



Contenido:

| | |
|---|---------|
| Editorial | 1 |
| Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día | |
| • Acciones Constitucionales | 1 - 11 |
| • Sección Primera | 11 - 14 |
| • Sección Segunda | 14 - 21 |
| • Sección Tercera | 21 - 25 |
| • Sección Cuarta | 26 - 33 |
| • Sección Quinta | 33 - 36 |
| • Sala de Consulta y Servicio Civil | 36 - 42 |
| • Noticias Destacadas | 43 |

Noticias destacadas

LA SALA DE CONSULTA CURSÓ INVITACIÓN A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN A PARTICIPAR EN LA ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE LEY SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS MEDIOS EN RELACIÓN CON LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

EDITORIAL

El Consejo de Estado resalta la importante labor que bajo la Presidencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, viene adelantando la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, que llevará a cabo su VII Encuentro, cuyo eje temático será *“PAUTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES”*, el cual se realizará los días 23 y 24 de julio del presente año en la ciudad de Pereira.

Por otra parte, que sea esta la ocasión para darle una especial bienvenida al Dr. Augusto Hernández Becerra, quien desde el pasado 11 de junio nos acompaña como nuevo Consejero de Estado de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Le auguramos éxitos en su labor, convencidos de que su presencia y actividad fortalecerá la Función Consultiva del Consejo de Estado.

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. Vulneración de los derechos fundamentales por anotación de un delito extinguido en el certificado judicial

El actor instauró acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a una calidad de vida digna, al buen nombre, al trabajo y a la dignidad, por haber solicitado un certificado de antecedentes judiciales que contiene la inscripción “Registra Antecedentes”, lo cual considera no sólo afecta los citados derechos fundamentales, sino sus posibilidades de trabajo, puesto que actualmente no tiene asuntos pendientes con la justicia, pero varios años atrás se encontró incurso en un proceso penal por la comisión de conductas culposas que ya fueron resarcidas.

Al resolver el asunto, la Sala advirtió que el Decreto 3738 de 2003 “Por el cual se dictan normas sobre reseña delictiva y expedición de Certificados Judiciales y se reglamenta el Decreto 218 de 2000”, en su artículo 8° establece lo siguiente: “Artículo 8°. Los sindicatos de delitos, podrán presentar al Departamento Administrativo de Seguridad en cualquier tiempo, copias auténticas de sentencias, autos interlocutorios y decisiones que aclaren, varíen o modifiquen la situación anotada en los respectivos archivos y prontuarios”. De acuerdo con lo anterior, para la Sala es evidente que el artículo 8° del Decreto anteriormente transcrito no contempla la situación de cancelar del certificado de antecedentes judiciales la información que se encuentra registrada en el mismo; simplemente consagra las circunstancias de aclarar, modificar o variar la información que se encuentra consignada en la base de datos de la entidad accionada. Como quiera que es obligación legal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, mantener actualizada la información que se encuentra en sus registros y en su base de datos, y teniendo en cuenta que la condena por el delito de violencia intrafamiliar que le resulta registrada al actor en la base de datos de la entidad en mención, ya se extinguió, tal como lo manifiesta la accionada en la contestación de la demanda de tutela, no resulta lógico expedir certificaciones con anotaciones como la aquí controvertida, pues la misma supone prolongar en el tiempo una sanción por la cual ya se respondió. Por ello la Sala revocó el fallo de primera instancia, y en su lugar procedió a conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por el actor, teniendo como fundamento los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que no se pueden poner en peligro, ni vulnerar los derechos fundamentales de una persona, por no adelantar las actividades necesarias, tendientes a la actualización de los datos que las entidades públicas manejan en su base de datos, amén de que como ya se mencionó, no existe sustento legal alguno que autorice al DAS a mantener un registro de antecedentes en forma indefinida.

[Sentencia de 10 de junio de 2010, Exp. 68001-23-31-000-2010-00077-01\(AC\), MP. Marco Antonio Velilla Moreno](#)

2. Se vulneraron los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de una persona discapacitada por suspensión del pago de las mesadas pensionales

En el caso bajo estudio, el señor Rafael Alberto Cote Camacho por intermedio de apoderado pretende por vía de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud y debido proceso. Manifiesta que padece invalidez desde la infancia, no pudo estudiar y le es imposible adelantar cualquier labor para ganar el medio de subsistencia. Por su discapacidad recibía la sustitución de asignación mensual de retiro de su padre, no obstante lo anterior, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le dejó de pagar dicha prestación con fundamento en la valoración efectuada por el Área de Medicina Laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, la cual determinó que se había superado el grado de invalidez.

Al actor procedieron a suspenderle la sustitución pensional, pese a que se encuentra demostrado que desde los 6 meses de edad presenta déficit motor, nunca ha trabajado y “las secuelas neurológicas son permanentes”, por tanto considera la Sala que la acción de tutela para la protección de sus derechos es el medio procedente ya que el derecho a la salud se entiende como fundamental y prevalente, sin exigir conexidad con otros derechos fundamentales. En atención a lo manifestado anteriormente, es claro que el actor requiere de la especial protección del Estado, dado el hecho de que para el ejercicio de cualquier actividad requiere supervisión, no es independiente y necesita la ayuda de terceros, lo que evidentemente le dificulta la satisfacción de sus necesidades por sí mismo, de un lado y que se le brinde la oportunidad de un trabajo, de otro. El artículo 13 constitucional, obliga al Estado a buscar las condiciones necesarias para que el derecho a la igualdad sea efectivo, protegiendo especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Y el 47 dispone: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la

atención especializada que requieran.” Por consiguiente, considera la Sala que el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, concerniente a la invalidez absoluta y permanente de los hijos mayores de 18 años, debe interpretarse de conformidad con las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales de los discapacitados mentales, en tanto son sujetos de especial protección constitucional. En consecuencia, por la invalidez que padece el actor, debe brindársele un tratamiento médico adecuado, así como el pago de las mesadas pensionales a su favor. No desconoce la Sala que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir las actuaciones administrativas que evalúan el grado de incapacidad, sin embargo, dicho medio no es eficaz por las circunstancias en que se encuentra, pues por las enfermedades que padece no le es posible proveerse su propio sustento, además no le permite hacer cesar la vulneración de los derechos constitucionales que pretende le sean amparados con la presente acción. Vale decir que se comparte la decisión tomada por el Tribunal en el sentido de amparar los derechos del señor Rafael Alberto Cote Camacho, de prestar los servicios médicos en calidad de beneficiario del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y de incluirlo en nómina para que le sea cancelada la cuota de sustitución de asignación mensual que venía percibiendo. No obstante, la Sala tutelaré con carácter definitivo los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social del señor Cote Camacho, en consideración a que se trata de una persona que requiere una especial protección constitucional, pues es la propia Entidad la que afirma que “las secuelas neurológicas son permanentes e incapacidad laboral total.”.

[Sentencia de 3 de junio de 2010, Exp. 54001-23-31-000-2010-00056-01\(AC\), MP. Alfonso Vargas Rincón](#)

3. a) Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensión de sobreviviente si ocurre un perjuicio irremediable

En el presente asunto, la actora interpuso la acción de tutela con el fin de lograr la protección de sus derechos fundamentales a la vida, el mínimo vital, el debido proceso, la seguridad social y el principio de favorabilidad, presuntamente vulnerados por la Caja Nacional de Previsión Social - en liquidación, al no reconocer y pagar la pensión de sobreviviente de su cónyuge fallecido.

