



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 11
• Sección Primera	11 - 17
• Sección Segunda	17 - 26
• Sección Tercera	27 - 40
• Sección Cuarta	41 - 46
• Sección Quinta	46 - 48
• Sala de Consulta y Servicio Civil	49 - 52
• Noticias Destacadas	53

Noticias destacadas

MAGISTRADOS DEL CONSEJO DE ESTADO, INVITADOS AL 10° CONGRESO DE ALTAS JURISDICCIONES EN AUSTRALIA

EDITORIAL

A propósito de su retiro, sea esta la oportunidad para destacar la importante gestión desarrollada por el H. Consejero de Estado, Doctor Gustavo Aponte Santos, quien no sólo se destacó como un consagrado jurista en el ejercicio de sus funciones de Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sino que dejó una huella imborrable como Presidente de nuestra Corporación. Desde aquí le deseamos los mejores éxitos a nuestro compañero y amigo.

De otro lado, los H. Magistrados, doctores María Nohemí Hernández Pinzón y Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta representarán a nuestra Corporación en el 10° Congreso de Altas Jurisdicciones, en la ciudad de Sydney, Australia, les deseamos buena suerte en su misión con el convencimiento que dejarán en alto el nombre del Consejo de Estado y del país.

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) Legitimación en la causa por activa en tutela de las asociaciones de defensa de los derechos fundamentales

La acción de tutela en referencia fue presentada por la Asociación Nacional de Desplazados "Asodemug", advirtiéndose que dicha agrupación obra en representación de los derechos de la población desplazada del sector de Guaimaró Magdalena. En procura de la defensa de los derechos fundamentales de la población desplazada, se habilita la posibilidad de acudir a la representación de un vocero común, esto es, obrar a través de asociaciones cuyo único propósito de constitución, es procurar la defensa y protección de los derechos de quienes integran los grupos poblacionales a los que la entidad representa.

La categoría de derechos que guardan protección a través de la acción de tutela son los denominados -fundamentales- que se convierten en el único vehículo de declaración de esta clase de acciones, por lo que es necesario precisar que en materia de invocación de defensa de estas prerrogativas que cobijan a grupos con unidad de circunstancias, la presencia de asociaciones en legítima causa esta dada por la representación exclusiva de los derechos subjetivos de sus asociados; lo que descarta de plano el nacimiento de los derechos de la persona jurídica que finalmente se crea. En este sentido, si bien la Asociación Nacional de Desplazados obra en representación de los desplazados de Guaimaro Magdalena, se deduce entonces, que lo que conviene en esta acción discutir, no es cosa distinta de los derechos fundamentales de cada uno de los asociados "en su calidad de ciudadanos desplazados", en razón de ello se acepta la legitimación por activa en la presente causa, y será sobre este derrotero que se entenderá el escenario de los derechos fundamentales que se entra a resolver.

b) La acción de tutela es el medio principal de defensa judicial de los desplazados

Se advierte que es deber del Juez de tutela al declarar la improcedencia de la acción por existencia de otro medio de defensa judicial estudiar si el medio es idóneo y eficaz para proteger la presunta vulneración de los derechos fundamentales que se declaran trasgredidos. En el sub lite, advierte la Sala que las acciones contempladas por el Tribunal Administrativo del Magdalena en primera instancia no revisten las condiciones de idoneidad y eficacia que exige la jurisprudencia constitucional al respecto de la valoración de otro medio de defensa judicial. Se trata en la presente de un recurso de amparo incoado por población desplazada, quienes en virtud de la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política, poseen estatus de especial vulnerabilidad dada la situación socio económica y las condiciones de desprotección que deben enfrentar al ser víctimas del desplazamiento forzado, en razón de ello es amplia la jurisprudencia constitucional en la que se indica, que dadas las demandas y la prontitud de resolución que presentan estas comunidades no es dable invocar medios de defensa judicial que no ofrecen una solución inmediata y eficaz. Por las razones expuestas, esta Sala considera que la acción de tutela dado su carácter inmediato de protección de derechos fundamentales constituye el medio principal de defensa del grupo tutelante por lo que se entrará a estudiar de fondo la presente acción.

c) En los procesos de adjudicación de tierras se debe dar un trato especial y preferencial a la población desplazada

La ley 160 de 1994, se encuentra inspirada en el precepto constitucional según el cual es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y a otros servicios públicos rurales, con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población campesina (art.1) El párrafo segundo del artículo 1° De la norma en cita, señala que se entregará las tierras a "los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos mayores de 16 años que no la posean, a los minifundistas, mujeres campesinas jefes de hogar, a las comunidades indígenas y a los beneficiarios de los programas especiales que establezca el Gobierno Nacional". Es claro entonces, que la búsqueda de equidad perseguida por esta Ley a través de la adquisición de tierras, posee destinatarios precisos, determinados; a quienes se les exige una condición socioeconómica desfavorecida que los hace poseedores de un estatus de vulnerabilidad. Para lo que al caso interesa, es importante hacer énfasis en la calidad de beneficiario de programas especiales a cargo del Gobierno Nacional, así señalado por la normativa. Al respecto, tal consagración encuentra sentido, con los objetivos que ésta se propone como consolidar la paz a través de mecanismos que materialicen la justicia social y la democracia participativa (artículo1, párrafo segundo). Así las cosas, bien puede indicarse que la población víctima del desplazamiento, como la que en esta ocasión ocupa la atención de la Sala, esta cobijada con la política de reforma agraria que el enunciado jurídico en estudio describe; para tal efecto, basta apreciar el artículo 20, que respecto del subsidio y crédito para compra de tierras y la condición de sujetos destinatarios de la reforma agraria prescribe: "También serán considerados como sujetos de reforma agraria las personas que residan en centros urbanos y que hayan sido desplazados del campo involuntariamente, así como las

personas de la tercera edad que deseen trabajar en explotaciones agropecuarias y carecieren de tierras propias”. La participación del desplazado en este contexto, adquiere una calidad especial, toda vez que se reconoce en interpretación del artículo 1° de la Ley, que la propuesta de política estatal es incluir a quienes involuntariamente han sido desplazados del campo, como una forma de buscar el cumplimiento del objetivo de justicia social, democracia participativa, y equitativa repartición de las tierras. El otorgamiento de un estatus preferencial, avoca que en materia de adjudicación de tierras, si bien se reconocen destinatarios específicos como los ya citados del artículo 20, también es cierto, que para los casos de desplazados, quienes valga reiterar también son beneficiarios expresos de la Ley, el referido trato contiene un carácter especial.

Al advertirse que la población desplazada es beneficiaria de políticas de reforma agraria, es pertinente analizar, la Ley 387 de 1997. Es oportuno precisar que la interpretación y aplicación de esta Ley está ligada a lo indicado por los Principios del Desplazamiento Forzado trazados por la ONU, y por aquellos señalados en los numerales 5, 6, 7 y 8 de la citada, en los que se hace referencia al derecho que tienen los desplazados a: -recibir soluciones definitivas a su problemática, b- regresar a su lugar de origen-, c- no ser desplazados forzosamente, -d- que su libertad de movimiento no tenga más restricciones que las señaladas en la ley; todo ello ligado a la obligación estatal prescrita en el numeral 9° que preceptúa: “es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social”. Como una forma de propiciar el retorno y el asentamiento de los ciudadanos desplazados, la ley en cita, exhorta a las instituciones comprometidas con la atención desplazada al cumplimiento de determinados compromisos de tal manera que en materia de tierras, esta responsabilidad fue entregada al entonces Instituto Colombiano de Reforma Agraria-INCORA- hoy en día función atribuida en virtud del Decreto 1300 de 2003 al INCODER. En esta dirección, se dispone en el artículo 19 de la citada Ley, que la entidad enunciada deberá adoptar los procedimientos para realizar la enajenación, adjudicación y entrega de tierras, en las zonas de expulsión y de recepción de la población afectada con el desplazamiento forzado, así como líneas especiales de crédito dando prelación a la población desplazada. Así mismo establece en el numeral 1° del citado, que “en los procesos de retorno y reubicación de desplazados por la violencia, el Gobierno Nacional dará prioridad a éstos en las zonas de reserva campesina y/o en aquellas predios rurales que hayan sido objeto de extinción de dominio mediante sentencia administrativa o judicial”. En este orden de ideas, la adjudicación de tierras para la población desplazada, mantiene una doble connotación, es a la vez *derecho* de quien ostenta esta condición y un *deber* estatal en cumplimiento de las disposiciones agrarias como ya se expuso en párrafos precedentes y en el acatamiento de las normas internacionales vinculantes al ordenamiento interno que establecen derechos y obligaciones de los Estados en materia de reparación y asistencia a las víctimas del conflicto armado. Es importante indicar que el carácter de derecho que adquiere en esta dimensión del desplazamiento, la adjudicación de tierras, hace que el cumplimiento de esta prerrogativa se vea irradiada de una protección especial reforzada, dada la importancia que reporta la solución del conflicto armado en Colombia y su relación directa con la consecución de la paz, todo ello, bajo el prisma de los derechos fundamentales de la población desplazada y su estatus de vulnerabilidad citado en reiteradas oportunidades en la declaratoria de estado de cosas inconstitucionales realizadas por la jurisdicción constitucional en la sentencia T-025 de 2004.

d) Garantías mínimas que deben observarse en los procesos de adjudicación de tierras

Referido al caso en estudio de adjudicación de tierras, este precepto comprende el respecto de las prerrogativas de quienes están llamados a ser beneficiarios de esta clase de procesos, por lo que en primera instancia, puede advertirse, que el derecho a ser convocado y participar en los procesos de adjudicación se convierte en la primera garantía que impone el debido proceso en esta clase de actuación administrativa. Sólo una vez adquirida la calidad de participante por quien se postula para ser beneficiario de la adjudicación, nace la posibilidad de efectivizar los demás derechos que el mismo trámite protege, como el derecho de prelación que consagra la Ley 160 de 1994, el carácter de especial protección en el caso de la población desplazada, la destinación específica de los bienes adquiridos a través de expropiación y en sí mismo, la efectiva materialidad del objeto que la política

pública se propone, como la participación de los beneficiarios expresos definidos en la Ley que la desarrolla. Las demás garantías que es posible extraer de Ley 160 de 1994 están relacionadas con la observancia de los criterios de calificación de cada uno de los participantes, esto es, la verificación de las calidades de quienes se postulan a efectos de focalizar la política pública de reforma agraria a los ciudadanos que son beneficiarios expresos de la Ley, es decir los señalados en los artículos 1, 20, 31, de otra manera, al permitir acceso de población distinta a la definida, se desvirtúa y transforma la orientación de la política pública. En estos términos, el alcance del derecho al debido proceso, en la adjudicación de tierras, está supeditado al cumplimiento de las garantías que ofrece la Ley 160 de 1994, es decir, en la posibilidad de acceso a los planes que esta propone y en razón de ello al derecho de participar, postularse y ser calificado dentro de los propósitos que impone la normativa, cualquier desconocimiento de estos preceptos, invoca en sí mismo la vulneración del principio de legalidad, que como se ha dicho involucra los actos de las autoridades administrativas, para lo que al caso interesa, a las adelantadas por las entidades a quienes corresponde la aplicación de la Ley de Reforma Agraria.

e) Se deja sin efectos la Resolución 091 de 2006 del INCODER, por violación del debido proceso de la población desplazada en el trámite de un proceso de adjudicación de tierras

En el caso concreto, resulta claro que la adjudicación desconoce la naturaleza del bien que se adjudica, al no vincular a quienes la norma agraria destina como posibles beneficiarios de estos bienes, entre otros a la población desplazada que le asiste en virtud del numeral 1° del artículo 19 de la Ley 387 de 1997, un trato de prelación. La falta de vinculación y observancia de los presupuestos legales contenidos en la normativa de reforma agraria (160/94) hace que la Resolución N° 091 de 2006, resulte irregular al contrariar los postulados que en sí mismo protegen la política pública de que trata la Ley, como la referida al fenómeno del desplazamiento que ha desarrollado el ejecutivo a través de la Ley 387/97; propósito que no puede perderse de vista, pues, como se ha reiterado a lo largo de la providencia, su cumplimiento está estrechamente ligado, con el acatamiento de los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado trazados por la ONU, con los propósitos de la Ley en cita, y con el anhelo de alcanzar un derecho y valor constitucional como es la paz. Al desconocerse la falta de convocatoria de los beneficiarios de la Ley de reforma agraria como campesinos del sector y a la población que en este caso se estudia por parte de la entidad territorial del INCODER Seccional Magdalena, se vulnera el artículo 29 de la Carta Política, que preceptúa el derecho fundamental al debido proceso al que deben estar sujetos todas las actuaciones tanto judiciales como administrativas, concretamente en lo referido al elemento de *publicidad* que se requiere para que los beneficiarios de esta Ley se hagan parte, y en la *inclusión* de la población desplazada en la adjudicación de tierras, que la Ley impone. Es pertinente indicar que en el caso de la Resolución del INCODER, ésta desconoce las normas jurídicas que predicen que en materia de adjudicación de tierras y en especial de las de extinción de dominio, los beneficiarios entre otros serán quienes hayan sido desplazados involuntariamente por la violencia, por lo que se infiere, que el origen de la censura contra el acto administrativo de adjudicación proviene del desconocimiento de normas constitucionales, para lo que al caso interesa; en materia de reforma agraria en los artículos 64 y ss., de la Constitución Política y 13 de la norma fundamental, que prevé formas de protección especial a la población desplazada, en el propósito de procurar la igualdad material. En este orden de ideas, el nacimiento de la Resolución 091 de 2006 expedida por el INCODER, equivoca su objeto, esto es, que produce la titularidad del predio Villa Denis, con vulneración del derecho al debido proceso de la población desplazada, por ello, la transferencia de la propiedad y todos los derechos que de ella se derivan precisan el acatamiento de la norma superior aquí referida, de lo contrario la decisión se torna inconstitucional. No puede permitirse entonces, la vigencia de un acto administrativo que nace a la vida jurídica con inobservancia de la norma fundamental y en desconocimiento de los fines y propósitos legales que dotan de origen al mismo acto. En consecuencia, cualquier actuación administrativa o judicial producida en acatamiento de los presuntos derechos que traduce la citada Resolución son en sí mismas impropias y en extensión de los efectos de ese acto administrativo también carecen de objeto al perder su fuerza vinculante en

virtud de la violación constitucional que la despoja de la posibilidad de producir consecuencias jurídicas, dada la exclusión que el acto implica respecto de personas que constitucionalmente se inscriben en un marco de protección reforzada. En este orden de ideas, el amparo que se procura en la presente decisión, involucra la protección del derecho al debido proceso que le asiste a la población desplazada identificada como grupo tutelante, y a todos aquellos que siendo de la misma localidad ostentan esta condición, de tal manera que, la actuación que se ordenará reponer a través de esta providencia supone el alcance sobre la población desplazada, siendo indiferente la individualización, por lo que la orden de amparo frente a las actuaciones que deberá desarrollar el INCODER dependerán solamente de la demostración de la calidad de ciudadano desplazado conforme a lo establecido en la Ley 387 de 1997, en observancia de los parámetros que ha indicado la Corte Constitucional respecto de la prueba de la referida calidad. La Sala advierte que al ampararse el "derecho al debido proceso" que tiene la población desplazada en los programas de reforma agraria, como el ser enterados de los procesos de adjudicación y garantizarse su efectiva vinculación, se vislumbra que la decisión de amparo, deberá retrotraer los efectos que produjo la Resolución N° 091 de 2006.

[Sentencia de 9 de diciembre de 2009, Exp. 47001-23-31-000-2009-00170-01\(AC\), M.P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

2. a) Procedencia de la acción de tutela para suspender los efectos de una providencia judicial

Aclara la Sala que ECOPETROL S.A. no pretende atacar el contenido sustancial de la sentencia dictada el 9 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Arauca, lo que busca es suspender de manera transitoria los efectos de la misma mientras la Sección Tercera del Consejo de Estado, resuelve seleccionarla o no para revisión y en caso de ser seleccionada mientras decide de fondo. En este punto es importante resaltar que la presunta vulneración de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso, se predica al interior de un proceso adelantado en ejercicio de la acción popular, por lo que en principio podría entenderse que se dirige contra las providencias que negaron la intervención de la ahora actora en dicho proceso. No obstante, es clara la accionante y las sociedades coadyuvantes al indicar que "... no se pretende la revocatoria o anulación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca ni discutir cuestiones sustanciales contenidas en dicha providencia...", sino la suspensión de sus efectos transitoriamente para evitar un daño al patrimonio público. Teniendo en cuenta lo anterior, se considera, en este caso en particular, que la solicitud de tutela no está dirigida contra una providencia judicial, pues de ser así devendría su rechazo por improcedente, de acuerdo con la posición reiterada y uniforme de la Sección Cuarta de esta Corporación. Teniendo en cuenta tal apreciación la Sala no se referirá a la presunta vulneración de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso al interior del trámite de la acción popular.

b) Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al patrimonio público de la Nación

Se observa de la lectura del escrito de tutela y del expediente que ECOPETROL S.A. con la formulación de los incidentes de nulidad antes y después de dictada la sentencia de 9 de julio de 2008, agotó los mecanismos que tenía a su alcance para hacer valer sus derechos, quedando sólo la posibilidad de que la Sección Tercera de esta Corporación resuelva sobre la eventual revisión de la providencia, por lo que la tutela, en este caso, se torna procedente de manera transitoria en aras de salvaguardar el patrimonio de la Nación. Entiende la Sala que la revisión es el mecanismo efectivo para que se estudie la posible nulidad alegada por ECOPETROL S.A. ante la falta de vinculación como parte en el proceso de acción popular, si se tiene en cuenta que tal irregularidad fue tratada expresamente en la sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca. Sin embargo, si bien es cierto, la actora cuenta con otro mecanismo de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que es necesario determinar la existencia del mismo ante la presunta afectación del patrimonio público. De las cláusulas del contrato se puede

concluir que ECOPETROL S.A. como parte del contrato de asociación Cravo Norte es responsable, en proporción a su participación, del pago de las obligaciones que surjan en desarrollo del objeto del contrato y específicamente como se observa de la cláusula 31 del contrato, de los gravámenes que se causen con ocasión de la explotación de petróleo, los cuales son cargados a la cuenta conjunta, de manera que en este caso, tal como lo afirma la sociedad actora, debe concurrir, según su porcentaje de participación (55%), al pago de la contribución económica de solidaridad a favor de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Departamento de Arauca y los Municipios de Arauca y Arauquita, al cual fue condenada Occidental de Colombia Inc. en la sentencia de segundo grado de 9 de julio de 2008, dictada por el Tribunal Administrativo de Arauca en el proceso de acción popular. Entiende la Sala que el hecho generador de la contribución al estar relacionado con el contrato de asociación Cravo Norte, del cual son partes ECOPETROL S.A. y Occidental de Colombia Inc. (condenada), implica que éstas deben asumir el pago de la contribución económica en proporción a la cuota parte estipulada en dicho contrato. Teniendo en cuenta la participación de la Nación, sostiene la actora que cualquier pago que deba hacer compromete el Presupuesto General de la Nación. Significa que los dividendos que recibe la Nación, como accionista mayoritaria de ECOPETROL S.A., se destinan para el pago de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación, por lo que no es difícil concluir que el mismo se afecta cuando del porcentaje que le corresponde debe cancelarse una contribución, como en este caso.

c) Protección del derecho a la administración de justicia para permitir la vinculación a un trámite judicial de quien no es parte del proceso

No se referirá el juez de tutela a los derechos del debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados en el curso del proceso de acción popular, tal como se indicó en párrafos anteriores. No obstante, dada la posición en la que se encuentra ECOPETROL S.A., quien procuró su vinculación a dicho trámite, estima la Sala que debe ampararse el derecho al acceso a la administración de justicia en el entendido de que pueda acudir ante la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de revisión para hacer valer sus derechos como parte del contrato de asociación Cravo Norte.

[Sentencia de 10 de diciembre de 2009, Exp. 11001-03-15-000-2009-00774-00\(AC\), M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

***Con salvamento de voto de los Consejeros William Giraldo Giraldo y Héctor J. Romero Díaz**

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial. Rectificación jurisprudencial Sección Cuarta

Considera la Sala que los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial y cosa juzgada son principios absolutamente indispensables para mantener en correcto funcionamiento el Estado de Derecho. Sin embargo, una reflexión sobre la necesidad de que ese Estado de Derecho asegure la justicia material en el sentido de proteger los derechos fundamentales de las personas y la comprobación de que las autoridades judiciales no están exentas de error, lleva a la Sala a recoger la tesis de que en ningún caso habría lugar a la tutela contra providencias judiciales para adoptar el criterio de que, muy excepcionalmente, cabría ese mecanismo judicial extraordinario previsto para defender los derechos que fundamentan el modelo de convivencia previsto en la Constitución de 1991. En consonancia con lo expuesto, la Sala adopta la tesis sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Este cambio, además, se sustenta en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, en la defensa del contenido del Estado Social de Derecho y en el hecho de que los principios de autonomía judicial y primacía de los derechos fundamentales no son excluyentes.

Según la doctrina constitucional vigente, para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales enunciados en la sentencia C-590 de 2005, a saber: (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora; (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela. Una vez la petición de tutela supera el estudio de las causales anteriores, el juez constitucional puede conceder la tutela siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la constitución.

En el sub examine se observa que la actora no agotó los recursos que tenía a su alcance para controvertir la decisión del Tribunal, pues contra la sentencia objeto de tutela procedía el recurso de apelación, que no fue ejercido por la demandante. En esa medida, no puede ser la tutela el remedio judicial para discutir las inconformidades del actor frente a la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia de inhibirse de proferir fallo, pues como es sabido, esta acción se caracteriza por ser un remedio residual y excepcional, que no reemplaza los mecanismos ordinarios de defensa que ha creado el legislador para la efectiva protección de los derechos de los coasociados. De admitirse lo contrario, se desconocerían los principios de legalidad y juez natural, que precisamente aseguran que cada controversia sea decidida por un juez especializado. En otras palabras, si la demandante tuvo a su disposición recursos ordinarios para poder defender sus derechos y no hizo uso de ellos, no puede ahora ejercer la acción de tutela como si esta fuera un medio alternativo o sustituto de los medios ordinarios que, por descuido, negligencia o por propia voluntad, no quiso utilizar.

