperativa y no del demandado, y vistas las pruebas reseñadas, es claro que ese certificado no corresponde a la realidad de su situación con relación a la misma. Por lo demás, no hay prueba en el plenario de que hubiera utilizado su condición de concejal del Municipio para facilitar o favorecer a la Cooperativa en la adjudicación del contrato, ni que de alguna manera hubiera hecho gestión para dicha adjudicación y suscripción del contrato, y las irregularidades que se hubieran dado respecto de ese contrato son de la competencia de las autoridades penales y de control, a las cuales el actor puede hacérselas saber conforme los procedimientos de ley.

[Sentencia del 16 de julio de 2009, Exp. 05001-23-31-000-2008-00079-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

**2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS SOBRE CANCELACIÓN DE USUFRUCTO PRODUCIDA POR MINISTERIO DE LA LEY PUEDE HACERSE EN CUALQUIER TIEMPO Y CON LA SOLA INFORMACIÓN O SOLICITUD DE CUALQUIER PERSONA INTERESADA.**

Como está dicho, se trata de la anotación No. 11 en mención, de modo que en realidad se está demandando el acto administrativo de registro correspondiente a dicha anotación, acto que tiene como documento o instrumento fuente el aludido auto 410-2998 de 17 de abril de 1998, visible a folios 102 a 105, cuaderno 1, comunicado con oficio de 19 de diciembre de 2003 (folio 43 cuaderno 1), y como contenido la cancelación de la constitución de usufructo que había sido inscrita en la anotación No. 9, por ende también se cancela ésta anotación. (...) Se ha precisado que la censura a dicho acto de registro se fundamenta en que, a juicio del actor, lo que en él se inscribió no tenía vigencia por tratarse de un acto administrativo que había perdido fuerza ejecutoria en virtud de haber transcurrido más de cinco (5) años desde cuando quedó en firme (artículo 66, numeral 3, del C.C.A.). (...) Con dicho auto no se hace más que advertir la ocurrencia de una situación jurídica de carácter civil y, por ende, sujeta al derecho privado, como fue la pérdida de eficacia de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial de los actos concernientes al usufructo, en virtud del artículo 6º, numeral 3º, inciso segundo, del Decreto 350 de 1989, “*por el cual se expide un nuevo régimen de los concordatos preventivos*”, que era aplicable al proceso concordatario de la sociedad COMPAÑÍA GRANOS LTDA. por haberse iniciado antes de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995, “*Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*” (...) En este caso, se trató de una situación jurídica dada por ministerio de la ley, que el mismo actor acepta que no requiere declaración judicial y que implicó la extinción de otra situación jurídica de derecho privado, incluyendo el acto de registro del usufructo, dado en la anotación 9. De suerte que sus efectos tienen la vocación de ser permanentes, de allí que por ello y por darse de pleno derecho, su efectividad en el registro era igualmente directa, luego podía hacerse la inscripción de la cancelación en cualquier tiempo y con la sola información o solicitud de cualquier persona interesada (...) De modo que con auto o sin auto de la Superintendencia de Sociedades, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del municipio de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, estaba llamada a tener como ineficaz de pleno derecho el registro de la susodicha constitución de usufructo tan pronto le fuera acreditada o tuviera conocimiento cierto de la ocurrencia de los supuestos previstos en el artículo 6, numeral 3º, del Decreto 350 de 1989, y a proceder a la anotación de su cancelación en el respectivo folio de matrícula. (...) Por consiguiente, el auto en comento es un acto de ejecución dentro de un trámite sustancialmente jurisdiccional, pero aún en el supuesto de que fuera de naturaleza administrativa, como lo preveía el citado artículo 60, por el carácter de actuación administrativa que formalmente le daba, igualmente sería de ejecución, o a lo sumo de simple trámite, según ese artículo, y no el creador o la fuente directa e inmediata de la situación jurídica de que se da cuenta mediante el mismo, de allí que dicha situación no puede perder sus efectos por cuenta de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos prevista en el artículo 66, numeral 3º, del C.C.A., por no depender ni estar contenida en un acto administrativo.

**[Sentencia del 30 de julio de 2009, Exp. 66001-23-31-000-2004-00608-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)**

**3. ES PROCEDENTE LA CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD EN ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA UN FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL A PARTIR DEL CONOCIMIENTO QUE SE TIENE DE ESA DECISIÓN CUANDO ES EJECUTADA POR LA VÍA DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA.**

En el acápite anterior se probó que cuando se expidió el Fallo No. 15 de 1996 que declaró la responsabilidad fiscal de Seguros del Estado, la entidad demandada expidió el oficio de 29 de noviembre de 1996 y citó a la apoderada de aquél para notificarle personalmente el fallo. Aunque el oficio tiene una leyenda que dice “correo certificado”, no hay constancia alguna de que dicho oficio haya sido enviado a su destinataria ni de que esta lo haya recibido. Tampoco hay evidencia de que se hubiera fijado edicto alguno (ver folio 68 ibídem). No obstante, la sociedad demandante fue notificada personalmente de todas las demás decisiones que decidieron los recursos interpuestos por otros interesados en el juicio fiscal contra el fallo 15 de 1996, las cuales dieron cuenta de la decisión contenida en éste, sobre todo en el fallo No. 26 de 1º de julio de 1999. (...) Luego, al notificarse personalmente de la decisión comentada la demandante se enteró de su existencia y de

su contenido y en esa oportunidad hubiera podido interponer recursos en su contra. (...) La posibilidad de demandar directamente debió ejercerla Seguros del Estado S. A., dentro del término de la caducidad de la acción que, en el presente caso, corrió desde la fecha en que el fallo No. 26 de 1° de julio de 1999 (folios 69 a 92 ibídem) se notificó personalmente a su apoderada (folio 94 ibídem). Como se advierte, cuando se presentó la demanda en estudio el 12 de marzo de 2002 (f. 42) había vencido el término de cuatro meses previsto para la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) Si, en gracia de discusión, se estimara que el término de caducidad de la acción contra la Resolución No. 15 de 1996 no corrió desde la fecha en que la aseguradora se notificó de la Resolución No. 026 de 1999 que decidió el recurso de reposición que otro de los enjuiciados propuso en su contra, procedería igualmente la declaración de caducidad de la acción, atendiendo el conocimiento que ella obtuvo de dicho acto a partir de su ejecución, tesis que se funda en el artículo 136 del C. C. A. (...) En el presente caso la ejecución del fallo con responsabilidad fiscal contra Seguros del Estado procedía en ejercicio de la jurisdicción coactiva a cargo de la Contraloría General de la República por mandato de los artículos 112 de la Ley 6ª de 1992, y 90 y 91 de la Ley 42 de 1993. (...) Ahora, si en el proceso de jurisdicción coactiva Seguros del Estado S. A., ejerció su defensa cuestionando el título ejecutivo conformado por el fallo No. 015 de 1996 - fue porque lo conocía en virtud de la notificación del mandamiento ejecutivo ordenada en el artículo 505 del C. P. C. La aseguradora demandante tuvo pleno conocimiento del acto ejecutado a partir del momento en que se notificó del mandamiento de pago librado en su contra - fecha que no consta de manera precisa en el expediente - pero que sin duda ocurrió antes del 4 de junio de 2001 cuando se decidieron las excepciones que la aseguradora propuso contra el mandamiento ejecutivo. (...) Se concluye entonces que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho corrió a partir del momento en que la demandante tuvo conocimiento del fallo 015 de 1996 - antes del 4 de junio de 2001 - y que cuando la ejerció el 12 de marzo de 2002 (f.42) dicha acción había caducado.

[Sentencia del 30 de julio de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2002-00255-01. M.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**4. DECRETO 1259 DE 1994 CONTINÚA VIGENTE SOLO EN LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, PERO NO EN RELACIÓN CON SUS FACULTADES SANCIONATORIAS RESPECTO DE COMPAÑÍAS DE MEDICINA PREPAGADA, LAS QUE SE SOMETEN A LAS NORMAS DEL DECRETO 452 DE 2000.**

Pretende la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA (...) la nulidad de las Resoluciones 1649 de 2000 (9 de noviembre) y 0353 de 2001 (7 de marzo) de la Directora General para Entidades Promotoras de Salud de Entidades de Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de las cuales impuso sanción pecuniaria a la actora por desobedecimiento de órdenes e instrucciones impartidas; así como de la Resolución 1041 de 2001 (30 de mayo) de la Superintendente Nacional de Salud, que confirma las dos anteriores y dispone la reducción de la multa inicialmente impuesta de mil (1000) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) La actora recuerda que los actos administrativos demandados invocan como fundamento legal, entre otros, el Decreto 1259 de 1994, que si bien permanece vigente en lo relativo a la estructura y organización interna de la Superintendencia Nacional de Salud, se trata de una norma derogada por disposición del Decreto 452 de 2000, cuyo tenor es el siguiente: «ARTICULO 24. ADECUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNA. La organización interna de las funciones de la superintendencia que se reestructura mediante este decreto, así como su planta de personal, continuará rigiendo hasta la fecha en que se adopte la nueva planta de personal.» No obstante lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud ha interpretado la norma precitada Decreto 452 de 2000 como si se tratara de una norma que dispone la suspensión completa de dicho cuerpo normativo, condicionada a la circunstancia de que se adopte la nueva planta de personal de la entidad y, con base en dicha interpretación, continúa aplicando las disposiciones en materia sancionatoria contenidas en el Decreto 1259 de 1994 a pesar de que el artículo 24 del Decreto 452 de 2000 no establece que las facultades sancionatorias de la demandada se seguirían rigiendo por las disposiciones anteriores. (...) Para la Sala, el asunto central

de la controversia a resolver comporta el análisis tendiente a establecer si en efecto, como lo señala la actora, el Decreto 452 de 2000 por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, derogó en su totalidad las disposiciones contenidas en el Decreto 1259 de 1994, a excepción de aquellas relativas a la «organización interna de sus funciones» que en los términos del artículo 24 de aquella normativa, permanece vigente «hasta la fecha en que se adopte la nueva planta de personal» de la Superintendencia. Esta discusión es relevante si se tiene en cuenta que las disposiciones en materia sancionatoria que establece el Decreto 452 de 2000 contemplan cuantías sensiblemente inferiores en comparación a las del Decreto 1259 de 1994. (...) Del tenor literal de la normativa precitada se colige en primer lugar, que las disposiciones relativas a la organización interna de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud contenidas en el Decreto 1259 de 1994 continúan vigentes hasta tanto no se adopte la nueva planta de personal en dicha entidad y, por consiguiente, del Decreto 452 de 2000 sólo se encuentran suspendidas aquellas disposiciones relativas a este asunto. Para la Sala, cuando el artículo 24 del Decreto 452 de 2000 se refiere a la «organización interna» de las «funciones» de la Superintendencia Nacional de Salud, hace alusión al esquema de organización mediante el cual éstas se distribuyen en procura de la efectiva prestación del servicio que está a su cargo. (...) Para la Sala, la aplicación de la interpretación que la Superintendencia Nacional de Salud ha dado al artículo 24 del Decreto 452 de 2000, hace nugatorios sus efectos, en tanto que los suspende de manera indefinida en el tiempo, hasta tanto no se adopte la nueva planta de personal. (...) Teniendo en cuenta que el Decreto 452 de 2000 entró en vigencia el 22 de marzo de 2000 mediante su publicación en el Diario Oficial No. 43.944 de la misma fecha, en lo términos del artículo 25 ídem, procedía la aplicación de las disposiciones relativas a la facultad sancionatoria en él contenidas y no las del Decreto 1259 de 1994, que para la fecha ya se encontraban derogadas por tratarse de normativa que regulaba asuntos similares cuyas disposiciones sancionatorias contrarían la nueva normativa. (...) En consecuencia, los actos administrativos acusados carecen de sustento normativo al haber sido proferidos con fundamento en las disposiciones sancionatorias contenidas en el Decreto 1259 de 1994 que como ya se dijo, resultaron derogadas con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 452 de 2000, normas por demás favorables a la demandante.