Como lo pretendido es el reconocimiento y pago de una sustitución pensional a favor de la actora, para dicho efecto se cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto administrativo proferido por Cajanal que dejó en suspenso dicha prestación, esto es, la Resolución No. 12242 de 2004. Lo anterior pone de presente la improcedencia de la acción de tutela con base en el artículo 6°, numeral 1° del Decreto 2591 de 1991. No obstante, dicha normativa consagra también que la improcedencia de la acción en tal evento, cede ante la comprobada ocurrencia de un perjuicio irremediable. En efecto, se trata en el presente caso de una persona de la tercera edad (85 años de edad) quien a partir de la muerte de su cónyuge se encuentra desvalida, vive de la caridad de sus vecinos y padece enfermedades ortopédicas y arteriales, situaciones que imponen una protección especial del Estado, conforme al artículo 13 de la Constitución Política. Tratándose de pensión de sobrevivientes, es claro que el fin último de dicha prestación es proteger el núcleo familiar del causante, de tal manera que quienes dependían económicamente de él no queden desamparados luego de su fallecimiento y puedan mantener su nivel de vida en condiciones congruas. En otras palabras, lo que se persigue es evitar la desestabilización social y económica de la familia como consecuencia de la muerte de quien estaba a cargo de proveer el sustento. Si bien en el presente asunto, el derecho pensional no fue reconocido a favor de la actora, toda vez que en un principio no se presentó a reclamarlo, y posteriormente, al efectuar la solicitud, este había sido reconocido a favor de la compañera permanente y una hija menor, la Sala, sin desconocer el derecho de estas dos últimas, considera, como lo hizo el a quo, que es necesaria la protección tutelar a favor de la solicitante a fin de evitar la continuidad del perjuicio irremediable que actualmente la aqueja, dadas sus precarias condiciones ya reseñadas, por lo que deberá ser reconocido a su favor, el porcentaje indicado por el Tribunal de instancia, es decir, el 25%

del total de la mesada que devengó en vida su cónyuge, toda vez que el restante 75% puede corresponder a la compañera permanente y la hija del fallecido.

b) Controversias entre cónyuge supérstite y compañera permanente deben ser resueltas por el juez ordinario

La Sala considera, que es necesario acudir a la vía ordinaria para obtener el reconocimiento absoluto de la pensión de sobrevivientes, toda vez que puede existir controversia al respecto entre cónyuge supérstite y compañera permanente, en cuyo evento, deberá ser el juez de la causa quien determine a quién le corresponde o en qué proporción debe ser reconocida la prestación pensional discutida, y si para dicha época las condiciones que hicieron merecedora a la hija menor de la pensión de sobrevivientes, subsisten.

[Sentencia de 1° de junio de 2010, Exp. 54001-23-31-000-2010-00071-01\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

4. a) Procedencia de la acción de tutela para la constitución del registro civil

En el presente caso, se estiman vulnerados los derechos a la personalidad jurídica, buen nombre e igualdad de la actora, al exigirle la Registraduría Nacional del Estado Civil para registrar su nacimiento y obtener la cédula de ciudadanía, dos testimonios de personas que hayan tenido noticia directa y fidedigna de su nacimiento, toda vez que la peticionaria no conoce el nombre de sus padres ni alguna persona que pueda declarar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales nació.

De establecerse la existencia de una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales de la petente, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz de protección, para ordenar a favor de ésta la constitución de su registro civil y la expedición de su documento de identificación, porque si bien el numeral 11 del artículo 649 del Código de Procedimiento Civil prevé, que se sujetarán al proceso de jurisdicción voluntaria “la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotaciones del seudónimo en actas o folios del registro de aquél, según el Decreto 1260 de 1970”, dicha norma parte de la existencia de una anotación en el registro civil, supuesto que en este caso no se cumple, toda vez que la actora al parecer no está inscrita en el mismo, motivo por el cual no puede predicarse la existencia de un medio ordinario de defensa que haga improcedente la acción constitucional.

b) Vulneración del derecho a la personalidad jurídica por la negativa de inscripción de nacimiento y de expedición de la cédula de ciudadanía

Al analizar detenidamente los artículos 61 a 63 del Decreto 1260 de 1970 y 9° del Decreto 1379 de 1972, se puede apreciar que los mismos exigen para inscribir el nacimiento del expósito y del hijo de padres desconocidos, que se acredite el nombre, edad y lugar de oriundez de la persona interesada, y no las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el nacimiento, como sí lo hacen los artículos 50 del Decreto 1260 de 1970 y 1° del Decreto 2188 de 2001. Para ilustrar la anterior afirmación, nótese que los artículos 50 del Decreto 1260 de 1970 y 1° del Decreto 2188 de 2001, exigen la declaración de al menos dos personas (2) personas que hayan presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento, mientras el artículo 9° del Decreto 1379 de 1972, exige “dos declaraciones acerca del conocimiento que se tienen “de aquel cuyo nacimiento se va a inscribir y del presunto lugar de oriundez o nacimiento,” (...) Con fundamento en las consideraciones expuestas, estima la Sala que al negar la entidad accionada, con fundamento en el artículo 50 del Decreto Ley 1260 de 1970, la petición de inscripción del nacimiento de la accionante y la expedición de su documento de identidad, incurrió en un error, porque dicha norma no es aplicable a la situación de la actora, quien le manifestó a la Registraduría su imposibilidad para acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del nacimiento. En efecto, la entidad demandada no puede

solicitarle a la petente por la situación en la que se encuentra (la cual fue comunicada), que aporte un certificado de nacido vivo, una copia de la partida parroquial, anotaciones de origen religioso, o la declaración de al menos dos personas (2) personas que hayan presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento. En su lugar, debió explicarle en el procedimiento previsto en los artículos 61 a 63 del Decreto 1260 de 1970, y 9° del Decreto 1379 de 1972 como arriba se expuso. La imprecisión en la que incurrió la entidad demandada, que se materializa en la negativa de inscribir su nacimiento y proferir la cédula de ciudadanía, constituye una vulneración del derecho a la personalidad jurídica, en tanto formal y materialmente se le impide a la petente ser considerada sin obstáculos y limitaciones ante las autoridades y los particulares, como una ciudadana con capacidad de adquirir derechos y obligaciones, con un nombre, una nacionalidad, un sexo, una edad, un estado civil, entre otras condiciones son inherentes a su condición de persona. Adicionalmente, la imposibilidad en la que se coloca a la accionante para inscribir su nacimiento y posteriormente lograr que se expida su cédula de ciudadanía, impide o limita que ésta ejerza su derecho a elegir y ser elegido, acceda si lo desea al servicio educativo, disfrute sin ningún impedimento el servicio de salud, adquiera derechos y contraiga obligaciones de acuerdo a los proyectos que desee desarrollar en manifestación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en otras palabras, que disfrute y asuma los beneficios y responsabilidades que tienen las personas a quienes se les ha reconocido y garantizado su derecho a la personalidad jurídica. En amparo del derecho antes señalado, se revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se ordenará a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que adelante las gestiones pertinentes, para que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, se inscriba en el registro civil el nacimiento de la actora y se expida su documento de identidad. Para tal efecto, se instará a la Personería Municipal de Manizales para que continúe asistiendo a la petente en los trámites que deba adelantar ante la entidad accionada, en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra aquélla.

[Sentencia de 12 de mayo de 2010, Exp. 17001-23-31-000-2010-00063-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

5. Vulneración del debido proceso por dilación injustificada en el trámite de las objeciones a un dictamen pericial

La parte actora pretende que se proteja su derecho fundamental al debido proceso y a recibir una remuneración oportuna a su trabajo como perito dentro de un proceso judicial y, en consecuencia, se ordene al Juzgado adoptar la decisión que corresponda respecto a las objeciones presentadas al dictamen, para lograr así el pago de sus honorarios.