[Sentencia de 28 de enero de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2009-00880-01\(AC\), M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

4. a) En los casos de amenaza a los derechos a la vida y a la salud por la omisión en el suministro oportuno de medicamentos, no se configura el fenómeno de la cesación de la actuación impugnada con la sola entrega del medicamento respectivo

El artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, regula el fenómeno de la cesación de la actuación impugnada, el cual tiene ocurrencia cuando por la acción u omisión de la autoridad demandada, que se produce durante el trámite de la tutela y antes del fallo de primera instancia, cesa o desaparece la alegada vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la parte actora, caso en el cual sólo puede declararse fundada la solicitud de amparo para efectos de indemnización y costas cuando sean procedentes. Este fenómeno tiene su razón de ser por el objetivo mismo de la acción de tutela, dado que ésta se encuentra estatuida para hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales fundamentales y garantizar su protección eficaz y oportuna cuando su amenaza o violación sean ciertas y actuales, pues si han cesado, no existiría objeto jurídico sobre el cual proveer, ni medida de protección que adoptar. Ahora, en tratándose de controversias constitucionales en las que se alegue la vulneración o amenaza de los derechos a la vida y a la salud por causa de la omisión de las autoridades de suministrar a tiempo los medicamentos que han sido prescritos por los médicos tratantes a los usuarios de los servicios de salud, no se configura el fenómeno de la cesación de la actuación impugnada con la sola entrega del medicamento respectivo durante el trámite de la tutela, cuando su suministro tardío alcance a constituir una seria y grave amenaza de los derechos a

la vida, integridad personal y salud del actor, es decir, cuando se encuentra acreditado que por causa de esa demora se trastocó la continuidad del tratamiento que le había sido prescrito al actor o que pasó un término excesivo sin que se le proporcionara el fármaco que le fue recetado por primera vez. Esto por cuanto, la mayoría de enfermedades no dan espera y requieren de la ejecución de un tratamiento sucesivo e ininterrumpido, de acuerdo con las prescripciones médicas, y cuando se afecta su periodicidad, puede eventualmente perder total efectividad para combatir la enfermedad e impedir la recuperación del paciente; e igual sucede con los medicamentos que han sido formulados por primera vez, toda vez que si no se proveen a tiempo al paciente, se puede desmejorar gravemente su salud y, por ello, exigir tratamientos adicionales y más costosos, en términos de tiempo y económicos, para lograr su recuperación. Por consiguiente, se presenta una seria amenaza a los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y salud, y no se configura el fenómeno de la cesación de la actuación impugnada, por el sólo hecho de la entrega tardía del medicamento.

b) La inexistencia del acta del Comité Técnico Científico no es justificación para negar el suministro de un medicamento

No constituye justificación la inexistencia del acta del Comité Técnico Científico, pues si bien ésta es una exigencia cuando se solicita un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, no obstante, las entidades encargadas de proveerlo no pueden escudarse en ese requisito para negar de manera tajante la entrega del fármaco y adoptar una actitud pasiva, por el contrario, de manera inmediata deben facilitar y promover la convocatoria del referido Comité, obligación que les impone el artículo 14, literal j de la Ley 1122 de 2007. Así entonces, se concluye que el Hospital Naval de Cartagena y DROSERVICIO LTDA. amenazaron gravemente los derechos a la vida digna y salud de la tutelante, puesto que no suministraron a tiempo los medicamentos que le fueron prescritos para el tratamiento de sus enfermedades de artrosis y gastritis. En este punto, la Sala advierte a las distintas entidades que conforman el sistema de seguridad social en salud, que de ningún modo pueden anteponer requisitos formales y trámites administrativos a la prestación efectiva e integral de los servicios de salud a los usuarios, sino que, por el contrario, tienen la obligación de actuar de manera razonada, eficiente y efectiva para que la prestación de esos servicios sean suministrados de manera rápida y oportuna, habida consideración de que las enfermedades no dan espera y si no son tratadas a tiempo pueden causar grandes estragos en la salud, integridad personal y vida digna de los pacientes. Es por ello que esas entidades están en la obligación de abandonar las prácticas dilatorias de la prestación de todos los servicios médicos especializados, farmacéuticos, quirúrgicos y demás que conforman el sistema integral de salud, so pena de incurrir en una constante y continuada amenaza y vulneración de los derechos a la salud y a la vida de los pacientes, cuando, precisamente, tienen como función garantizarlos.

[Sentencia de 29 de enero de 2010, Exp. 13001-23-31-000-2009-00584-01\(AC\), M.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

5. a) La acción de tutela como mecanismo transitorio procede contra los actos administrativos particulares que imposibilitan la continuación en el concurso de méritos cuando el mecanismo ordinario es ineficaz, pero prospera únicamente si se acreditan amenazas o vulneraciones a los derechos fundamentales.

La Sala considera que la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, debe determinarse teniendo en cuenta cada situación particular que se ponga en conocimiento, en cuanto es así como debe entenderse lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. En el caso concreto, existen actos administrativos expedidos por la Coordinadora Nacional del Área de Gestión de Talento Humano de Acción Social que decidió que la actora “no acredita el tiempo de experiencia previsto por el empleo” y que “la experiencia profesional relacionada exigida de 37 meses no se cumple”. [...] y por la Comisión Nacional del Servicio Civil [...] que, de manera

definitiva, excluyó a la actora del proceso del concurso. [...] La razón en una y otra oportunidad argüida por ambas entidades que concurren en la resolución de la situación de la accionante, es la misma: la carencia de la experiencia exigida para optar por el empleo para el que concursa. Es evidente que esos actos administrativos de contenido particular y concreto que aunque de trámite o preparatorios, se vuelven definitivos porque imposibilitan la continuación en el concurso, son susceptibles de control jurisdiccional. Por ello, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente habida cuenta de su naturaleza subsidiaria y residual. No obstante, ha de examinarse la efectividad de la acción ordinaria para efectos de lograr que la accionante, en el evento de ser cierta la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, logre continuar en igualdad de oportunidades en el concurso para el empleo de carrera administrativa al que aspira. En ese sentido es claro que, para los fines que persigue la accionante, el medio de defensa ordinario no representa eficacia en tanto la actora en primer término debe adelantar una solicitud de conciliación pre judicial para, posteriormente, someter a control judicial tales actos. Entretanto, ante el avance del trámite del concurso, cualquier decisión judicial no resultaría oportuna. Es por esta razón que ejerce la tutela a título de mecanismo transitorio y, en tanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, no se vislumbra que utilice este remedio constitucional para eludir el control ordinario del acto administrativo, por la autoridad judicial competente. En consecuencia, a juicio de la Sala, en este caso concreto, la acción de tutela procede. Ahora bien, su prosperidad dependerá de si está o no acreditado que se irrogan vulneraciones o amenazas a derechos fundamentales de la actora por cuenta de las decisiones que le impiden continuar en el concurso. Sostiene la accionante que en el análisis de su hoja de vida, no le fue tenida en cuenta la experiencia laboral de 175 meses con el Ministerio de Transporte donde desempeñó labores que, a su parecer, demuestran la “notable similitud” de éstas, con las que exige el cargo sometido a concurso y ofertado por la Agencia Presidencial para la Acción Social. A partir de la constancia sobre funciones realizadas por la accionante en el Ministerio de Transporte, la Sala observa que, en esa entidad, el desempeño profesional de la actora, se contrae a funciones en materia de tránsito, transporte e infraestructura vial.

Se concluye entonces que si el cargo a proveerse exige experiencia relacionada, se imponía a la actora, demostrar en la oportunidad requerida dentro del trámite del concurso, que posee la que concierne a manejo de temas de vivienda y mejoramiento de necesidades básicas, aun cuando no haya sido adquirida en la entidad ofertante. Como la que demostró fue experiencia en funciones de tránsito, transporte e infraestructura vial, no se aprecia que las decisiones que cuestiona configuren arbitrariedad o abuso de la autoridad competente. Se impone, en consecuencia, modificar el fallo impugnado que declaró improcedente la acción de tutela a fin de negarla, por no encontrarse demostrada existencia de vulneración de derechos fundamentales [igualdad y debido proceso] imputable a los actos proferidos por las accionadas.

[Sentencia de 11 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-01700-01\(AC\), M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. a) El litisconsorcio facultativo obedece a la voluntad de las partes, no del juez

De conformidad con el artículo 50 del C. P. C., los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados y los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros. En consecuencia, por tratarse de relaciones jurídicas independientes, cada uno puede realizar actos de disposición sobre los derechos en litigio y nada impide que a las distintas causas se les de una decisión diferente, al punto que cada una de las personas que integran este litisconsorcio pueden quedar afectadas de manera distinta. Respecto de su integración al proceso, la doctrina ha sido reiterativa en señalar que existen dos maneras de

integrar el litisconsorcio facultativo, bien sea en la misma demanda, acumulando varias pretensiones de diversos demandantes contra un sólo demandado o mediante el fenómeno de la acumulación de procesos, o acumulación de demandas para el proceso ejecutivo (arts. 157, 541, 540 y 556 C.P.C.). De todas maneras, resulta pertinente precisar que la integración del litis consorcio facultativo obedece de manera exclusiva a la voluntad de quien va a demandar, en ningún caso, por el querer de quien podría tener la calidad de demandado y al juez tampoco le está permitido hacerlo oficiosamente; pues contrario a lo sucedido con el litis consorcio necesario, el facultativo obedece a la voluntad de las partes, pues a pesar de que los demandantes estarían en capacidad de promover por separado acciones independientes, consideran oportuno y por economía procesal, integrar en un proceso único las pretensiones de los demandantes; sin olvidar, que estos intervienen en el proceso con pretensiones propias y autónomas y pueden hacer valer sus propias pruebas. En el caso bajo estudio, no resulta procedente la vinculación del BANCO GRANAHORRAR como litisconsorte facultativo activo, pues no se ha presentado al proceso para exponer sus pretensiones de manera acumulada, ni se ha presentado tampoco ningún incidente de acumulación de procesos.

b) Es obligación de los alcaldes impedir los asentamientos humanos en terrenos de riesgo

La ley, 9° de 1989, prevé lo necesario para la adquisición del inmueble o inmuebles deteriorados y sin calidad de uso para habitación, frente a tareas de reubicación de asentamientos humanos en situación general de riesgos. En todo caso, será obligación del Distrito adelantar lo pertinente con el principal propósito de impedir la habitación o asentamiento humanos en dichos terrenos. Cabe recordar que el Alcalde como máxima autoridad distrital o municipal tiene el control sobre las construcciones y el urbanismo en su territorio, razón por la cual debe hacer cumplir los requisitos establecidos en la ley para el otorgamiento de las licencias de urbanismo y construcción e incluso, una vez otorgadas, hacer el seguimiento para el cabal cumplimiento de los mismos o de las recomendaciones efectuadas.

c) Improcedencia de la acción popular para la extinción de contratos de hipoteca

El Banco Granahorrar argumenta que pese a no haber sido declarado vulnerador de derecho colectivo alguno, se ordena la extinción de las obligaciones hipotecarias suscritas a su favor, transgrediendo con ello derechos y la protección constitucional a la propiedad privada, bajo el argumento de no hacer más gravosa la situación de los demandantes. Conviene poner de presente que sobre este preciso tópico se pronunció recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado, en el sentido de que el juez de la acción popular sólo debe resolver sobre la violación de los derechos colectivos invocados, sin dirimir, en modo alguno, derechos subjetivos como las reclamaciones económicas. Es más, resaltó la improcedencia de dicha acción para obtener la extinción de los contratos de hipotecas y el cambio de estratificación. Por tanto, se revocará todo lo relacionado con la extinción de las obligaciones hipotecarias constituidas a favor de Granahorrar previsto en el numeral 9° de la parte resolutoria del fallo apelado, y también lo ordenado en el numeral 7°, ibídem, que guarde relación con la referida entidad.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-27-000-2003-00035-02\(AP\), M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

2. a) Los usuarios de servicios públicos son sujetos de protección especial por ser consumidores de actividades inherentes a la finalidad social del estado

En lo atinente al derecho o interés colectivo de los consumidores o usuarios, vale la pena advertir que el artículo 78 constitucional atribuye naturaleza colectiva a los consumidores de bienes y servicios. De esta dualidad normativa se deriva que los usuarios de los servicios públicos son una especie del género de los consumidores y si bien unos y otros merecen una protección y sus derechos alcanzan una dimensión colectiva susceptible de amparo a través de las acciones populares, el Estado debe atender más la situación de los primeros, toda vez que estos son consumidores de

actividades “inherentes a la finalidad social del Estado” (artículo 369 constitucional). Esta disposición (Ley 472 de 1998 artículo 4 literal n) es de enorme importancia para el amparo del derecho colectivo de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. En este sentido, para la Sala es claro que la vulneración del derecho colectivo de acceso a los servicios públicos, se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad, es decir, que para afirmar como violado o amenazado este derecho implica identificar una afectación a un usuario que se provoca, como consecuencia de una trasgresión.

b) Los periódicos y revistas con contenido visual para adultos contrarían la moral pública pero no se oponen a la normativa vigente, en consecuencia no es posible, a través de una acción popular, limitar, impedir o censurar su compra o su venta

El artículo 20 de la Constitución Política garantiza a todas las personas la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opinión, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y además la de fundar medios de comunicación, los cuales por disposición constitucional serán libres. De otro lado, la libertad de expresión constituye un aspecto fundamental en el ordenamiento jurídico, no solo porque contribuye al desarrollo de la autonomía, la libertad de las personas, el desarrollo del conocimiento y la cultura, sino además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. No puede entonces limitarse la acción popular como instrumento para la protección de este derecho, pues estamos frente a la libertad de expresión, comúnmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En ese orden de ideas, la Sala observa, que la expedición de periódicos y revistas con contenido visual, exclusivo para adultos, no va en contravía de la normativa vigente, sino, que contrarían la moral pública, entendida esta como aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos los cuales constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa. De tal manera, mal podría esta Sala limitar, impedir o censurar la compra y venta de periódicos y revistas con contenido exclusivo para adultos, cuando estamos frente a un Estado Social de Derecho, que otorga a sus habitantes la libertad de seleccionar que leen y que no. De otra parte, no puede pasarse por alto que la moral pública no es un derecho colectivo, no puede olvidarse que los derechos e intereses colectivos son únicamente aquellos que están previstos como tales en la Constitución Política (arts 78 a 82 y 88), en la ley (art. 4° de la Ley 472 de 1998) o en los tratados internacionales (como, por ejemplo, el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono). En la disposición legal citada (art. 4° de la ley 472 de 1998), se consagró como derecho o como interés colectivo, la “moralidad administrativa”. Es decir que la moral pública es un concepto que, aunque puede ser real, es impreciso y del que no puede servirse el juez, a través de la acción popular, para censurar la acción del Estado o de los particulares.

[Sentencia de 4 de febrero de 2010, Exp. 25000 23 27 000 2004 02006 01\(AP\), M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. LEGALIDAD DE RESOLUCIÓN DISTRITAL QUE PROHÍBE TRANSITO DE VEHÍCULOS DE TRANSPORTE COLECTIVO URBANO E INTERMUNICIPAL EN TRONCALES DESTINADAS EXCLUSIVAMENTE AL SISTEMA MASIVO DE TRANSPORTE TRANSMILENIO.

En lo concerniente a la facultad para expedir la disposición cuestionada, se debe tener en cuenta: En primer lugar, que ésta no es más que una forma de organizar el uso de las vías públicas para la prestación del servicio público de pasajeros, siguiendo políticas, parámetros y lineamientos establecidos

por el legislador, de las cuales tiene carácter medular el otorgamiento de prelación a los sistemas masivos de transporte de pasajeros sobre los colectivos e individuales. Así se colige del artículo 3° de la Ley 105 de 1993, consagra los principios del transporte público, en cuyo numeral 1 incluye el “DEL ACCESO AL TRANSPORTE”, dentro de cuyas diversas “implicaciones” señala la del literal c) de ese numeral, consistente en “Que las autoridades competentes diseñen y ejecuten políticas dirigidas a fomentar el uso de los medios de transporte, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda y propendiendo por el uso de medios de transporte masivo.” Del artículo 3° de la Ley 336 de 1996, en cuanto prevé que en la regulación del transporte público las autoridades competentes exigirán y verificarán las condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad requeridas para garantizarle la eficiente prestación del servicio básico, dándole prioridad a la utilización de medios de transporte masivo; mientras que el artículo 5° de la misma, le da carácter de servicio público esencial a dicho servicio público y le atribuye la consecuente prelación del interés general sobre el particular. Descendiendo al ámbito distrital, se le dio desarrollo y aplicación a dicha prioridad mediante el Decreto 115 de 2003 del Distrito Capital, en cuyo artículo 1° se estableció que “para todos los efectos se considerará prioritario para la ciudad, el desarrollo, expansión e implantación del Sistema de Transporte Masivo TransMilenio” y que dicha prioridad será criterio esencial para la adopción de las decisiones asociadas a la definición, desarrollo e implementación de políticas de transporte público de la ciudad. De dicha normatividad, en especial de la última disposición citada, la Sala, en sentencia donde examinó la legalidad del referido decreto distrital, concluyó que “si el uso de medios y sistemas masivos de transporte es prioritario frente a los que no lo son, es lógico que las rutas que se entren a cubrir mediante ese sistema les sean dadas de la misma forma prioritaria, es decir, que pasa a primar o a tener preferencia sobre las demás formas que se vinieran dando en dichas rutas”. Obsérvese que esa prioridad se proyecta sobre las rutas, es decir, sobre las vías que asignen para la prestación del servicio de transporte de pasajeros, masivo o colectivo, y no sobre los carriles que puedan conformar las vías de las respectivas rutas, de modo que la asignación de una ruta al sistema de transporte masivo implica que éste tiene la exclusividad de la misma frente al servicio público colectivo de pasajeros. En ese orden, si en otro acto reglamentario de menor jerarquía, como la resolución acusada [Resolución núm. 1402 de 2000 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá], se dice que los vehículos automotores utilizados en el transporte colectivo urbano no podrán transitar por los carriles paralelos a los destinados al transporte masivo, no se hace más que reiterar la norma superior, esto es, que tales vehículos automotores “no podrán transitar por las troncales (léase vías y rutas) destinadas para el uso exclusivo del Sistema TransMilenio”, que justamente es lo que real y formalmente está diciendo la disposición acusada, lo cual no tiene origen sustancial en ésta sino en la normatividad superior. El artículo acusado lo que hace es explicitarla y precizarla en lo que al sistema TRANSMILENIO se trata. (Sobre la prioridad de las rutas del Sistema masivo de Transporte Transmilenio, se cita sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación 2003 00834 01, del 26 de abril de 2007, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.)

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-24-000-2004-90493-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. OCURRENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA ADUANERA NO PERMITE LEGALIZAR MERCANCÍAS QUE PRESENTEN RESTRICCIONES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS.

El Artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, parcialmente subrogado por el Decreto 1198 de 2000, regula el silencio administrativo positivo (...) Aunque la norma trascrita establece que el silencio administrativo positivo se configura al término de doce (12) meses contados desde la iniciación de los trámites aduaneros respectivos y si bien se atribuye al mutismo de la administración un efecto favorable a los intereses del administrado, no puede perderse de vista que la misma norma consagra la imposibilidad de legalizar mercancías cuya importación se encuentre sujeta a restricciones legales o administrativas. En otras palabras, el silencio de la administración no puede convertir lo restringido en permitido, pues ese no es un efecto posible de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo de la norma textualmente trascrita. En el caso sub examine, por tratarse precisamente de la importación de un vehículo modelo 1986 (tal como lo señaló la Policía Metropolitana de Bogotá), o 1991 (como

reza en varios de los documentos allegados al proceso), su importación resultaba totalmente improcedente en ambos casos, pues es claro que desde el 1° de enero de 1994 la nacionalización de vehículos usados o nuevos de modelos anteriores a esa fecha se encontraba completamente restringida, en virtud de lo dispuesto en la Circular Externa S01-091 de 29 de diciembre de 1993 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en donde se precisa que “El comité de importaciones en su sesión del 27 de diciembre de 1993 decidió a partir del 1° de enero de 1994 no autorizar bajo ningún concepto las importaciones de vehículos usados o saldos de la partida arancelaria 87.03.”. En concordancia con lo anterior, el artículo 5° de la Resolución 355 de 1993, emanado de ese organismo comunitario, establece de manera perentoria que “Los Países Participantes no autorizarán la importación de vehículos usados, ni los vehículos nuevos de años-modelos anteriores, a más tardar a partir del 1° de enero de 1994. Ecuador aplicará esta prohibición a más tardar el 1° de octubre de 1994.” Además de lo expuesto, la Sala observa que el actor omitió el cumplimiento de la formalidad señalada por el artículo 42 del C.C.A., el cual dispone lo siguiente: Artículo 42 del C.C.A.- Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5°, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto. La escritura y sus copias producirá (sic) todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico. Al no obrar en el expediente la copia del instrumento público mediante el cual se protocolizó la constancia o la copia de la solicitud ni la declaración jurada señalada en el artículo transcrito, concluye la Sala que el actor dejó de realizar las gestiones necesarias para poder invocar válidamente la ocurrencia del derecho administrativo positivo.