[Sentencia del 27 de agosto de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2002-00053-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

##### **5. ORDEN DE PAGAR HONORARIOS POR SESIONES REALIZADAS DURANTE EL TÉRMINO DE LAS PRÓRROGAS DE LAS SESIONES ORDINARIAS DE CONCEJO MUNICIPAL CONSTITUYE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS Y ES CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE PRESIDENTE DE ESA CORPORACIÓN PÚBLICA.**

Como ya se dijo el caso sometido a estudio radica en establecer si el concejal acusado, en su calidad de Presidente del Concejo Municipal de Tenjo y ordenador del gasto, destinó indebidamente dineros públicos y si de conformidad con lo establecido en la causal 3ª del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 debe perder la investidura de concejal, al ordenar el pago de honorarios a los concejales del municipio de Tenjo por las sesiones que se celebraron durante las prórrogas de sesiones ordinarias. (...) El problema surge porque pese a que por ley el Concejo estaba autorizado para prorrogar sus sesiones ordinarias, el actor considera que por las sesiones realizadas durante la prórroga no se pueden pagar honorarios al tenor de lo dispuesto por el artículo 66 inciso tercero de la Ley 136 de 1994, (como fue modificado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000). El mencionado inciso señala que en los municipios de categoría tercera a sexta se podrán pagar por cada año hasta setenta sesiones ordinarias y hasta 12 sesiones extraordinarias y seguidamente para estos municipios señala que no se podrán pagar honorarios por otras sesiones extraordinarias o por las prórrogas. Sobre el alcance de las normas relacionadas con la causal, se reitera lo expresado en la sentencia del 6 de diciembre de 2007, ref. 2006 - 02573, que resolvió una acción de pérdida de investidura impetrada por el mismo actor contra un concejal del municipio de Tenjo. Dijo la Sala refiriéndose al artículo 23 de la Ley 136 de 1994 (periodo de sesiones) y al artículo 66 ídem (causación de

honorarios) modificado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000: “De la lectura armónica y sistemática de las dos disposiciones legales no surge, que se puedan pagar honorarios por las sesiones realizadas durante el término de las prórrogas de las sesiones ordinarias. De las disposiciones citadas se colige: 1. Anualmente los concejales del municipio de Tenjo, por ser éste catalogado en Categoría Quinta, pueden celebrar hasta 12 sesiones extraordinarias. En ningún momento las normas se refieren a prórroga de este tipo de sesiones, sencillamente porque éstas no tienen fechas fijas, como sí las ordinarias y tienen un tope de 12 sesiones al año. 2. Anualmente los mismos concejales pueden celebrar hasta 70 sesiones ordinarias dentro de los periodos taxativamente señalados en la ley; la ley permitió expresamente que éstas se podían prorrogar por 10 días. 3. Indudablemente cuando la ley prohibió que se pagaran honorarios por “otras sesiones extraordinarias o por las prórrogas”, se estaba refiriendo a las prórrogas de las sesiones ordinarias que son las que están autorizadas; mal podría referirse a prórrogas de las extraordinarias porque, se repite, no pueden pasar de 12. En conclusión, la ley autoriza la prórroga de las sesiones ordinarias por 10 días, pero no autoriza su pago, por lo cual el concejal demandado sí incurrió en violación de la ley”. La ordenación del pago de honorarios por las sesiones realizadas dentro de término de la prórroga de las sesiones ordinarias, constituye una infracción de las citadas normas, ya que, se repite, lo reprochable no es que se hubieran realizado esas sesiones porque éstas están autorizadas, sino que se hubieran remunerado. Entonces las Resoluciones que ordenaron el pago por las sesiones que se celebraron durante la prórroga de las sesiones ordinarias, se expidieron sin soporte, pues se destinaron dineros públicos sin respaldo legal alguno que lo justificara, lo cual, según la jurisprudencia reiterada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo citada, se configura en causal de indebida destinación de dineros públicos. (Se cita en ese mismo sentido la sentencia del 6 de diciembre de 2007, proferida por la Sala en el proceso núm. 2006-02573)

[Sentencia del 16 de julio de 2009, Exp. 25000-23-15-000-2008-00700-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

#### **6. LEGALIDAD DE RESOLUCIÓN DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD QUE PROHÍBE A LAS EPS UTILIZAR LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN PARA FINES DIFERENTES A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD Y SU ADMINISTRACIÓN, COMO SERIA LA REALIZACIÓN DE INVERSIONES, DADA SU NATURALEZA DE PARAFISCALES.**

Decide la Sala, en única instancia, la demanda incoada por RICARDO EMIRO DUARTE MATÍNEZ en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Resolución 1804 del 24 de diciembre del 2004 “Por la cual se emite el Plan Único de Cuentas para las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago Privadas”, proferida por el Superintendente Nacional de Salud, en cuanto en el capítulo tercero dispuso que “El origen de los fondos para constituir inversiones de carácter permanente de las entidades que administren recursos del SGSSS, no podrá corresponder a los recursos generados por concepto de UPC, toda vez que estos por ser una parafiscalidad son de utilización exclusiva para la prestación del Plan Obligatorio de Salud y su administración”. (...) La parte actora esgrime contra la disposición acusada los siguientes cargos (...) que es de la esencia de la unidad de pago por capitación el que con cargo a gastos administrativos se pueda cumplir esta función, la cual puede realizarse en forma directa o participando la entidad en otras sociedades, lo cual no es óbice para que se utilicen otros recursos, cuando el porcentaje de gasto administrativo no es suficiente, habida consideración de los egresos propios del gasto médico asistencial; que en ambos casos, para este efecto, es necesario que se realicen inversiones permanentes; que para organizar el servicio de salud las EPS pueden y deben realizar en muchos casos inversiones permanentes; que dichas inversiones con cargo a la unidad de pago por capitación derivan abiertamente del alcance de la Ley 100 de 1993, en concordancia con las que la reglamentan, normas últimas que confirman expresamente la interpretación por vía de autorización inobjetable para invertir en infraestructura con cargo a la UPC, por ejemplo, siempre que se respete la relación de pagos con proveedores por la vía del control al margen de solvencia; que el Superintendente introdujo limitaciones en el manejo de los recursos de la UPC con desconocimiento de su naturaleza parafiscal, de la cual se deriva la necesidad de organizar el servicio de salud por

parte de las EPS, hecho que supone la realización de inversiones permanentes (...) En esencia, los anteriores preceptos<sup>1</sup>, además de definir las empresas prestadoras del servicio de salud y la unidad de pago por capitación, ponen de presente que para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados las EPS prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con instituciones prestadoras, sin que de ello se concluya, como lo pretende el actor, que para organizar el servicio de salud autorizan a las EPS para realizar inversiones permanentes con cargo a la unidad de pago por capitación, por ejemplo, para invertir en infraestructura. Además, no es cierto, como lo pretende hacer ver el demandante, que mediante la norma acusada el Superintendente haya introducido limitaciones en el manejo de los recursos de la unidad de pago por capitación con desconocimiento de su naturaleza parafiscal pues, precisamente, la característica esencia de los recursos parafiscales es que van destinados única y exclusivamente a la finalidad para la cual fueron establecidos, que para el caso no fue otra que la de organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud (artículo 182 de la Ley 100 de 1993). (...) Como se advierte del aparte transcrito<sup>2</sup>, no está permitido que los recursos provenientes de la unidad de pago por capitación se destinen hacia fines diferentes a la prestación del servicio público de salud y su administración, razón por la cual, al prohibir la disposición acusada que los mismos se inviertan de manera permanente en otro tipo de actividades, no hace más que respetar su naturaleza de parafiscales.

[Sentencia del 30 de julio de 2009, Exp. 11001-03-24-000-2005-00199-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

#### **7. INSTRUCCIONES A LIQUIDADORES Y MIEMBROS DE JUNTA ASESORA DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS ANTES Y DESPUÉS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, NO CORRESPONDE A UNA ACTUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES CUMPLIDA EN EJERCICIO DE SU FUNCIÓN JURISDICCIONAL.**

Conforme se advierte en la parte motiva del acto acusado, la Superintendencia de Sociedades invocó para su expedición el ejercicio de la función jurisdiccional concebida en los artículos 116 inciso 3º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 90 y 214 de la Ley 222 de 1995, con miras a instruir a LIQUIDADORES Y MIEMBROS DE JUNTA ASESORA DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS ANTES Y DESPUES DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, debido a que ha verificado que en algunos procesos de liquidación obligatoria siguen ejecutándose o son celebrados contratos que desnaturalizan dicho proceso e impiden al liquidador llevar a cabo una liquidación rápida y progresiva del patrimonio liquidable. Es preciso resaltar que no obstante que la entidad pública demandada invoca el ejercicio de funciones jurisdiccionales, tal acto no tiene este carácter, pues, de una parte, no se trata de decisiones que se hayan adoptado en un trámite específico y concreto de un proceso de liquidación obligatoria; y, de la otra, ni frente al auto admisorio de la demanda ni en la contestación de la misma adujo falta de jurisdicción. De tal manera que la Circular Externa acusada es un acto administrativo, que, por lo mismo, se debe entender dictado en ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia que tiene a su cargo la Superintendencia de Sociedades. (...) De los apartes reseñados, que la Sala reitera y prohija en esta oportunidad, se desprende que la Superintendencia de Sociedades, so pretexto de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido atribuida por la Ley, que se traduce en la expedición de actos administrativos para instruir a sus entes vigilados sobre la manera como deben cumplirse sus obligaciones, no puede abarcar aspectos atañedores a su función jurisdiccional, pues ésta solo puede expresarse en cada proceso en particular y su regulación está definida por el legislador, el cual, como reza la jurisprudencia transcrita, al aludir al proceso judicial concursal y a la liquidación obligatoria, no previó ninguna intervención

<sup>1</sup> Se refiere a los artículos 156, literales e), f), g), h), i) y k), 177, 179, 181, parágrafo, 182 y 183, parágrafo 1 de la Ley 100 de 1993.

<sup>2</sup> De la sentencia C-572 de 2003, en la que la Corte Constitucional se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 11 de la Ley 788 de 2002.

administrativa de inspección, vigilancia y control, ya que ello tiene causa sólo en actuaciones u omisiones de la sociedad comercial que es sujeto pasivo de esas competencias y tal función administrativa no se proyecta sobre actuaciones judiciales. De ahí que asista razón al actor y, por ende, deba accederse a sus pretensiones, pues, conforme al artículo 166 de la Ley 222 de 1995, la única limitación que tienen los liquidadores frente a la celebración de contratos durante la etapa de la liquidación, es que la misma se requiera verdaderamente para el desarrollo de la liquidación; y la Circular acusada impone limitaciones de plazo durante la etapa de la liquidación e introduce la obligación al liquidador de incluir cláusulas especiales en los contratos, que no trae la ley, por lo que la Superintendencia de Sociedades excedió sus facultades, arrogándose, a su vez, las del legislador. (Se cita la sentencia de 21 de noviembre de 2003, Expediente 2001-00408, Actor: Carlos Augusto Torres Hurtado, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero, en relación con las funciones jurisdiccionales y administrativas de la Superintendencia de Sociedades)

[Sentencia del 30 de julio de 2009, Exp.11001-03-24-000-2004-00266-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**8. NO EXISTE TRAFICO DE INFLUENCIAS NI CONFLICTO DE INTERESES DE CONCEJAL MUNICIPAL POR CELEBRACIÓN DE CONTRATO EN QUE HERMANA DE AQUEL APARECE COMO PROPIETARIA DE UN VEHICULO AUTOMOTOR ARRENDADO POR EMPRESA A MUNICIPIO, PUESTO QUE NINGUNO DE LOS DOS ES SOCIO DE LA MISMA NI CONTRATÓ CON LA REFERIDA ENTIDAD TERRITORIAL.**

Como quedó visto en el resumen que antecede, la actora solicita la pérdida de investidura del demandado con base en las siguientes causales: 1.- Violación al régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses; y 2.- Tráfico de influencias. Las mencionadas causales las hace derivar del hecho de que la hermana del Concejal demandado celebró un contrato con la Administración de Armenia, a través de la empresa "CATORCE CATORCE". (...) A folios 25 a 30 del expediente obra el "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES DE 2008" suscrito entre el Municipio de Armenia y la Empresa de Transporte Terrestre denominada CATORCE CATORCE S.A. En dicho contrato se relacionan los vehículos con los que se pretende dar cumplimiento al mismo, dentro de los cuales se relaciona el automotor de placas VKI 556, Marca Chevrolet, color Blanco de propiedad de la señora FANNY VALENCIA CADENA, hermana del Concejal demandado (folios 27 y 31). A juicio de la Sala, lo anterior no encaja dentro de los supuestos fácticos que configuran la violación al régimen de incompatibilidades, pues una cosa es la persona jurídica denominada CATORCE CATORCE S.A., que es la que celebra el contrato en cuestión; otra es la hermana del Concejal demandado, respecto de quien no puede predicarse que sea socia de dicha sociedad, sino que tiene un vehículo afiliado a la misma y otra el demandado que tampoco es socio de tal sociedad ni contrató con la Administración Municipal de Armenia. Ahora, tampoco obra en el proceso prueba alguna que demuestre que la celebración del contrato hubiera sido objeto de decisión del Concejo Municipal de Armenia, como para que pueda afirmarse que el Concejal demandado hubiera debido declararse impedido en razón del beneficio que obtendría su hermana, pues, como ya se dijo, el referido contrato se celebró con una persona jurídica en la cual no hay prueba demostrativa de la calidad de socia de la familiar de aquél, sino de una relación eminentemente comercial en virtud de la vinculación de un vehículo de su propiedad, amén de que la persona jurídica es diferente de las personas naturales que la integran.(...) En consecuencia la relación contractual se da entre la empresa y el propietario del vehículo vinculado o afiliado a ella, de ahí que no se advierta la intervención del demandado, a través del supuesto tráfico de influencias que se le endilga, para obtener el pago, pues, se repite, su hermana, en calidad de propietaria del vehículo vinculado o afiliado a la sociedad CATORCE CATORCE S.A. no tiene nexos alguno con la entidad territorial y, por lo mismo, por sustracción de materia, el demandado no está en condiciones de anteponer su investidura de Concejal ante ningún servidor público, que, bajo tal influjo psicológico, se vea constreñido a realizar el pago, presupuesto este sine qua non para que se configure el tráfico de influencias. (En relación con el tráfico de influencias como causal de pérdida de investidura se citan las siguientes sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado:

de 8 de agosto de 2001, expediente AC-10966, reiterada en providencia de 29 de julio de 2003, expediente PI-00522, y del 28 de noviembre de 2001, expediente AC- 11349)