De los artículos 238 y 239 del C.P.C. se coligue el trámite que debe seguirse cuando se presentan contradicciones al dictamen; resaltándose que del peritaje se da traslado por el término de tres días, durante el cual puede objetarse. Con dicha objeción las partes tienen la carga de realizar los depósitos judiciales, con el fin de que se paguen los honorarios del auxiliar de la justicia, los cuales podrán ser reclamados por el perito, una vez cumplida la aclaración o complementación ordenada y siempre y cuando no prospere alguna objeción que deje sin mérito el peritaje. Así, se tiene que lo primero que debe hacer el Juez director del proceso, es determinar si es procedente dar trámite a las objeciones o si las mismas deben ser rechazadas por el Juez por incumplimiento de requisitos para presentarlas. De lo allegado al expediente se verifica que no se cumplió con el requisito de pago del título por las partes del proceso, como se evidencia del requerimiento realizado por el Juez Civil del Circuito mediante auto de 2 de septiembre de 2008 a las partes para que realizaran dicha consignación; pero a pesar del requerimiento anterior el Juez Civil del Circuito no definió la situación planteada pues declaró la nulidad del proceso remitiéndolo a la jurisdicción contencioso administrativa. Lo anterior indica que le correspondía al Juez 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que actualmente tramita el proceso de reparación directa, una vez avoco el conocimiento informar a las partes y en especial a la auxiliar de la justicia, que ocurría con el trámite de las objeciones propuestas contra el dictamen. (...) La actitud del Juzgado deja en una situación indefinida a la perito para conocer la oportunidad en la que tiene derecho de reclamar sus,

honorarios por el concepto rendido como auxiliar de la justicia, y a los cuales sin duda alguna tiene derecho sin que importe la nulidad, porque lo cierto es que cumplió con la labor encomendada dentro del proceso ordinario, distinto sería que prosperara la objeción. En este orden, no es posible, afirmar que puede cobrarse el título del depósito judicial consignado por la parte demandante, como lo anotó el A quo pues de la lectura íntegra del artículo 239 del C.P.C. se desprende que el título se podrá cobrar una vez se defina sobre las objeciones, lo que conduce a firmar que si se da el trámite a las mismas la perito podrá reclamar el título condicionada a la devolución si prosperan las mismas; pero de rechazarse las objeciones (por falta de requisitos) tendrá derecho a reclamar la totalidad de los honorarios fijados desde septiembre de 2008 a cargo de la parte que solicitó la prueba. Por lo expuesto, la Sala considera que se está violando el derecho al debido proceso, al dilatarse la decisión sobre las objeciones planteadas al peritaje rendido por la actora, y así no poder concretar el momento en que podrá hacerse efectivo este pago.

[Sentencia de 10 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2010-00173-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

6. Improcedencia de la acción de tutela frente a la prohibición de venta, manipulación y uso de pólvora por menores

Mediante el ejercicio de la presente acción se pretende que, para garantizar la protección de los derechos fundamentales a la vida e integridad física de los niños, niñas y adolescentes, se ordene a los alcaldes de los municipios y distritos demandados, prohibir la venta, utilización, manipulación o compra de pólvora y/o elementos pirotécnicos, fuegos artificiales y globos por parte de menores.

La Sala señaló que de acuerdo con el artículo 87 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. De manera que, en el caso bajo estudio se advierte que el medio de defensa previsto por el ordenamiento para satisfacer la petición del actor no es la acción de tutela sino la acción de cumplimiento. No obstante, se precisó que la presencia de un medio ordinario de defensa no conlleva automáticamente a descartar la procedencia de la acción de tutela. El juez del caso debe verificar si dicho medio es idóneo y eficaz, esto es, adecuado y contundente. En ese orden de ideas, la acción de cumplimiento es el instrumento para dar eficacia al ordenamiento, para el caso la prohibición prevista en la Ley 670 de 2001 y en el Decreto 4481 de 2006, a través de la exigencia a las autoridades que desempeñen funciones públicas, para el caso alcaldes municipales y distritales, de ejecutar materialmente las normas contenidas en leyes y lo ordenado en actos administrativos. Con base en estas precisiones, se concluye que la acción de cumplimiento es idónea o adecuada para satisfacer lo que se persigue con la acción de tutela. Respecto de la eficacia del medio de defensa, se destaca que la acción de cumplimiento, de acuerdo con los artículos 11, 15 y 21 de la Ley 393 de 1997, tiene un trámite preferencial en el que el juez puede demandar de la autoridad renuente el cumplimiento inmediato de la norma inobservada. Aunado a lo anterior, una vez proferido el fallo que accede a la acción, el demandado tiene diez (10) días para acatar la sentencia. De las características anotadas del procedimiento de la acción de cumplimiento, se concluye que ésta ofrece un instrumento contundente para la consecución del objetivo que el actor planteó a través de la tutela, pues dicha acción otorga al juez un procedimiento breve y, con suficientes herramientas y facultades para lograr la efectividad de las normas incumplidas.

Igualmente, la Sala puso de presente, que conforme el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procede para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, sin embargo su procedencia se limita a que algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que para que la amenaza haga viable la protección de la tutela, ella no puede ser una simple posibilidad de realización; si no existe una razón objetiva, fundada y clara de la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo. En consecuencia, la amenaza debe ser contundente, cierta, ostensible,

inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro. En el caso concreto, el actor fundamenta la amenaza a los derechos a la vida e integridad física de los niños, niñas y adolescentes en la posibilidad de que éstos sufran accidentes por la manipulación de pólvora. Desde luego, la idea de que un menor se lesione con artículos explosivos es alarmante y demanda la intervención de todas las autoridades estatales para conjurar el peligro. Empero, los accidentes, como su noción lo indica, se caracterizan por ser sucesos eventuales que resultan dañosos para las personas. En razón del carácter eventual de los accidentes - supuesto en el que se edifica la solicitud de tutela-, es claro, que no existe una amenaza que reúna las características de contundencia, certeza, inminencia y claridad necesarias para la procedencia de la acción de tutela.

Sostuvo la Sala que en virtud de la medida provisional y del fallo que se dictaron en primera instancia, una gran parte de los alcaldes accionados, adoptaron medidas para la regulación de la distribución y manipulación de pólvora en sus municipios y distritos y, promovieron campañas educativas para prevenir sobre los riesgos por la manipulación de elementos explosivos. Consideró que este esfuerzo institucional no podía ser ajeno a las consideraciones del fallo y en razón de ello, exhortó a los alcaldes accionados y en general a todas las autoridades que, conforme con la Ley 670 de 2001 y el Decreto 4481 de 2006, tienen la obligación de regular el uso y distribución de artículos pirotécnicos para que adopten todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de accidentes por la indebida manipulación de dichos artículos. Además, exhortó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, a través de todas sus dependencias que hacen presencia en el territorio nacional, promueva las acciones de cumplimiento contra los alcaldes municipales y distritales renuentes a acatar los mandatos de la Ley 670 de 2001 y del Decreto

[Sentencia de 21 de enero de 2010, Exp. 5000-23-15-000-2008-01493-01\(AC\), MP. \(E\): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

7. a) Procedencia excepcional de la tutela para obtener un reintegro laboral si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye un mecanismo eficaz e idóneo para la protección de los derechos fundamentales

En el caso bajo examen, la actora pretende que se ordene el reintegro al cargo de Oficial Mayor que ejercía en el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Pasto e incluirla en nómina, como trabajadora de la Rama Judicial, hasta que CAJANAL E.I.C.E. (en Liquidación) o BuenFuturo profiera el acto administrativo de inclusión en la nómina pensional y le notifique ese acto. La actora controvierte el acto de aceptación de la renuncia en cuanto asevera que se profirió sin cumplir la segunda parte del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme al cual la causal de terminación de relación laboral por cumplimiento de los requisitos pensionales sólo opera hasta que se notifique la pensión y la inclusión en nómina de pensionados, de modo que en su caso la relación laboral subsiste porque esa condición no se ha cumplido ni se va a cumplir por el momento por la liquidación de CAJANAL.