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-00927-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. DECLARADA NULIDAD PARCIAL DE DECRETO 4779 DE 2003 EN CUANTO EXCLUYÓ DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE VALLEDUPAR TELEUPAR S.A. E.S.P. LOS BIENES AFECTOS AL SERVICIO PRESTADO POR ESA EMPRESA

Consideran los demandantes que el decreto acusado viola los artículos 18, 19, 20, 21 y 22 del Decreto Ley 254 de 2000, en cuanto excluyó de la masa de la liquidación los bienes afectos al servicio y eximió al liquidador de hacer un inventario de los mismos. (...) La Sala considera pertinente destacar que el acto que se acusa dentro de sus facultades legales invocó, además del artículo 189, numeral 15 de la Constitución Política y el Decreto Ley 254 del 2000, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 (...). A dicho artículo 52 se refirió expresamente el artículo 2° del Decreto Ley 254 del 2000, como se advierte a continuación: “Artículo 2°.- Iniciación del proceso de liquidación. El proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión o disolución de una de las entidades a las cuales se refiere el artículo 1° del presente decreto. El acto que ordene la supresión o liquidación dispondrá lo relacionado con las situaciones a que se refiere el párrafo primero del artículo 52 de la Ley 489 de 1998....”. A juicio de la Sala, del estudio armónico de la anterior normativa se deduce que si bien es cierto que de conformidad con el párrafo 1 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, el acto que ordene la disolución, supresión y liquidación de una entidad dispondrá, entre otras cosas, sobre la destinación de los bienes, también lo es que dicha destinación debe entenderse referida a determinar cuáles bienes están afectos al servicio y cuáles no, y no así a sí harán o no parte de la masa de liquidación, pues de conformidad con los artículos 20 y 21 del Decreto Ley 254 de 2000, la masa de la liquidación la integran todos los bienes de la entidad a liquidar, a excepción de los recursos de seguridad social y los demás que establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuales, son, al tenor de su artículo 299, los títulos que se hayan entregado a la entidad intervenida para su cobranza y los que haya adquirido por cuenta de otro; el dinero del mandante remitido a la entidad intervenida en desarrollo de un mandato o fideicomiso; las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a

obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero; los bienes que tenga la entidad intervenida en calidad de depositario o fiduciario; los valores de cesión o de rescate de los títulos de capitalización; los depósitos de ahorro o a término constituidos en establecimientos de crédito; las especies identificables que aún encontrándose en poder de la entidad intervenida pertenezcan a otra persona; y las especies identificables que aun encontrándose en poder de la entidad intervenida pertenezcan a otra persona. De otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 7° del Decreto 613 (sic) del 2003, por el cual se suprimió y se ordenó la disolución y liquidación de TELEUPAR S.A. E.S.P., define los bienes afectos al servicio como aquellos necesarios para la prestación del servicio de telecomunicaciones, de acuerdo con la metodología que se establezca en el contrato de explotación y que su artículo 9°, que fue precisamente modificado por el artículo 2° del decreto que se acusa, preceptuaba que la masa de la liquidación estará constituida por los bienes de propiedad de la Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar -Teleupar S.A. E.S.P. en liquidación, a los que se refiere el artículo 20 del Decreto Ley 254 de 2000 y por la contra prestación que pague aquella entidad que se establezca como gestor del servicio por el contrato de explotación. En consecuencia, al confrontar el artículo 2° del Decreto 4779 del 2005, que modificó el 9° del Decreto 1613 del 2003, con los artículos 20 y 21 del Decreto Ley 254 del 2000, la Sala encuentra que, en efecto, el primero violó los dos últimos citados, pues si ni el Decreto Ley 254 del 2000 ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero excluyeron de la masa de la liquidación los bienes afectos al servicio, mal podía hacerlo el decreto acusado, que es de inferior jerarquía.

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2006-00129-01, M.P. \(E\) MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

4. EN APROBACIÓN DE AJUSTE DE PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEBE OBSERVARSE IGUALMENTE EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

El actor señala que se violan las disposiciones legales señaladas, porque no se permitió la participación de sus pobladores como lo dispone el artículo 4° de la Ley 388 de 1997 y no existe concepto alguno del Consejo Territorial de Planeación, ni del Consejo Consultivo de Ordenamiento porque la administración municipal “bajo la premisa de una convocatoria no atendió el mandato legal de conformación de estos consejos, según el artículo 29 de la Ley 388 de 1997”; manifiesta que por lo anterior no se cumplió con las instancias de concertación y consulta de que trata el artículo 24 de la misma disposición, en especial con lo dispuesto en el numeral 3°. Entonces, el problema jurídico consiste en dilucidar si el Acuerdo N° 017 del 11 de diciembre de 2003 “Por medio del cual se ajusta el Plan de Ordenamiento Territorial y se ajusta como Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Ubaté”, se expidió contraviniendo las normas superiores que señala el actor, a saber, los artículos 4, 24 numeral 3 y 29 de la Ley 388 de 1997, el artículo 12 de la Ley 810 de 2003 y el artículo 1° del Decreto 2079 de 2003. El artículo 12 de la Ley 810 de 2003, vigente para la época en que se expidió el acto acusado, dispone que los Concejos Municipales y Distritales podrán revisar y hacer ajustes a los Planes de Ordenamiento Territorial ya adoptados por las entidades territoriales y por iniciativa del alcalde y que si el concejo no aprueba en 90 días calendario la iniciativa, el alcalde podrá hacerlo. El citado artículo 12 fue reglamentado por el Decreto N° 2079 del 25 de julio de 2003, vigente cuando se expidió el acto acusado (...). Debe entonces la Sala revisar si en la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Ubaté se convocó y participó la ciudadanía, si se solicitó el concepto y las recomendaciones del Consejo Territorial de Planeación y si bastaba con esta solicitud para que se cumpliera el requisito legal. La Sala no se referirá a las funciones del Consejo Consultivo de Ordenamiento porque el actor no prueba, de conformidad con el artículo 29 transcrito, que el municipio de Ubaté tuviera la obligación de conformarlo, ni explica por qué este ente debe dar concepto previo a la expedición del plan de ordenamiento territorial, pues la norma citada sólo dispone que debe hacerle seguimiento y proponer ajustes y revisiones y en el articulado de la Ley 388 de 1997 no se señalan las funciones que éste ente deba ejercer, previamente a la expedición del POT. A folios 452 y ss reposan documentos que demuestran que la ciudadanía participó y envió comentarios y observaciones sobre el plan de desarrollo territorial. Entre los entes privados que participaron se encuentran: Trocha Ciudadana de

la comunidad de la Vereda de Guatancuy, Empresa Social del Estado Hospital El Salvador de Ubaté quien se refirió al tema salud, Asociación de Juntas del Municipio de Ubaté, Junta de Defensa Civil de Ubaté, entidades cristianas; además se desarrollaron mesas de trabajo sobre deporte, seguridad, (folios 481 y ss) que indican que hubo participación ciudadana. Además a folio 549 reposa el acta N° 054 del 4 de diciembre de 2003 del Concejo Municipal de Ubaté, en la que consta que habiendo quórum decisorio y deliberatorio, se dio inició al cabildo abierto, en el que participaron ciudadanos de diferentes gremios y actividades privadas. Por lo anterior y a falta de mayores explicaciones por parte del actor, la Sala encuentra que el cargo por falta de cumplimiento del artículo 4° de la Ley 388 de 1997, no aparece probado.

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-24-000-2004-00380-01, M.P. \(E\) MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

5. SITUACIONES EXCEPCIONALES QUE PERMITEN LA MODIFICACIÓN ANTICIPADA DE FORMULAS TARIFARIAS POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEBEN SER PROBADAS.

Es cierto, conforme lo señaló el a quo, que la sociedad demandante prestadora de los servicios de acueducto y alcantarillado, estaba sometida en los años 1997 y 1998 al Régimen de Libertad Regulada. En efecto, conforme se lee a folio 100 del cuaderno principal, en la cláusula 55 del contrato de concesión 132 de 1996, celebrado entre el Municipio de Tunja y la actora, los valores de tarifas que aplicaba la EEAT, para el cobro de servicios de acueducto y alcantarillado se gobiernan por el régimen de LIBERTAD REGULADA, de acuerdo con lo preceptuado en la Resolución CRA 04 de 1993; y que las fórmulas tarifarias tendrían una vigencia de cinco años, pudiendo modificarse solo excepcionalmente. El artículo 126 de la Ley 142 de 1994, es del siguiente tenor: “Artículo 126. Reglamentado por el Decreto Nacional 3860 de 2005. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas”. De acuerdo con el documento obrante a folio 5 del cuaderno del recurso, a través del Acuerdo 0013 de 22 de agosto de 1995, la Junta Directiva de la E.A.A.T. niveló las tarifas de consumo, cargo fijo, reconexión y tarifas sin medición. Es decir, que cuando se celebró el contrato de concesión el 3 de octubre de 1996, cuya cláusula 55 reconoció la vigencia de las fórmulas tarifarias de la E.A.A.T., solo había transcurrido un año y dos meses de haberse nivelado las tarifas de consumo, cargo fijo, reconexión y tarifas sin medición a través del Acuerdo 0013 de 22 de agosto de 1995, por la Junta Directiva de aquella. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, la actora no podía modificar la fórmula tarifaria antes del plazo de 5 años, contado a partir del 22 de agosto de 1995, pues no aparece demostrada la existencia de errores graves de cálculo que lesionaran injustamente sus intereses, o razones de fuerza mayor o caso fortuito que comprometieran en forma grave su capacidad financiera de para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Llama la atención de la Sala que, por una parte, la actora, conforme se lee a folio 206 del expediente, aduce que “uno de los incrementos tuvo por fin restituir el equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato, el cual se vio gravemente afectado por la estratificación socioeconómica adoptada por el Municipio el 28 de octubre de 1996, días después de la firma del contrato...” y, por otro, a la vez, pretenda que se le dé un valor probatorio con el mismo alcance justificativo de los incrementos, al estudio de costos y tarifas elaborado por la Consultora Beatriz Eugenia Polanía Chacón, del cual dice que debe concluirse que no se está cobrando en la tarifa media una suma superior a la de sus costos. En consecuencia, debe entenderse, entonces, que la nueva tarifa cobrada no tuvo como fin restituir el equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato, que, según la actora, se estaba viendo gravemente afectada. De

tal manera que desde esta perspectiva, no se probó la justificación que reclama la ley para incrementar la fórmula tarifaria en el período de cinco años a que se refiere el artículo 126 de la Ley 142 de 1994.

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-24-000-2000-00368-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

6. ADQUIRENTE DE BUENA FE DE VEHÍCULO MATRICULADO EN LAS OFICINAS DE TRÁNSITO ES EXONERADO DE RESPONSABILIDAD POR CONTRABANDO / ACTO DE MATRICULA GENERA CONFIANZA LEGÍTIMA EN ADQUIRENTE.

En lo tocante a la violación del principio de la buena fe, la actora expresó que fue víctima de una estafa por parte del señor PASTOR NIÑO VILLAMIZAR, quien le entregó documentos en apariencia legales. En parte alguna de la demanda se refiere al Programa de Saneamiento de Cúcuta, de la Dirección de Aduanas y la Revisión Técnica de la Policía Judicial, Unidad de Automotores de Bucaramanga, que conceptuaron que los sistemas de identificación del vehículo eran originales, aspecto este en efecto relevante para haberlo puesto de presente en el libelo, a fin de que fuera determinante en la decisión a adoptar. Sin embargo, en la demanda se hace un comentario acerca de que el mismo PASTOR NIÑO VILLAMIZAR en un memorial ante la entidad reconoce lo afirmado por la actora y pretende justificar su irregularidad en el hecho de que se valió de un gestor en Bucaramanga para que tramitara lo relativo al saneamiento de la camioneta (folio 20); además de que solicita como prueba copia de la actuación surtida ante el Juzgado Civil del Circuito de Bucaramanga en el proceso ordinario de resolución de contrato radicado bajo el núm. 17460 y de lo actuado ante la Fiscalía en virtud de la denuncia que le formuló al vendedor del vehículo por el punible de estafa. Y fue con base en los documentos allegados en virtud de esas pruebas que el a quo respaldó la presunción de buena fe de la actora. Por estas especiales circunstancias la Sala reitera lo expresado en sentencia de 11 de diciembre de 2006 (Expediente 1631, Actora: Silvia Urbano Rosas, Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta), que frente a un asunto similar, expresó lo siguiente, para acceder a las súplicas de la demanda: "...De suerte que en esas circunstancias de suyo es de presumir que la adquisición del automotor la hizo bajo la convicción de que se trataba de una mercancía legal, pues ello es lo que implica el acto de matrícula, que si bien no sana la condición de contrabando que pueda tener un automotor y, por ende, no evita su decomiso, de todas formas es un acto administrativo que está revestido de la presunción de legalidad y por lo mismo está llamado a generar confianza o seguridad a terceros de tener ante sí una situación ajustada a la ley; a lo cual se suma que el traspaso implica que antes de adquirirlo ya había tenido otro dueño, situación que refuerza la confianza de la actora en la legitimidad de la mercancía adquirida, de modo que para la época ya era de segunda mano, además de que sus guarismos eran originales, según revisión técnica que le fue practicada por el Grupo de Automotores de la SIJIN, Cali (folio 145 del cuaderno anexo). La anterior presunción, además de ese respaldo circunstancial, tiene respaldo legal en los artículos 835, 871 y 773 del Código de Comercio, en cuanto en su orden establecen que "Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa...", que "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural", y que "Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título...". Preceptos que a su vez deben tomarse como desarrollo específico del principio de la presunción de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, en el sentido de que la buena fe se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, presunción que es definida por el artículo 768 del Código Civil como "... la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio" y que, de acuerdo con el artículo 769, ibidem, "... se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria", preceptos últimos que por disposición del artículo 822 del Código de Comercio son aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos

mercantiles. Consecuente con lo anterior, debe la Sala confirmar la sentencia apelada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. (Sobre la aplicación del principio de la buena fe para eximir de responsabilidad a adquirente de vehículo matriculado en Oficina de Tránsito, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 1631, del 11 de diciembre de 2006, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta).

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 68001-23-15-000-1997-13205-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. CONCURSO DE MERITOS PARA MAGISTRADO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO Y JUEZ ADMINISTRATIVO - Porcentaje de concursantes llamados a curso de formación judicial / CURSO DE FORMACIÓN JUDICIAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS - Derecho a ser llamado por lista de elegibles insuficiente

De acuerdo con el artículo 2 numeral 4.1 Fase II del Acuerdo 1550 de 2002, quienes hayan superado la fase I, esto es, que hayan obtenido un puntaje superior a 800, pero que no alcancen a ser llamados a participar en el curso concurso en los términos del Acuerdo 1550 de 2002, quedan automáticamente excluidos del concurso, circunstancia que no se corresponde con lo dispuesto dentro de la Fase I, teniendo en cuenta que allí determina claramente que quienes obtengan el puntaje mínimo establecido continuarán en el concurso. En esas condiciones es evidente que la norma demandada consagra una causal de eliminación del concurso no contemplada en la ley, cual es el número de vacantes a proveer aumentado en un 25%, es decir que aquellos que aunque hayan obtenido un puntaje superior a 800 pero no alcancen a estar comprendidos dentro del número de vacantes más un 25%, serán eliminados excediendo con tal disposición lo consagrado en el artículo 68 inciso 1° de la Ley 270 de 1996. El curso de formación judicial solamente se presenta como eliminatorio para quienes habiéndolo cursado no obtuvieron el puntaje aprobatorio para ser incluidos en el registro de elegibles, sin embargo, dicho carácter en momento alguno se ha hecho extensivo a quienes habiendo superado la Fase I no fueron convocados a participar del curso, atendiendo a que el número de vacantes más el 25% no era suficiente para incluirlos. Lo anterior encuentra relevancia en el evento en el que por ejemplo, la lista de elegibles sea insuficiente para proveer las vacantes existentes, pues en tal caso quienes superaron la prueba de conocimientos y no hubieran sido llamados al curso inicialmente, podrían ser convocados para participar posteriormente en él, siempre y cuando esta situación se presente dentro del término de vigencia del registro de elegibles. De lo contrario, si quedan excluidos del concurso, sería necesario adelantar nuevamente todas las fases del proceso desde el principio, implicando un mayor esfuerzo por parte de la administración en la elaboración de un nuevo proceso concursal, atentando contra los principios constitucionales de eficacia, economía y celeridad (artículo 209), en consideración a que los aspirantes que no fueron llamados a formar parte del curso también cursaron y aprobaron la Fase I de "oposición".

NOTA DE RELATORÍA: En la citada providencia se declaró la nulidad de los apartes **SOLO Y CONTINUARAN EN EL CONCURSO Y** contenida en el artículo 2 numeral 4.1. del Acuerdo 1550 de 17 de septiembre de 2002, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2006-00053-01\(1126-06\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

2. CONCURSO DE MERITOS EN LA RAMA JUDICIAL - Legalidad del llamado a curso de formación judicial a los más altos puntajes. La experiencia, la capacitación y la entrevista no tienen carácter eliminatorio

De acuerdo con algunos pronunciamientos el hecho de que solamente se llame a quienes obtuvieron los más altos puntajes en la Fase I para participar del curso de formación judicial, no resulta discriminatorio sino que por el contrario dicha reglamentación obedece a los principios de eficacia, economía y celeridad que deben estar presentes en el desarrollo de la función administrativa. En relación con este punto el artículo 2° numeral 4.1 literal a) señala que “Solamente quienes obtengan este puntaje mínimo podrán continuar en el”, quiere decir que la prueba de conocimientos tiene un carácter eliminatorio. Los demás factores a los cuales se les asigna puntaje, esto es, experiencia adicional y docencia (hasta 150 puntos), capacitación adicional y publicaciones (hasta 150 puntos) y la entrevista (hasta 100 puntos), no son eliminatorios, puesto que si el aspirante no supera la prueba de conocimientos con un mínimo de 800 puntos, no puede continuar en el concurso. Siendo así, aunque se adicionara el puntaje que corresponde por experiencia, capacitación y entrevista, al alcanzado en la prueba de conocimientos inferior a 800 puntos, no podría continuar en el proceso de selección, aunque el resultado supere el límite establecido por el literal a). De acuerdo con lo anterior no asiste razón a la actora en relación con el carácter eliminatorio de los factores de experiencia, capacitación y entrevista.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2005-00056-00\(1872-05\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

3. REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Competencia de la administración hasta antes de la notificación del auto admisorio

No puede castigarse entonces el proceder de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá que ante la ilegalidad de su acto y al causar con el mismo agravio injustificado al interesado, acudió a ejercer una facultad que legalmente le ha sido conferida y cuya limitación desconocía por ausencia del acto de notificación que le permitiera concluir la imposibilidad jurídica a la luz de la norma en mención de proferir o resolver la revocatoria impetrada, lo que fuerza concluir que, en ausencia de acto de notificación que informara o enterara oportunamente a la demandada de la pérdida de su competencia para revocar su acto administrativo, ésta podía válidamente ejercer tal facultad y por ende, el acto de revocatoria en cuestión -Resolución No. 2691 del 4 de septiembre de 2000-, extinguió validamente el acto aquí demandado -sin que éste último hubiese producido efecto jurídico alguno mientras se mantuvo vigente-, razón por la que escapa de control judicial, impidiendo cualquier pronunciamiento respecto de su legalidad. Ahora, teniendo en cuenta que la Resolución No. 2691 del 4 de septiembre del 2000 revocó la decisión demandada concediendo el derecho reclamado por el actor, debe precisarse que cualquier objeción respecto al ámbito de reconocimiento allí contenido -más exactamente frente a los intereses y corrección monetaria que el accionante insistió en reclamar ante el a quo- no revive el acto extinto ni posibilita su control judicial sino que imponía para el interesado la impugnación del nuevo pronunciamiento, en donde se concretó en últimas la decisión de la Administración respecto del derecho en discusión, razón por la que debió interponer los recursos de Ley y/o ejercer oportunamente su derecho de acción frente a dicho acto.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 15001-23-31-000-2000-00900-01\(0436-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

4. PLANTA DE PERSONAL DEL BANCO CAFETERO - Facultad del Presidente de la República con sujeción a la ley 489 de 1998. Cosa Juzgada relativa

Como la facultad de los numerales 14, 15 y 16 del artículo 189 de la Carta no puede ser ejercida directamente por el Presidente, pues en ellos se exigió la existencia de una ley intermedia que determinara las reglas generales a las cuales debía ajustarse para tal ejercicio, corresponde entonces examinar la Ley 489 de 1998 para determinar si es éste el ordenamiento que contiene los parámetros generales para ejercer la potestad referida. Es claro que la facultad conferida en el numeral 16 del artículo 189 de la Carta guarda armonía con el numeral 14, luego la modificación de la estructura de las entidades nacionales, regulada por la Ley 489, como ordenamiento que contiene las reglas y principios generales, extiende su ámbito a la supresión de cargos, no sólo por haberlo dispuesto en forma textual el literal m) del artículo 54, cuyo texto fue transcrito, sino porque forzosamente la modificación de la estructura de una entidad comporta la supresión y fusión de los empleos, pues es en esta escala de la organización administrativa donde se concreta la referida potestad. (Fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado de 13 de marzo de 2003, Exp. Al - 056, Cons. Pon. Alejandro Ordóñez Maldonado).

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

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2005-00013-00\(0347-05\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

5. ASCENSO A GENERALES DE LA POLICÍA NACIONAL - Elemento de confianza y seguridad nacional que trasciende la simple facultad discrecional

Conforme al artículo 218 Superior, la Carta Política diseña los cuerpos castrenses y de policía dentro de una estructura jerarquizada sometida a la jefatura institucional del Presidente de la República, lo cual impone elementos de confianza y seguridad nacional que combinados otorgan certidumbre a las políticas de gobierno en desarrollo, por esta circunstancia, la facultad para el ascenso dentro de los máximos cargos dentro de las instituciones políticas y militares, representa un tipo de acto cuya naturaleza es sustancialmente diferente a la simple facultad discrecional, atendiendo como se anotó, el conjunto de intereses que para la seguridad del estado encarna esta decisión y por consiguiente particulariza la modalidad de control que puede ejercer el juez administrativo en lo que corresponde al alcance de los análisis jurídicos que han de realizarse, no radicado en criterios de proporcionalidad y oportunidad, sino en el contexto de la decisión porque el acto así producido constituye la solución justa y correcta, que no es otra que aquella conforme con el interés descrito en la norma de la que fluye la atribución ejercida.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2001-12161-01 \(0794-07\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

6. LEGALIDAD DEL DECRETO 4433 DE 2004, POR EL CUAL SE FIJA EL RÉGIMEN PENSIONAL Y ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL

Considera la Sala que cuando el Legislador estableció la pensión por muerte en actos especiales del servicio en el artículo 27 del Decreto 4433, diferenciando a quienes ingresaran al Nivel ejecutivo a partir de la entrada en vigencia de dicho precepto con los que ya hacían parte de ella, lo que hizo fue darle cumplimiento a las normas creadoras del Nivel Ejecutivo, en el sentido de brindarle una especial protección para los miembros de la Policía que atendieran el llamado institucional para profesionalizar sus labores. Así las cosas, el parágrafo demandado del artículo 27, si bien consagró un trato diferenciado entre los miembros vinculados al nivel ejecutivo al momento de entrar en vigencia el citado Decreto con el personal que ingresara con posterioridad, no vulneró el derecho a la igualdad, pues como ya se vio, la diferenciación no se produjo entre iguales, pues a los activos se les debía respetar la especialísima protección con que venían revestidos por las normas de creación,

que, para recordar, previeron que sus condiciones laborales no podían ser desmejoradas al pasar al nivel ejecutivo. El trato diferente que se dio entre los activos y los nuevos en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, estuvo objetiva y razonablemente justificado, razón por la cual el cargo endilgado al parágrafo demandado no prospera.