[Sentencia del 27 de agosto de 2009, Exp. 2009-00058, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

### 1. PÉRDIDA DE DERECHOS DE CARRERA POR EL DESEMPEÑO DE OTRO CARGO - Improcedencia cuando la administración dispone la incorporación en un cargo de libre nombramiento y remoción sin el debido procedimiento

Antes de la ley 61 de 1987 no estaba consagrada la pérdida del escalafonamiento en la carrera administrativa por el hecho de que un funcionario inscrito en la misma pasara a otro cargo, de igual o superior categoría. Pero esta normativa consagró tal circunstancia como causal de pérdida de los derechos de carrera. Esta Corporación, por su parte, en múltiples oportunidades ha reiterado que cuando la administración dispone la incorporación de personal de carrera en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin el debido procedimiento, éste no pierde los derechos de carrera en el empleo en que está inscrito porque se trata de una decisión administrativa unilateral que se impone, pues si el empleado no acepta queda por fuera del servicio. Además, en casos de incorporación de personal no se dictan comisiones para salvar la situación del escalafonado, de suerte que no es posible exigir tal formalidad. Situación distinta es la del empleado que busca y obtiene la nominación en un empleo diferente sin las formalidades de ley o cuando el nominador, sin retirarlo del servicio, le ofrece otro cargo para su libre escogencia. Esta modalidad de pérdida de derechos de carrera desapareció al entrar en vigencia la ley 27 de 1992 (29 de diciembre de 1992), por no estar contemplada en su artículo 7°. En el sub-lite está demostrado que, bajo la vigencia de la mencionada ley, el actor fue incorporado en la planta de personal del Ministerio de Comercio Exterior en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 - Grado 15 (resolución 0124 de 31 de marzo de 1992), en el cual se actualizó su inscripción en el escalafón y que posteriormente, sin solución de continuidad, fue nombrado e incorporado en las plazas de Profesional Especializado Código 3010 - Grados 16 y 19 (resoluciones 775 de 8 de julio de 1996 y 0165 de 28 de febrero de 1997), movimientos todos que, como quedó visto, fueron en empleos de carrera administrativa. Ahora bien, para la fecha en que fue declarado insubsistente el actor del empleo de Profesional Especializado Código 3010 - Grado 19, ya se encontraba vigente la ley 443 de 1998, según la cual, la declaratoria de insubsistencia de los empleados con derechos de carrera, debe estar precedida de una calificación insatisfactoria. Prerrequisito o procedimiento que al pretermitirse genera un acto contrario a derecho.

[Sentencia de 18 de junio de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2000-01438-01\(2340-04\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

### 2. a) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

## **b) DESVIRTUADO EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DA LUGAR A INDEMNIZACIÓN POR REPARACIÓN DEL DAÑO**

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral. Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a “título de indemnización”, considerando que las mismas se otorgan a título de “reparación del daño”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público

## **c) ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD**

Las prestaciones sociales han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está en la obligación de efectuar el aporte, así: unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. cotizaciones a pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios. En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral. Por tanto, la reparación del daño en el presente caso no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el actor.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la no prescripción de los derechos derivados del contrato realidad se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de febrero 2009, Rad 3074-05, M.P Bertha Lucía Ramirez de Páez

[Sentencia del 1 de julio de 2009, Exp. 47001-23-31-000-2000-00147-01 \(1106-08\) M. P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

## **3. EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA Y DEL ARTICULO 164 DE LA LEY 1446 DE 1998 ES PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN EN AQUELLOS PROCESOS DE CARÁCTER LABORAL QUE AL MOMENTO DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA ERAN DE ÚNICA INSTANCIA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

El artículo 164 de la Ley 446 de 1998 no estableció procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en única instancia, por lo tanto, esta Sala, de conformidad con el artículo transcrito, ha considerado necesario conceder y admitir los recursos de apelación

interpuestos contra las sentencias proferidas en demandas admitidas, como de única instancia bajo los parámetros del Decreto 597 de 1988 y la Ley 954 de 2005, sin apego a la cuantía establecida por las mismas, en aras a proteger los derechos constitucionales de quienes afrontan un debate judicial contencioso, y dando prevalencia al principio constitucional a la doble instancia. Para la Sala es claro que el Estado Social de Derecho debe ofrecer al administrado las garantías suficientes para que los procesos judiciales tramitados ante las diferentes jurisdicciones del país, estén gobernados por los principios que rigen el ordenamiento jurídico. Así las cosas, el artículo 31 de la Carta Política, que establece, toda sentencia puede ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagre la Ley, permitiendo de esa manera que los debates judiciales sean conocidos por dos jueces con jerarquía disímil, cuando las partes así lo soliciten mediante la interposición del recurso de apelación, cuyo objeto es llevar a conocimiento del superior lo resuelto por el inferior, para que, si el primero, legalmente lo considera, adopte los correctivos de rigor que permitan garantizar la imparcialidad, la objetividad y la justicia en cada una de las decisiones tomadas en los procesos que cursan en la jurisdicción. Lo señalado, nos permite concluir que los recursos de apelación interpuestos con posterioridad al 1 de agosto de 2006, contra sentencias proferidas en procesos cuyas demandas fueron admitidas bajo los regímenes anteriores, en única instancia y que no fueron enviados al competente por estar al despacho para fallo, tendrán doble instancia ante esta Corporación, en aplicación al principio constitucional mencionado y al haber sido interpuestos en vigencia de la Ley 446 de 1998, que ordena que, los recursos se tramiten por la Ley vigente al momento de su interposición, es decir esta misma norma. Ahora bien, en relación con las demandas presentadas como de única instancia ante esta Corporación con anterioridad a la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos, y que, en virtud de la readecuación de competencias quedaron radicadas en cabeza de los Tribunales Administrativos o de los Jueces del Distrito, la Sala, a partir de este pronunciamiento, ordenará remitir al competente los procesos que actualmente cursan en esta Sección para que continúen su trámite, salvo los que, a la fecha de esta decisión, hayan entrado al Despacho para sentencia

[Sentencia del 23 de julio de 2009, Exp. 68001-23-15-000-2000-01289-01 \(0661-09\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO PADILLA](#)

### SECCIÓN TERCERA

#### **1. a) LA ESTIPULACIÓN DE UNA ETAPA PREARBITRAL NO CONSTITUYE REQUISITO PREVIO PARA ACCEDER A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. LA INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DEL ARBITRAMIENTO DEBE HABERSE ALEGADO EN LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE**

Si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción, en tanto función pública constitucional (iudicare munus publicum est- Paulo). De ahí que las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia (art. 229 CN, art. 2º de la Ley 270 de 1996 LEAJ), en tanto ello supondría privar -o al menos- limitar a las personas de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público exige para su configuración y regulación la intervención del legislador (reserva de Ley). No es tampoco admisible que las partes estén indefectiblemente obligadas a negociar, cuando existe el convencimiento de la imposibilidad de las mismas para resolver directamente el conflicto y en el entre tanto corre en contra de sus intereses un plazo legal para el ejercicio oportuno de una acción y, por ende, hay riesgo de que opere el fenómeno jurídico de caducidad. Para la Sala -contrario a lo aducido por el recurrente- la negativa, pretermisión o falta de agotamiento de las etapas previas de arreglo directo, no son óbice para acudir a la justicia arbitral, ni constituyen “condiciones de eficacia, propias de las obligaciones condicionales para que surja el derecho de una de las partes a acudir a un Tribunal de

Arbitramento”, dado que dichos trámites previos son renunciables en forma unilateral por las partes, en ejercicio del poder dispositivo de sus intereses, propio de los intervinientes en un mecanismo de autocomposición de conflictos. En los términos del numeral 2° del artículo 163 del decreto 1818 de 1998, para que la causal de anulación del laudo en comento prospere es preciso que la circunstancia consistente en no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite. Se trata de una condición de aplicación categórica que la prescripción en cita exige para que se desencadenen las consecuencias derivadas de su contenido. Tal y como lo advierte la doctrina, esta primera audiencia de trámite es el único momento procesal para alegar vicios de nulidad del pacto arbitral por defectos de capacidad o de consentimiento, o la indebida integración del tribunal arbitral, “requisito necesario para que se puedan invocar más tarde estas circunstancias como causales de nulidad del laudo arbitral, en supuesto de que no prosperen estas alegaciones (decreto 1818, art. 163, num. 1 y 2).

#### **b) SE REITERAN LOS SUPUESTOS PARA QUE PROCEDAN LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES POR HABERSE FALLADO EN CONCIENCIA Y POR INCONGRUENCIA DEL LAUDO**

El fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado exclusivamente en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“ex aequo et bono”). Además, la jurisprudencia ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Igualmente, la Sala ha sostenido que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. En consecuencia, el fallo en conciencia cuando debió ser en derecho y que se censura por medio de esta causal corresponde a la falta de sustento en el derecho positivo por la omisión o ausencia de aplicación de las normas jurídicas y la carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de las pruebas que obran en el proceso para configurar los supuestos de hecho de las normas que en él se invoquen (desconocimiento total de la prueba), para trasladar dicho juicio a la conciencia o razón subjetiva de los árbitros, siempre y cuando esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo. La causal contenida en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, desarrolla de una parte, el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 135 del Decreto-Ley 2282 de 1989, pues prevé los eventos de fallos o laudos ultra y extra petita, esto es, que deciden mas allá o por fuera de la materia arbitral, y de otra, sanciona eventos en los cuales el tribunal de arbitramento obra sin competencia. En otros términos, para que el laudo arbitral no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad y resultar armónico con las pretensiones formuladas en la demanda, los hechos puestos en conocimiento por las partes en las oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y las excepciones que hubieren sido alegadas o resulten probadas; y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes, en la ley y en la Constitución Política, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. Así, el aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquéllos como materia de conocimiento y decisión.

#### **c) LAS NORMAS DEL C.P.C. SOBRE ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y ADICIÓN DE SENTENCIAS SON APLICABLES A LOS LAUDOS ARBITRALES**

El artículo 311 del CPC prevé que la solicitud de adición procede cuando la sentencia judicial omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento y que es menester adoptar mediante una sentencia complementaria, para que a través de ésta se adopte la decisión que dejó de resolverse, y de esta manera se agregue o añada la providencia incompleta. Hay entonces incongruencia por citra petita (*Ne eat iudex citra petita partium*) cuando la sentencia omite decidir sobre algunas de las pretensiones formuladas y por ello la doctrina no duda en señalar que el órgano jurisdiccional incumple su oficio, dando lugar al vicio de incongruencia cuando no resuelve todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate. De otra parte es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 311 del CPC antecitado. Correctivo jurídico que, por supuesto, resulta aplicable al laudo arbitral en virtud de lo dispuesto por el artículo 160 del decreto 1818 de 1998, de acuerdo con el cual el fallo de los árbitros puede ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil. Una conclusión se impone: el tribunal arbitral no había perdido competencia para resolver la excepción en el laudo complementario cuando al acoger la solicitud de adición presentada, por quien hoy interpone el recurso de anulación, decidió expedir un laudo complementario y, por tanto, no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

[Sentencia de 10 de junio de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2008-00032-00 \(35288\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. CON ACLARACIONES DE VOTO. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL](#)

## **2. SE REITERA QUE TRATÁNDOSE DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EXISTEN DOS MOMENTOS A PARTIR DE LOS CUALES EMPIEZA A CONTARSE EL TÉRMINO DE CADUCIDAD**

Respecto de la acción de repetición, el numeral noveno del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, establecen lo siguiente: “La de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad”. Como se observa, para resolver el asunto de la caducidad de la acción resulta necesario establecer cuándo se produjo el pago por cuyo reembolso se demanda, el cual es determinante para acreditar el daño y para señalar la oportunidad para formular la demanda de repetición. Tratándose del ejercicio oportuno de la acción de repetición cabe precisar que existen dos momentos a partir de los cuales empieza a contarse el término de dos años para impetrar la acción, a saber: a) a partir del día siguiente al pago efectivo de la condena impuesta en una sentencia y b) desde el día siguiente al vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del C. C. A. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-832 de 2001, al analizar el tema de la caducidad en la acción de repetición declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “contado a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad”, bajo el presupuesto de que: “(...) el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previstos en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo” (se resalta). Como puede apreciarse, la Corte señaló que el plazo máximo que tiene la entidad para efectuar el pago respectivo se encuentra establecido en el artículo 177 del C. C. A., según el cual la entidad pública cuenta con 18 meses para cancelar las condenas impuestas en su contra, de manera que una vez vencido ese término comenzará a computarse el término para el ejercicio oportuno de la acción de repetición.