Respecto de la procedencia de la tutela para obtener el reintegro de un trabajador al empleo del que fue desvinculado, esta Corporación ha señalado que conforme al artículo 6 [1] del Decreto 2591 de 1991 no es esta la vía pertinente cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pero que dicho medio alterno debe ser eficaz, pues, de lo contrario, la tutela procede como mecanismo judicial de protección (art. 8 ib). En el asunto bajo examen, si bien este no es el caso, dado que la actora no fue desvinculada del cargo sino que renunció al mismo -según su dicho-, porque se le indujo a hacerlo en vista de que estaba próxima a cumplir la edad de retiro forzoso, es evidente que el medio de defensa judicial ante la Jurisdicción Contenciosa de que dispone para pedir el reintegro no resulta eficaz en atención a las circunstancias en que se encuentra, dada su condición de persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional (art. 46), y de las pruebas que demuestran su delicado estado de salud y la difícil situación económica por la que atraviesa. Así las cosas, estima la Sala que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye un mecanismo eficaz e idóneo para

lograr la protección de los derechos fundamentales que la actora estima violados, dada su prolongación en el tiempo, lo que amerita la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales eventualmente violados.

b) La desvinculación del servicio por edad de retiro forzoso sólo puede producirse una vez se de la inclusión en nómina de pensionados, sin exceder seis 6 meses después de ocurrida la causal de retiro

Del análisis del material probatorio obrante en el proceso la Sala advierte que aunque la actora renunció al cargo es evidente que la razón subyacente a esta decisión fue el cumplimiento de la edad de retiro forzoso. Así consta en la Resolución 009 de 12 de mayo del 2009, en la que se le aceptó la renuncia con fundamento en los artículos 130 del Decreto 1660 de 1978 y 149 de la Ley 270 de 1996, conforme a los cuales el cumplimiento de la edad de retiro forzoso es causal de retiro del servicio. En consecuencia, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales, debían tenerse en cuenta y valorarse las circunstancias personales de la actora antes de proceder a su desvinculación del servicio por dicha causa, con el fin de garantizar el respeto de sus derechos fundamentales, toda vez que se trata de una persona de la tercera edad que, por ese solo hecho, merece especial protección del Estado. En efecto, es evidente que dadas las particularidades del caso de la actora, la aplicación objetiva de la norma que prevé el retiro del servicio por edad la avoca a una situación que pone en grave peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital, pues, si bien es cierto ya tiene reconocida la pensión de vejez, también lo es que todavía no está disfrutando de ese derecho, razón por la cual su desvinculación sólo podía producirse una vez se le incluyera en nómina de pensionados, sin exceder los seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, conforme lo prevé el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978. A juicio del juez de tutela, es este el sentido en el que debe entenderse la disposición referida, pues, de nada sirve tener reconocido un derecho pensional en un acto administrativo, si el mismo no se hace efectivo, con grave desmedro de las garantías fundamentales de su titular. Conforme a lo expuesto, es claro que, por lo menos por ese lapso, a la actora se le ha debido garantizar el derecho a permanecer en el servicio y a recibir la remuneración de ley, motivo por el cual al haberle negado esa prerrogativa con base en una aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por edad, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares que consultara y garantizara la protección de sus derechos fundamentales y sin tener en cuenta que no estaba incluida en nómina de pensionados, la Juez Cuarta de Familia de Pasto violó los derechos a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital de la actora. No obstante, como quiera que las circunstancias personales de la impugnante impiden a la Sala ordenar su reintegro al servicio, toda vez que su situación de salud no le permite desempeñar el cargo que ejercía sin que se afecte la prestación del servicio público de administración de justicia, es del caso ordenar a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Nariño, entidad de la que depende la Juez accionada, que, a título de indemnización (art. 25 Decreto 2591 de 1991), pague a la actora los salarios y prestaciones correspondientes a los seis (6) meses siguientes a la fecha en que la misma cumplió la edad de retiro forzoso, en orden a conjurar la vulneración de sus derechos fundamentales y evitar así la ocurrencia de un perjuicio irremediable mientras CAJANAL la incluye en nómina de pensionados.

[Sentencia de 15 de abril de 2010, Exp. 52001-23-31-000-2009-00271 02, MP. \(E\): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

8. Vulneración del derecho a la igualdad al excluir del concurso de méritos de la CNSC a quien no presentó la prueba de la fase II bajo el amparo de la inscripción automática en la carrera prevista en el Acto Legislativo 01 de 2008.

La Sección Quinta amparó el derecho a la igualdad de la tutelante quien fue excluida del concurso público de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego de que la concursante resolvió no presentar la prueba correspondiente a la Fase II porque a su favor operaba la

inscripción automática en la carrera administrativa en el cargo que ejercía en provisionalidad, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2008.

La Sala observó que, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008 y, en especial del efecto fijado por la misma Corte Constitucional, la CNSC profirió la Circular 054 del 28 de octubre de 2009, de conformidad con la cual: “Para estos cargos podrán concursar todos los aspirantes habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No. 001 de 2005 que no se inscribieron para esta Fase dentro de los términos señalados por la CNSC. (...) Los aspirantes que no superaron la prueba básica general de preselección, la prueba de competencias funcionales, los citados que no se presentaron a la aplicación de las pruebas eliminatorias o fueron inadmitidos por no cumplimiento de requisitos, se encuentran excluidos del proceso de selección y por lo tanto no podrán inscribirse nuevamente a la Fase II.”. La Sección Quinta estimó que la aplicación de la referida Circular, deviene de la propia determinación de la actora quien no continuó en el concurso, pero que tal decisión obedeció a la confianza legítima que como ciudadana depositó en la actuación del órgano competente del Estado al aprobar el Acto Legislativo 001 de 2008. En este caso si bien el cambio súbito de la regulación normativa sobre la calidad del vínculo de los empleados públicos provisionales no provino del mismo órgano o de la misma rama del poder público, a la accionante ello le resultaba indiferente y por su parte sí corresponde al Estado, que es uno solo, brindarle protección para que su status particular no se afectara por causa de las decisiones que la actora tomó voluntariamente al amparo de una norma vigente en cuya constitucionalidad y permanencia confió de buena fe. Concluyó la Sala que la decisión de la Comisión de excluir a la accionante del concurso al impedirle presentar las pruebas correspondientes a la fase II vulneró su derecho fundamental a la igualdad, en tanto que, en la práctica se encontraba en el mismo supuesto fáctico bajo el cual se permitió que a las personas que no se inscribieron en la fase II, pudieran reanudar los trámites pertinentes del concurso al que se hallaban inscritos. En consecuencia, revocó la sentencia denegatoria de pretensiones proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, tuteló el derecho a la igualdad de la demandante y ordenó a la CNSC le permita continuar con la fase II del concurso de méritos en el que se encuentra inscrita.

[Sentencia de 17 de junio de 2010, Exp. 63001-23-31-000-2010-00067-01 \(AC\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

9. La prestación del servicio de salud a soldado con incapacidad física o mental que ponga en riesgo la subsistencia en condiciones dignas es obligatoria hasta que el acto administrativo del retiro del servicio esté en firme y se realice la valoración de las enfermedades adquiridas por la Junta Médico Laboral

La Sección Quinta confirmó la providencia del *a-quo* que amparó al derecho a la salud de un soldado profesional con incapacidad mental en proceso de retiro del Ejército Nacional; ordenó restablecerle la prestación de los servicios médicos y valorar las enfermedades que padece a través de la Junta Médica Laboral. La Sala consideró que el derecho a la salud es fundamental que debe ampararse si la situación jurídica de vinculación del soldado con la institución militar no ha sido definida y no se ha valorado su situación física y mental por una Junta Médico Laboral.