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

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2005-00237-01\(10024-05\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

7. NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA - Falsa motivación y desviación de poder al no designar con lista de elegibles

Según documentos visibles en el expediente, las personas que ocuparon los seis (6) primeros lugares fueron vinculadas, en período de prueba, a la administración departamental, para desempeñarse como Jefes de Unidad, código 2035, grado 43. Habiéndose designado a los seis (6) primeros de la lista de elegibles, conforme a la Resolución No. 467 de 1996, no existe duda entonces para la Sala que el actor pasaba a ocupar el primer lugar y que ante una eventual vacancia la primera opción sería para él, siempre que la mencionada lista no hubiese perdido vigencia pues, en los términos del artículo 9° del Decreto-ley 1222 de 1993, la misma tendría validez hasta por un (1) año para los empleos objeto de concurso. Si como se consignó en el decreto anterior, (Decreto 0594 de 1997) el cargo de Jefe de Unidad, código 2035, grado 43, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Minero, se encontraba vacante para el 30 de mayo de 1997 (fecha para la cual el actor se hallaba en la lista de elegibles, pues no había sido excluido de la misma y ésta estaba vigente), es claro que tenía el derecho preferencial a ser nombrado en período de prueba en ese empleo, pues del orden de elegibilidad en que se mantenía surgía para él ese indiscutible derecho. El demandante participó en un proceso de selección y concursó para un cargo específico, cual era el de Jefe de Unidad, código 2035, grado 43; y así haya sido considerado para otro empleo dentro de la misma organización, es una situación que no lo inhabilitaba o lo descalificaba para que su nombre fuera considerado al momento de proveer la vacante, ya que fue ese el empleo - se repite - para el cual él optó. Bajo esas circunstancias, no existe justificación alguna para que la administración, en lugar de efectuar el nombramiento del actor en período de prueba, como legalmente correspondía, hubiera optado de manera discrecional por designar en provisionalidad al señor MUÑOZ TRUJILLO, incurriendo así en falsa motivación y en desviación de poder. A la modalidad de designación provisional se acude, conforme al artículo 1° del Decreto-ley 1222 de 1993, cuando no es posible proveer el cargo con un empleado de carrera mediante la figura del encargo, situaciones excepcionales que operan sólo mientras se efectúa la selección o concurso de méritos.

[Sentencia de 21 de octubre de 2009, Exp. 41001-23-31-000-1997-09839-01\(2345-07\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

8. LA CONSTITUCIÓN DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO PARA DIRIMIR EL PLIEGO DE CONDICIONES, DENTRO DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN DIRECTA, PUEDE NEGARSE FRENTE A LA INMINENTE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA

El problema jurídico del que enseguida se ocupa la Corporación, concierne a establecer si los actos acusados violan las normas superiores señaladas en la demanda, al desatender la preceptiva legal que, una vez agotada la etapa de negociación, ordena convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio para dirimir el pliego de peticiones presentado por UNEB al Banco Andino Colombia S.A. - en liquidación (...). El derecho a la negociación colectiva, así como el derecho a la estabilidad suponen la permanencia del proyecto productivo, es decir que la empresa como unidad económica que sirve para el encuentro de las expectativas de empleadores y trabajadores perdure en el tiempo. Por lo mismo, el derecho a la negociación colectiva supone un pacto o convención a cumplirse en el

porvenir, lo que por definición implica que el conflicto económico desemboca en un acuerdo o en un laudo cuya vigencia se proyecta temporalmente hacia el futuro. Por lo que acaba de decirse, cuando el futuro de la empresa es la liquidación, es decir su desaparición inminente, resulta carente de toda razón iniciar un proceso de negociación colectiva para regular relaciones futuras entre el capital y el trabajo, si es que el espacio de confluencia entre los factores de la producción está condenado inexorablemente a desaparecer por obra de la liquidación y la consiguiente extinción de la empresa. La liquidación de una entidad de cualquier naturaleza, justifica la restricción al derecho a la negociación colectiva, pues de nada vale proyectar hacia el futuro las relaciones económicas entre empleadores y trabajadores, si es que el proyecto productivo está llamado a extinguirse con ocasión de la orden de liquidación.

[Sentencia de 1 de octubre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2005-00232-00 \(9902-05\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

9. a) POR EL NO APORTE DE DOCUMENTOS DENTRO DE LOS DOS MESES DE SU REQUERIMIENTO SE DEBE ENTENDER EL DESISTIMIENTO DE LA PETICIÓN, PASADO DICHO TIEMPO SU APORTE TIENE EL ALCANCE DE UNA NUEVA PETICIÓN PARA EFECTO DE CONTAR LOS PLAZOS LEGALES.

En la demanda se alega, que “Coopfebor”, no aportó oportunamente los documentos requeridos por la Unidad de Inspección, Vigilancia y Control del Ministerio de la Protección Social, es decir, dentro de los dos meses señalados en el artículo 13 del C.C.A., pues tan solo los allegó tres meses después, ahí se cree hallar la violación por que el Ministerio decidió reanudar el trámite de una solicitud extinguida para que el empleador fuera autorizado a hacer el despido colectivo, sin exigir que el interesado reiniciara el trámite mediante una nueva petición. La Sala es conciente de que aprovecharse de una petición inicial, frustrada por falta de documentos, para reanudarla luego de pasados los dos meses, podría ser utilizada por el interesado para pedir la interrupción de términos desde la primera presentación fallida. A pesar de ello, en este caso bastaría con entender que la verdadera y única petición con que se abre un trámite administrativo, se produce en el momento en que luego de pasados los dos meses, el interesado completa los documentos, hecho éste que deberá tomarse como una nueva petición sin menoscabar los derechos de las partes. En verdad, admitir documentos después de transcurridos los dos meses de que trata el artículo 13, sólo implica entender que ese cumplimiento tardío del requerimiento, si es atendido por la administración equivale a una nueva petición a partir de la cual se deben contar los plazos legales. Interpretar en contrario implicaría que la administración traiciona la confianza legítima del interesado, en este caso la Empresa, quien entendió a partir de los actos de la administración que el hecho de completar la solicitud, implicaba la iniciación de un trámite nuevo, a pesar del inicialmente fallido. Los principios de celeridad, eficacia y eficiencia, fuerzan entender que el cumplimiento extemporáneo del requerimiento no viola el debido proceso, sino que tal renovación del interés, bien puede tomarse como una solicitud, expresiva de una señal positiva de aceptación emitida por la administración, la que por tanto la compromete y que no podría ser hoy anulada. La admisión tardía de la solicitud no afectó el derecho de defensa de los demás interesados, tampoco los plazos de caducidad o prescripción, pues, en todo caso, debe mirarse que la presentación inicial pereció, pero entender que la atención tardía del requerimiento es una nueva solicitud, pues de ese modo se cumplen los fines de la administración que deben ajustarse a la Constitución. Naturalmente, los principios de eficacia, celeridad, eficiencia, economía y la realización de los fines del Estado se resienten, si se asume una interpretación extrema del artículo 13 del C.C.A., como la que sugiere el demandante, pues abrir un trámite a partir de la llegada extemporánea de los documentos requeridos por la Administración, no viola el debido proceso, no quebranta la igualdad, como tampoco impide a todos los interesados ejercer sus derechos.

b) SI EL SUPERIOR AL DECIDIR EL RECURSO DE QUEJA CONCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN Y PROCEDE A RESOLVERLO, SIN PREVIA DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN POR EL INFERIOR, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

Sobre el trámite dado al recurso de queja. Corresponde ahora determinar si la Jefe de la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo violó el debido proceso, cuando al resolver el recurso de queja interpuesto por los demandantes, no sólo concedió el frustrado recurso de apelación negado por el a quo, sino que de manera directa decidió la segunda instancia. Alega el demandante que el Jefe de la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo no era competente para resolver de fondo el asunto, sino que antes debía devolver el expediente a su inferior jerárquico para que resolviera el recurso de reposición pendiente. Para la Sala, al contrario de lo que propone en demandante, en este caso no quedó comprometida la competencia del Jefe de la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo para decidir de fondo el asunto, es decir este funcionario era, sin duda alguna, el competente para decidir en segunda instancia el reclamo puesto por el recurrente. Se dice lo anterior para significar que la impropiedad cometida sería de mero trámite, pero que en nada afecta la competencia del funcionario, pues cumplido el paso de resolver previamente la reposición, el destino final de la decisión estaría en manos del Jefe de la Unidad. En verdad lo que se plantea es que antes de decidir la segunda instancia, debió permitirse al funcionario de primera instancia resolver el recurso de reposición, omisión que no aniquila la competencia del ad quem. Se juzga por el Consejo que el principio de la doble instancia previsto en la Constitución, otorga al ciudadano el derecho a que la decisión de un Funcionario administrativo sea controlada por otro, o lo que es igual, que se expresen dos criterios diferentes sobre la materia en diversos niveles de jerarquía y en distintos momentos. En el presente caso, a pesar de la informalidad que hubo, en verdad el interesado conoció el criterio de los dos niveles de la Administración, pues lo único omitido fue la reconsideración del primer grado, es decir se preservó el derecho fundamental a la doble instancia. Se añade que al desatar la segunda instancia operó el nivel jerárquico superior, por lo que en acatamiento del principio de derecho de que quien puede lo más puede lo menos, la decisión de segunda instancia es envolvente y por lo mismo con ella se cerró toda discusión. No hay entonces la violación al debido proceso que se denuncia.

c) EL FUERO SINDICAL CIRCUNSTANCIAL, POR EXISTIR UN PLIEGO DE PETICIONES EN CURSO, NO IMPIDE EL DESPIDO COLECTIVO ANTE LA INMINENTE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA

Ha planteado la parte demandante que hizo mal el Ministerio al autorizar el despido colectivo, pues habiendo un pliego de peticiones en curso, la protección que brinda el fuero impide todo tipo de retiro. No obstante, cuando se trata de una autorización de despido ante la inminencia de liquidación de una empresa, el fuero circunstancial no impide la desvinculación, ni hace que ella sea ilegal. En las motivaciones de la Resolución se dió cuenta de que la empresa no era viable y por ello para disminuir las pérdidas y evitar que se agotara su patrimonio, era aconsejable la reducción de la planta de personal. En esas circunstancias, no era ilegal la autorización de despido, con la debida protección a los trabajadores, como se reconoció en el acto acusado, pues el derecho constitucional a la negociación colectiva no puede ser igual para los trabajadores de una empresa en vía de liquidación.

[Sentencia del 3 de diciembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2004-00070-00 \(0718-04\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

10. LA ELABORACIÓN DEL PROCESO DE EVALUACIÓN DEL PERFIL PARA EL EMPLEO TEMPORAL POR LA ENTIDAD FRENTE A LA AUSENCIA DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL BANCO NACIONAL, CUMPLE CON LA FINALIDAD DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA, POR LO QUE SE NIEGA LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 21, INCISO SEGUNDO, DEL DECRETO 1227 DE 2005

Ahora bien, el legislador en procura de maximizar las condiciones laborales de estos empleados e incentivar el mérito para el acceso al ejercicio de la función pública consideró que el nombramiento en

un empleo de carácter temporal debería efectuarse teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer. Pero, por su lado, en la norma acusada, el Ejecutivo consideró que, cuando excepcionalmente no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad puede realizar un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que ella misma establezca. Para la Sala, el hecho de que se delegue o se autorice a la entidad que necesita las vacantes, ante la ausencia del aludido banco de aspirantes a empleos de carrera, no comporta un ejercicio excesivo de su poder regulador y, además, consulta con los fines constitucionales y legales que amparan el acceso al servicio. Los decretos reglamentarios que expide el Gobierno Nacional deben procurar hacer la efectividad de las normas, para ello, por supuesto, deben contener verdaderas regulaciones en donde se especifique, de manera clara, la forma en que la Ley debe cumplirse. En el mismo sentido el Presidente de la República cuando ejerce la potestad reglamentaria puede llenar vacíos que complementen y hagan efectiva la Ley, pero, al cubrir esos puntos oscuros o carentes de regulación no debe invadir la órbita de acción del legislador, pero tampoco debe quedar corto con su regulación de manera que la haga inoperante. En el presente asunto se tiene que el Ejecutivo reglamentó la forma de provisión de los cargos temporales cuando no existan listas de elegibles vigentes, a través de un proceso de evaluación que diseñe cada entidad lo que no sólo no viola las normas reglamentadas sino que consulta los principios de transparencia y del mérito que alega vulnerados la parte actora. Es más, el artículo 21, numeral 3°, de la Ley 909 de 2004, en su parte final expresamente señala “*De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.*”, es decir, señala que debe seguirse un proceso de evaluación. Ahora bien, es cierto que la norma expresamente no señala quién debe evaluar las capacidades y competencias de los candidatos, ante la ausencia del Banco Nacional de Listas de Elegibles de las normas señaladas como violadas no se deduce que sea la Comisión Nacional del Servicio Civil, como lo alega la parte actora, sino que lo que se colige es que sea el nominador, o mejor, cada entidad que crea el cargo, conforme a las reglas generales de provisión de cargos, máxime, cuando la Comisión aludida sólo tiene competencia para regular la carrera administrativa y lo cierto es que, los empleados temporales no tienen esa condición.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2006-00144-00 \(2326-06\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

11. SE DECLARA LA NULIDAD DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA DE DETECTIVE DE RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DEL DAS POR RAZONES DE CONVENIENCIA, AL CONSIDERAR QUE DESCONOCE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, COHERENCIA Y RAZONABILIDAD Y ACREDITAR LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

La potestad discrecional no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida, en ese sentido. En el mismo sentido la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con las cuales el examen judicial de las facultades discrecionales reclama, entre otros aspectos, la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que la misma haya hecho respecto de dicha situación en otros momentos, se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad :“(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión(...)” La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y **coherente** administrador”. Así las cosas, parece claro y además razonable, que se demande a la Administración, desde la perspectiva del control judicial,

que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de *congruencia y coherencia*, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, el ejercicio de la discrecionalidad se corresponda con una evaluación juiciosa de los elementos de *eficiencia y eficacia*. Ahora bien, la facultad discrecional debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia, las cuales pueden estar presentes, tanto (i) en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, (ii) en los archivos de la entidad o (iii) llegado el caso en sede judicial, al indicárselas al juez en la etapa pertinente en el curso del proceso. Por lo que resulta, la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de inconveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad. Observa la Sala del material probatorio que la administración no actuó en procura del buen servicio, al momento de retirar al demandante, pues un funcionario de las calidades anotadas, su larga trayectoria profesional y su formación específica, lo hacen acreedor de una preparación especial para la prestación del servicio y en pro de la institución, por lo cual, no es de recibo que por motivos de conveniencia institucional sea retirado del servicio, sin mediar ni la más leve razón de inconveniencia, en la hoja de vida del actor, o en los archivos de la entidad. Asimismo, en el transcurso del presente proceso no obra prueba siquiera indiciaria que demuestre que el actor hubiera estado incurso en alguna conducta que hiciera inconveniente su permanencia en la Institución. Bajo estos supuestos, la facultad discrecional de libre remoción, se queda sin ninguna defensa, pues si en principio el nombramiento de los detectives del DAS, inscritos en el régimen especial de carrera, pueden ser declarados insubsistentes en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, tal decisión debe estar proyectada al buen servicio público, de lo contrario, se rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa y se estructura el desvío de poder.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 05001-23-31-000-2002-03928-01 \(2054-08\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

12. LLAMAMIENTO A CURSO DE ASCENSO A OFICIALES MAYORES Y CORONELES POR LA JUNTA DE GENERALES DE LA POLICÍA NO EXCEDE LA FACULTAD REGLAMENTARIA AL NO EXIGIR REQUISITOS ADICIONALES A LA CARRERA POLICIAL, POR LO QUE SE NIEGA NULIDAD DEL ARTICULO PRIMERO NUMERALES 1 Y 2 LA RESOLUCIÓN 3593 DE 2001 EXPEDIDA POR DIRECTOR NACIONAL DE LA POLICÍA.

En el caso concreto de los numerales 1. y 2 del artículo PRIMERO de la Resolución No. 3593 de 2 de octubre de 2001, a juicio de la Sala, el Director General de la Policía Nacional, no excedió su facultad reglamentaria, en tanto que, al conferir funciones a la Junta de Generales lo hizo dentro de los límites fijados por la misma norma que reglamenta, esto es, el Decreto 1791 de 2000. En los numerales 1. y 2. del artículo PRIMERO del acto que se acusa, se atribuyeron a la Junta de Generales de la Policía Nacional, funciones que corresponden al ejercicio de una facultad típicamente discrecional, como es la de seleccionar y proponer los nombres de los oficiales, entre quienes cumplen con los requisitos legales previos, que deben asistir a los cursos reglamentarios de capacitación para ascenso. De una parte, se asigna la competencia a la Junta de Generales de la Policía Nacional, integrada por los Generales en servicio activo (oficiales de mayor jerarquía), de seleccionar a los Oficiales en el grado de Mayor, que presentarán el concurso previo al curso de capacitación para ascenso, una vez efectuada la evaluación de su trayectoria profesional por la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales (esta facultad en concordancia con *lo previsto en el PARÁGRAFO 1* del artículo 21 del Decreto 1791 de 2000). Y de otra, la de proponer ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, a los Oficiales Tenientes Coroneles que realizarán curso de ascenso a Coronel, una vez efectuada la evaluación de su trayectoria profesional por la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales. En este orden de ideas, la selección al concurso previo al curso de capacitación para ascenso (en el caso de los Oficiales en el grado de Mayor), y al curso de ascenso a Coronel (en el caso de los Oficiales Tenientes Coroneles), concebida como ejercicio de una facultad discrecional, conferida por el Director General de la Policía Nacional a la Junta de Generales de la institución, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 22 del

Decreto 1791 de 2000, no agrega requisitos adicionales a la carrera policial no previstos en los Decretos 1791 y 1800 de 2000, en tanto que, de acuerdo con el artículo 21 del primero de los mencionados, constituye requisitos para ascenso de oficiales, el “Ser llamado a curso”, actuación que conlleva el ejercicio de una facultad discrecional dentro del procedimiento legalmente previsto para el ascenso de oficiales en servicio activo que cumplan con los requisitos establecidos dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el decreto de evaluación del desempeño (Dec. 1800 de 2000)

[Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2005-00002-00 \(0145-05\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

13. a) LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA ENTIDAD LIQUIDADORA NO SE AFECTADA POR TERMINACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD LIQUIDADORA POR LOS ACTOS QUE EXPIDE. LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LA ENTIDAD LIQUIDADORA SON SUSCEPTIBLES DE CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

A juicio de la Sala, la circunstancia de que haya concluido la liquidación de Inravisión, no resta legitimación a la entidad demandada, en tanto Fiduciaria la Previsora S.A., autora de los actos demandados, conserva su existencia plena como persona jurídica. Obsérvese que los actos acusados no fueron producidos por la entidad liquidada sino por la Fiduciaria la Previsora S.A.; por consiguiente, en la Acción Contenciosa Administrativa no se han impugnado los actos del Instituto liquidado, sino los actos de quien efectuó la liquidación. A lo anterior se añade que el fin del proceso de liquidación no hace irresponsable a la entidad liquidadora, ni torna intangibles sus actos, ya que estos no podrían quedar a salvo de acciones jurisdiccionales, con el simple argumento de que el trabajo de liquidación está concluido. Si el liquidador en su trabajo trasgredió la ley, el cierre del proceso de intervención definitiva, no cubre con un manto de inmunidad sus actos, ni los deja a salvo del examen judicial. Por lo demás, si los actos demandados siguen produciendo efectos jurídicos, su licitud debe ser juzgada, pues, se repite, la liquidación no recayó sobre el autor de los actos sino sobre la entidad liquidada. Por lo mismo no puede la Fiduciaria la Previsora S.A. pretextar ausencia de legitimación por ser ella misma autora de actos que por su naturaleza son propios de la administración pública y por lo tanto objeto de control por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Además, la competencia para juzgar la conformidad de los actos con el ordenamiento jurídico corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en atención a la naturaleza de la entidad objeto de la liquidación y al carácter de orden público de las normas que dispusieron la liquidación, en especial, los Decretos números 3550 de 2004, artículos 9° y 34, el Decreto Ley No. 254 de 2000, artículo 2°, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto No. 663 de 1993, modificado parcialmente por la Ley 510 de 1999, el Decreto No. 2211 de 2004. A ello se añade el carácter público de las funciones correccionales asignadas o reasumidas mediante los actos acusados.

b- ENTIDAD LIQUIDADORA DEL INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN- INRAVISION - CARECÍA DE COMPETENCIA PARA ADELANTAR LA ACCIÓN DISCIPLINARIA, SÓLO PODÍA PROMOVERLA, LO CUAL NO CONLLEVA LA DELEGACIÓN DEL CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO. LA COMPETENCIA DEL CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO ES DE RESERVA LEGAL

A juicio del Consejo de Estado, cuando el artículo 9° del Decreto No. 3550 de 2004 señaló las funciones del liquidador y en su numeral 19 previó que este deberá: " 19. Promover las acciones disciplinarias, contenciosas, civiles y penales a que haya lugar", no delegó la potestad disciplinaria a la entidad financiera que hizo las veces de liquidador. En verdad, promover acciones disciplinarias no puede, ni remotamente, entenderse como una delegación de competencias. No es cierto entonces que la entidad liquidadora pueda conocer de procesos disciplinarios, pues la tarea que le

confiaron los Decretos de intervención se limitan a promover las acciones, es decir dar noticia de las faltas; más esa tarea genérica, no le autoriza adelantar y fallar procesos disciplinarios, pues la competencia en tan delicada materia se desprende de la ley misma. Pero si lo anterior no bastase, cuando el Presidente de la Fiduciaria La Previsora S.A., delegó en otros particulares el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada a la Procuraduría General de la Nación y a las Oficinas de Control Disciplinario Interno, incurrió en vicio de incompetencia, pues estaba entregando una competencia que nunca había recibido y lo estaba haciendo en beneficio de un particular que obra en virtud de un contrato individual de trabajo. Por ello, es patente que dentro de las funciones del liquidador no podía estar la de conocer y tramitar procesos disciplinarios, pues las normas legales que reglan la liquidación de ninguna manera permiten concluir que la Fiduciaria recibió la competencia para conocer de procesos disciplinarios. El régimen estricto de competencias propio del Estado de Derecho, implica que es equivocada la interpretación según la cual al Presidente de la Fiduciaria La Previsora S.A., podía conocer de asuntos disciplinarios, en razón a que la determinación de las competencias es de reserva legal, con mayor razón si se trata de la potestad correccional del Estado a través de la función disciplinaria. El legislador le asignó a la Procuraduría General de la Nación, y las oficinas de control interno disciplinario de las entidades estatales, la función de conocer y fallar los procesos disciplinarios en primera instancia que se adelanten contra sus servidores, de tal manera que se permita preservar la garantía de la doble instancia (art. 76 C.D.U.), lo cual tampoco se cumplía por parte del Presidente de la Fiduciaria la Previsora S.A.

c- CONTROVERSIAS POR SANCIONES DISCIPLINARIAS QUE CONLLEVEN EL RETIRO DEL SERVICIO SON COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA

De la lectura de los artículos 131 y 134 B del Código Contencioso Administrativo, se descarta en primer lugar, que la competencia para conocer del asunto radique en los tribunales administrativos, pues se trata de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que carece de cuantía, en el que se debate una sanción disciplinaria administrativa que implica el retiro definitivo del actor, lo que lo excluye de la regla de competencia consagrada en el artículo 131. Así mismo, se trata de un asunto de carácter laboral sin cuantía, en el que además se controvierte un acto expedido por una autoridad del orden nacional, por lo que de conformidad con el artículo 134B también transcrito, su conocimiento correspondería prima facie, a los juzgados administrativos. Sin embargo, se observa que el legislador consagró un trámite especial para los procesos en los que se controvierten sanciones disciplinarias, al radicar la competencia para conocer de los mismos en cabeza de los tribunales administrativos, privativamente y en única instancia. El trato exclusivo que se estipuló para los asuntos disciplinarios se evidencia aún más cuando se excluye del conocimiento de los propios tribunales, las sanciones que implican el retiro definitivo del servicio. Con todo, omitió el legislador señalar expresamente quien debía asumir el conocimiento de tales asuntos. Pues bien, resultaría contrario a la lógica jurídica que el conocimiento de una sanción disciplinaria administrativa, verbi gratia, una amonestación escrita relacionada con una falta leve culposa, correspondiera privativamente y en única instancia a los Tribunales Administrativos y la destitución e inhabilidad que se impone como consecuencia de una falta gravísima dolosa, como la del caso concreto, quedara radicada en los jueces administrativos. La competencia para conocer de las controversias como la presente, en las que se impugnan sanciones disciplinarias que originan el retiro del servicio, corresponde privativamente y en única instancia al Consejo de Estado. Por ende, todas las actuaciones surtidas por y ante el Tribunal Administrativo del Magdalena están viciadas de nulidad insaneable consistente en la falta de competencia funcional del juez.