[Sentencia de 8 de julio de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2002-00006-01 \(22120\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPETICIÓN](#)

## **3. INDICIOS PERMITIERON ESTRUCTURAR FALLA ANÓNIMA DEL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL POR LA MUERTE DE DOS JÓVENES INDEFENSOS**

La jurisprudencia ha sostenido que el carácter anónimo es un elemento natural de la falla del servicio, dado que para estructurarla no se requiere identificar a las personas cuya conducta es constitutiva de la misma. La víctima puede imputar responsabilidad a la Administración sin tener que designar al funcionario que ha desarrollado la conducta, pues, la falta del servicio público puede resultar de las actuaciones de agentes determinados pero no identificados, y el hecho de que los agentes sean conocidos o no, no cambia en nada la responsabilidad estatal que queda comprometida cuando el hecho dañoso es imputable a la Administración. En consecuencia, tal como sucede en el caso concreto donde no se identificó por sus nombres a los agentes de policía que perpetraron el hecho, los elementos que están presentes, muestran que existen indicios serios que comprometen la responsabilidad de la administración, primero porque las armas de fuego percutidas, en principio corresponden a aquellas de uso exclusivo de las fuerzas armadas, segundo, porque los testigos a los que se hizo referencia, coinciden en que los agresores salieron de la Cuarta Estación Manrique de la Policía Metropolitana del Valle de Aburra, vestidos de civil y portando armas de fuego, los cuales a una o dos cuadras dispararon sin justificación alguna y dieron muerte a los jóvenes indefensos CARLOS MARIO JURADO RODRIGUEZ y EIDER HERNAN ARENAS JURADO, y aunque dicha circunstancia no implicar per se que los mismos pertenecieran a la institución policial, si resulta extraño y reprochable que unos sujetos vestidos de civil salieran de la estación con armas del calibre descrito, quienes, además, posteriormente se hicieron presentes en la diligencia de levantamiento de ambos cadáveres y portando uniformes de la entidad demandada; los hechos ocurrieron a una distancia muy cercana de la estación de policía, donde los miembros de la estación ejercían un control sobre las personas que ingresaban a la zona, pues, adicionalmente se habían extremado las medidas de vigilancia en el barrio, por último, todos los declarantes, coincidieron en el hecho de que en ese entonces, se vivía una especial tensión en la ciudad de Medellín, pues existían temores fundados de los miembros de la fuerza pública, en el entendido de que existía una ola de violencia grave, desatada en contra de los miembros de la institución policial quienes había resultado el blanco de la delincuencia organizada. Además, cabe precisar que las víctimas no tenían antecedentes penales, que se trataba de personas conocidas en el barrio y además no ejercían ninguna actividad ilícita, y tampoco portaban armas de ningún tipo. Bajo este panorama no hay duda de que aparecen los elementos suficientes que acreditan la responsabilidad de la administración a título de falla probada del servicio, pues, agentes de la policía no identificados, perpetraron el hecho, sin que mediara ninguna justificación para dicho proceder.

[Sentencia de 22 de julio de 2009. Exp. 05001-23-31-000-1995-00036-01 \(16911\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

#### **4. A PARTIR DE LA NOCIÓN DE LOS “EVENTOS ADVERSOS”, AL ESTUDIAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA MUERTE VIOLENTA DE UN PACIENTE HOSPITALIZADO, SE DETERMINA QUE TODO CENTRO HOSPITALARIO DEBE CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA**

El evento adverso ha sido entendido como aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria, que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud -entendidos en sentido genérico-, desde diversas esferas u órbitas legales. Los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario. Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia. De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la

protección de la integridad de sus pacientes. La Sala precisará su tesis (contenida en la sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp. 11405) en relación con la forma de resolver controversias originadas en la producción de situaciones que presupongan el incumplimiento o desconocimiento a la obligación de seguridad, denominadas por la doctrina y ciencia médica como “eventos adversos”, toda vez que el matiz de la mencionada obligación dependiendo de si el establecimiento hospitalario es o no una institución especializada para enfermos mentales, deviene inapropiada, máxime si todos los centros hospitalarios están compelidos al cumplimiento de unos parámetros mínimos de seguridad del paciente, cuyo incumplimiento desencadena la responsabilidad patrimonial, al margen de si la prestación se relacionaba con el cuidado y vigilancia del enfermo. En efecto, la distinción jurisprudencial que se recoge en esta ocasión ha servido de base para que se entienda que la obligación de seguridad es disímil a la de cuidado y vigilancia, estando esta última sólo a cargo de los hospitales psiquiátricos, lo que, se itera, no resulta acorde con un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Así las cosas, un análisis apropiado de la obligación de seguridad permite entenderla como un concepto unívoco al que están obligados legal y reglamentariamente todas las instituciones de salud sin distinción alguna, y cuya inobservancia genera la imposición de sanciones y, consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los prestadores del servicio, lo que presupone un juicioso y estricto análisis de imputación fáctica, especialmente la ocurrencia o no de una causa extraña como quiera que la mayoría de esos daños tienen su génesis en circunstancias que, por lo general, resultaban previsibles y resistibles para las instituciones de salud (v.gr. el hecho de un tercero o el hecho exclusivo y determinante de la víctima), en cuyo caso se impondrá la declaratoria de responsabilidad de la administración sanitaria y hospitalaria.

[Sentencia de 19 de agosto de 2009. Exp. 76001-23-24-000-1995-00079-01 \(17733\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

## SECCIÓN CUARTA

### 1. a) NO SON DEDUCIBLES LAS PÉRDIDAS OBTENIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE TÍTULOS VALORES

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 1998.

**Tesis:** El artículo 26 del Estatuto Tributario ordena que luego de haber determinado la suma resultante del ingreso menos el costo, obteniendo así una Renta Bruta, a esta se le pueden sustraer “las deducciones realizadas”, para lo cual es requisito indispensable que la pérdida legalmente pueda ser tratada como deducible, primero porque haya sido contabilizada dentro de los “Gastos” del período y además en cuanto cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 107 del E.T. para ser tratada como expensa necesaria, vale decir que pertenezca a las erogaciones indispensables para producir renta, o en su defecto que se enmarque dentro de la “Deducción por pérdida de activos” contenida en el artículo 148 ib. En este orden, no pueden ser deducibles las pérdidas obtenidas en la enajenación de títulos, en cuanto no corresponden a bienes usados en el negocio o actividad productora de renta, toda vez que el objeto de la sociedad no atañe a las inversiones en documentos crediticios, sino a la fabricación de cementos artificiales y cales y porque tampoco la transacción se debe a un fenómeno de fuerza mayor o caso fortuito, de donde no siendo factible sustraer la pérdida aludida, se ajusta a la normatividad tributaria vigente la adición de ingresos en cuantía de \$11.612.975.000 por la utilidad obtenida en la venta de diversos títulos de tesorería (TES) adquiridos y enajenados en el año 1998.

### b) EL NETEO NO MODIFICA NI TIENE PREVALENCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA DEPURAR EL INGRESO TRIBUTARIO

Tampoco arrojan un resultado positivo al respecto las normas en las que pretende ampararse el actor, ya transcritas en el inciso 3° de éstas consideraciones (Artículos 10 y 25 Decreto 700 de

1997), toda vez que ellas regulan aspectos completamente diferentes del discutido en éste proceso, dado que hacen referencia a la “Autorretención y Retención en la Fuente” sobre rendimientos financieros, estableciendo el mecanismo para el ajuste en la cuenta, procedimiento que no valida fiscalmente de manera alguna la operación de “neteo” efectuada por la sociedad actora, ni puede modificar ni tener prevalencia sobre las normas que establecen el procedimiento aplicable para depurar el ingreso contenidas en el Estatuto Tributario.

[Sentencia de 23 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-01168-01 \(16574\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

## **2. a) LOS GASTOS DE COBRANZA EFECTUADOS EN VIRTUD DEL CONTRATO DE MANDATO SON INGRESOS TRIBUTARIOS GRAVADOS CON EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

**Situación Fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 2001.

**Tesis:** Para la Sala la adición de ingresos efectuada por la DIAN se ajustó a derecho, pues, independientemente de que en los contratos celebrados entre la actora y la ETB se hubiera denominado tales pagos como GASTOS DE COBRANZA y los mismos hubieran estado destinados a subvencionar los gastos de la gestión de cobro encomendada, para la actora eran ingresos porque fueron entradas de recursos susceptibles de incrementar su patrimonio en el momento en que los percibió, por lo tanto debieron ser declarados como tales en su liquidación privada. Además, los gastos que debía hacer el contratista por la ejecución contractual estaban incluidos dentro del valor del contrato. En efecto, el hecho de que la actora debía destinar tales recursos para cubrir los gastos necesarios para efectuar los cobros prejurídicos y jurídicos de la ETB no desvirtúa la naturaleza de ingresos tributarios en el momento de su realización y así debió declararlos. Otra situación es que tales ingresos estuvieran posteriormente afectados con los costos y deducciones asociados a ellos. O lo que es lo mismo, que de esos recursos la actora tuviera que recuperar lo que gasto por su gestión o disponer lo necesario para la ejecución del contrato. Por ello, la Sala comparte el argumento de la DIAN de que no es posible declarar “ingresos neteados”, pues, lo correcto era declarar como ingresos, las sumas recibidas de la ETB y solicitar en la declaración los costos y deducciones correspondientes a la ejecución de los contratos mencionados, es decir, los costos y deducciones correspondientes a esos ingresos.

## **b) LOS CONTRATOS CIVILES O MERCANTÍLES NO PUEDEN DESCONOCER LAS NORMAS TRIBUTARIAS**

**Tesis:** El argumento de la apelante según el cual los ingresos discutidos provienen de contratos de mandato y no de outsourcing, además de ser inoportuno, pues no fue planteado en la demanda, en este caso resulta irrelevante para la determinación de los ingresos, pues, independientemente del negocio que se celebró, se determinó que para la actora, las transferencias que realizó la ETB, fueron ingresos tributarios que debió declarar. De igual manera son extemporáneos los planteamientos del recurso sobre el desconocimiento del artículo 2184[1 y 3] del Código Civil en relación con el contrato de mandato, así como la violación al principio de relatividad de los contratos y la errónea interpretación de los mismos, los cuales no fueron planteados en la demanda y su estudio en esta oportunidad resulta evidentemente inoportuno. Es necesario advertir en todo caso que las estipulaciones pactadas en los contratos civiles o mercantiles, así como los efectos y alcances de los mismos, no pueden desconocer o modificar las normas tributarias, salvo que ellas así lo prevean.

[Sentencia de 13 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-91061-01\(16573\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

### 3. a) LOS FALLOS DE NULIDAD DE ACTOS GENERALES PRODUCEN EFECTOS EX NUNC CUANDO AFECTA SITUACIONES CONSOLIDADAS

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le rechazó la solicitud de devolución del IVA implícito pagado por la importación de haba de soya entre el 1 de octubre de 1999 y el 20 de octubre de 2000.

**Tesis:** El fallo de nulidad de un acto de carácter general no afecta situaciones consolidadas, esto quiere decir, que sus efectos son *ex nunc*, pero si afecta las no consolidadas, lo que significa que en este caso sus efectos son *ex tunc*, por ello la sentencia de nulidad en relación con estos últimos actos produce efectos retroactivos. Por lo tanto, se le pueden hacer extensivos los efectos *ex tunc* del fallo de nulidad proferido en la sentencia de diciembre 7 de 2000, Exp. 9896, M.P. Germán Ayala Mantilla. En consecuencia, toda vez que no se consolidó la situación jurídica, el valor cancelado por la parte actora constituye un pago de lo no debido al haber desaparecido la causal legal por los efectos *ex tunc* del fallo de diciembre 7 de 2000, Exp. 9896, M.P. Germán Ayala Mantilla, lo cual, le otorga a la demandante el derecho a que se le devuelva el IVA implícito pagado por la importación de habas de soya.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 47001-23-31-000-2001-01187-01 \(17403\). M.P. Dr. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

### 4. a) LA SUSPENSIÓN DE LA FACULTAD PARA FIRMAR DECLARACIONES Y CERTIFICAR PRUEBAS DE LOS CONTADORES Y REVISORES FISCALES ES LA INEXACTITUD DE DATOS CONTABLES

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN la sancionó en su calidad de revisora fiscal, suspendiendo por seis meses la facultad de firmar declaraciones tributarias y certificar pruebas con destino a la Administración tributaria.

**Tesis:** La Sala advierte, como se precisó antes con fundamento en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que la conducta sancionable en el artículo 660 del E.T., se concreta en “*la inexactitud de datos contables*” la cual da origen a un mayor valor a pagar por impuesto o un menor saldo a favor, en la cuantía que allí se establece. Ahora bien, tal “inexactitud”, debe entenderse como la falta de correspondencia entre los asientos contables y la realidad económica y los hechos acaecidos.