En el presente asunto está probado, de acuerdo con las respuestas que dieron las dependencias del Ejército Nacional, que el soldado profesional LJOO actualmente tiene en trámite la oficialización por acto administrativo de retiro del servicio activo por inasistir por más de 10 días sin causa justificada a laborar. También está demostrado en el proceso que el soldado profesional fue atendido por el Hospital Mental “Rudesindo Soto” en el que se dictaminó incapacidad para asumir actividad de presión, indicando como tratamiento de tal padecimiento: “no armamento - no área - no camuflado. Cuadro Psiquiátrico”, al igual que existe prueba respecto de la atención médica para tratar otras dolencias físicas relacionadas con la lesión de ligamentos de una de sus rodillas. Esta condición de afectación en la salud mental y física del soldado profesional tal como lo consideró el *a quo* requiere de especial protección por parte del juez de tutela más aún si se tiene en cuenta que es la propia

madre del ex - uniformado quien acude en procura de atención médica para su hijo, porque en la actualidad no cuenta con dicho servicio, que sí se procuraba cuando pertenecía a la Institución Militar. Además, para la realización del examen de retiro debe existir la definición sobre su vínculo con la Institución, definición que se desconoce por encontrarse actualmente, como lo informaron las dependencias del Ejército Nacional, en proceso o en trámite de retiro. Por lo anterior, la atención en salud del soldado profesional impone que sea asumida por el Ejército Nacional tal como lo ordenó en el fallo de primera instancia y debe brindarle de manera prioritaria la atención médica que requiere ante sus dolencias.

El derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, cuando la falta o deficiente prestación pone en peligro la vida o la integridad de la persona (art. 11 y 12 de la Carta). Su amparo no se limita sólo a aquellos casos en los cuales las personas están en peligro de muerte y la acción de tutela también procede cuando las afectaciones a la salud de las personas pongan en riesgo su subsistencia en condiciones dignas y les impidan obtener su reestablecimiento orgánico y funcional. En este caso particular procede que se le otorgue tal garantía en tanto su situación de desvinculación no se encuentra aún establecida por acto administrativo que disponga el retiro del servicio. Además, porque es posible que en ejercicio de sus funciones como soldado profesional haya adquirido enfermedades que no padecía cuando ingresó, situaciones presuntamente sobrevinientes que por ello deben ser valoradas por la Junta Médica a fin de determinar ésto, así como el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y mental que padece. Entre tanto se produzca esta valoración también le deben ser prestados, como ya se dijo, todos los servicios médico - asistenciales, integralmente entendidos, que su situación actual de salud amerite. En consecuencia, confirma la sentencia del *a quo* y adiciona exhorto al Ejército Nacional para que expida y notifique al soldado el acto administrativo que decida su situación laboral con la Institución.

[Sentencia de 17 de junio de 2010, Exp. 68001-23-31-000-2010-00117-01\(AC\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. En las acciones populares que se pretenda la accesibilidad a edificaciones de personas con movilidad reducida, el juez debe impulsar oficiosamente el proceso

Tanto la Constitución Política como la Ley garantizan condiciones mínimas de seguridad y desplazamiento para las personas con alguna limitación física o mental en espacios urbanos o al interior de edificaciones de propiedad de particulares o del Estado. En efecto, como lo ordenan las disposiciones transcritas, en especial el parágrafo del artículo 43 de la Ley 361 de 1997 dichas edificaciones «deberán adecuarse, diseñarse y construirse de manera que se facilite el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación». El deber legal es claro y se materializa mediante la instalación o adecuación, entre otras, de rampas y ascensores (Artículo 53 *ibidem*). El actor aportó con la demanda dos fotografías en las que se observa las instalaciones de la institución demandada que demuestra que tiene tres pisos y otra en la que se observa el acceso de un nivel a otro mediante escaleras. Esta es la única prueba obrante en el proceso. Comoquiera que las fotografías no fueron tachadas de falsas por los demandados, de conformidad con los artículos 252 y 280 del Código de Procedimiento Civil - aplicables a esta materia por remisión del artículo 29 de la Ley 472 de 1998, la Sala da por cierta la situación que en ellas consta. Prueba que no fue desvirtuada por la parte demandada teniendo la obligación de hacerlo pues sólo se limitó a afirmar que dentro de la comunidad educativa no se encontraban personas con discapacidad reducida. Las pruebas aportadas al proceso, evidencian que los deberes legales previstos en las normas referidas no han sido cumplidos por la autoridad demandada. La Sala debe insistir que existe una carga inexcusable del actor de probar los hechos que sustenta la demanda tal

como lo impone el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 no obstante, en tratándose de la imperiosa necesidad de hacer las edificaciones de atención al público amigables para las personas con movilidad reducida y, especialmente, el derecho a la educación no podía el Tribunal desestimar las pretensiones por falta de pruebas, pues estaba obligado a observar los concluyentes términos del artículo 5° de la Ley 472 a cuyo tenor «Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito... ». Así pues, si se admitiese que era necesario allegar elementos probatorios en relación con los hechos, de oficio el Tribunal debió ordenarlos, en aplicación del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 que le ordena «adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición» «y tramitarla...con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia.»

[Sentencia de 3 de junio de 2010, Exp. 15001-23-31-000-2005-01867-01\(AP\), MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Tasa especial de vigilancia a sociedades y operadores portuarios se liquida a partir de sus ingresos brutos, incluyéndose en ellos el “no egreso” derivado de la utilización de puertos propios para descargues

En acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demanda un acto de la Superintendencia de Puertos y Transporte, mediante el cual se modificó la liquidación privada de la tasa de vigilancia efectuada por la actora, al considerarse que dicha entidad desconoció que esa liquidación se efectúa solo a partir de los ingresos brutos percibidos.

Extracto: Según el artículo 27.2 de la Ley 1ª de 1991, la base para liquidar la mencionada tasa de vigilancia son los ingresos brutos que obtengan las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, obviamente, en el desarrollo de sus actividades portuarias o, lo que es, igual, en desarrollo de su objeto social relacionadas con el puerto que tengan en concesión. Pero cómo han de entenderse esos ingresos brutos? (...) ¿Tiene cabida en la normatividad pertinente que existan personas vigiladas por la Superintendencia de Puertos que no deban pagar la tasa de vigilancia, por la circunstancia de no recibir ingresos de terceros por su actividad portuaria, y otras que sí están obligadas a pagarla por la situación contraria?. (...) La respuesta a todo ello es “no”, por muchas razones, siendo suficiente con destacar la de que el objeto de la vigilancia a cargo de la Superintendencia de Puertos no es la recepción de ingresos o la prestación del servicio de puerto a terceros, sino las operaciones de las sociedades portuarias y de los usuarios de los puertos (...). No se observa en la referida ley (1ª de 1991), ni se tiene noticia de norma alguna, que se haga distinción para efectos de esa vigilancia entre las personas que reciban ingresos de terceros y quienes no los reciban por sus actividades portuarias, y menos para excluirlas de la cuota de vigilancia, luego unas y otras están bajo dicha vigilancia. (...). Así las cosas, es menester interpretar la expresión ingresos brutos en un sentido más amplio y complejo que el meramente contable que reclama la actora, y ese sentido más amplio no es otro que cualquier beneficio objetivo o material susceptible de ser cuantificable monetariamente, y que por lo mismo resulta favorable o positivo para el patrimonio de la persona que lo obtiene, dentro de lo cual cabe tanto la recepción de un flujo dinerario a título de pago, como también un “no egreso” frente a la obtención de un beneficio que tiene precio en el giro normal del negocio, de suerte que el patrimonio se incrementa tanto como el monto del “no egreso” dado, que será lo que no hubo que pagar por el beneficio obtenido, que en este caso sería lo que una empresa hubiera tenido que pagar por el mismo descargue en un puerto ajeno, menos los costos de operación del puerto privado propio, situación en la cual, la usuaria de su puerto privado estará obteniendo un ingreso bruto equivalente a lo que se evita pagar por sus propios descargues en dicho puerto. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 27 de mayo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-01869-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. Cumplimiento debido de obligaciones por parte del afiliado a Caja de Compensación Familiar incide en su calidad de socio hábil de esa Corporación

Se demanda la nulidad parcial del Decreto Reglamentario 341 de 1988 al estimarse que vulnera la Ley 21 de 1982, que solo prevé que la mora en pago de aportes como causal de suspensión de afiliado a Caja de Compensación y no otro concepto como lo prevé el reglamento.