[Auto de 27 de marzo de 2009, Exp. 47001-23-31-000-2001-00933-01 \(1985-06\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

SECCIÓN TERCERA

1. EL ESTADO COLOMBIANO DEBE RESPONDER PATRIMONIALMENTE POR HABER PRIVADO DE LA LIBERTAD A UN EXTRANJERO DURANTE 9 MESES MIENTRAS SE DECIDÍA SU EXTRADICIÓN, LA CUAL FUE NEGADA POR CARECER DE LOS REQUISITOS PARA ELLO

Para el trámite de la extradición se debía dar aplicación al Decreto 50 de 1987 (Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos) por no existir tratado con el Gobierno Alemán en conformidad con el artículo 17 del Código Penal, y que de acuerdo con esta normativa para que fuera procedente la extradición se debía allegar copia de la sentencia condenatoria o de la resolución de acusación o su equivalente en contra del reclamado, en los términos del artículo 651 Código de Procedimiento Penal. Por esta razón, la Corte Suprema de Justicia emitió concepto desfavorable respecto de la solicitud de extradición, toda vez que no se podía equiparar la orden de detención emitida por un juzgado de Alemania con una resolución de acusación pues ésta debía contener *“la identificación del inculpado, la tipicidad del hecho de que es inculpado, con todas las circunstancias de tiempo y lugar, las características legales de los hechos, así como las normas penales a aplicar, con la enumeración de las pruebas allegadas e indicará el Juzgado que es competente para tramitar el juicio correspondiente”*, en tanto que para dictar aquella sólo se requería que hubiere *“fundada sospecha”* y *“un motivo”* de detención. Resulta evidente que se incurrió en una falla del servicio, dado que a pesar de la insistencia del gobierno Alemán en la extradición de Quinti, quien emitió varias notas verbales dirigidas al gobierno colombiano con la finalidad de que se detuviera de manera preventiva a Quinti y se ordenara su extradición, y para lo cual afirmó que se podía equiparar la orden de detención preventiva con la resolución de acusación en consideración a que se trataba de dos sistemas penales diferentes, el Alemán acusatorio y el colombiano inquisitivo, lo cierto es que la detención de Quinti resultaba arbitraria por cuanto era requisito indispensable que se hubiere proferido resolución de acusación en contra del reclamado lo cual no había sucedido. En este sentido, es evidente que la privación de la libertad de Quinti es arbitraria, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia al emitir el concepto desfavorable a la extradición, y en consecuencia habrá lugar a declarar la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Justicia, por el daño sufrido por Guisepe Quinti con ocasión de su detención entre el 14 de diciembre de 1988 y el 30 de septiembre de 1989.

[Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-1990—06095-01 \(15485\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

2. a) NO EXISTÍA UNA FACULTAD DISCRECIONAL O LIBÉRRIMA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA CONFECCIÓN DEL REGLAMENTO DE ENAJENACIÓN ACCIONARIA DEL ESTADO EN ISAGEN

Si bien la enajenación de la propiedad accionaria del Estado no se rige por el estatuto de contratación estatal, según se desprende de lo previsto por el artículo 2° de la Ley 226 de 1995, que señala con claridad meridiana que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos, no es menos cierto que el procedimiento de enajenación de la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa está sometido a una regulación especial fundamentalmente prevista en la Ley 226 de 1995 y en los decretos que a su desarrollo debe expedir el Gobierno Nacional en particular en lo relativo a los principios generales que gobiernan la materia, los procedimientos de enajenación, las medidas adoptadas para garantizar la democratización, todo lo cual supone la adopción de múltiples decisiones de carácter unilateral de la administración, que producen efectos jurídicos, los cuales - por supuesto- son pasibles de control judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Con esta perspectiva, el diseño del programa de enajenación respectivo fue atribuido por el legislador al Ministerio titular o al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (art. 7° *eiusdem*), lo que supone que por mandato legal se encomendó esta delicada tarea a las instituciones cabeza de la

administración, como una actividad administrativa propia de ellas, en cuanto evidentemente corresponde a la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen (art. 208 Constitucional y art. 58 Ley 489 de 1998). En la misma línea, el artículo 8° de la Ley 226 de 1995 establece que el Ministro del ramo respectivo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deben presentar, en tanto jefes de la administración en su respectiva dependencia, el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros, el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.

b) EL REGLAMENTO DE VENTA Y ADJUDICACIÓN DE ACCIONES NO ES ASIMILABLE A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

Para el caso *sub lite* se dispuso (la aprobación) en el artículo 1° del Decreto 1738 de 1999. Este decreto se ocupó además de precisar el procedimiento de venta, el precio fijo y el precio mínimo, las condiciones especiales para el acceso a las acciones de ISAGEN SA ESP por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias y de trabajadores, las limitaciones para presentar aceptación a la oferta especial, crédito para los destinatarios de la oferta especial, continuidad del servicio, requisitos para las ofertas de compra presentadas en la segunda etapa, adjudicación de las acciones, forma de pago del precio, reconocimiento de efectos económicos como consecuencia de contingencias pasivas, entre otros múltiples aspectos. Todo lo anterior sujeto a lo dispuesto por el reglamento de venta y adjudicación de acciones previsto en el artículo 13 del decreto citado. De modo que dentro de este proceso ocupa un lugar fundamental el reglamento de venta y adjudicación de acciones, el cual si bien *prima facie* acusa evidentes similitudes con los pliegos de condiciones propios del estatuto de contratación estatal, no puede asimilarse de manera simplista a éstos, aunque unos y otros (si bien gobernados por marcos jurídicos diversos) delimitan sin duda el ámbito de acción de la Administración y buscan garantizar que la decisión de ésta última se produzca alejada de motivaciones de carácter subjetivo y por ello ambos mecanismos se ocupan de prever factores determinantes para la escogencia. Ha dicho la jurisprudencia, los pliegos juegan, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas. Por su parte, el artículo 13 del decreto 1738 de 1999 antes referido definió al Reglamento de venta y adjudicación de las acciones la definición de los aspectos necesarios para llevar a cabo la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, cuyas condiciones y procedimientos estableció ese decreto. Agregó la norma referida que dicho reglamento contendría “*entre otros aspectos*” los siguientes: a) el procedimiento correspondiente a la primera y segunda etapa; b) la aplicación de las condiciones especiales para el acceso a las acciones de ISAGEN SA ESP por parte de los trabajadores y de las organizaciones solidarias y de trabajadores (art. 5° *eiusdem*); c) las condiciones que deberán acreditar las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que pretendan adquirir de ISAGEN SA ESP en la segunda etapa con el fin de asegurar la continuidad del servicio de generación eléctrica de las centrales de propiedad de ISAGEN SA ESP; d) los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad del servicio de energía eléctrica prestado por ISAGEN SA ESP cuando la mayoría de las acciones de esta sociedad sean adquirida por los destinatarios de la oferta especial; la indicación de la forma de pago de las acciones; e) los mecanismos para dirimir empates; f) el monto de la garantía de seriedad de la oferta; g) los mecanismos de garantía necesarios para asegurar el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el numeral 6.2 del artículo 6° de ese decreto. En definitiva, conforme al Decreto 1738 de 1999 el reglamento de venta y adjudicación de acciones debe ocuparse de todos los aspectos que se requieran para concretar el programa de enajenación de las acciones emitidas por Isagen S.A. E.S.P., de propiedad de la Nación. Asimismo, el citado artículo 13 del Decreto 1738 de 1999 dispuso que el reglamento de venta y adjudicación así como sus modificaciones y aclaraciones fueran aprobados por el Comité Técnico de que trata el artículo 14 del decreto en cita. De la lectura de este decreto, se desprende el carácter indudablemente de **función administrativa** de las distintas medidas que corresponde adoptar a diversas instancias gubernamentales dentro del proceso de enajenación de acciones. No sobra resaltar que este decreto,

así como su modificación (Decreto 1195 de 2000), no fueron impugnados en este proceso y gozan por lo mismo de presunción de legalidad. Asimismo, tan propio es de la esfera de lo público, que según el parágrafo del artículo 8° de la Ley 226 el plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República, durante los primeros 60 días al año. En la misma línea de previsión de normas de orden público tendientes a delimitar el marco de acción de la Administración cuando quiera que esta decida enajenar su propiedad accionaria, en perfecta consonancia con el mandato constitucional, el legislador reguló aspectos adicionales, como la definición de las etapas de ese procedimiento (art. 10 Ley 226 de 1995).

c) LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL NO SIGNIFICA SIMPLEMENTE EL CAMBIO DE TITULARIDAD, PUES AL SER EXPRESIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DEBE OBEDECER A LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MISMA

No es cierto, como afirman los accionados, que el proceso de venta está regido íntegramente por el derecho privado y sometido a una suerte de libérrimo despliegue de la autonomía negocial. Lo que dispone el artículo 2° de la Ley 226 de 1996 es que “[l]a Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”, lo cual supone que fue decisión del legislador someter ese proceso a las reglas especiales allí previstas y no a las generales contenidas para los contratos del Estado en la codificación contenida en la Ley 80 y sus modificaciones. De ahí que por preciso mandato legal en su interpretación y aplicación se parta del criterio hermenéutico de especialidad, conforme al cual la disposición relativa a un asunto especial -enajenación de la propiedad accionaria estatal- prefiere a la que tenga carácter general -todo negocio jurídico que adelante el estado-, según la regla universal recogida por nuestro ordenamiento jurídico: *lex specialis derogat legit generalis*, (artículos 5° ley 57 de 1887 y 3° de ley 153 de 1887). Criterio de especialidad que es desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60 Superior, que justamente partió del supuesto conforme al cual la enajenación de la participación que tenga el Estado en una empresa deba adelantarse conforme a un régimen singular. Así lo indicó la exposición de motivos. Por lo demás, la transferencia de la propiedad estatal no significa simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debe ser entendido como un desarrollo de la democracia participativa. Por ello, mientras la normatividad aplicable a los contratos estatales por regla general es la contenida en las disposiciones comerciales y civiles pertinentes salvo las materias particularmente reguladas por el Estatuto de Contratación Estatal (art. 13 de la Ley 80 de 1993), en contraste, lo que se advierte en la Ley 226 [la cual fija su ámbito de aplicación en el art. 1°] es una regulación detallada de orden público que no hace ningún reenvío expreso al derecho común como regla general, sino que tan sólo aclara que no se aplica la Ley 80 de 1993. Obviamente, en lo no regulado por la Ley 226, como es apenas natural, habrá de remitirse a los principios y reglas del derecho privado, en cuanto no sean incompatibles con aquella. Es así como, este proceso participa, en tanto expresión de la función administrativa, de los postulados previstos en la Constitución en su artículo 209, que enlista los principios que orientan la función administrativa. y que la jurisprudencia constitucional clasifica en tres grupos: i) “finalístico”: el interés general; ii) “funcionales”: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y iii) “organizacionales”: Descentralización, delegación y desconcentración de funciones. La Ley 226 consignó unos principios generales que obligatoriamente han de seguirse en caso de enajenación total o parcial a favor de particulares de la participación estatal en el capital social de cualquier empresa, bien porque esté en cabeza de órganos públicos o de las personas jurídicas de las cuales éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público. El primero de esos principios particulares es la democratización, conforme al cual todas las personas naturales y jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. Este principio, a su vez impone, la aplicación de otros principios como el de publicidad y libre concurrencia (arts. 2° Ley 226, 27.2 Ley 142 y 77 Ley 143). Conforme al principio de preferencia, para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, deben otorgarse condiciones especiales a ciertos sectores para así facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 Constitucional (art. 3° de la Ley 226). Especial interés reviste el principio de protección del patrimonio público, por cuya

virtud la enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público (art. 4° Ley 226). Por último, el legislador dejó en claro que cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio (artículo 5°. Ley 226).

d) EL REGLAMENTO DE ENAJENACIÓN ACCIONES DE ISAGEN ES UN ACTO ADMINISTRATIVO

Al descender estas consideraciones al caso *sub lite*, se impone concluir el carácter de función administrativa que reviste toda la expedición de medidas por parte del Gobierno Nacional en el programa de enajenación de las acciones emitidas por ISAGEN S.A. E.S.P. de propiedad de la Nación y de la Financiera Energética Nacional, FEN., dentro del proceso de reestructuración del sector energético colombiano y para promover la competencia mediante la vinculación del sector privado al mismo. Estimulo a la inversión de los particulares que es calificada por el numeral 8° del artículo 3° de la Ley 142 de 1994 como un verdadero instrumento de intervención estatal, esto es, de una evidente función administrativa. De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que reviste el reglamento de venta impugnado, aunque éste no pueda *strictu sensu* asimilarse a los pliegos de condiciones o términos de referencia de que trata el estatuto general de contratación de la administración pública, y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido. Para la Sala es claro que los adendos del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen SA ESP ciertamente contienen una declaración unilateral de voluntad de una autoridad administrativa (la Nación-Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía), habida cuenta que emanan únicamente de ésta. Pero además de este elemento esencial, la Sala encuentra que la misma igualmente produce efectos jurídicos directos, al crear una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante tanto para los eventuales oferentes como para la propia Administración y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa. En efecto, tanto el Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN SA ESP como sus adendos fueron expedidos en ejercicio de una función administrativa y lo que en ellas se declara unilateralmente tiene efectos jurídicos tanto sobre las eventuales oferentes, como respecto de la propia Administración. De consiguiente, estas declaraciones unilaterales efectuadas por el Comité Técnico [tres miembros designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación] contenidas en los adendos Nos. 4 y 10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones de ISAGEN SA ESP constituyen actos administrativos generales, susceptibles de demanda ante esta jurisdicción en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.).

e) EL DECAIMIENTO DEL ACTO NO IMPIDE SU JUICIO DE LEGALIDAD

Tal y como se aprecia en el acta del Comité de Participación privada del proceso de privatización de ISAGEN, de fecha 24 de junio de 2003, allegada al proceso por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el propio Gobierno, al anunciar que acogía un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y frente a los efectos del amparo transitorio ordenado por la Corte Constitucional, aseguró que la vigencia de este proceso de enajenación no concluyó el 30 de junio de 2001 pero que “[e]l Consejo de Ministros en sesión del día 28 de abril de 2003 decidió acoger esta propuesta [no proseguir con el proceso de privatización de Isagen], y en consecuencia, cancelar esta convocatoria, con los efectos previstos en dicho aparte del reglamento [numeral 2.10 del Reglamento de venta y adjudicación de acciones]”. En acato a esa decisión el Comité de Participación Privada, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro Minas y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planeación, resolvió “cancelar a partir de la fecha esta convocatoria [24 de junio de 2003]”. No obstante, como dicha decisión sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de legalidad del reglamento de venta y adjudicación de acciones, mientras estuvo vigente. A partir de este precepto (artículo 66 del C. C. A.), jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del “decaimiento del acto administrativo” como una suerte de “extinción” del mismo. Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de

su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto “[dicho] fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición”. En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “decaimiento” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo.

f) EL ACTO DE ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD DE ACCIONES DE ISAGEN, EN CUANTO EXCLUYÓ DEL BENEFICIO DE COMPENSACIÓN A QUIENES TUVIESEN DEMANDADA A ISAGEN E.S.P., NO VULNERÓ EL DERECHO A LA IGUALDAD

En orden a evaluar la medida que se consigna en los actos acusados (Inciso segundo del numeral 8.3.1, literal b) parcial del numeral 8.3.3, literal c) del numeral 8.3.5, literales a), b) y c) del numeral 6.3.6 del reglamento de venta y adjudicación de acciones de Isagen S.A. E.S.P.), en cuanto previeron el no reconocimiento o la improcedencia de la compensación de los efectos económicos resultantes para el comprador del proceso judicial de Empresas Públicas de Medellín, cuando “*el demandante del Proceso de EPM es Integrante o Socio del Comprador, o Beneficiario Real o Causahabiente de un Integrante o Socio del Comprador, o Causahabiente o Beneficiario Real del Comprador o de los Causahabientes de éste.*”, es preciso concluir que no se advierte el quebrantamiento del principio de igualdad (art. 13 CN) alegado. Teniendo como referencia el *examen de razonabilidad*, la Sala encuentra: i) Que el objetivo que se persigue con esta diferencia de trato es válido a la luz de la Constitución (arts. 13, 60 y 209), en cuanto se trata de una medida que busca dar tratamiento diverso a situaciones distintas que tiene un fin legítimo que no es otro que prever una protección al patrimonio público, que la Ley 226 en su artículo 4º, como ya se indicó, prohija como uno de sus principios rectores. Lo atentatorio contra el mandato constitucional habría sido que no se hubiera dado un trato distinto a quien precisamente es el demandante de la entidad y que por esa vía recibiría, de prosperar sus pretensiones, no sólo un reconocimiento judicial legítimo de sus pretensiones, sino un reconocimiento patrimonial proveniente del reglamento de venta y adjudicación de acciones que resultaría abiertamente lesivo de los intereses patrimoniales de la Nación. ii) Que la medida enjuiciada evidencia proporcionalidad entre el trato y el fin perseguido, puesto que en la práctica permite un trato diverso a quienes no sean demandantes de ISAGEN dentro de ese proceso, quienes lograrían de esta suerte una diferenciación legítima y por lo mismo no una discriminación inadmisibles. En efecto, la Sala advierte: (a) una nítida adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin legítimo propuesto; (b) es también clara la necesidad de la utilización de las medidas adoptadas, y (c) media asimismo proporcionalidad *strictu sensu* entre el fin y el medio adoptado. Las normas impugnadas prevén la objeción e improcedencia de la compensación cuando exista una suerte de confusión entre el demandante que salió adelante en el proceso judicial y el oferente que reclama una compensación que no solo es improcedente desde el punto de vista patrimonial, sino francamente abusiva: ¿No se afectaría la igualdad de los demás oferentes si se le da un trato idéntico a quien merece justamente un trato diferenciado? De todo lo atrás discurrido se impone concluir que los actos administrativos enjuiciados no incurrir en trasgresión de la cláusula general de igualdad y por el contrario son su eficaz desarrollo.

g) EL ACTO DE ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD DE ACCIONES DE ISAGEN NO IMPEDÍA EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA NI VIOLA LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE RESTRICCIONES A LA LIBERTAD ECONÓMICA

Para la Sala, las normas acusadas no entrañan afectación a la oportunidad de acudir a las instancias judiciales que les asiste a las personas (sean naturales o jurídicas) para solicitar de los jueces competentes la protección o el restablecimiento de sus derechos, sobre la base de un idéntico tratamiento. Muy por el contrario, como quedó expuesto, el proceso de enajenación de acciones se somete a unas reglas y principios especiales al tratarse de una expresión de la función administrativa y una materialización de la intervención del estado en la economía. Diseño del programa de

enajenación que al tenor de lo dispuesto por la Ley 226 de 1995 y los decretos que a su amparo se expidan, limita severamente la autonomía de la Administración. En otros términos, no existe una pretendida facultad discrecional o libérrima de la Administración para la confección del reglamento en la denominada “segunda etapa”, pues esta no sólo está sometida a los principios arriba esbozados y a las reglas particulares previstas por la Ley 226 de 1995 y sus decretos, sino que por mandato de la Ley 142, en desarrollo de la Constitución, constituye instrumento para intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esa Ley, en este caso particular, las relativas al estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos. La Sala subraya que cuando el artículo 2° de la Ley 226 dispone que a los procesos de enajenación accionaria estatal no le son aplicables las normas propias de la Ley 80 de 1993, ello no implica un reenvío automático al derecho común, como inopinadamente aducen las entidades accionadas, sino la sujeción a normas especiales de orden público perfiladas en la primera ley, en acato del artículo 60 CN, en el marco -en este caso además- de un actividad no sólo evidentemente administrativa sino también de intervención económica. Recuérdese además que la autonomía negocial, que los demandados invocan como fundamento para introducir limitaciones a su antojo de la denominada “segunda etapa” de los procesos de enajenación accionaria estatal, es también base fundamental de la contratación estatal, tal y como recientemente lo recordó la Sala. Es preciso destacar que en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal [no sólo la sometida al estatuto de contratación estatal sino también las sujetas a reglas especiales como es justamente la enajenación de la propiedad accionaria estatal e incluso reglada por el derecho común], la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptuado no escapa a los principios del derecho público. En definitiva, la autonomía de confección de las bases del proceso de enajenación accionaria del Estado, cuando ésta ha superado la etapa privilegiada y se encamina al público en general, es muy restringida y está subordinada a un marco legal y a los principios arriba explicados, contenidos en normas de orden público. Corresponde precisar si las disposiciones atacadas al establecer ese trato distinto infringen la reserva de ley alegada en punto de los derechos a la libertad económica, la libre empresa y la libre competencia. El reconocimiento anticipado de una posible contingencia que puede presentarse y la decisión de excluir de la misma respecto de quien justamente resulte eventual vencedor en el juicio, no es materia que haya debido ser regulada directamente por el legislador. Pretender, como aduce el actor, que una previsión de esta naturaleza que -por demás resulta legítima como ya se indicó- deba llevarse a través de una ley de la República, supone desconocer el ámbito propio de las leyes de intervención económica de que tratan los artículos 333, 334 y 150.21 de la CN, conforme a los cuales al legislador compete precisar los fines, alcance y límites de la libertad económica. En este caso, las normas acusadas no están precisando los fines, ni los alcances ni los límites de la libertad económica, como tampoco tipificando una conducta que se considere anticompetitiva. Simplemente están estableciendo un trato diferencial legítimo que no entraña la configuración, limitación o restricción de los derechos invocados. El objeto de las medidas atacadas no es establecer restricciones generales o especiales a la libertad económica, sino simplemente prever una cláusula particular para el evento en que una contingencia judicial en contra se materialice (compensación para el oferente adjudicatario como negación de la misma si es el sujeto que la provoca) y así generar un marco que salvaguarde el patrimonio público estatal.

h) LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES PROPIEDAD DEL ESTADO EN ISAGEN TAMPOCO VULNERÓ EL DERECHO DE ASOCIACIÓN NI EL DEBIDO PROCESO

El artículo 38 Constitucional garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, en perfecta consonancia con la normativa internacional que también lo ampara. En tanto derecho de libertad entraña, en su faceta positiva, la atribución o facultad de las personas para fundar, integrar, desarrollar o disolver voluntariamente distintas formas asociativas -como entes jurídicos o morales distintos de las personas naturales- con el objeto de alcanzar un propósito definido, mientras que en su faceta negativa implica que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. En todo caso, la libertad de asociación -cuyo reconocimiento constitucional y legal en el derecho colombiano

es de vieja data -en tanto aspecto de la libertad individual, no es absoluta y su ejercicio debe encauzarse dentro del marco constitucional y legal, como de tiempo atrás lo tiene determinado la jurisprudencia constitucional. La Sala encuentra que las medidas impugnadas no afectan la libertad de asociación habida cuenta que si la diferencia de trato es legítima, corresponderá al demandante EPM explicar a sus eventuales socios las consecuencias que puede tener un fallo favorable a sus pretensiones y sobre esta base proceder a elaborar la propuesta conjunta, sin que una diferenciación legítima de trato -como la impugnada- afecte en modo alguno la faceta positiva de este derecho de libertad. En otras palabras, como lo señaló uno de los accionados, la exclusión del reconocimiento de la compensación en cabeza de quienes sean demandantes de ISAGEN, en manera alguna inhibe la libertad para que los posibles oferentes se asocien a efectos de participar en la segunda etapa del proceso de venta. El debido proceso, tanto administrativo como judicial, hace parte del catálogo de derechos constitucionales, los que a su vez -huelga decirlo- constituyen simultáneamente el fundamento y el límite al poder político (preámbulo, arts. 1, 2 y 3 C.P.), de ahí que la propia Constitución disponga que el Estado reconoce sin discriminación alguna los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), pues configuran nada menos que los *valores superiores* de nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 29 Superior que consigna la garantía, tanto judicial como administrativa, de juzgamiento conforme a leyes preexistentes, es sin lugar a dudas una de las más caracterizados presupuestos de toda democracia liberal, en tanto busca asegurar la neutralidad tanto en procesos judiciales como administrativos y es reveladora de una de las facetas más importantes de la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 Superior ("*regla de justicia*" en palabras de *Bobbio*). Ahora bien, los artículos 2° de la Ley 226 de 1995, 27.2 de la Ley 142 y 77 de la Ley 143 consignan el principio de "democratización", conforme al cual todas las personas naturales o jurídicas podrán tener acceso a la propiedad accionaria y por ello en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. A su turno, el artículo 9° de la Ley 226 prevé que la enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia. De la redacción del texto de la demanda no se desprende que la imputación de infracción de estos mandatos legales esté debidamente soportada, como tampoco del debido proceso que se invoca pero no se explica cómo aparece infringido en este caso. Más parece una forma distinta de abordar un asunto ya tratado en este fallo y despachado negativamente: la supuesta infracción de la libre concurrencia. Si, como ya se indicó, este derecho no se ve afectado por el desconocimiento de una compensación que no podía legítimamente concederse, ello no supone infracción alguna del "debido proceso". Ahora, las disposiciones invocadas no contienen ningún "debido proceso" como erróneamente lo nomina la parte actora. Uno y otro preceptos de la Ley 226 prevén de un lado el principio de democratización y, de otra parte, los que podrían denominarse principios tributarios de éste (publicidad y libre concurrencia). Pero, aún, si estas disposiciones de la Ley 226 lo hicieran -hipotéticamente hablando- el actor incumplió la carga argumentativa que le asiste de exponer las razones que soportan el concepto de la violación de este derecho fundamental en particular. En efecto, la exigencia prevista en el numeral 4° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo relativa a la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de su violación, es imperativa tratándose de la impugnación de actos administrativos. Estas razones conjuntamente tomadas relevan de un estudio adicional a la Sala y por lo mismo también se despachará negativamente lo solicitado.

[Sentencia del 3 de febrero de 2010. Exp. 1100-10-326-000-20010-00015-01 \(19526\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD](#)

3. a) EN UN SUJETO PROCESAL QUE SE ENCUENTRA LEGITIMADO DE HECHO EN LA CAUSA NO NECESARIAMENTE CONCURRIRÁ, AL MISMO TIEMPO, LEGITIMACIÓN MATERIAL

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las

excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. Toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el *petitum* de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de “... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”.

b) EL CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA SE CONVIERTE EN UNA REGLA DE CONDUCTA PARA EL JUEZ Y EN UN PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD PARA LAS PARTES

El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «*non liquet*» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.

C) LA PROPIEDAD DE UN INMUEBLE DEBE DEMOSTRARSE CON EL TÍTULO Y EL MODO. LAS PLAYAS MARINAS SON PROPIEDAD DEL ESTADO, POR LO QUE CUALQUIER CONSTRUCCIÓN EN ELLAS DEBE TENER UN PERMISO ESPECIAL QUE NUNCA CONFIERE PROPIEDAD

En el presente caso la parte actora tenía la carga de acreditar, en primer término, el daño que le fue irrogado; a tal efecto, teniendo en cuenta que el accionante invocó la condición de propietario del predio que se vio afectado por la irrupción de las aguas debido a la alegada omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las entidades demandadas, debía demostrar tal calidad de la manera que lo exige el ordenamiento jurídico, vale decir, tomando en consideración que la propiedad o la realización de cualquier negocio jurídico que afecte un derecho real respecto de un bien inmueble solamente puede probarse con la acreditación tanto del título (contrato o el que haga sus veces, en el presente caso, la resolución administrativa que dio lugar a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria aportado con la demanda y referido en apartado precedente) como del modo (tradicción tabular) del cual se deriva la calidad de propietario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etcétera; las normas que expresamente establecen una tarifa legal de prueba en esta materia – artículos 43 y 44 del Decreto-ley 1250 de 1970– excluyen la posibilidad de que las anteriores circunstancias puedan acreditarse mediante la sola aportación de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o la del sólo certificado de registro. La plena identificación del predio, la certeza en punto de su ubicación, de sus límites y de sus linderos, además de lo anterior, resulta trascendental en el *sub judice* comoquiera que el propio extremo activo de la litis reconoce que el supuestamente afectado se trata de un lugar contiguo al mar, luego resulta insoslayable constatar que no se ha transgredido por el accionante alguna de las disposiciones que regulan la naturaleza jurídica, el destino y las limitaciones que en cuanto a su utilización establece el ordenamiento jurídico para las playas, en tanto que bienes de uso público, pues bien sabido es que para que resulte admisible la existencia de daño reparable, éste debe provenir de la lesión a una situación lícita. Y es que en el ordenamiento jurídico colombiano no hay lugar a la menor hesitación en el sentido de que las playas marinas son de propiedad del Estado, razón por la cual cualquier construcción en ellas debe tener un permiso especial que nunca confiere propiedad, según lo establece el artículo 679 del Código Civil. Todo lo expuesto pone de presente la trascendencia que reviste, en el presente asunto, contar con absoluta claridad en punto de la identificación del predio cuya afectación se alega por los accionantes, identificación que en manera alguna está demostrada a través de pruebas idóneas al efecto; ello conduce a concluir que la parte actora no acreditó la condición que invocó en la demanda para formular las pretensiones que en ella se incluyen y, consecuentemente, que no demostró tener legitimación en la causa, presupuesto necesario, según se explicó, para proferir sentencia de mérito favorable a las anotadas pretensiones; o, desde otra perspectiva, no se ha demostrado la ocurrencia del daño cuya reparación se deprecia, de suerte que se echa en falta dicho elemento indefectible a efecto de estructurar una declaratoria de responsabilidad patrimonial en contra de los demandados.

[Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp. 70001-23-31-000-1995-05072-01 \(17720\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. Con aclaración de voto](#)

4. a) SE REITERA QUE LOS RECURSOS DE ANULACIÓN INTERPUESTOS CON POSTERIORIDAD AL 16 DE ENERO DE 2008 SE DEBEN FUNDAR EN LAS CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998, QUE PASÓ A SER EL ÚNICO RÉGIMEN DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Pese a que la competencia para conocer de este recurso ha sido relativamente clara en los últimos tiempos, en esta ocasión la Sala debe precisar algunos argumentos expuestos con anterioridad, en atención a dos factores: de un lado, que este contrato se celebró antes de entrar en vigencia de la ley 1.150 de 2007, y de otro, que el tribunal de arbitramento también se convocó con anterioridad, pero dictó su decisión en vigencia de la citada ley, lo que amerita hacer hincapié en algunos aspectos de competencia. Los recursos de anulación interpuestos con posterioridad al 16 de enero de 2008 - fecha de entrada en vigencia de la ley 1.150 de 2007-, se deben fundar en las causales contempladas

en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998, el cual pasa a ser el único régimen del recurso de anulación, bien tratándose de contratos regidos por el derecho privado o por el estatuto de contratación estatal. Esta idea, sin embargo, requiere de un par de precisiones adicionales, tratándose de contratos regidos por la ley 80 de 1993. En *primer lugar*, si el contrato se celebró en vigencia de la ley 80, y se convocó un tribunal de arbitramento para resolver sus conflictos, el cual dictó el laudo antes del 16 de enero de 2008, entonces las causales de nulidad que se podían proponer eran las del art. 72 de dicho estatuto, por tratarse de un régimen de causales especiales para contratos regidos por dicha normatividad. En otras palabras, la Sala entiende que, en general, aplica la norma vigente al momento de la interposición del recurso. En *segundo lugar*, si el contrato estatal se celebró en vigencia de la ley 1.150, y se convoca un tribunal de arbitramento para resolver sus conflictos, el cual obviamente dicta su laudo después del 16 de enero de 2008, entonces las causales de nulidad que se pueden proponer son las del art. 163 del decreto 1818 de 1998, en virtud de la unificación de causales que el art. 22 de dicha ley ordenó. “De esta manera, desaparece el régimen dual de causales que la jurisprudencia de esta Sección había previsto para los laudos arbitrales, según que el régimen jurídico del contrato hubiera sido el derecho privado o el público. De modo que desaparecen las causales especialmente reguladas en el artículo 72 de la ley 80, y ya no será necesario distinguir, para estos efectos, los contratos estatales que se rigen por la ley 80 y los que se rigen por el derecho privado. En *tercer lugar*, si el contrato se celebró en vigencia de la ley 80, y se convocó un tribunal de arbitramento para resolver sus conflictos, el cual dictó el laudo después del 16 de enero de 2008, entonces las causales de nulidad son las del art. 163 del decreto 1818 de 1998, pues si bien el contrato es de ley 80, las causales de anulación son normas de carácter procesal, de manera que las que se pueden proponer son las vigentes al momento de la interposición del recurso, sin importar que el contrato se haya suscrito en vigencia del artículo 72 original. Esta idea se apoya en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. De acuerdo con esta norma, disposiciones como las que contemplan las causales de anulación de un laudo, no son otra cosa que la regulación de la manera de reclamar ante el juez el derecho de una de las partes del contrato a que la decisión que se adopte sea la que este considera correcta; de modo que se trata de un tipo de norma que no se entiende incorporada al contrato desde su celebración, sino que depende de la disposición que rige y las regula al momento de presentarse la demanda correspondiente. Según lo dicho, no cabe duda que las causales de anulación son normas de naturaleza procesal, porque este tipo de disposiciones corresponden a aquellas que regulan el trámite de los procesos, así como también definen la manera de acceder a los mismos. Por el contrario, una norma tiene naturaleza sustantiva cuando crea, modifica o extingue derechos y relaciones jurídicas, características que no comparten las causales de anulación de los laudos arbitrales.

b) LA CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 ESTÁ CONDICIONADA A QUE SE HAYA ADVERTIDO AL TRIBUNAL LAS IRREGULARIDADES EN LA RESPECTIVA OPORTUNIDAD PROCESAL, Y A QUE SEA UNA DISPOSICIÓN DE LA PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO LA QUE SE ENCUENTRE EN CONTRADICCIÓN CON OTRA UBICADA EN EL MISMO LUGAR

Esta disposición contiene, claramente, dos supuestos perfectamente diferenciados: el primero, relacionado con los errores aritméticos que se encuentren en la parte resolutive del laudo; y el otro, que se refiere a las disposiciones contradictorias que ésta misma pueda contener. En el segundo supuesto fundamenta el recurrente la causal de anulación, la que exige las siguientes condiciones: *i)* el agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en ella, conforme al cual quien la invoca debió advertir al tribunal las irregularidades, en la respectiva oportunidad procesal; y *ii)* además, se requiere que sea una disposición de la parte resolutive del laudo la que se encuentre en contradicción con otra ubicada en el mismo lugar. Ahora bien, una vez expedido el laudo, y antes de que pueda interponerse el recurso de anulación, la ley procesal tiene prevista una etapa para solicitar la aclaración, complementación o corrección al mismo, de manera que éste y no otro es el momento oportuno para hacer caer en cuenta al Tribunal de la existencia de contradicciones en la parte resolutive de aquel. No obstante, téngase en cuenta que la posible existencia de las contradicciones es un aspecto que sólo la parte puede valorar, definir y proponer, a fin de que el

Tribunal aclare, corrija o complemente. Ahora, lo que se pide en la solicitud correspondiente puede o no estar asociado a la interposición de la futura causal séptima de nulidad, pues no necesariamente se exige aclarar -por ejemplo- algo que corresponde a una contradicción en la parte resolutive del laudo, sino a otro aspecto de la decisión -ubicado, por ejemplo, en la parte motiva-. Esta múltiple posibilidad de uso de dicha herramienta la concreta quien formula la solicitud correspondiente. En otras palabras no siempre que se solicita la aclaración, corrección o complementación de un aspecto del laudo, es porque se advierta una contradicción en la parte resolutive del laudo, sino que puede ocurrir por muchas otras razones, que valora exclusivamente quien lo hace. En este sentido, el cumplimiento de este requisito de procedibilidad se cumple al formular cualquiera de las solicitudes que el ordenamiento procesal permite: pedir que se corrija, que se aclare o que se complemente la providencia, siempre que con alguna o de ellas se plantee el problema de contradicción que exige el numeral séptimo que se estudia. Sobre el segundo presupuesto legal para estructurar la causal, es decir, la existencia concreta de contradicciones en la parte resolutive del laudo, este requisito condiciona la procedencia de la causal a que las contradicciones alegadas hagan imposible ejecutar la decisión arbitral, debido a que su falta de lógica constituye un obstáculo insalvable para concretar los efectos de la cosa juzgada y para aplicar simultáneamente las decisiones antagónicas. Para arribar a la conclusión anterior, la Sala ha asimilado esta causal con la tercera de casación, prevista en el art. 368 del CPC., que procede “cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago”.

c) PARA QUE SE CONFIGURE LA CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998, LA CONTRADICCIÓN DEBE IMPOSIBILITAR LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

Es difícil advertir que en estas decisiones exista contradicción entre ellas o algunas de ellas, pues perfectamente cada una se puede cumplir, sin que lógicamente colida con otra. En efecto, uno de los métodos más sencillos y efectivos para determinar si existe contradicción en la parte resolutive de una providencia, es si el cumplimiento de alguna impide la ejecución de otra, de manera que no sea posible ejecutar la orden judicial, como cuando se declara la responsabilidad de una de las partes y a la vez se le absuelve, o cuando se ordena pagar una suma de dinero y a la vez se dice que no debe hacerlo, o cuando se declara la caducidad de la acción y a continuación se indica que se demandó en tiempo. En el caso concreto, se advierte armonía y coherencia en la decisión, pues la declaratoria de caducidad no está acompañada de decisión posterior en sentido contrario, atendiendo al razonamiento que hizo el tribunal en la parte considerativa del laudo. Ahora bien, la contradicción que pone de presente el actor radica en que no era posible declarar la caducidad porque la norma aplicable no debió ser el CCA. -art. 136- sino el EOSF, cuyo artículo 116 dispone que los créditos en favor de los acreedores de una entidad en liquidación no prescriben -y más cuando al presentarse el acreedor a la liquidación se niega el pago, como ocurrió en el caso concreto, según consta en los actos administrativos expedidos por el Agente Liquidador-. Como se advierte, el problema que plantea el recurrente no es una contradicción entre las distintas disposiciones de la parte resolutive del laudo, sino una inconformidad con la decisión, pues la queja constante de SERVIR SA. es que la norma de caducidad aplicable no era el CCA., sino el EOSF, que contiene una disposición especial en esta materia para los crédito que se tienen frente a una entidad en liquidación. Incluso, ni siquiera se trata de un posible contradicción argumentativa entre la parte motiva y la resolutive, toda vez que la coherencia en este aspecto es indiscutible. En su lugar, el debate que propone el recurrente es sobre el fondo del proceso; es decir, no se trata de un problema de inconsistencia por incompatibilidad en la decisión arbitral, sino de un debate que tiene la parte del proceso con lo decidido, y que se dirige a demostrar la existencia de un error de aplicación de la norma procesal. Pero es evidente que esta clase de problemas no hace parte de la causal séptima de anulación -incluso de ninguna otra-, porque no da cuenta de una contradicción en la parte resolutive, sino de un esfuerzo por controvertir la decisión misma del tribunal.

[Sentencia del 22 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2009-00019-00 \(36427\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL](#)

5. a) EL EJÉRCITO INCURRIÓ EN FALLA DEL SERVICIO AL NO PROTEGER A UNO DE SUS OFICIALES, A PESAR DE ESTAR AMENAZADO DE MUERTE POR UN SECTOR DEL NARCOTRÁFICO

Era de conocimiento general que el Teniente del Ejército Nacional, Cesar García Saavedra, Jefe de la Sección S-2 del Batallón de Policía Militar No. 4 BAPOM de Medellín, se encontraba amenazado de muerte por un grupo de narcotraficantes, algunos de ellos pedidos en extradición, circunstancia que propició que los mandos superiores del citado oficial adoptaran algunas medidas de seguridad para protegerle la vida, sin embargo, sin entrar a calificar si las medidas implementadas fueron o no suficientes, no hay duda que su esquema de seguridad falló, lo que facilitó la acción del sicario que acabó con la vida del Teniente García. Sin duda, el grado total de desprotección en el que se encontraba la víctima, facilitó el ataque del sicario que acabó con su vida, a tal punto que el asesino tuvo el tiempo suficiente de rematarlo en el piso, prueba de ello son los 13 impactos de bala que recibió en distintas partes del cuerpo como lo revela la diligencia de levantamiento del cadáver. Llama la atención el hecho de que el escolta o los escoltas hubiesen dejado solo a su protegido, máxime cuando tenían conocimiento de que la vida de éste corría serio peligro de muerte por las constantes amenazas que grupos de narcotraficantes habían cernido en su contra, comportamiento que tratándose de personas que habían recibido la debida instrucción y entrenamiento en dicha actividad como lo afirmó el Segundo Comandante de la Cuarta Brigada, José Ancisar Hincapié Betancur, resulta extraño e injustificable. Resulta evidente que el sicario que atentó contra el oficial tuvo el tiempo suficiente para seguir a la víctima hasta el restaurante y planear el ataque, aprovechando el grado de desprotección y vulnerabilidad en el que se encontraba, pues después de accionar el arma contra el oficial en 13 oportunidades sin que nadie opusiera resistencia alguna, huyó del lugar sin dejar rastro. Quizá no sea posible asegurar en este caso que si el escolta o los escoltas del Teniente García Saavedra hubiesen cumplido con el deber de vigilarlo adecuadamente, el sicario no lo hubiese atacado, pero seguramente lo habrían podido neutralizar o evitar que éste le disparara y lo rematara en el piso con la facilidad con que lo hizo, tal como se desprende del informe del asesinato del teniente mencionado. De otro lado, llama también la atención que el oficial ultimado hubiese estado desarmando el día de los hechos, pues como lo aseguró el Segundo Comandante de la Cuarta Brigada, la víctima entregó su arma de dotación porque ese día debía trasladarse a la Base Militar de Tolemaida, lo cual no resulta lógico tratándose de una persona que se encontraba amenazada de muerte y que su vida corría serio peligro. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la muerte del Teniente del Ejército Nacional, César García Saavedra, evidencian que la Administración no cumplió con el deber de proteger adecuadamente a la víctima, pues no bastaba únicamente con adoptar o implementar algunas medidas de seguridad para proteger la vida del oficial amenazado, sino que su deber iba más allá como quiera que tales medidas debieron ponerse en práctica, y ello implicaba que el escolta o los escoltas asignados para la seguridad del oficial estuviesen pendientes en todo momento y lugar de la persona custodiada y de cualquier movimiento sospechoso que lograren advertir en torno a él, pero ello no ocurrió, circunstancia que facilitó y allanó el camino para que el sicario disparara su arma con toda tranquilidad sobre la humanidad de la víctima, causándole la muerte sin que nadie opusiera resistencia. El Estado está en la obligación de utilizar todos los medios de los cuales dispone o que estén a su alcance para lograr que el respeto a la vida y los demás derechos complementarios sean una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos. Frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión por parte de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. La responsabilidad del Estado resulta comprometida siempre que logre establecerse en el proceso: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de

la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; *ii*) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal atendidas las circunstancias particulares del caso; *iii*) la existencia de un daño antijurídico; *iv*) la relación causal entre la omisión y el daño. En materia del nexo causal, frente al caso que nos ocupa y atendiendo a las pruebas que obran en el proceso, resulta evidente que la muerte del oficial desde el punto de vista de la causalidad meramente física no fue un acto proveniente del Estado, de allí que se trate inicialmente del hecho de un tercero. No obstante, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, el análisis que debe hacerse para determinar la obligación de la Administración de reparar un daño no puede quedarse en el simple terreno de la fenomenología física ya que existen otras causas no necesariamente materiales, las cuales se relacionan con el incumplimiento, por acción o por omisión, o extralimitación de las autoridades públicas a su carga obligacional y que pueden constituirse en causas determinantes en la producción de un daño; estas causas son las denominadas “causas jurídicas”. Particularmente en el *sub judice* se está en presencia de tal situación porque aunque desde el punto de vista material o físico la muerte del Teniente García Saavedra únicamente puede imputarse al hecho de un tercero no identificado, quien le dio muerte, al examinar el contenido obligacional legal a cargo de la demandada, se encuentra que su conducta omisiva fue determinante y eficiente en la producción del hecho dañoso y que, por lo tanto, existe un claro nexo de causalidad entre la omisión de la Administración y los daños que sufrieron los demandantes con la muerte del Teniente García Saavedra.