### b) LA FALTA DE REQUISITOS LEGALES PARA SOPORTAR PASIVOS DECLARADOS NO GENERA LA SUSPENSIÓN DE LA FACULTAD PARA FIRMAR DECLARACIONES Y CERTIFICAR PRUEBAS

**Tesis:** En el *sub examine* se observa que la administración propuso a la demandante la sanción del artículo 660 del E.T., por incurrir en inexactitud de datos contables consignados en la declaración de renta de 2000 de la sociedad Auditorías y Asesorías Jurídicas S.A., al aceptar como documentos soporte del registro de pasivos, recibos de caja, los cuales “no constituyen documentos idóneos para la prueba de pasivos”. De lo anterior se observa, que en el proceso sancionatorio adelantado contra la demandante, la administración cuestiona la falta de requisitos legales para soportar los pasivos declarados, lo que si bien puede dar lugar a su rechazo a la luz de la normatividad tributaria y dentro del proceso de determinación oficial del tributo, tal situación no corresponde a la descripción de la conducta con la que se pretende sancionar al revisor fiscal. En efecto, la no aceptación de los “recibos de caja” presentados por Auditorías y Asesorías Jurídicas S.A. para demostrar los pasivos declarados en la liquidación privada, no implica *per se* que la sociedad no haya adquirido tales obligaciones, es decir, que lo que se le imputa en el caso a la demandante, no es la falta de correspondencia entre los datos contables y la realidad económica, sino la carencia de soportes para demostrar tales pasivos, porque los aportados no reúnen los requisitos para acreditarlos.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2007-00034-00 \(16721\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**5. COMO EL TRIBUTO DE ALUMBRADO PÚBLICO ES UN IMPUESTO, NO ES NECESARIO QUE LA TARIFA SE FIJE CON FUNDAMENTO EN UN SISTEMA Y UN MÉTODO PARA DEFINIR COSTOS Y BENEFICIOS QUE SE DERIVAN DE TAL SERVICIO**

**Situación fáctica:** La actora solicitó la nulidad de los artículos 2,5 y 6 del Acuerdo 011 de 2000 expedido por el municipio de Soledad para reajustar las tarifas del impuesto de alumbrado público.

**Tesis:** Como la carga impositiva que se deriva del hecho generador “servicio de alumbrado público” es propiamente un impuesto, no es necesario que en la Ley, ni en el Acuerdo municipal, la tarifa del impuesto se fije con fundamento en un sistema y un método para definir los costos y beneficios que se derivan de tal servicio, ni mucho menos la forma de hacer su reparto, como parece sugerir el demandante cuando precisa la forma en que debe formularse la tarifa, bajo la concepción de que tal tributo tiene la naturaleza jurídica de una tasa, cuando en realidad cumple los presupuestos para ser un impuesto. Aún desde la perspectiva de llamarse contribución, es lo cierto que la exacción funciona como un impuesto. En consecuencia, como la nulidad declarada por el a quo de los artículos 5 y 6 del Acuerdo 011 de 2000 del municipio de Soledad se determinó bajo el supuesto de que fijaban un hecho generador distinto al determinado en la ley, cuando en realidad lo que hacen es fijar una tarifa para unos sujetos determinados, procede la revocatoria de la sentencia impugnada.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2001-00569-01 \(16315\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

**6. a) EL TÉRMINO PARA PEDIR LA DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO POR CONCEPTO DE IMPUESTO DE REGISTRO ES EL DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA DEL ARTÍCULO 2536 DEL CÓDIGO CIVIL**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la Cámara de Comercio de Bogotá rechazó la solicitud de devolución del impuesto de registro.

**Tesis:** En reiterada jurisprudencia sobre la devolución del pago de lo no debido en materia de tributos aduaneros, en los cuales también resultan aplicables las normas del Estatuto Tributario, como lo ordena el artículo 561 del Decreto 2685 de 1999, la Sala ha precisado que el término para pedir la devolución del pago de lo no debido es el previsto en los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, reglamentario del procedimiento de compensaciones y devoluciones del Estatuto Tributario, esto es, el de prescripción de la acción ejecutiva fijado en el artículo 2536 del Código Civil. El mismo razonamiento fijado para la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido en tributos aduaneros, es aplicable en la devolución del pago de lo no debido en impuestos como el de registro, pues, tanto el artículo 561 del Estatuto Aduanero como el artículo 235 de la Ley 223 de 1995, sobre administración y control del impuesto de registro, remiten a las normas del Estatuto Tributario para los procedimientos de devolución y compensación (que son aspectos de la administración del tributo). A su vez, las normas del Estatuto Tributario sobre devoluciones y compensaciones (artículos 815 y ss y 850 y ss), fueron reglamentadas por el Decreto 1000 de 1997, por lo que al aplicar el procedimiento de devoluciones, deben tenerse en cuenta tanto los preceptos del referido Estatuto, como los del reglamento que lo desarrolla. De manera coherente con el criterio que ha sido constante en la Sala, en el sentido de que el plazo para pedir la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido, que no son saldos a favor, es el de la prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2356 del Código Civil, en reciente fallo, relativo al trámite de devoluciones y compensaciones de tributos municipales, en los que también se aplican las normas del Estatuto Tributario. En consecuencia, la Sala rectifica su posición, plasmada en varias

sentencias proferidas en asuntos similares al que ahora se discute, y precisa que al igual que en los demás tributos en los que deban aplicarse las normas del Estatuto Tributario sobre devoluciones y compensaciones, el término para pedir la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido por concepto del impuesto de registro, es el fijado en los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, reglamentario del trámite de devoluciones y compensaciones del Estatuto Tributario, esto es, el de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

#### **b) LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO LE CORRESPONDE A LA ENTIDAD RECAUDADORA**

**Tesis:** Cuando la actora inscribió el documento de aumento de capital suscrito en la Cámara y pagó el impuesto de registro correspondiente, existía la obligación de pagar el citado tributo; sin embargo, a partir de la sentencia que anuló la norma que sustentaba el pago del impuesto, en virtud de los efectos ex tunc de los fallos de nulidad respecto de situaciones jurídicas no consolidadas, el pago efectuado por la actora se convirtió en un pago de lo no debido que debe ser reintegrado. Así las cosas, si bien el artículo 12 del Decreto 650 de 1996 dispone que el valor recaudado mensualmente por concepto de impuesto y sanción por mora en el registro, será consignado a favor de las respectivas entidades territoriales directamente en las tesorerías departamentales o en las entidades financieras autorizadas, el artículo 233 de la Ley 223 de 1995 “reguló explícitamente el procedimiento de devolución en caso de que el acto no esté sujeto [a registro][...], y al efecto dispuso que correspondía a la entidad recaudadora, que en el sub examine y conforme a la disposición transcrita es la Cámara de Comercio de Bogotá, descontar en la declaración de los responsables en general, con cargo a los recaudos posteriores hasta el cubrimiento total del monto devuelto”. En consecuencia, la Cámara de Comercio de Bogotá, como recaudadora del impuesto de registro, es la obligada legalmente a devolver el importe del mismo, sin perjuicio de que pueda descontar el valor devuelto en las declaraciones posteriores.

[Sentencia de 31 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2000-00883-01 \(16577\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

#### **7. a) LA POTESTAD REGLAMENTARIA NO SE EXCEDE CUANDO LA LEY PERMITE LA REGLAMENTACIÓN**

**Situación fáctica:** Los actores solicitaron la nulidad parcial del artículo 2 del Decreto 1766 de 2004.

**Tesis:** No se puede confundir el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República en el numeral 10 del mismo artículo, toda vez que conforme al expuesto por la Corte Constitucional: “Si bien es cierto que el ejercicio de estas últimas atribuciones se encuentra restringido por voluntad del constituyente, en donde el legislador no le puede permitir al ejecutivo expedir decretos con fuerza de ley relacionados con el tema de los impuestos, no puede decirse lo mismo respecto de la expedición de decretos, resoluciones y órdenes para la cumplida ejecución de cualquier ley, toda vez que el constituyente no delimitó el alcance y contenido del ejercicio de esa potestad reglamentaria”. La norma acusada tan sólo reconoce la facultad del Gobierno para ejercer su potestad reglamentaria, a partir del señalamiento expreso de la deducción contemplada en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, que en criterio de la Ley debe ser objeto de reglamentación. Ello, en atención a la imposibilidad del legislador de regular de manera minuciosa toda la materia relacionada con la deducción por inversión en activos fijos. Pretender regular algunas materias en su integridad a través de leyes, iría en contra de los principios de eficiencia, economía y celeridad que deben orientar la función administrativa, pues no se contaría con instrumentos ágiles como el reglamento que, en todo caso, se debe ceñir a lo que previamente ha dispuesto la ley, y se tendría que acudir a los trámites requeridos para la aprobación de una ley, en detrimento de los principios de eficacia, economía y celeridad referidos. Las razones expuestas son suficientes para negar la nulidad del aparte acusado, toda vez que como quedó expuesto, el Gobierno Nacional no excedió la potestad reglamentaria dando al contrario, un

debido alcance a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 863 de 2003.

#### **b) EL LEASING OPERATIVO NO FUE EXCLUIDO POR EL DECRETO 1766 DE 2004 EN CUANTO A LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS PRODUCTIVOS**

La inconformidad del actor radica en la alegada omisión en que incurrió el gobierno nacional al no incluir en el reglamento la expresión “leasing operativo”, pero de la expresión acusada no se infiere que se haya excluido de dicho beneficio fiscal a esta clase de leasing, dicho aspecto fue analizado por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2007, expediente 15400 C.P. Ligia López Díaz, en donde a pesar de demandarse las expresiones “para formar parte del patrimonio” y “se deprecian o amortizan fiscalmente” el demandante consideró que se excluían del beneficio los bienes adquiridos a través de leasing operativo. Conforme a lo expuesto, no es el reglamento el que excluye al arrendamiento operativo de este beneficio tributario, sino la ley al establecer unas condiciones para la deducción, no compatibles con el leasing operativo, toda vez que el sistema de contabilización de dicho contrato de Leasing, no permite que simultáneamente puedan deducirse la totalidad de los cánones de arrendamiento causados en el periodo y adicionalmente el treinta por ciento (30%) del valor del activo, porque la amortización del bien sería mayor a su costo cuando termine el plazo del contrato.

[Sentencia de 31 de julio de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2008-00005-00 \(16950\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

#### **8. NO SE VULNERA EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM AL IMPONER LA SANCIÓN POR INEXACTITUD Y POR DEVOLUCIÓN IMPROCEDENTE**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le impuso sanción por devolución improcedente en relación con el saldo a favor registrado en la declaración de renta de 1996.

**Tesis:** Tratándose de la liquidación oficial de revisión y de la resolución sanción por improcedencia de las devoluciones, esta Corporación ha señalado que se trata de dos actuaciones diferentes e independientes: una es la actuación administrativa relacionada con determinación oficial del tributo y otra la correspondiente a la exigencia del reintegro de la devolución efectuada, aún cuando la orden de reintegro se apoye tácticamente en la actuación de revisión. El procedimiento que culmina con una liquidación oficial de revisión tiene por objeto modificar las declaraciones privadas cuando la Administración establezca que la determinación del impuesto hecha por el contribuyente, responsable o agente retenedor castigar las infracciones a las normas tributarias. En conclusión, contrario a lo afirmado por el apelante, no se vulneró el principio del “non bis in idem”, porque el objeto y la causa de los procesos adelantados y de las sanciones impuestas no eran los mismos.

[Sentencia de 31 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2002-00614-01 \(16955\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **9. a) LA EXCEPCIÓN DE RENUNCIA TÁCITA A LA SOLIDARIDAD NO ES UNA EXCEPCIÓN DENTRO DEL PROCESO DE COBRO COACTIVO**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN rechazó las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago.

**Tesis:** El artículo 831 del Estatuto Tributario determina taxativamente las excepciones que proceden contra el mandamiento de pago, sin incluir en su texto como tal la pretendida “Renuncia a la Solidaridad”. A partir de la expedición de la Ley 6 de 1992 se adicionaron como nuevas excepciones concretamente para ser invocadas por los deudores solidarios las de “Calidad de deudor solidario” y “La indebida tasación del monto de la deuda”; fuera de ellas no es dable

solicitar excepción alguna. La solidaridad sería renunciable por parte del acreedor en el evento de contar con la anuencia del deudor en el momento de su constitución, vale decir si la deuda se avala directa y voluntariamente por un fiador, no para el caso en que dicha figura es consagrada como obligatoria por la ley, como sucede para efectos fiscales en aplicación del artículo 793 del Estatuto Tributario.

#### **b) EL DEUDOR SOLIDARIO SE VINCULA CON EL MANDAMIENTO DE PAGO DEBIDAMENTE NOTIFICADO**

**Tesis:** La ley indica que el acto por medio del cual se vincula al proceso de cobro al deudor solidario, es el mandamiento de pago librado a su nombre, y no otro previo ni posterior, agregando que en su texto se debe determinar el monto de la obligación, vale decir la proporción que, de acuerdo con el porcentaje de participación en la sociedad, le corresponda pagar al socio solidario. Entonces la Administración debe proceder a vincular a los deudores solidarios mediante la notificación a cada uno de ellos de un Mandamiento de Pago, el cual debe contener el valor que le corresponde cancelar al destinatario de dicho mandamiento, y es éste el único documento idóneo de acuerdo con la ley, para que la vinculación quede perfeccionada, de donde es erróneo pretender la exigencia de otro documento diferente y anterior que repita la función asignada por ley al mandamiento mismo. Luego mal se puede asumir, como lo alega el actor, que “el acto procesal de notificación del mandamiento de pago es un acto distinto al acto administrativo mediante el cual se vincula al deudor”, cuando precisamente es el citado mandamiento el único documento idóneo para vincularlo. Menos aún es admisible su posición cuando aduce que el acto administrativo que vincula al deudor solidario “debe contener una obligación clara, expresa y exigible para obtener la calidad de título ejecutivo”, cuando en efecto éstas son las características que debe cumplir el Título Ejecutivo, pero no es mediante éste que se vincula al proceso al deudor solidario, sino mediante la notificación del Mandamiento de Pago. En los términos analizados se modifica la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de aclarar que a partir de la expedición de la Ley 6 de 1992, el documento por medio del cual se vincula a los deudores solidarios al proceso de cobro coactivo es el mandamiento de pago expedido a su nombre y debidamente notificado, sin que se requiera para esto acto administrativo adicional anterior ni posterior y en ningún caso se hará mediante el título ejecutivo que es el documento preexistente a la iniciación del citado proceso y que da origen al mismo.