Extracto: Por su parte, el artículo 45 de la Ley 21 de 1982 trata de un aspecto que aunque distinto guarda relación con el anterior, cuál es el de la suspensión o pérdida de la calidad de miembro o afiliado de la respectiva Caja, lo que obviamente incide en la condición de socio hábil en lo que a la celebración de la reunión de la asamblea general se trata, pues es obvio que la suspensión o la pérdida de la calidad de miembro o afiliado hace perder esa condición. Así las cosas, la cuestión se concreta en establecer si la exigencia de estar a paz y salvo por todo concepto en relación con las obligaciones exigibles para ser socio hábil en la celebración de la aludida reunión excede o contraviene el artículo 45 en comento, en tanto éste sólo prevé la mora en el pago de los aportes como causal de suspensión. Sobre el punto, la Sala considera que el concepto de pago de aportes debe entenderse en un sentido amplio, en razón a que ello encierra varios elementos, tales como la correcta liquidación del monto a pagar, el pago oportuno y correcto, pagos faltantes en casos de inexactitudes, sanciones pecuniarias o intereses en eventos de liquidaciones inexactas o extemporaneidad en los pagos. Además, en la legislación de la materia se observa que toda la relación de los afiliados con las Cajas está en función del pago de los aportes al subsidio familiar, luego de suyo las obligaciones exigibles que lleguen a darse a cargo de ellos a favor de la respectiva Caja, habrá de estar ligada u originada en la obligación genérica del pago de tales aportes. De esa forma, la Sala no encuentra que la norma enjuiciada exceda o contraríe el artículo 45 de la Ley 21 de 1982, y menos los artículos 21 y 56 de esa ley, toda vez que en cuanto a éstos no existe la relación material directa que sí se da frente al artículo 45 en cita. *Tema nuevo*

[Sentencia del 27 de mayo de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2006-00323-00, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

3. Legalidad del Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”

Se demanda la nulidad del Acuerdo 306 de 2005 del CNSS por haber sido expedido, según el actor, sin el concepto favorable previo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como lo exige el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

Extracto: El acto acusado fue expedido en ejercicio de la función señalada en el numeral 1º del precitado artículo 172, luego en todo aquello que tenga implicaciones fiscales es cierto que está sujeto a lo dispuesto en el párrafo transcrito, que para el efecto realmente constituye un requisito de forma o de trámite de dicho acto. Ahora bien, la pregunta pasa a ser, entonces, cómo y cuándo se debe surtir esa formalidad?. La respuesta no puede ser otra que la de la disposición no señala nada al respecto, de suerte que puede darse como cumplido con cualquier manifestación expresa e inequívoca de la aprobación en que la misma consiste, por los mencionados ministerios, cuando sea del caso la aprobación de uno u otro o de ambos. En este caso, se tiene que el Acuerdo fue adoptado el 16 de agosto de 2005, y en el plenario obra copia auténtica del Acta de la respectiva reunión del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, distinguida con el número 166, y consta en ella que como uno de sus miembros asistió la doctora Mónica Uribe Botero, Delegada del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, y que en esa reunión se sometió a discusión y aprobación el Proyecto de Acuerdo “Por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”. Revisado el texto de esa acta, no aparece que en sus intervenciones la delegada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hubiera hecho objeción alguna a las disposiciones acusadas, en el debate que se dio al correspondiente proyecto de acuerdo. A lo anterior se suma la circunstancia de que ese proyecto de acuerdo fue aprobado por los miembros del Consejo, según se lee en el siguiente aparte de la página 11 del Acta, folio 85 del expediente: “Acorde con lo solicitado por la Dra. Paredes se acepta la inclusión de un artículo para definir el POS para los subsidios parciales, en donde se retoma los contenidos del Acuerdo 267 y de adapta a los definidos en el presente Acuerdo. El artículo es aprobado. Se pone en consideración el Acuerdo el cual es aprobado por los miembros del Consejo, con las salvedades ya expresadas de la Dra. Paredes” Así las cosas, se puede inferir de manera inequívoca que el trámite y adopción del Acuerdo 306 de 2005 objeto del sub lite contó con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de su Delegada en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y que de esa forma también participó en la definición y dirección de la ejecución de la política fiscal del Estado, en cuanto concierne al servicio de salud que se ha de financiar con recursos del fisco nacional. En consecuencia, sin necesidad de mayores consideraciones, la Sala concluye que los cargos no tienen vocación de prosperar, de donde habrá de negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia. *Tema nuevo*

[Sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2006-00091-00, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

4. Censuras a constitucionalidad de norma que estableció tasa especial de servicios aduaneros no constituyen causal para la liquidación oficial de corrección de las declaraciones de importación

Se demanda un acto de la DIAN que negó la solicitud de la demandante de corrección oficial de las declaraciones de importación, por estimarse que sí era procedente esa petición ante la inexecutable de Ley que creó tasa especial de servicios aduaneros.

Extracto: Vistas las razones en que se sustenta esa solicitud, las cuales son las que se aducen ahora en la fundamentación del presente recurso, esto es, falta de causación de la tasa por inexistencia del servicio, y excepción de inconstitucionalidad de la norma que la había creado, la Sala observa que aquellas no encuadran en los supuestos previstos en el artículo 513 transcrito [del Decreto 2685 de 1999] para que sea procedente la liquidación oficial de corrección, pues es claro que para ello es preciso que se haya incurrido en errores en las declaraciones de importación (respecto de la subpartida arancelaria, las tarifas, la tasa de cambio, las sanciones, las operaciones aritméticas, la modalidad o tratamientos preferenciales), o cuando se presente alguna diferencia en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera. En esas circunstancias, el pago en exceso previsto en el artículo 438 de la Resolución 4240 de 2000 debe entenderse en el marco del artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, en su carácter de norma superior, de suerte que tal exceso debe corresponder al resultado de cualquiera de esos errores, y en todo caso frente a los factores vigentes al momento de la importación. Como las razones aducidas por la actora no se refieren en forma alguna a la existencia de un error sobre los factores antes indicados ni mucho menos a una avería que haya afectado el valor aduanero de la mercancía, sino que se trata de censuras o cuestionamientos respecto de la constitucionalidad de la tasa especial por servicios aduaneros, la Sala considera que la corrección deprecada era de suyo improcedente. Es del caso destacar que esas razones no están previstas como causal de liquidación oficial de corrección de las declaraciones de importación en las normas aduaneras invocadas como violadas, y además de ello, no hay lugar a que se configure la vulneración de las mismas por la decisión de la DIAN de no efectuar la liquidación oficial de corrección de las 264 declaraciones de importación presentadas por la actora entre el 5 de enero del 2001 y 22 de octubre de ese mismo año, por un valor total de \$172´997.689,00, bajo la vigencia de la tasa especial en cuestión. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 54000-23-31-000-2004-00233-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Reconocimiento de pensión de sobreviviente a quien demostró vida marital efectiva con el causante con posterioridad al divorcio

Situación Fáctica: Establecer si la demandante tiene derecho a reclamar la sustitución pensional, dada la situación atípica de ser una cónyuge que al momento del deceso del militar estaba separada judicialmente, pero que con posterioridad a dicha separación hacia vida común con él