b) LA VÍCTIMA ACTUÓ EN FORMA IMPRUDENTE AL FRECUENTAR SITIOS PÚBLICOS SIN EL DEBIDO ESQUEMA DE SEGURIDAD, LO CUAL FACILITÓ EL ACTUAR DEL SICARIO QUE LE DIO MUERTE

Simultáneamente con la falla del servicio por omisión imputable a la demandada se presentó también la culpa de la víctima, de la cual se deriva, si no la exculpación total de la entidad enjuiciada, por lo menos su responsabilidad parcialmente se atenúa, pues el comportamiento del Teniente García Saavedra, en igual proporción, contribuyó decisivamente al resultado final y en concausa con la actuación de la Administración, lo cual genera una concurrencia de culpas, en cuyo caso a la luz del artículo 2357 del Código Civil, “*la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. En efecto, el material probatorio valorado en el plenario da cuenta de que el teniente asesinado obró imprudentemente al desconocer las normas de seguridad a las que se encontraba obligado, pues él era consciente más que nadie del peligro que corría su vida por las graves amenazas de muerte cernidas en su contra por un grupo de narcotraficantes a los cuales combatió con rigor en el ejercicio de su profesión, y a pesar de ello decidió exponerse al riesgo frecuentando un sitio público sin contar con un dispositivo de seguridad que le garantizara su permanencia en ese lugar. Si bien no existía una prohibición expresa para asistir a lugares públicos como era el caso del restaurante en el cual fue asesinado el Teniente García Saavedra, era preferible no hacerlo para evitar riesgos innecesarios, pero tales recomendaciones no fueron tenidas en cuenta por la víctima, quizá confiado de que nada le ocurriría o que su dispositivo de seguridad conjuraría cualquier situación de peligro que llegare a presentarse. Dentro de las medidas de seguridad que debía adoptar e implementar la víctima estaban, entre otras, la de no acudir o frecuentar lugares públicos, recomendación que no fue atendida por el Teniente García Saavedra. El hecho de que a una persona le asistan problemas de seguridad no implica en manera alguna que no pueda salir de su casa ni que tampoco pueda frecuentar sitios públicos, pues por razones de su profesión o por cualquier otra circunstancia bien sea de tipo personal o familiar o de otra índole, muchas veces se ve en la necesidad de acudir a determinados lugares, pero es menester tener presente que bajo las circunstancias anteriormente descritas, ello debe hacerse adoptando las medidas de seguridad necesarias y adecuadas para no poner en riesgo su propia vida ni la de los demás. El oficial asesinado debió ser consciente de que acudir a un sitio público sin contar con las medidas de seguridad necesarias ni apropiadas era un riesgo, y por tanto él tenía la obligación de no hacerlo, de allí que se observe en su comportamiento un obrar imprudente, circunstancia que aunado a las deficientes o casi nulas medidas de seguridad que reinaron en el lugar de los hechos, contribuyó en altísimas proporciones a que el Teniente García fuera blanco fácil de un atentado

contra su vida, por lo que es dable sostener que su actuar concurrió definitivamente al hecho dañoso en la misma medida en que lo hizo la entidad demandada. Sobre el tema de la concausa, esta Corporación ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el *quántum indemnizatorio* -artículo 2357 del Código Civil- es el que contribuye en la producción del hecho dañino; es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado. Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales -daño antijurídico, factor de imputación y nexos causal-, la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del *quántum indemnizatorio*, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características para configurar una co-causación del daño. En esta dirección puede sostenerse que no es de recibo el análisis aislado o meramente conjetural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada co-causalmente en la producción de la cadena causal. Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible con fundamento en el concurso del hecho de la víctima responde a una razón de ser específica; es decir, que la víctima hubiere contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte del perjuicio no deviene antijurídico y por ende no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 05001-23-31-000-1997-06459-01 \(17138\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

6. a) DURANTE EL LARGO LAPSO EN QUE LAS TROPAS DEL EJÉRCITO OCUPARON LA FINCA DE LOS DEMANDANTES, ÉSTOS, BAJO TOTAL IMPOTENCIA, SE VIERON SOMETIDOS A INCOMODIDADES Y VEJÁMENES QUE AMERITAN EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES

Según lo dicho en la demanda, el señor José Eliécer se fue a vivir al citado predio con su familia, *“con el propósito de dedicarse a las actividades agrícolas y de sus ingresos proveer a la manutención de su familia y además dar cumplimiento a la obligación hipotecaria constituida a favor del señor Juan Antonio Daza Becerra”*. Además, *“al carecer la humilde vivienda habitada por los demandantes de los más elementales servicios sanitarios, los 80 o 100 militares realizaban sin pudor alguno, las necesidades fisiológicas en presencia de la compañera permanente y de los menores, circunstancia que aunada a los vejámenes de que fueron víctimas miembros de la familia Palacios Mosquera, obligó al jefe del hogar a marcharse junto con su compañera y sus hijos de la parcela presos de terror y zozobra”*. Resulta evidente que la situación padecida por los integrantes de la familia Palacios Martínez afectó sustancialmente su entornó familiar, pues no fue suficiente para ellos el tener que soportar con indignación cómo era invadida su privacidad e intimidad por un grupo de más ochenta soldados, sino que además debieron presenciar con impotencia la destrucción paulatina de su vivienda y de los cultivos del cual derivaban el sustento diario, así como la utilización de sus pertenencias, viéndose obligados a guardar silencio ante los gravísimos hechos que ocurrían en su predio, quizás por el temor de que se tomaran represalias contra ellos, como lo aseguraron algunos de los testigos. Muestra de ello es que una de las hijas menores del señor José Palacios fue abusada sexualmente por uno de los soldados, circunstancia que la obligó a marcharse de su casa por la vergüenza que dicha situación le producía en relación con sus padres y hermanos, mientras que la otra resultó en estado de embarazo y decidió tener a su hijo, a pesar de que el padre del menor le insistió en que debía abortar. Por si lo anterior no fuese suficiente, la ocupación del predio de la familia Palacios Martínez puso en riesgo la vida y la integridad de sus miembros ante la posibilidad latente de que se presentara un enfrentamiento militar en ese lugar con grupos al margen de la ley.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 54001-23-31-000-1995-08869-01 \(17063\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) LOS MUNICIPIOS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE APLICAR LAS NORMAS DEL ESTATUTO TRIBUTARIO PARA EFECTOS DE LAS DECLARACIONES, LOS PROCESOS DE FISCALIZACIÓN, LIQUIDACIÓN OFICIAL, IMPOSICIÓN DE SANCIONES, DISCUSIÓN Y COBRO DE LOS IMPUESTOS MUNICIPALES

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales el Municipio de Santa Rosa de Cabal formuló liquidación de aforo por el impuesto de industria y comercio por concepto de los servicios de transmisión regional y local que dijo que prestó la demandante por el año 2002 en la jurisdicción de ese municipio.

Tesis: Conforme al artículo 66 de la Ley 383 de 1997, los municipios tienen la obligación de aplicar las normas del Estatuto Tributario, para efectos de las declaraciones y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro de los impuestos municipales. La liquidación de revisión, por su parte, tiene por finalidad modificar, por una sola vez, las declaraciones privadas de los contribuyentes, para lo cual es necesaria la expedición del requerimiento especial (artículos 702 y 703 del Estatuto Tributario). En síntesis, el presupuesto para la práctica de la liquidación de aforo, es la inexistencia de la declaración a cargo del obligado, y para la de revisión, por el contrario, la existencia de aquélla, con el fin de modificar oficialmente su contenido.

b) LA LIQUIDACIÓN DE AFORO NO PROCEDE CUANDO EL CONTRIBUYENTE HA PRESENTADO DECLARACIÓN TRIBUTARIA

Se infiere de los hechos probados y de las normas citadas, que el Municipio de Santa Rosa de Cabal no estaba facultado para practicar liquidación de aforo por el año 2002 puesto que ya el contribuyente había declarado el impuesto por tales vigencias. Si el municipio advirtió que la demandante omitió en las declaraciones de industria y comercio, los ingresos provenientes de la actividad de transmisión y distribución de energía eléctrica, debió practicar liquidación oficial de revisión, previa expedición del requerimiento especial, con el propósito de modificar las liquidaciones privadas para adicionar los ingresos y modificar el impuesto a cargo.

c) A LAS EMPRESAS DEL SECTOR ELÉCTRICO EN INDUSTRIA Y COMERCIO SE LES APLICA LA LEY 56 DE 1981 Y EL ARTICULO 51 DE LA LEY 383 DE 1997

En sentencia que ahora se reitera la Sala precisó que el impuesto de industria y comercio sobre el servicio público domiciliario de energía eléctrica y las actividades complementarias al mismo se encuentran reguladas, de manera íntegra, en el artículo 7 de la Ley 56 de 1981 y en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997 y, por eso, se aplica de preferencia sobre la Ley 14 de 1983. Conforme con esas disposiciones, son cuatro los hechos generadores del impuesto de industria y comercio: La explotación a cualquier título de las plantas de generación de energía eléctrica. La Transmisión y conexión de energía eléctrica. La Compraventa de energía eléctrica. El servicio público Domiciliario. Teniendo en cuenta que la empresa demandante es una empresa multipropósito le asiste razón al Municipio de Santa Rosa de Cabal en cuanto precisa que la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. está en la obligación de declarar el impuesto de industria y comercio por las cuatro actividades.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 66001-23-31-000-2006-00152-01 \(16762\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.](#)

* Aclaración de voto del doctor Héctor J. Romero Díaz

2. EL RECURSO DE APELACIÓN DEBE CONTROVERTIR LOS ARGUMENTOS QUE MOTIVARON EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales se modificó la distribución de la participación en los ingresos corrientes de la Nación de la vigencia 2001. Se demandó también la nulidad de los actos administrativos de distribución y definitivos de reaforo de las liquidaciones de los años 2000 y 2001 expedidos por el CONPES. Se solicitó igualmente la inaplicación de las Leyes 547 de 1999 y el Decreto de Liquidación 2686 de 1999 que decretan el Presupuesto General de la Nación del año 2000 y 628 de 2000 y el Decreto de Liquidación 2790 de 2000 que decretan el Presupuesto General de la Nación del año 2001.

Tesis: Advierte la Sala que el demandante en el recurso de apelación no controvierte ninguno de los argumentos que motivaron la decisión de primera instancia, pues cada uno de los cargos del recurso se dirigen a impugnar las leyes anuales del presupuesto nacional de las vigencias de 1994 a 1999 por la exclusión de ciertos conceptos dentro de la clasificación de los ingresos corrientes de la Nación para efectos de las transferencias a las entidades territoriales, así como a desvirtuar la legalidad de los documentos CONPES 2716-DNP-UIP-UDT de 30 de junio de 1994 (Plan de Inversiones y Transferencias Territoriales de 1995); 2757- MINHACIENDA-MINSALUD-DNP-UDT de 11 de enero de 1995 (modificaciones al Plan Operativo Anual de Transferencias Territoriales para 1995) porque no incorporaron los recursos de la renta contractual de la Telefonía Móvil Celular, de acuerdo con la sentencia C-423 de 1995. La incongruencia que se observa en este proceso entre el recurso de apelación y la demanda y la sentencia del Tribunal, también se ha presentado en otros procesos donde se discuten similares pretensiones. En efecto, mediante sentencia de 13 de julio de 2006, la Sección Primera de esta Corporación decidió el recurso de apelación interpuesto por el Departamento del Amazonas contra la sentencia del Tribunal que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el documento CONPES 056 de 2001 por el situado fiscal de la vigencia 2001. “En esas circunstancias de notoria y ostensible falta de pertinencia o relación con las cuestiones debatidas y decididas en la sentencia apelada, para la Sala es improcedente hacer cualquier consideración de fondo sobre el recurso, toda vez que se estaría pretermitiendo la instancia al ocuparse de cuestiones que no fueron objeto de la etapa procesal anteriormente concluida, ni corresponden al objeto del poder otorgado al memorialista para iniciar la acción, como quiera que el mismo se otorgó para que se tratara de obtener la reliquidación y/o lucro cesante del situado fiscal y las participaciones no reconocidas ni pagadas, de los años 2000 y 2001, de los ingresos corrientes de la Nación, como en efecto se buscó en al demanda respecto del departamento poderdante intentando la nulidad del documento CONPES SOCIAL 56 atrás citado, y de lo cual se ocupó el fallo apelado, como atrás se reseñó, y de nada de ello se ocupa el impugnante en las razones en que funda el recurso”. También mediante sentencia de 30 de abril de 2009 dictada dentro del expediente 16225, con ponencia de la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia (E), decidió el recurso de apelación del Departamento del Vichada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el documento CONPES SOCIAL 56 de 20 de diciembre de 2001 en relación con el situado fiscal de 2001. En esa oportunidad se señaló que el marco de la decisión judicial en la segunda instancia lo constituyen la sentencia y el recurso de apelación. En efecto, se reitera que en el recurso de apelación la parte debe manifestar los motivos de inconformidad con la sentencia, de manera que el ad quem debe limitar su examen a esos aspectos, sin que tenga la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debían ser invocados en contra de la decisión. El artículo 350 del Código de Procedimiento Civil determina que la finalidad del recurso de apelación es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique. Como en este caso, el demandante desconoció que el recurso de apelación no constituye una oportunidad para plantear aspectos que no son propios del debate que se inició con la demanda y que por lo mismo no fueron objeto de estudio en la sentencia recurrida.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2002-00107-02 \(16226\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

3. EL TRANSPORTE DE PETRÓLEO POR OLEODUCTOS NO PUEDE SER GRAVADO CON EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales el municipio de Monterrey determinó el impuesto de industria y comercio a la actora.

Tesis: Sobre el particular la Sala ha señalado que, siendo el transporte de petróleo una de las actividades propias de la industria petrolera y necesaria para llevarlo a la refinería para su procesamiento y producción de sus derivados o, al puerto para su exportación, y el oleoducto el medio de transporte por excelencia para el movimiento del crudo, que hace parte de uno de los sectores importantes en la cadena del petróleo, no puede ser gravado con el impuesto de Industria y Comercio, por la actividad de servicio. Conclusión a la que se arriba, por estar vigente, como ya se señaló, la prohibición prevista en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1956, por ser una etapa dentro de la cadena de la industria del petróleo, cuya propiedad es de la Nación, y por ser, como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-537 de 1998, uno de los recursos naturales de más impacto económico y político del país. Desde 1953, cuando se compilaron las normas existentes en materia de petróleos, entre ellas la Ley 37 de 1931, existía tanto la prohibición de gravar con impuestos territoriales el transporte de petróleo, como el impuesto nacional de transporte por oleoducto y ha sido coherente la legislación posterior (ley 141 de 1994) al mantener el impuesto nacional y luego cederlo a los municipios como un reconocimiento para aquellos por cuyas jurisdicciones pasan los oleoductos, pero que no pueden imponer ningún gravamen territorial por esa actividad. En efecto, es al legislador a quien corresponde determinar los hechos o actividades que están sujetos al pago de impuestos, conforme a la facultad impositiva general (numeral 12 del artículo 150 de la Carta) y, señalar cuáles son del orden territorial o nacional (artículo 338 ibidem). Y si el legislador estableció el hecho económico de transporte por oleoducto como generador de un impuesto de carácter nacional y reguló sus elementos esenciales; ese mismo hecho económico ya no puede ser objeto de gravamen territorial, no sólo porque así lo previó el legislador (artículo 16 del Código de Petróleos), sino, porque el ente territorial no tiene fundamento legal para su adopción dentro de su jurisdicción. El hecho de que el transporte por oleoducto pueda considerarse un servicio, no significa que pueda ser gravado con el impuesto de industria y comercio, pues sobre él pesa un gravamen especial que, además, fue cedido a los municipios. Someterlo también a industria y comercio iría en contravía de los principios tributarios de equidad, eficiencia y progresividad (artículo 363 Constitución Política), al permitir que los municipios por donde atraviesa un oleoducto se beneficien doblemente por esta razón. En conclusión, el servicio de transporte por oleoducto, no puede ser gravado con el impuesto de Industria y Comercio, por lo que la sociedad Oleoducto Central S.A. OCENSA, quien ejerce dicha actividad dentro del municipio de Monterrey, no puede ser considerada como contribuyente del tributo, por no existir, como ya se señaló, el hecho gravable del tributo.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2004-02192-01 \(17330\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

4. NO ES NECESARIO PARA OBTENER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO LA CORRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la Secretaría de Hacienda rechazó la solicitud de devolución de pago de lo no debido del impuesto de industria y comercio de los bimestres del 3 a 6 de 1995, 1 a 6 de 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 1 al 4 de 2003.

Tesis: La Sala considera que le asiste razón al demandante, en cuanto a que no era necesario que siguiera el procedimiento establecido en el artículo 20 del Decreto 807 de 1993 y en cuanto a que, el término para solicitar la devolución es el establecido para la prescripción de la acción ejecutiva

previsto en el Código Civil. Esta Sala en sentencia que ahora se reitera, al referirse a si es procedente la corrección previa de la declaración privada para obtener la devolución de lo que se pagó de manera indebida por concepto del impuesto de industria y comercio liquidado sobre la UPC, precisó que no por cuanto, precisamente, el pago de lo no debido es el que se efectúa “sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento”. En consecuencia, si con la solicitud de devolución no se pretende establecer un mayor saldo a favor sino probar la inexistencia legal para realizar un pago, el trámite pertinente no es el previsto en el artículo 20 del Decreto 807 de 1993 que remite al artículo 589 del E.T. y que limita la petición de devolución a tan sólo dos años. De ahí que en sentencia del 12 de noviembre de 2004 esta Sala haya precisado “ (...) esta claro que tratándose de ejercer el derecho a devolución de pagos en exceso o de lo no debido, si bien no existe en la normatividad tributaria nacional disposición alguna que señale el término dentro del cual debe formularse la solicitud respectiva, se ha entendido que dicho término es el previsto para la prescripción de la acción ejecutiva de que tratan los artículos 2535 y 2536 del Código Civil; y precisamente por ello el Decreto 1000 de 1997 “por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de las devoluciones y compensaciones”, dispuso en sus artículos 11 y 21, que las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido “deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil”, esto es dentro del término de diez años”.

[Sentencia de 5 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01651-01 \(16591\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

* Con salvamento de voto del doctor William Giraldo Giraldo

5. a) MIENTRAS NO SE RESUELVA EL RECURSO O DEMANDA CONTRA LA LIQUIDACIÓN RESPECTO DE LA CUAL SE DISCUTA LA IMPROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN, LA DIAN NO PUEDE INICIAR EL COBRO DE LA SANCIÓN

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN sancionó a la actora por devolución improcedente.

Tesis: El artículo 670 del Estatuto Tributario dispone que las devoluciones o compensaciones efectuadas de acuerdo con las declaraciones del impuesto sobre la renta y sobre las ventas, no constituyen reconocimiento definitivo a favor de los declarantes. También prevé que si dentro del proceso de determinación, la Administración rechaza o modifica el saldo a favor objeto de devolución o compensación, procede el reintegro de las sumas devueltas o compensadas en exceso más los intereses moratorios que correspondan, aumentados en un 50%. La sanción debe imponerse dentro de los dos años, contados a partir de la fecha en que se notifique la liquidación oficial de revisión. Así mismo, la norma señala que cuando el recurso contra la sanción por devolución improcedente fuere resuelto desfavorablemente, y estuviere pendiente de resolverse en la vía gubernativa o en la jurisdiccional el recurso o la demanda contra la liquidación de revisión en la cual se discuta la improcedencia de la devolución, la Administración no podrá iniciar proceso de cobro hasta tanto quede ejecutoriada la resolución que falle negativamente dicha demanda o recurso [par. 2 ibídem]. Así pues, la devolución de saldos a favor declarados en renta y ventas tiene carácter provisional, dado el proceso de fiscalización que eventualmente puede iniciarse respecto de dichos tributos y dentro del cual es posible que tales saldos se modifiquen o rechacen.

b) LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN IMPROCEDENTE DEL SALDO A FAVOR ES UNA ACTUACIÓN OFICIAL DIFERENTE AL PROCESO DE DETERMINACIÓN DEL IMPUESTO

Tesis: Los actos sancionatorios, como la resolución que ordena el reintegro de sumas devueltas o compensadas, hacen parte de una actuación oficial diferente a la de determinación del impuesto. La actuación administrativa relacionada con el reintegro de la devolución efectuada y la

correspondiente al proceso de determinación oficial del tributo, son dos trámites distintos y autónomos aún cuando la orden de reintegro se apoye en la actuación de revisión.

[Sentencia de 5 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2007-00203-01 \(17456\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

6. LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN NO PUEDE PROPONERSE COMO EXCEPCIÓN DE PAGO DENTRO DEL PROCESO DE COBRO COACTIVO

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN rechazó las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago.