#### **c) LA COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO PARA PROFERIR MANDAMIENTO DE PAGO ESTÁ ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 824 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO**

**Tesis:** La competencia funcional para cobrar las deudas a favor del fisco nacional se encuentra puntualmente definida en el artículo 824 del Estatuto Tributario extendiéndola a todos los funcionarios del área de cobranzas a quienes se les deleguen las funciones para exigir el cobro. Al respecto es pertinente recordar que el Proceso de Cobro Coactivo de las deudas correspondientes a Impuestos Nacionales, se encuentra contenido en el Título VIII del Libro V (Artículos 823 a 843-2) del Estatuto Tributario, y que dictar el Mandamiento de Pago es parte integrante del citado proceso. Por tanto si a un funcionario se le faculta para adelantar el proceso de cobro coactivo, dicha delegación incluye la de proferir todos los actos administrativos a que haya lugar para culminarlo con éxito, como expresamente lo contempla el artículo 826 ibídem respecto precisamente del Mandamiento de Pago.

[Sentencia de 31 de julio de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-90729-01 \(17103\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

\* Salvamento de voto: Héctor J. Romero Díaz

#### **10. NO SE CAUSA EL IVA EN EL CASO DE GIROS INTERNACIONALES**

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de IVA de la actora del bimestre uno de 1999.

**Tesis:** Dado que para el período en discusión, el impuesto a las ventas en las operaciones cambiarias se causa por la compraventa de divisas (artículos 486-1 del Estatuto Tributario y 5 del Decreto 1107 de 1992), y se determina por la diferencia entre la tasa de venta de las divisas y la tasa promedio de compra de las mismas, multiplicada por la tarifa del impuesto y por la cantidad de divisas enajenadas durante el día, no se causa el IVA en el caso de giros internacionales. Ello, porque no hay compraventa de divisas sino sólo transferencia de la moneda extranjera. Además, no se puede aplicar la base por la cantidad de divisas enajenadas durante el día, pues, ello equivaldría a generar el IVA sobre el total de la operación, a pesar de que no hay enajenación de moneda extranjera sino reembolso de las divisas que la casa de cambio entregó al beneficiario del giro, en cumplimiento del encargo efectuado por los corresponsales. La DIAN convirtió la operación de giros o transferencias de divisas en compraventa de las mismas y aunque reconoció la existencia de un servicio, concluyó que hubo una operación de compraventa. Lo anterior denota también falta de claridad en las glosas y configura una violación al debido proceso, en la medida en que impide ejercer un adecuado derecho de defensa al administrado, lo cual acarrea la nulidad de los actos acusados. Además, la DIAN determinó el impuesto a las ventas por las comisiones con fundamento el artículo 486-1 [4] del Estatuto Tributario (servicios financieros); sin embargo, el decreto reglamentario dispuso que en las operaciones cambiarias, las casas de cambios serían responsables del impuesto por las ventas de divisas, es decir, no le otorgó responsabilidad tributaria por las demás operaciones cambiarias, entre ellas, los giros de divisas, razón por la cual, el gravamen no tenía fundamento legal.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2004-03241-01 \(16676\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

## SECCIÓN QUINTA

### 1) ANULADA ELECCIÓN DE PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DE LA COMISIÓN SEGUNDA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL SENADO DE LA REPUBLICA

Los ciudadanos Juan Manuel Galán Pachón y Cecilia López Montaña, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública electoral, demandaron la nulidad del acto de elección de los Senadores Manuel Ramiro Velásquez Arroyave y Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays como Presidente y Vicepresidente de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, respectivamente, para el período 2008-2009, elección que fue realizada el 22 de julio de 2008.

Los demandantes sustentan su pretensión en que para la elección de la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, se aplicó lo establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 5 de 1992, ley orgánica, en cuanto a que el proceso se realizó mediante postulación separada y votación por mayoría, lo que contraría lo preceptuado en el artículo 112 de la Constitución, según el cual la participación política de los partidos y movimientos políticos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados debe ser objeto de regulación por parte de una ley estatutaria.

Lo anterior plantea una incompatibilidad evidente entre el parágrafo aludido y el artículo 112 constitucional, y en tal virtud debió darse aplicación al artículo 4 del Ordenamiento Superior que prevé que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Al estudiar las normas, para efectos de la excepción, la Sala destaca que el artículo 112 superior en su último inciso dispone que la participación de las minorías en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular se reglamentará **íntegramente** mediante **ley estatutaria**, para cuya aprobación, modificación o derogación se requiere, según las voces del artículo 153 ibídem, la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de la República, aprobación dentro de una legislatura y se someta a la revisión previa de la Corte Constitucional; quien dictaminará sobre la exequibilidad del proyecto; requisitos que no cumple la Ley 5 de 1992 que es ley orgánica por lo que sus mandatos referentes a la participación de los partidos y movimientos políticos minoritarios en las mesas directivas de las cámaras y sus comisiones constitucionales permanentes y comisiones legales, son incompatibles con el inciso final del artículo 112 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que el legislador mediante una ley orgánica reguló esta materia que por mandato del constituyente es reserva íntegramente de ley estatutaria, esta Sala de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, considera procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad en el sentido de inaplicar el parágrafo del artículo 40 de la Ley 5 de 1992.

Explicado lo anterior, debe precisarse que a pesar de que la ley estatutaria a que se refiere el artículo 112 constitucional no ha sido expedida, **contrario a la tesis del Ministerio Público**, debe aplicarse el principio del efecto útil que consiste en que *“cuando de dos sentidos jurídicos que se le otorga a una norma, uno produce consecuencias jurídicas y el segundo no, debe preferirse aquel que conduzca a que se den las consecuencias”*. Al respecto el artículo 112 Constitucional ordena que se de participación a las minorías políticas en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación, y en este caso este derecho se cumple mediante la participación de uno de sus miembros y en tal virtud las corporaciones no pueden sustraerse de esta obligación constitucional.

Para el Consejo de Estado en el sub - lite, existe prueba de que el Partido Liberal para la fecha de la elección de la mesa directiva de la Comisión Segunda del Senado en el año 2008, era un partido de oposición al Gobierno Nacional. De esto da cuenta el Acta 01 del 22 de julio de 2008, en donde los mismos demandantes reclaman su condición de partido de oposición - tema no objetado.

Tanto el Senador Juan Manuel Galán como la Senadora Cecilia López en nombre del Partido Liberal, en la sesión del 22 de julio de 2008 - fecha de la elección - claman la condición de oposición de su partido para reclamar participación en la mesa de la Comisión Segunda, que la Constitución les otorga.

De otra parte, es conocido por distintos medios de comunicación, prensa, radio y televisión, que el Partido Liberal es un abanderado de la oposición al actual Gobierno Nacional, y en esa calidad ha venido actuando al interior del Congreso de la República.

En conclusión, para el caso que nos ocupa está plenamente demostrado, que en la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado, para el período 2008 - 2009, existía al menos una agrupación política con personería jurídica en oposición al gobierno.

En este punto se señala que siempre que en una corporación exista representación de partidos y movimientos con personería jurídica que se hayan declarado en oposición al gobierno, en cumplimiento del mandato constitucional, deberá forzosamente dársele participación en la mesa directiva al menos a uno de ellos, sin importar que sea la Presidencia o alguna Vicepresidencia, salvo que se dicte una ley estatutaria que les garantice específicamente y de manera exclusiva alguno de estos cargos, pues sólo de esta manera se permitirá a las fuerzas opositoras consolidarse como alternativa de poder y podrán cumplir mejor la vigilancia y la función crítica al gobierno.

[Sentencia de 28 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2008-00024-00. M.P.: MAURICIO TORRES CUERVO](#)

## 2) SE REVOCA DECISIÓN ANULATORIA DE ELECCIÓN DEL GOBERNADOR DE LA GUAJIRA, JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER

La Sección Quinta del Consejo de Estado conoció los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia por medio de la que el Tribunal Administrativo de La Guajira había declarado la nulidad de la elección del Gobernador de ese Departamento y, en su lugar, denegó las pretensiones de las demandas.

Antes de ocuparse de los cargos formulados contra la elección del demandado, la Sala abordó algunas cuestiones procesales:

a) Al proceso electoral le resulta aplicable la regla según la cual para impugnar una providencia debe asistirle al interesado un interés jurídico, que se determina, por lo favorable o adverso que resulte el pronunciamiento judicial para el sujeto procesal que interpone la alzada, de tal modo que si la providencia le fue benéfica, porque por ejemplo fueron acogidas las pretensiones de su demanda, no hay duda que a él no le asiste ningún interés jurídico para impugnarla. Así, el interés jurídico requerido en estos casos por el legislador, corresponde a una garantía o salvaguarda reconocida a favor de los sujetos procesales que salieron airosos en sus pretensiones procesales, asegurándoles que la decisión solamente podrá revocarse o reformarse cuando así lo solicite la parte contraria o cuando el grado de consulta lo permita, desde luego siempre que les asista la razón.

b) No es cierto que los interesados deban acudir, antes de dirigirse al juez de lo electoral, a la autoridad administrativa correspondiente a solicitarle la revocatoria directa del acto de inscripción, puesto que ninguna disposición jurídica impone ese deber. Sin embargo, la anterior regla tiene su excepción, puesto que “las causales de reclamación... que no se intenten ante las autoridades administrativas, no pueden después alegarse por vía jurisdiccional como si se tratara de causales de nulidad de los actos de elección, por expreso mandato legal...”, de modo que el control jurisdiccional de esas irregularidades solamente puede adelantarse a condición de que los interesados oportunamente formulen la reclamación respectiva ante la comisión escrutadora competente.

c) Aunque en materia electoral solamente resultan demandables los actos administrativos por medio de los cuales se expide un nombramiento o se declara una elección, es del caso precisar que en las elecciones por voto popular igualmente puede controlarse el acto declarativo de elección por las irregularidades que hayan podido presentarse en los trámites previos, como así se deduce de las causales generales de nulidad por infracción de normas superiores o expedición irregular.

En cuanto al fondo del asunto, los reproches de nulidad atribuidos por el actor al acto de elección demandado fueron despachados desfavorablemente uno a uno, por las siguientes razones:

*a) Falsedad en las firmas de apoyo presentadas ante la Registraduría Nacional del Estado Civil para inscribir la candidatura*

Con fundamento en lo previsto en el principio de la justicia rogada, consagrado en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., según el cual si lo impugnado es un acto administrativo -como lo es el de naturaleza electoral-, “deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”, esta Sección ha elaborado de tiempo atrás una jurisprudencia que se ha mantenido uniforme y que propugna porque las imputaciones de carácter objetivo, entre ellas las relativas a falsedades en los registros, se formulen con la debida determinación, preponderándose así la carga inherente a la parte demandante para que suministre a los jueces electorales información detallada sobre las irregularidades que en su opinión son constitutivas de falsedad. Por lo mismo, no ha admitido la jurisprudencia de la Sección que el interesado apenas sí haga señalamientos vagos e imprecisos, como que existió un número considerable de falsedades o que se trató de un fenómeno masivo y generalizado, pues al tiempo que contradice el principio de la justicia rogada, atenta

contra el derecho fundamental de defensa de su oponente procesal, en la medida que esas imputaciones indefinidas impiden al sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal ejercer eficazmente su derecho a la contradicción. (...) Evidencia lo dicho hasta el momento que el accionante no determinó en la demanda, ni en ninguno de los anexos de la misma, los apoyos o nombres y firmas que supuestamente fueron falsificados por quienes las recolectaron, omisión que según la jurisprudencia de esta Sección lleva a la improsperidad del cargo, que no puede suplirse por el juez electoral adelantando un estudio oficioso al respecto porque sus competencias no pueden desarrollarse sin que medie petición al respecto, e igualmente porque si se mira con cuidado la situación sólo hasta el fallo podría el demandado tener noticia exacta de cuáles eran los apoyos falsos, circunstancia que le impediría ejercer cabalmente su derecho a la contradicción y a la defensa.