Extracto: En este orden es apropiado afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular del derecho, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional, y que, por lo tanto, es este criterio material el que debe ser satisfecho por quien reclama a su favor ante la entidad de seguridad social, la sustitución de la pensión que en vida devengaba el pensionado, para lograr que sobrevinida la muerte de éste último, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos básicos e indispensables para subvenir sus necesidades básicas. Este último supuesto legal, el de la pérdida del derecho por no hacer vida marital con el causante, es uno de los argumentos centrales de la demanda y de la apelación, en cuanto la demandante afirma que aún después del divorcio continuó conviviendo bajo el mismo techo con su ex cónyuge y en esa misma medida le prodigó los cuidados y atenciones que requería dada la enfermedad terminal que padecía, haciéndose de esta manera beneficiaria del derecho a sustituirlo en el disfrute de la pensión. En este orden de ideas, es razonable que el derecho se puede reconocer, pues las normas mismas dan base suficiente para ello, aparte de que en la Constitución de 1991 se da relevancia jurídica a la vida en común, al punto de constituir la en el origen de una de las modalidades de familia que admite el marco jurídico colombiano. Ello es así al punto de que la jurisprudencia constitucional ha señalado la igual relevancia jurídica de la familia constituida por los vínculos legales respecto de la constituida por los vínculos de hecho que denoten la voluntad responsable de conformar una familia.

[Sentencia del 06 de mayo de 2010, Exp. 63001-23-31-000-2003-00920-01\(1315-08\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. Requisitos para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos por supresión de cargos

Situación Fáctica: Establecer la legalidad de la resolución expedida por el Director General de la U.A.E. de la Aeronáutica Civil, en cuanto dispuso retirar al actor del servicio por supresión de cargo

Extracto: En este orden Según lo señalado, el hecho relevante para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos que retiraron al actor del servicio por supresión del cargo, es que una vez ocurrida tal supresión, se mantuvo en la nueva planta de personal de la entidad a funcionarios con nombramiento provisional en el cargo cuya denominación corresponde al que ocupaba el actor; y que la función que legalmente corresponde al cargo suprimido, comparada con las funciones asignadas en la nueva planta de personal a cargos de la misma denominación que se hallen ocupados por empleados con menor derecho, es igual o equivalente. Contrario a ello, de los documentos aportados por la U.A.E. de la Aeronáutica Civil y de las afirmaciones hechas en la contestación de la demanda, se infiere que las funciones del cargo de Auxiliar IV Nivel 13 Grado 12, así como los requisitos de educación y experiencia exigidos (los cuales se entiende que eran ejercidas y cumplidos por el demandante), no sufrieron modificación alguna, y que la Resolución No.04492 de

1° de diciembre de 1997 “Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Requisitos para los empleos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y se dictan otras disposiciones”, se encuentra vigente. De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 538 de 17 de febrero de 2000, en cuanto suprimió el cargo de Auxiliar IV Nivel 13 Grado 12 ocupado por el señor Oscar Arango Álvarez en el Aeropuerto de Rionegro - Antioquia, por cuanto le vulneró el derecho a la incorporación inmediata y la estabilidad del empleado de carrera administrativa, circunstancia que, al agotar la ratio decidendi releva a la Sala de realizar el estudio de los restantes cargos contra el acto acusado, así como del análisis de la solicitud de inaplicación por excepción de ilegalidad del Decreto No.202 de 15 de febrero de 2000.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 05001-23-31-000-2000-02571-01\(1275-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. Norma aplicable en materia pensional a los empleados de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores

Situación Fáctica: Establecer si la demandante tiene derecho a que su pensión de vejez se reliquide teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación devengado como funcionaria de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores

Extracto: Aplicando la regla general expuesta anteriormente concluye la Sala que la entidad demandada está obligada a liquidar la pensión de vejez de los funcionarios de la Planta Externa del Ministerio teniendo en cuenta lo efectivamente devengado en el servicio exterior aplicando el tope máximo establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, de 25 salarios mínimos legales mensuales. La asignación fijada para las categorías antes mencionadas, es la que debe tenerse en cuenta para fijar el ingreso base de cotización al Sistema y en consecuencia para liquidar la pensión de vejez, haciendo las conversiones de moneda a las que haya lugar, atendiendo el tope máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales y, concomitantemente, reajustarlo sobre la base de lo realmente devengado. Las anteriores consideraciones evidencian que el argumento expuesto por la entidad demandada en la apelación no es de recibo porque, tal como quedó expuesto, tanto el ingreso base de cotización como el ingreso base de liquidación pensional, deben fijarse con lo realmente devengado por el funcionario de la Planta Externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, aplicando el tope máximo establecido en la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

[Sentencia de 13 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-08330-01\(1910-08\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. El cambio de la condición de empleado de carrera a trabajador particular como consecuencia de la transformación de establecimiento público a empresa de servicios públicos domiciliarios es de competencia de la justicia ordinaria laboral

Situación Fáctica: Establecer si esta Corporación es competente para conocer de los asuntos derivados del cambio de transformación originada en las empresas públicas de Bucaramanga y los efectos que produjo en materia de relaciones laborales

Extracto: Al respecto se dirá que si bien es cierto el actor ingresó al servicio de las Empresas Públicas de Bucaramanga como empleado público, su condición varió a la de trabajador particular desde el 23 de mayo de 1997, cuando culminó el proceso de liquidación iniciado en el año de 1995, y se elevó a escritura pública No. 1435 el acta de transformación de la referida Empresa a Empresas Públicas de Bucaramanga E.S.P., por lo que no es esta la jurisdicción competente para conocer de la controversia planteada sino la ordinaria laboral, tal y como lo dijo el a-quo. Para sustentar lo anterior la Sala considera pertinente traer a colación la sentencia trascrita en párrafos anteriores, donde se dijo que “(...) la modificación a los estatutos de una entidad estatal cambia

automáticamente la naturaleza del vínculo de sus servidores pues la norma entra a regir de inmediato...; de ahí que, se reitera, el cambio de naturaleza de la entidad se dio el 23 de mayo de 1997, cuando se elevó a escritura pública la reforma general de los estatutos de la entidad. Ahora bien, el actor alega en su favor que se hallaba inscrito en carrera administrativa en el cargo de Auxiliar III del Departamento de Información y Daños de las Empresas Públicas de Bucaramanga; sin embargo, transformada ésta en una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto y estructurada bajo el esquema de una sociedad por acciones regulada por la Ley 142 de 1994, no podía haber conservado la prerrogativa que aduce, aún en el caso de que hubiere continuado al servicio de esta última entidad, pues la situación de carrera se opone a los trabajadores particulares. Por consiguiente, no podía respetársele derecho alguno de carrera en relación con los nuevos empleos en la nueva entidad prestadora de servicios públicos, porque al no ser un órgano o entidad del Estado, no existen dentro de su planta de personal cargos de carrera administrativa, de conformidad con el artículo 125 superior; por tanto, es inadmisibles la pretensión del actor en el sentido de aspirar a conservar una categoría de empleo y unas prerrogativas que la entidad se encuentra en imposibilidad material y jurídica de mantener, dada su nueva naturaleza. Ello implicaría colocar por encima de la función pública y de las normas sobre organización del Estado, la situación particular del trabajador, lo cual resulta inadmisibles. Así las cosas, el juez natural para conocer de este tipo de controversias es el juez de la justicia ordinaria laboral.