Tesis: De conformidad con lo que ha dicho la Sala, la excepción de pago no se configura con la simple solicitud de devolución o compensación, pues la solicitud no constituye un reconocimiento definitivo a favor del contribuyente o responsable, toda vez que, en desarrollo de la facultad de determinación oficial, la Administración puede rechazar o modificar los saldos a favor propuestos. En este sentido se reitera lo manifestado en la sentencia del 26 de noviembre de 2009, dictada en el expediente No. 16873, que estableció: La solicitud de compensación no implica su aprobación, mucho menos la extinción parcial o total de la obligación del contribuyente, dado que, como lo dice el acto acusado, sólo constituye una expectativa. Lo anterior, por cuanto es probable que la petición no cumpla con los requisitos de los artículos 856 y 857 del Estatuto Tributario.

[Sentencia de 28 de enero de 2010. Exp. 23001-23-31-000-2002-00113-01 \(16689\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

7. LA DEDUCCIÓN POR CASTIGO DE CARTERA NO SE PIERDE CUANDO INICIALMENTE SE HA SOLICITADO PROVISIÓN POR DEUDAS DE DIFÍCIL COBRO Y POSTERIORMENTE SE RECIBE UN PAGO PARCIAL

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de 2001 de la actora.

Tesis: De lo anterior se advierte que los artículos antes transcritos constituyen dos formas diferentes de realizar la deducción por cartera morosa o perdida, pero de ninguno de los dos preceptos puede establecerse que el hecho de que el contribuyente adopte en primera instancia la provisión por deudas de dudoso o difícil cobro, luego no pueda castigar esas mismas acreencias con fundamento en el artículo 146 E.T., pues no existe prohibición legal ni reglamentaria en ese sentido. En tales condiciones, el procedimiento adoptado por la demandante en cuanto hizo la cancelación directamente contra la provisión de deudas incobrables que tenía de la sociedad Lloreda S.A., no hace perder el derecho a la deducción, porque, se reitera, no existe impedimento para hacerlo y además no existió un doble beneficio, por cuanto si bien el valor total de la deuda que tenía Lloreda S.A., era de \$874.132.000, lo solicitado como deducción por deuda manifiestamente perdida o sin valor en el año gravable 2001 (\$662.373.000), no incluye lo que la demandante ya había deducido en el año gravable 2000 como deuda de dudoso o difícil cobro (\$211.759.000). Para la Sala, el artículo 79 del Decreto 187 de 1975 define las deudas manifiestamente perdidas o sin valor, concepto dentro del cual se destaca el aparte final en cuanto señala *que permita considerarlas como actualmente perdidas, de acuerdo con una sana práctica comercial*”, lo cual le da a la definición condiciones especiales que deben ser consideradas en cada caso concreto. Pues bien, como lo afirma la parte recurrente, en el mismo año en que la actora decidió realizar fiscalmente el castigo de la cartera glosada, “recuperó” el valor de la deuda a través de las acciones entregadas por Lloreda S.A., con lo cual, en principio, se desvirtúa el hecho de que en ese *momento* existieran razones para considerar la deuda manifiestamente perdida o sin valor. No obstante, desde el punto de vista de una “sana práctica comercial”, no puede exigirse al contribuyente, como lo pretende la DIAN, que tenga como recuperada la deuda con las acciones recibidas, cuando en realidad éstas no cubren el valor total de la

acreencia. Entonces, teniendo en cuenta de una parte la situación fáctica con base en la cual la demandante tuvo como manifiestamente perdida o sin valor la deuda de Lloreda S.A. y por otra, el hecho de haber declarado como renta líquida las acciones recibidas como pago parcial de la deuda, esta Corporación advierte que examinadas estas circunstancias no existe violación de la normativa tributaria que permita desconocer la deducción solicitada, pues de manera contraria a la forma en que analiza la parte recurrente la actuación de la sociedad contribuyente, el tratamiento que en *conjunto* le dio a la deducción y a su recuperación, impiden tener, como lo consideró el *a quo*, que ello hubiera afectado de manera alguna el recaudo del tributo.

[Sentencia de 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00002-01\(17202\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

SECCIÓN QUINTA

1) NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD DE PERSONERO SÓLO PROCEDE POR FALTA TEMPORAL

La Sección Quinta confirmó el fallo del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que anuló el acto de nombramiento en interinidad de la señora Gloria Gallego Lenis como personera interna del municipio de Candelaria.

La Sala inicialmente se pronunció sobre la modificación del acto demandado que pretendía la demanda en su contestación, para precisar, de una parte, que la contrademanda es incompatible con el proceso electoral y, de otra, que a través de la acción electoral pueden formularse pretensiones distintas a la de nulidad del acto demandado:

“Aunque el precepto anterior trae un catálogo de posibles decisiones anejas a la declaración de nulidad, es claro para la Sala que ello se hace en forma enunciativa, de modo que resulta viable pensar que en tratándose de la elección de personeros es absolutamente viable demandar su nulidad no para expulsar el acto del ordenamiento jurídico desde su génesis, sino para modificarlo en su origen y hacerle producir los efectos jurídicos que en Derecho correspondan. De otro lado, no puede tomarse esa petición como una contrademanda, ya que en la regulación especial del proceso electoral, prevista en el capítulo IV del Título XXVI del Código Contencioso Administrativo, no se contempló la figura de la mutua demanda, la que si bien opera en los procesos de naturaleza civil, no puede incorporarse en los negocios electorales por su evidente incompatibilidad con los mismos, conclusión que resulta avalada por lo dispuesto en el artículo 267 *ibídem*, que adopta el principio de integración normativa respecto de las disposiciones del código de procedimiento civil ‘en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo’.”

Aclarado lo anterior y con relación al problema jurídico planteado, la Sala fundamentó su decisión en el principio de legalidad que gobierna los nombramientos en encargo y concluyó que, para el caso de los personeros, los nombramientos en interinidad sólo son viables para cubrir faltas temporales y que ante faltas absolutas el cargo siempre debe proveerse en propiedad:

“La expedición de un nombramiento en encargo solamente puede ejercerse cuando exista una norma jurídica que así lo permita, no quedando al arbitrio del nominador hacerlo sin una habilitación legal, pues en el ejercicio de funciones públicas solamente se puede hacer aquello que la ley o los reglamentos conciban, más allá de ello se constituye en una extralimitación de funciones y desde luego, en el ejercicio de competencias que no son propias y que por ende conducen a viciar de nulidad la actuación.

(...)

Las disposiciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que la designación en interinidad únicamente opera frente a las faltas temporales del personero titular, quedando habilitado para hacerla, según el caso, el mismo personero cuando dentro de la nómina del personal a su cargo exista un funcionario que le siga en jerarquía y cumpla con las calidades y requisitos para el desempeño del cargo; también puede hacer la designación en encargo el propio concejo si no se puede acudir al mecanismo anterior, y si el concejo no lo puede hacer porque no se encuentra sesionando, será el alcalde municipal o distrital quien efectúe la designación en encargo. En segundo lugar, que para el evento de presentarse falta absoluta del personero titular, antes de la culminación de su período, no está prevista la posibilidad de acudir a la designación en interinidad. Por el contrario, la voluntad del legislador fue la de que ese nombramiento se hiciera directamente en propiedad, sin que mediara encargo alguno”.

[Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2009-00457-02. M.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

2) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ELECTORAL CONTRA ACTO DE NOMBRAMIENTO DE CARÁCTER PARTICULAR Y DEL ORDEN NACIONAL SE CUENTA DESDE SU EXPEDICIÓN

La Sección Quinta se declaró inhibida para decidir de fondo la demanda interpuesta contra el acto de nombramiento del señor Luis Gonzalo Olarte Cely como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC, por haber operado la caducidad de la acción electoral.

La Sala recordó que la acción electoral contra esa clase de actos se cuenta desde su expedición:

“La caducidad es el fenómeno procesal en virtud del cual, por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de demandar el acto en la vía jurisdiccional. Así, la caducidad, como presupuesto para interponer la acción, obedece a la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas y, en ese sentido, ésta juega un papel trascendente en la medida que tiene como finalidad cerrar toda posibilidad al respectivo debate jurisdiccional. De esta forma, se acaba con la incertidumbre que genera para la administración la eventual revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición, y en tratándose del acto de elección o de nombramiento que da acceso a la función pública, se le otorga certeza de legitimidad al ejercicio por parte de quien fue designado para ejercerla.

(...) el fenómeno de la caducidad obedece a un criterio objetivo, pues transcurrido el tiempo límite que prevé la ley para demandar, ya no se puede incoar la acción y, en consecuencia, sobreviene la intangibilidad del respectivo acto, en cuanto que este acto ya no puede ser enjuiciado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La caducidad fijada por el legislador para ejercer la demanda de nulidad electoral se justifica por su objeto. (...) a través de ella se pueden demandar actos de elección o de nombramiento, por lo que si bien está permitido realizar un control de legalidad en abstracto, es igualmente necesario que para ello el interesado en accionar lo haga dentro de un término corto, con lo cual se pretende dotar de seguridad y estabilidad al acceso al ejercicio del poder político o a la función pública. Ahora bien, el término para impugnar un acto administrativo a través del cual se hace un nombramiento empieza a correr a partir del día siguiente al de su expedición, esto es, desde el siguiente a aquel en que se pronuncia la administración, según lo establece el C.C.A., artículo 136, numeral 12.

(...) para la fecha en la cual fue radicada la presente demanda de nulidad electoral, esto es, el 8 de febrero de 2008, el término de caducidad que se predica en relación con la Resolución 0793 de 2004 se encontraba vencido y, por consiguiente, la acción está caducada. Además, en el presente caso, de conformidad con certificación expedida por la Coordinadora Grupo

Organización y Sistemas de la U.P.T.C., (...) la Resolución 0793 del 13 de febrero de 2004 fue publicada a los 13 días del mes de septiembre de 2007 en la página web de la institución, de conformidad con lo establecido en la parte resolutoria de la sentencia C- 646 de 2000 y de acuerdo con lo previsto en el Acuerdo 075 de 2007, proferido por el Consejo Superior de la U.P.T.C., que dispuso que la página web de esa institución es el medio oficial de difusión de los actos administrativos que expida el rector en ejercicio de sus funciones.

En este orden de ideas, es claro que la referida publicación cumplió con el propósito de que la ciudadanía se enterara del acto en cuestión y que lo pudiera someter, si lo considerase necesario, al respectivo control judicial en protección de la legalidad en abstracto, el cual, valga la pena aclarar, debía realizarse dentro de los términos que la ley ha previsto para tal efecto. Dentro de este contexto, no cabe la menor duda que incluso si se tiene en cuenta la fecha de publicación del acto acusado, el término de caducidad se encuentra más que vencido, pues para la época en que fue presentada la demanda, ya habían transcurrido más de cinco meses desde la referida publicación.

De igual forma, como lo ha hecho en otras ocasiones, la Sala resalta que es perfectamente entendible que la finalidad de posibilitar el control judicial de los actos administrativos que persigue la publicación de éstos, se cumple con creces cuando el nombrado o el elegido no solo ha tomado posesión sino que ha ejercido el cargo desempeñando las funciones inherentes, desempeño público que, por obvias razones, divulga y publicita la investidura de la que fue ungido.

[...] la Sala insiste en que la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la sentencia C-646 del 31 de mayo de 2000 no modificó los términos de caducidad previstos en el Código Contencioso Administrativo, pues solamente estableció la necesidad de que, a partir de la fecha de notificación y ejecutoria de los actos administrativos de elección o de nombramiento de carácter particular y del orden nacional, se adelante el trámite de publicación en cuanto fueran susceptibles de ser demandados a través de acción pública sometida a término de caducidad.

Aunado a lo anterior, como ya atrás se hizo alusión, en el caso sub examine es pertinente tener en cuenta que (...) Luis Gonzalo Olarte Cely (...), tomó posesión del cargo el día 23 de febrero de 2004, es decir, que para la fecha en que fue presentada la demanda, en vista de que habían transcurrido 4 años desde el acto de posesión, seguramente ya había ejercido la condición de docente, con las funciones que le son propias a dicho cargo. Se trata entonces de un acto de nombramiento respecto del cual es predicable decir que ha recibido plena divulgación en la medida que las atribuciones que le son inherentes se han visto materializadas mediante su ejercicio real y efectivo.

Así las cosas, la exigencia de la publicación de este clase de actos, como punto de partida para contabilizar el término de caducidad, en casos como el presente, se convierte, en realidad, en un mero formalismo que carece de sentido lógico, pues el desempeño del empleo representa, de manera más que suficiente para la ciudadanía interesada en someter tales actos administrativos a control judicial, la publicidad de éstos.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que si la presente demanda se presentó mucho tiempo después de los 20 días siguientes a la expedición del nombramiento, e incluso 5 meses después de su respectiva publicación en la página web de la U.P.T.C., en el asunto objeto de estudio, operó el fenómeno de la caducidad de la acción y, por consiguiente, mal haría esta Corporación en resolver de fondo las pretensiones de la demanda, pues carece de competencia para tal efecto”.

[Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp. 11001-03-28-000-2008-00009-00. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

* Salvamentos de voto: Mauricio Torres Cuervo y Fernando Mayorga (Conjuez)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) VACANCIA DE CARGOS POR PENSIÓN DE TITULARES NO HABILITA VINCULACIONES EN NÓMINA QUE PROHÍBE LA LEY DE GARANTÍAS EN CAMPAÑA PRESIDENCIAL

Así respondió la Sala de Consulta y Servicio Civil la consulta de la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre *“la viabilidad de que en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 y la Sentencia C-1153 de 2005, los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva, como resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez, puedan ser nuevamente provistos”*.

La respuesta estuvo fundamentada, primero, en el contenido de la ley de garantías y su aplicación a todos los procesos de elección popular y, segundo, en que dentro de las excepciones que contempla esa ley a la prohibición de hacer vinculaciones en nómina en la rama ejecutiva en los niveles nacional y territorial no se encuentran los cargos vacantes por pensión de sus titulares.

“La ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales; que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”.

(...)

Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la Rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones. Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes. Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan las vacantes. (...) A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004. Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad

territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera”.

Concepto 1985 de 4 de febrero de 2010. M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO 2010EE1164 DE 12 DE FEBRERO DE 2010 DEL DAFP

2) LA EMISIÓN DE ALERTAS TEMPRANAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO A LAS ENTIDADES TERRITORIALES CORRESPONDE AL MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

El Ministro del Interior y de Justicia formuló a la Sala varias preguntas sobre las funciones del Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas y la viabilidad de modificar su estructura para convertirlo en una comisión intersectorial, en los términos de la Ley 489 de 1998.

La Sala respondió al Ministro que la creación de comisiones intersectoriales era facultad del gobierno nacional, previo análisis de las características de esos organismos y de otros conceptos asociados a los sectores administrativos:

“Un ‘sector administrativo’ se integra por un ministerio o departamento administrativo, que orienta el ejercicio de las funciones del respectivo sector, y las superintendencias y demás entidades que la ley adscriba o vincule. De igual modo, la ley 489, al desarrollar el marco legal para el ejercicio de las competencias constitucionales del legislativo y el ejecutivo en materia de estructura de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, prevé la existencia de órganos integrados por altos funcionarios de varios sectores administrativos, con o sin la participación de representantes del sector privado, que como regla general tienen funciones de dirección, asesoría y coordinación, e inclusive, por expresa disposición legal, también funciones decisorias y vinculantes. En los términos de la citada ley 489, se tipifican tres clases de estos organismos, a saber: a) Los Consejos Superiores de la administración. Son organismos que integran el sector central nacional, con los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica; y por formar parte de la estructura de la administración deben ser creados por la ley. b) Los organismos consultivos o coordinadores. Existen para toda o parte de la administración; pueden ser permanentes o temporales; integrados bien por el sector público o con el sector privado; también deben ser creados por la ley. c) Las comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación, de funciones y servicios, asignadas a dos o más ministerios, departamentos administrativos y entidades descentralizadas: su creación compete al Gobierno Nacional; pueden ser delegatarios de sus funciones.

(...)

En cuanto a las comisiones intersectoriales es preciso señalar que correspondiendo al ejercicio de una facultad atribuida por el artículo 45 de la ley 489 de 1998 al Gobierno Nacional, su organización, integración y funciones deben guardar correspondencia con el marco establecido en la norma en cita y también con el conjunto de normas superiores que regulen el servicio público o el sector administrativo de que se trate. (...) La ley dio al gobierno nacional un instrumento que le permite hacer efectivo en la práctica el principio de coordinación para atender aquellos temas que por su naturaleza o contenido son de competencia de varios sectores administrativos o requieren de su concurrencia. (...) En segundo término, las competencias específicas, esto es, las propias de cada organismo y entidad, no se modifican, pero sí pueden quedar supeditadas a los programas y proyectos de acción adoptados por la Comisión, pues precisamente se trata de un organismo que debe tener la capacidad para convocar a sus integrantes, encaminar sus actuaciones a los propósitos buscados y para exigirles su accionar, de manera que pueda lograrse eficacia en el instrumento de coordinación y organización y oportunidad en la respuesta que corresponda dar a los distintos organismos y entidades involucrados por razón del servicio público que atiendan. En tercer término, las actividades de ejecución están excluidas porque se trata de organismos llamados a adoptar decisiones para dirigir la actividad de sus miembros y no para remplazarlos en el ejercicio de las funciones que por ley tengan asignadas; en este sentido, la facultad que el artículo 45 de la ley 489

da al Gobierno Nacional para delegarle funciones a la Comisión ha de ser entendida y ejercida en el marco de la expresión “coordinación y orientación superior” para que los integrantes de la Comisión reciban directrices orientadas a “la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos” que les correspondan, por lo que habrá de revisarse en cada caso el contenido, la pertinencia y las condiciones de la delegación”.

Luego la Sala concretó su estudio en el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, su relación con el Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas y las funciones del Ministerio del Interior y de Justicia y la Defensoría del Pueblo en estos ámbitos:

“La ley 387 de 1997, al tratar el desplazamiento forzado interno, su prevención, y la atención, protección y estabilización de los desplazados, partió de la “responsabilidad del Estado colombiano [de] formular las políticas y adoptar las medidas para [su] prevención; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia”, teniendo en cuenta los principios de subsidiariedad, complementariedad, descentralización y concurrencia (Art. 3º). Es decir, lo aborda desde el reconocimiento de que es uno de los temas que atraviesan el quehacer del Estado en su conjunto y así promueve la integración del sector público y el privado y de toda la sociedad, para prevenirlo y para brindar atención integral a los desplazados. Entre las medidas adoptadas por la ley 387 de 1997, se destacan, para los efectos de la consulta en estudio, la creación del “Sistema Nacional de Atención Integral a la población desplazada”, para aunar los esfuerzos públicos y privados en la prevención del desplazamiento y en la atención total de los desplazados (Art. 4º); y del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, como “órgano consultivo y asesor encargado de formular la política y garantizar la asignación presupuestal de los programas de las entidades responsables del funcionamiento del Sistema...”, del cual forma parte el Defensor del Pueblo (Art. 6º); a la vez que entre las instituciones con responsabilidades específicas, la ley 387 en comento, incluye a la Defensoría del Pueblo encargándola de diseñar y ejecutar programas de divulgación y promoción de las normas del Derecho Internacional Humanitario, en los cuales se integren las entidades gubernamentales de los niveles nacional y territorial, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de los desplazados (Art. 19).

(...)

Las políticas públicas en materia de desplazamiento forzada impulsaron, en cabeza de la Defensoría del Pueblo, el Sistema de Alertas Tempranas con la responsabilidad de informar a las autoridades competentes las medidas que les correspondería ejecutar. (...) En criterio de la Sala, esta disposición legal, sin perjuicio de las competencias del Defensor del Pueblo, unificó en el Ministerio del Interior y de Justicia el canal de difusión de la información proveniente del Sistema de Alertas Tempranas y destinada a los Gobernadores y a los Alcaldes, armonizando la normatividad en materia de competencias sobre orden público, partiendo de las disposiciones constitucionales que asignan a las mencionadas autoridades territoriales la responsabilidad del orden público en sus respectivos departamentos y municipios, los gobernadores como agentes del Presidente de la República, y los alcaldes con sujeción a las instrucciones y órdenes recibidas del Presidente de la República y del respectivo gobernador; y enlazándolas con los objetivos y las funciones del Ministerio designado en cuanto atañen al orden público interno, a los asuntos políticos, de convivencia ciudadana y derechos humanos, a la formulación de la política del Gobierno sobre orden público interno y a la formulación, promoción y ejecución de las correspondientes a las relaciones políticas y de orden público entre la Nación y las entidades territoriales. (...) La integración así dispuesta deja en evidencia que se trata de una “comisión intersectorial”, en tanto comprende dos sectores administrativos, el de Interior y Justicia y el de Defensa Nacional”. De manera que en este sentido cabe ajustar su denominación en la reforma a la cual alude el Ministerio del Interior y de Justicia en la consulta. (...) No es viable jurídicamente que el Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas - CIAT - emita autónomamente las alertas tempranas; tampoco el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada asigna al CIAT la función de emitir las cuando ordena su fortalecimiento en el literal E del artículo 2º

del decreto reglamentario 250 de 2005. Sin perjuicio de las competencias de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y de Justicia es el competente para emitir las alertas tempranas con destino a los Gobernadores y a los Alcaldes, de conformidad con el artículo 5° de la ley 1106 de 2006. (...) A la luz de la normatividad vigente, el CIAT verifica los informes de riesgo y hace recomendaciones para orientar las acciones de los organismos y entidades competentes para dar las respuestas de prevención al desplazamiento o de atención a la población desplazada, pero no para dirigirse de manera autónoma a dichos organismos y entidades”.

Concepto 1969 de 3 de diciembre de 2009. M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO 0420 DE 28 DE ENERO DE 2010 DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

NOTICIAS DESTACADAS

MAGISTRADOS DEL CONSEJO DE ESTADO, INVITADOS AL 10° CONGRESO DE ALTAS JURISDICCIONES EN AUSTRALIA

La Doctora María Nohemí Hernández Pinzón, magistrada de la Sección Quinta de la Corporación, y el Doctor y Rafael Enrique Ostau De Lafont Pianeta, magistrado de la Sección Primera, fueron invitados a participar y hacer su aporte al 10° Congreso de Altas Jurisdicciones que se llevará a cabo en Sydney, Australia.

Este encuentro se realiza todos los años en diferentes ciudades del mundo, donde se encuentran los magistrados de las Altas Cortes para debatir y analizar diversas temáticas de la actualidad jurídica mundial.

Cabe destacar que en el 2013 la sede para este Congreso será Cartagena, Colombia, lo cual es motivo de orgullo y reconocimiento. Por esa razón, los magistrados María Nohemí Hernández Pinzón y Rafael Enrique Ostau De Lafont Pianeta se encargarán de mostrar la mejor cara de nuestro país en Australia.

CONSEJO EDITORIAL

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

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

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

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

- **Fabiana De La 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, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co