*b) Inconsistencias derivadas de datos incompletos, ilegibles o no identificables, apoyos ajenos al censo departamental, Falsa identidad o suplantaciones (personas fallecidas) y personas que firmaron en más de una oportunidad*

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sección el principio de la eficacia del voto no sólo es un importante instrumento de protección democrática, que de alguna manera blindada los procesos electorales para que su estabilidad no tambalee ante cualquier imputación, sino que a su vez desarrolla trascendentales principios de la función administrativa (C.P. Art. 209) y de la función pública jurisdiccional (C.P. Art. 228). En efecto, en lo atinente a la función administrativa el mismo permite la realización de los principios de economía, celeridad y por que no, la prevalencia del derecho sustancial, porque anteladamente podrá el operador jurídico establecer si los casos denunciados, de llegar a ser ciertos, tendrían la fuerza requerida para modificar el resultado electoral acusado y por tanto anular las elecciones demandadas, sin que, reitera la Sala, deba adentrarse en la valoración de documentación electoral cuyo resultado, frente a la elección demandada, bien puede anticiparse. Es precisamente lo que ocurre en este caso, donde el demandante denuncia la ocurrencia de 15.462 inscripciones supuestamente irregulares, que de llegar a acreditarse no afectarían el acto de inscripción de JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER y menos aún su elección como gobernador de La Guajira (2008-2011). Por tanto, se concluye que el cargo no prospera.

*c) Tarjetones a la gobernación que venían preimpresos con una marca sobre el logotipo de la candidatura del demandado*

La marca que según el demandante tenían todas las tarjetas electorales sobre el logotipo de la candidatura del demandado, se asimila a una tachadura o enmendadura y en esa medida los interesados, con fundamento en lo previsto en los artículos 164 y 192 del Código Electoral han podido presentar las respectivas reclamaciones ante las comisiones escrutadoras correspondientes. Con todo, de esos hechos solamente podría ocuparse la jurisdicción a través de demandarse, junto con el acto de elección, los actos administrativos que para decidir tales reclamaciones hubieran expedido las comisiones escrutadoras, una vez agotado en debida forma el trámite administrativo.

*d) Ausencia de decisión colectiva de promover la campaña del demandado*

Dado que la candidatura de JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER fue inscrita por un grupo significativo de ciudadanos llamado “EL PUEBLO DECIDE” y no por un movimiento social o asociación, no encuentra de recibo la Sala la tesis de que la inscripción de su candidatura fue irregular por no acompañar la aprobación de la asamblea, puesto que ello se exige para las asociaciones y no para esos grupos de ciudadanos.

*e) La recolección de firmas sólo puede llevarse a cabo en los formularios diseñados por la Registraduría Nacional del Estado Civil y en original*

Si en la Carta Circular No. 069 del 18 de agosto de 2006 se hace saber que el formato guía “puede ser reproducido”, es porque apelando a la lógica no resulta razonable exigir a los interesados que la recolección de firmas siempre se cumpla en el formato original que entrega la Organización Electoral, pues está visto que por la gran cantidad de firmas que deben recaudarse debe dejarse en libertad a los grupos significativos de ciudadanos para que lo hagan en copias de esos documentos, siempre que conserven los parámetros mínimos distintivos, como en este caso donde no existe ninguna dificultad para identificar el candidato, el movimiento que lo apoya, la jornada electoral respectiva, el cargo a que se aspira, el nombre del grupo recolector de firmas y en fin los demás datos que identifican a los ciudadanos que voluntariamente se registraban como apoyos de la candidatura.

*f) Jurados usurpadores o de facto*

La sola presencia de jurados de votación usurpadores no es suficiente para invalidar la votación de las mesas donde ellos actuaron, pues si con cualquier número de ellos se llegara a ese resultado fácilmente se podría escamotear la democracia y dar al traste con una votación que ajena a otras impurezas podría salvaguardarse por la actuación de un número superior de jurados legítimos, quienes por tratarse de funcionarios públicos debidamente designados y posesionados permitirían creer fundadamente que la pureza del sufragio y la transparencia misma del certamen electoral se ha mantenido a cubierto; a no ser, claro está, que llegue a demostrarse que en las actas por ellos diligenciados se cometieron falsedades materiales o ideológicas, pues ante tal evidencia la jurisdicción debe obrar en conformidad. Es por ello que con sobrada razón la jurisprudencia ha establecido que la prosperidad del cargo, en cada mesa, dependerá de que se demuestre que en la mesa actuaron más jurados usurpadores que legítimos (lo cual se puede constatar en el formulario E-11) y que el acta de escrutinio de los jurados de votación o formulario E-14 no haya sido diligenciada por 2 jurados legítimos.

*g) Incidencia de votos falsos en resultado electoral*

Consultando el formulario E-26 que en medio magnético enviaron los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para el departamento de La Guajira, se tiene que JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER conquistó la Gobernación de La Guajira (2008-2011) con 90.492 votos, en tanto que el candidato siguiente en votación, MIGUEL ANTONIO MURGAS NÚÑEZ, alcanzó 86.237 votos, presentándose entre los mismos una diferencia de 4.255 votos. Pues bien, el hecho de que el demandado haya aventajado a su inmediato contendor político por 4.244 votos, unido a la afirmación del accionante de que las irregularidades de carácter general se concretan en 1.466 votos supuestamente fraudulentos, permite a la Sala colegir que este cargo no tiene ninguna posibilidad de éxito, pues como se dijo capítulos atrás, el principio de la eficacia del voto reclama un caudal mínimo de irregularidades para que pueda concluirse la nulidad de la elección, dado que si la magnitud no tiene tal potencial el operador jurídico debe desestimar la pretensión, y como está visto aunque resultaran ciertas todas las irregularidades denunciadas, de nada servirían para desvirtuar la presunción de legalidad del acto de elección demandado, ya que la diferencia seguiría existiendo entre el elegido y su inmediato seguidor en votos, conservando así JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER una mayoría que serviría de sustento a la legalidad de su elección como Gobernador de La Guajira (2008-2011).

[Sentencia de 14 de agosto de 2009. Exp. 44001-23-31-003-2008-00007-01. M.P.: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

**3) SE REVOCA DECISIÓN ANULATORIA DE ELECCIÓN DEL GOBERNADOR DE CASANARE, OSCAR IVÁN RAÚL FLOREZ CHÁVEZ**

La Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Casanare que anuló el acto de elección del Gobernador de ese Departamento, Oscar Iván Raúl Flórez Chávez y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda.

El ciudadano RAFAEL EDUARDO HERRERA SERRANO demandó la nulidad de la elección ÓSCAR RAÚL IVÁN FLÓREZ CHÁVEZ como Gobernador del departamento de Casanare (2008-2011), ocurrida en la jornada electoral del 28 de octubre de 2007, alegando violación de lo dispuesto en el artículo 122 *in fine* de la Constitución, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2004, así como en el artículo 38 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (CDU), debido a que el demandado, solidariamente con otras personas, fue condenado por el Tribunal Administrativo de Casanare en la Acción de Repetición No. 2000-217, a pagarle al Municipio de Villanueva la suma de \$71.835.065.97. Señala, igualmente, que si bien la obligación dineraria derivada de esa condena se canceló el 23 de octubre de 2007, la elección sigue afectada de nulidad porque la inhabilidad se configuró al momento de la inscripción.

La revocatoria de la decisión anulatoria de primera instancia tuvo sustento en los siguientes argumentos:

*a) El principio de congruencia de las providencias judiciales no se opone a valoración de hechos nuevos relevantes debidamente acreditados en el proceso*

Resulta evidente que la consagración de la congruencia ampliada, como aquí se le ha llamado, es desarrollo del postulado constitucional dispuesto en el artículo 228 Superior. Por lo mismo, el principio de la congruencia no podría dar la espalda a Hechos Nuevos que vinieran a determinar la modificación o extinción del derecho sustancial alegado en la demanda, puesto que tal postura no rendiría tributo a la prevalencia del derecho sustancial, entronizado por el constituyente en posición prevalente frente al derecho adjetivo, de modo que el sólo agotamiento de las etapas procesales ordinarias para alegar y refutar las posiciones de las partes, no sería argumento sólido para dejar de reconocer las variaciones que respecto del derecho sustancial se hubieran producido con posterioridad a la configuración de la relación jurídico-procesal. (...) Son, entonces, tres los supuestos que deben cumplirse para que los Hechos Nuevos puedan ser tomados en cuenta por el juzgador. El primero de ellos, que se trate de un hecho con entidad relevante frente al derecho sustancial alegado, ya que esa excepción a la regla no podría emplearse con el fin de acreditar en el plenario hechos superfluos o intrascendentes, o que no tengan el menor efecto sobre el derecho sustancial; el segundo, que corresponda a un hecho cuya ocurrencia tenga lugar en momento posterior a las etapas procesales con que cuentan las partes para aducirlos y probarlos, pues lo que se busca con ese dispositivo excepcional es permitirle a los interesados llevar al conocimiento del juez, mediante prueba idónea, la existencia de esos hechos, que por virtud del principio de preclusión o de la eventualidad no podrían serlo, dada su ubicación en el tiempo; y el tercero, que se alegue y pruebe por el interesado durante la oportunidad prevista para formular alegatos de conclusión.

*b) Efectos del fallo anulatorio del recurso extraordinario de revisión*

En cuanto a los efectos de la nulidad declarada advierte la Sala que el ordenamiento jurídico colombiano asume como regla general la de su retroactividad o efectos *ex tunc*, que no necesita consagración legal por ser el entendimiento generalizado que al efecto se tiene; y admite que sólo excepcionalmente pueda tener efectos hacia el futuro o *ex nunc*, cuando exista norma jurídica que así lo consagre, debido a que el silencio se interpreta como que allí opera retroactivamente la nulidad. (...) En el artículo 384 del C. de P. C., se estableció que cuando resulte fundado el recurso extraordinario de revisión, por haberse demostrado la causal 9ª del artículo 380 *ibidem*, que es la misma causal 8ª del artículo 188 del C.C.A. (cosa juzgada), se “invalidará la sentencia revisada y [se] dictará la que en derecho corresponde”. (...) Sobre los efectos de la nulidad, es dable afirmar que en estos eventos el fallo anulatorio dictado en dicho recurso produce efectos *ex tunc* o hacia el

pasado, lo que de alguna manera se sustenta en el artículo 332 del C. de P. C., que además de definir la institución de la cosa juzgada, consagra que la misma “no se opone al recurso extraordinario de revisión”, clara señal de que los efectos de la nulidad así dispuesta se proyectan hacia atrás, pues aunque parezca un pleonasma la ejecutoria es un evento del ayer ante la actualidad del recurso extraordinario de revisión, sólo formulable contra “sentencias ejecutoriadas”. En este orden de ideas, considera la Sala que no puede afirmarse que ÓSCAR RAÚL IVÁN FLÓREZ CHÁVEZ estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 in fine de la Constitución (mod. A.L. 01/2004), por virtud de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2006 por el Tribunal Administrativo de Casanare, dentro del proceso de Acción de Repetición 2000-217 seguido por el Municipio de Villanueva en su contra, puesto que la misma fue anulada por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante el fallo calendado el 22 de abril de 2009, decisión que como se vio tiene efectos ex tunc.

**Sentencia de 27 de agosto de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2007-00142-02. M.P: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON**

\* Salvamento de voto: Susana Buitrago Valencia

**4) ANULADA ELECCIÓN DE RECTOR DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA**

Karol Mauricio Martínez Rodríguez impugnó a través de esta demanda la presunción de legalidad de la elección de Hernando Ramírez Plazas como Rector de la Universidad Surcolombiana (Dic. 5/08 - Dic. 4/12), contenida en la Resolución No. 021 del 5 de diciembre de 2008 dictada por su Consejo Superior, alegando la violación de los artículos 13, 23, 40 numerales 1 y 7, 69 y 209 de la Constitución, así como los artículos 3, 43 y 84 del C.C.A., y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

La contrariedad de esas disposiciones jurídicas es materializada por el actor en que los Acuerdos 039 y 040 del 1º y 8 de septiembre de 2008, respectivamente, mediante los cuales se fijó el cronograma para la designación del Rector de la Universidad, período 2008-2012, solamente se publicaron en la edición No. 47.127 del 29 de septiembre de 2008 del Diario Oficial, esto es habiendo pasado 4 días de la terminación de la convocatoria, fijada en los mismos entre el 15 y el 25 de septiembre de 2008 (8:00 a.m. a 12:00 m y 2:00 p.m. a 6:00 p.m.). De igual modo en que pese a haberse ordenado allí que la publicación de la convocatoria se hiciera en prensa nacional el 9 de septiembre de 2008, así no ocurrió.

Agrega que la Universidad tiene el deber de publicar sus actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial y que si bien dicha omisión no acarrea la nulidad de esas actuaciones, ello “es requisito fundamental para su vigencia y oponibilidad”, de modo que no hacerlo viola el debido proceso y los principios de igualdad y publicidad porque la inscripción de candidatos sólo llegó al reducido grupo de las personas que laboran en la Universidad.

Este panorama permite a la Sala fijar como interrogantes de interés para el *sub lite* los siguientes: 1.- ¿Bajo qué medios deben publicarse los actos administrativos de carácter general expedidos por la Universidad Surcolombiana? 2.- ¿La publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008 expedidos por el Consejo Superior en el Diario Oficial, se constituye en presupuesto de validez o de eficacia frente al acto acusado? 3.- ¿Es jurídicamente viable prescindir de la publicación de las actuaciones administrativas en el Diario Oficial, bajo el argumento de que es un hecho notorio su baja consulta y difícil consecución? 4.- ¿Tiene alcance nacional o no el cronograma fijado por la Universidad Surcolombiana para la escogencia de su Rector?

*a) De la publicidad de los actos administrativos de carácter general*

El requisito de la publicación de los actos administrativos de carácter general es claramente un presupuesto de eficacia u oponibilidad, puesto que su obligatoriedad frente a los particulares se condiciona a ello.

El artículo 43 del C.C.A., si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como *“el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”*, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del Diario Oficial; lo cual no obsta para que si así lo decide la entidad pública, además de la obligada publicación en el Diario Oficial, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de esas actuaciones.

La obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el Diario Oficial. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el Diario Oficial, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida.

Lo regulado en el artículo 43 del C.C.A., sobre el deber y forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las demás entidades, esto es por las entidades del nivel territorial, tanto del sector central como del descentralizado, se mantiene incólume.

Esos entes universitarios deben regirse por los dictados del artículo 43 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, es decir hacer la publicación en el Diario Oficial.

Tampoco pueden eximirse las universidades oficiales del deber legal de publicar sus actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial, alegando que ello puede suplirse con la respectiva publicación en su dominio.co o en su página Web, pues con toda claridad señala el artículo 7 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, que el deber a cargo de la administración pública de insertar en ese medio electrónico la mencionada información dentro de los cinco días siguientes a su publicación, no exime a la misma de su *“obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial”*.

*b) Publicidad de los Acuerdos 039 y 040 de 2008: ¿Requisito de validez o de eficacia frente al acto acusado?*

Tanto la defensa como el Procurador Séptimo Delegado coinciden en señalar que la falta o defectuosa publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, no puede invalidar el acto acusado, puesto que ello es presupuesto de eficacia y no de validez.

(...)

Es evidente que la expedición irregular se vincula directamente con el derecho al debido proceso, que si bien es un postulado de gran abstracción en el plano constitucional, es la piedra que soporta los distintos procedimientos administrativos y judiciales, impregnándolos de postulados como la competencia funcional de la autoridad, la preexistencia de normas y por supuesto la *“observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, que para el sub lite es lo más relevante.

(...)

Pues bien, en los términos en que fue modificado el artículo 43 del C.C.A., por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, en lo que respecta al deber y a la forma de publicar los actos administrativos de contenido general, es claro que la ausencia o defectuosa publicación de los mismos, en tanto sirvan

a la formación de un acto administrativo de contenido particular y concreto objeto de enjuiciamiento, debe calificarse como una Irregularidad Sustancial, pues con ello se afecta directamente el debido proceso administrativo en la medida que se omite acatar la orden legal de publicar aquellos actos en el Diario Oficial, así como el principio de la publicidad que inspira a la función administrativa (Art. 209 C.P.), con lo que se diezma significativamente el derecho que tienen los asociados de ejercer control sobre los actos de la administración pública, o como en este caso a participar en procesos de convocatoria pública.

*c) El hecho notorio vs. El deber legal de publicar los actos generales*

Pretende la defensa desestimar el deber legal de publicar los actos administrativos de contenido general en el Diario Oficial alegando que es un hecho notorio que *“Su circulación es restringida; el tiraje de ejemplares por edición es irrisorio, su costo es altísimo”*. Este planteamiento no es de recibo porque se opone abiertamente a lo dispuesto en el artículo 4º Constitucional según el cual *“Es deber de los nacionales y los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*, e igualmente resulta en contravía de lo prescrito en el artículo 18 del Código Civil, donde claramente se establece que *“La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”*. Así, resulta inadmisibles acoger el desacato a lo prescrito en el artículo 43 del C.C.A., con la modificación que le introdujo el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, en tanto ordenan publicar los actos administrativos de carácter general, de las entidades públicas del orden nacional, pues se trata de un deber legal que debe cumplirse como garantía de los derechos de los asociados.

*d) Alcance territorial del cronograma fijado por la Universidad Surcolombiana con los Acuerdos 039 y 040 de 2008*

Afirma la defensa, en esta parte, que el citado cronograma *“no iba dirigido al público en general ni ‘a todos en el territorio nacional’ como lo señala el demandante..., solamente convocaba a los residentes durante cinco (5) años como mínimo en el Departamento del Huila”*, y que *“El cronograma aprobado y publicado no es acto nacional, así emane de la Universidad Surcolombiana, que es ente Universitario Autónomo, creado como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional”*.

Esta discusión resulta intrascendente puesto que el deber de publicar esos actos administrativos en el Diario Oficial, según lo prescribió el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, obedece a un criterio orgánico, tal como se puede constatar en su literal c) al precisar que allí se publicarán los *“expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismo del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado”*. Por consiguiente, al ser dicha Universidad un establecimiento público del orden nacional, como así lo admite expresamente el demandado en su contestación, se verifica por la Sala el deber legal que tenía de publicar los Acuerdos 039 y 040 de 2008 en el Diario Oficial.

*e) El caso concreto*

Ahora bien, los reparos de ilegalidad recaen exclusivamente sobre dos aspectos: 1.- Que la publicación de los Acuerdos 039 y 040/08, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad, solamente se surtieron en la edición No. 47.127 del Diario Oficial emitido en septiembre 29/08, luego de agotadas la fase de la Publicación de la Convocatoria (Sep. 9/08) y la fase de la Inscripción de Aspirantes (Sep. 15 al 25/08); y 2.- Que la publicación en prensa nacional, ordenada en el Acuerdo 040/08, no se hizo en la fecha estipulada (Sep. 9/2008) sino hasta el 11 de los mismos mes y año.

Pues bien, habiéndose probado que la Universidad Surcolombiana solamente publicó los Acuerdos 039 y 040 de 2008, hasta el día 29 de septiembre de 2008, en el Diario Oficial No. 47.127, queda claro que se incurrió en una Irregularidad Sustancial en la producción del acto acusado.

Además, como el proceso de escogencia aludía al Rector de una universidad oficial del orden nacional, no resulta admisible la justificación dada por la defensa, en el sentido de que en ese proceso únicamente podían intervenir las personas que acreditaran residencia no menor a cinco años en el departamento del Huila, pues como con acierto lo señala el actor, los aspirantes podrían estar radicados tanto en ese departamento como en cualquiera otro del territorio nacional, resultando éstos seriamente lesionados en su aspiración de participar en el proceso de selección, en la medida que la publicidad oficial, a nivel nacional, vino a surtirse a través del Diario Oficial mucho después de cerrada la fase de inscripciones.

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2009-00005-00. M.P: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### 1. TRÁMITE DE REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO A CAPTURADOS SIN DOCUMENTO DE IDENTIDAD

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del Registrador Nacional del Estado Civil, consulta a la Sala si a las personas que son capturadas por las autoridades competentes y no aparecen registradas en esa entidad, a las cuales, según las Leyes 1142 y 1153 de 2007, debe registrárseles y asignárseles un cupo numérico por parte de la Registraduría.

#### *a) Del estado civil de las personas*

El Decreto 1260 de 1970 o Estatuto del Registro Civil de las Personas, establece en su artículo 1º, que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley. Señala además que el estado civil se deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal que se haga de ellos (art.2º) y que toda persona tiene derecho a un nombre, a que el mismo sea protegido y a tomar medidas contra la homonimia (Arts.3º. y 4º). (...)

#### *b) Contenido y trámite ordinario del registro civil de nacimiento*

Ahora bien, sobre la forma y requisitos para hacer el registro de nacimientos, los artículos 44 a 50 del Estatuto de Registro Civil -que son aquéllos cuya vigencia preocupa a la entidad consultante- establecen lo siguiente: - El artículo 44 señala que en el registro de nacimientos se inscribirán, además de los nacimientos ocurridos en el país y en extranjero -cuando haya lugar a ello-, todos los hechos y actos relacionados con el estado civil y la capacidad de las personas. El artículo 45 indica qué personas están en la obligación de denunciar los nacimientos: los familiares más próximos, el encargado del establecimiento en que ha ocurrido el nacimiento, quienes se hubieren encargado de un recién nacido abandonado y el propio interesado cuando cumple la mayoría de edad. - Los artículos 46 y 47 señalan las oficinas dónde debe hacerse el registro, según éste haya ocurrido en el país o en el exterior, lo que en general corresponde a la circunscripción territorial donde ha ocurrido el nacimiento. (...) - El artículo 48 establece que el nacimiento debe ser registrado dentro del mes siguiente a su ocurrencia y que sólo habrá lugar a la inscripción de los nacidos vivos de conformidad con el artículo 90 del Código Civil. - El artículo 49 dispone que el registro deberá realizarse con base en certificado médico o de enfermera y en su defecto con declaración juramentada de dos testigos hábiles. - Finalmente, el artículo 50 señala que si el nacimiento se

inscribe por fuera del plazo previsto en el artículo 48 (mes siguiente a su ocurrencia), deberá acreditarse con documentos auténticos o en su defecto con la partida de bautismo o anotaciones de naturaleza religiosa, o en últimas con declaraciones juradas de dos testigos hábiles. Como se observa, se trata de disposiciones de carácter general que regulan la forma normal o corriente en que puede y debe hacerse la inscripción del nacimiento. Para tal efecto se exige básicamente acudir a una oficina de registro o a un funcionario autorizado para ello, adjuntar certificado médico o declaración de dos testigos o documentos eclesiásticos que acrediten el nacimiento y aportar por lo menos la información genérica exigida por la ley. Se está así ante un trámite sencillo que no exige mayores formalidades y con el cual el legislador busca facilitar antes que restringir el acceso de todas las personas al registro civil. Lo anterior sirve para decir también que lo normal será el registro de las personas a su nacimiento o en su escolaridad, bien por sus familias o por los funcionarios que están obligados a proveer oficiosamente dicha inscripción, o que incluso el propio interesado lo haga cuando ha alcanzado la mayoría de edad, pues de ello depende el ejercicio de algunos de sus derechos ciudadanos; así las cosas, para tales eventos que constituyen la regla general, se requiere un procedimiento de registro, que en principio es el previsto en el Decreto 1260 de 1970.

*c) Registro civil de nacimiento especial para capturados o condenados sin documento de identificación*

En la presente consulta se pregunta a la Sala si los artículos del Estatuto de Registro Civil de las Personas que establecen los requisitos generales para registrar un nacimiento (artículos 44, 46, 47, 48, 49 y 50 del Decreto 1260 de 1970), fueron derogados por las Leyes 1142 y 1153 de 2007, que en materia de procedimiento penal y de tratamiento de las pequeñas causas, establecen la obligación de registrar y asignar un cupo numérico a aquéllas personas que al ser capturadas no aportan documentos de identidad y no figuran en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. (...) debe tenerse en cuenta que la necesidad de identificación plena y registro del “imputado” se relaciona con otras disposiciones del Código de Procedimiento Penal, como, por ejemplo, la que dispone que la Fiscalía lleve un listado de las personas vinculadas a los procesos penales (art.128), la que se refiere al contenido mínimo de las órdenes de captura (art.298) y la que obliga a llevar un registro de las personas capturadas y detenidas (art.305), todas las cuales exigen individualizar al afectado con su nombre e identificación. (...) De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que lo previsto tanto en el Código de Procedimiento Penal -adicionado en lo pertinente por la Ley 1142 de 2007-, como en la Ley 1153 de 2007 de pequeñas causas en materia penal, no se refiere a las condiciones y requisitos generales de registro civil de las personas -como si lo hace el Decreto 1260 de 1970-, por lo que no altera las obligaciones que en el respectivo estatuto y en otras normas existen en esa materia; su objeto no es otro diferente que el de establecer una oportunidad adicional para cumplir con dicho registro, con el fin de garantizar que las medidas judiciales de privación de la libertad y los antecedentes penales derivados de condenas en firme se puedan hacer efectivos correctamente y en manera alguna afecten a personas distintas a sus reales destinatarios. En este orden, lo dispuesto en las Leyes 1142 y 1153 de 2007 se aplica frente a supuestos de hecho que por su naturaleza son excepcionales y que por lo mismo no constituyen la forma general de hacer el registro de las personas. (...) Lo que se observa entonces, es la existencia de una regulación específica para proveer el registro de aquéllas personas capturadas o condenadas que no aparecen inscritas en la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo que claramente no afecta las disposiciones generales que determinan el registro de las personas a su nacimiento, ni las condiciones y forma de hacerlo.

[Concepto 1908 de 14 de agosto de 2008. Exp. 11001-03-06-000-2008-00046-00. M.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**HOMENAJE A JUAN CARLOS CASAGNE**

El pasado 8 de septiembre tuvo lugar en la Sala Plena del Consejo de Estado un importante reconocimiento y merecido homenaje ofrecido por la Corporación al ilustre maestro administrativista argentino, Juan Carlos Casagne.

En tal recinto se aludió a la trayectoria profesional y académica del citado jurista y a los trascendentales aportes que su sabiduría ha suministrado a la jurisprudencia contenciosa administrativa de nuestro país.

**CONSEJO EDITORIAL**

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

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ**  
JARAMILLO  
Vicepresidente

**Sala de Gobierno**

**Maria Claudia Rojas Lasso**  
Presidente Sección Primera  
**Alfonso Vargas Rincón**  
Presidente Sección Segunda  
**Enrique Gil Botero**  
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

Secretaria 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)