[Sentencia del 28 de enero de 2010, Exp. 68001-23-15-000-1997-13301-01\(2920-05\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. Nulidad parcial al no reconocer puntaje a título de postgrado en Gestión Pública en concurso judicial

Situación fáctica: Establecer si los actos acusados desconocen derechos tales como el de la igualdad, acceso a cargos público, vulneración al debido proceso y si quebrantan el principio de legalidad al no tener en cuenta los estudios de postgrado realizados por la actora

Extracto: Otro de los cargos que alega la actora contra los anteriores actos, lo hace consistir en que el título de Especialista en Gestión Pública, al decir de la Entidad demandada en los actos acusados, no corresponde a un programa de postgrado y además no se encuentra relacionado con el área de derecho. Para la Sala, contrario a lo afirmado por la Entidad demandada en los actos acusados, el título de Especialista en Gestión Pública sí corresponde a un programa de postgrado y además se encuentra relacionado con el área de derecho, por lo siguiente: (...). Concluye la Sala en consecuencia, que la entidad ha debido otorgarle a la demandante, conforme al literal c) del numeral 4.1 del Acuerdo 1550 de 2002, los quince (15) puntos por la obtención del título de postgrado -Gestión Pública- relacionada con el área de derecho y así se ordenará en la parte resolutive de esta sentencia, para lo cual declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 1751 de 7 de mayo de 2004 y 1835 de 2 de junio de 2004. En la medida en que se desconoce la situación de los demás aspirantes, estima la Sala que no es posible ordenar la modificación de la lista de admitidos al curso concurso, lo cual no significa que si la demandante logra ubicarse dentro de los llamados a participar en el mismo, por virtud de la asignación del puntaje que aquí se ordena, la entidad demandada deberá obrar en consecuencia. De la misma manera deberá proceder, en el caso de que con los puntos que por esta providencia se le otorgan por concepto de especialización, deba ser admitida para el de Magistrado de Tribunal Administrativo. Por las razones que anteceden, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 1751 del 7 de mayo de 2004 y 1835 del 2 de junio de 2004, en cuanto no tuvieron en cuenta dentro del puntaje asignado a la actora, el relativo a la especialización que en Gestión Pública, realizó en la Escuela Superior de Administración Pública, en convenio con la Universidad Industrial de Santander, por las razones anotadas.

[Sentencia del 04 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00203-01\(4115-04\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. a) La edad es un requisito de exigibilidad y no de nacimiento del derecho de la pensión de jubilación, por lo cual una vez se cumple el tiempo de servicios o con la cotización de semanas requeridas se consolida el derecho, y quien se encontrara en tal situación para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tiene derecho a que se le aplique en su totalidad el régimen pensional anterior, incluso para establecer el ingreso base de liquidación sobre el salario promedio de lo devengado en el último año de servicios, de acuerdo a lo establecido en la ley 33 de 1985

Situación fáctica : establecer si la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicio, de conformidad con la Ley 33 de 1985, o, si por el contrario, dado que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social (1° de abril de 1994) no acreditaba el requisito de edad, la liquidación del monto pensional debe hacerse con base en el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir tal derecho, al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con el artículo 11 de la precitada Ley 100, el Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en su artículo 279, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de su vigencia hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Ha de precisarse que, haciendo una interpretación armónica de las garantías y prerrogativas que contempló el citado inciso primero del artículo 11, la edad, en lo que respecta a las pensiones, es únicamente una condición para la exigibilidad de dicha prestación, pero en modo alguno para su nacimiento. Puede decirse entonces que se configura una situación jurídica, en este punto no susceptible de modificación alguna y, por ello, no puede ser desconocida por el legislador. Debe hablarse entonces de un derecho adquirido cuando se completa el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios requerido y sabido es esta figura jurídica debe ser protegida por el legislador, cuestión que se le impone en virtud de mandato constitucional. En el caso subjudice las pruebas aportadas no dejan duda de que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995 para el orden territorial), la actora contaba con 45 años y había prestado servicios al Estado 22 años 9 días. Tal situación, al tenor del análisis que se hizo anteriormente, la subsume dentro de la previsión del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, pues ya había completado el tiempo de servicios exigido para obtener la pensión de jubilación, mas no había cumplido los 55 años señalados en el ordenamiento anterior que la gobernaba (Ley 33 de 1985). Es decir no le es aplicable la Ley 100 de 1993, **pero no porque esté en el régimen de transición**, pues como quedó señalado la demandante no tenía una mera expectativa, sino un derecho, por haber completado el tiempo de servicios que exigía el precepto que regía su situación. Ahora bien, de conformidad con la Ley 33 de 1985 - artículo 1°, el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio

b) En el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 el monto de la pensión se determina por lo establecido en el régimen pensional anterior, y no por lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 ibidem

En el supuesto de que la demandante estuviera en el régimen de transición (cuestión que no es el caso), la liquidación de su pensión no se regiría por el citado inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, como lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, en las cuales se ha dicho que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 66001-23-31-000-2006-00452-01 \(1415-07\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

7. Se ordena el reconocimiento de los gastos de representación con fundamento en el Acuerdo 000018 de 1997, expedido por la Universidad del Atlántico, no obstante que la fijación del régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos territoriales es competencia exclusiva del gobierno nacional, por protección de los derechos adquiridos en un acto no declarado nulo

Situación fáctica: Se solicita el reconocimiento de los gastos de representación con base en el Acuerdo 000018 de 1997, expedido por la Universidad del Atlántico

La llamada autonomía universitaria, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 113 de la Constitución Política, debe entenderse como la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permite al ente universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado. Conforme a la Constitución Política, artículo 150, numeral 19, no se ha otorgado a otras autoridades diferentes al Congreso de la República, la facultad de expedir normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos, son ilegales las disposiciones pertenecientes a normas de carácter local, como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos bien sean nacionales o del orden departamental, que regulen la materia. El Congreso de la República expidió la ley 30 de 1992 en su artículo 77 preceptúa: “El régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales y oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los Decretos Reglamentarios...”. La ley 4ª de 1992 dispuso en el artículo 12: “El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.” El artículo 10º de ésta misma norma determina: “Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.” Con base en lo expuesto la Sala concluye que para efecto del reconocimiento y pago de los Gastos de Representación, la Universidad del Atlántico estaba en la obligación de sujetarse a las normas legales. Sin embargo, acorde con la documental allegada al proceso, observa la Sala que el período comprendido entre el 1º de enero de 1998 al 29 de marzo de 2001, deben reconocerse y pagarse al demandante los Gastos de Representación a que tenía derecho, porque como lo indicó el A-quo, se trata de unos derechos adquiridos por el actor, reconocidos en un acto administrativo (Acuerdo No. 000018 de 30 de diciembre de 1997), que no ha sido declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por ende, ampara los derechos salariales y prestacionales del accionante.

[Sentencia de 19 de mayo de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2000-01526-02 \(0801-2007\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

8. Se niega nulidad del Acuerdo PSAA08-4528 de 2008, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que ubica el curso de formación judicial para funcionarios judiciales como un factor de clasificación dentro de la lista de elegibles

El Acuerdo PSAA08-4528 de 2008, ubica al curso de formación judicial en la etapa de selección del concurso, lo que resulta adecuado al ordenamiento jurídico, y a su vez, lo ubica como factor de clasificación, que comprende junto con los demás enunciados en el numeral 5.2. del artículo TERCERO, los aspectos que se adecuan a los criterios y factores que la ley estatutaria menciona en el inciso primero del artículo 164 para fijar la ubicación de los aspirantes. El curso no sólo le ofrece al aspirante una formación profesional y científica, sino que a su vez le permitirá demostrar su mejor aptitud y destreza para el ejercicio de la función judicial dentro de parámetros de una sana competencia para lograr el mejor posicionamiento en la lista de elegibles, lo cual redundará en beneficio de la administración de justicia, pues como lo ha afirmado la Corte Constitucional, el nombramiento deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, es decir, aquel que obtenga el mayor puntaje en el concurso de méritos, puntaje en el que se podrá tomar en cuenta el resultado individual de las pruebas que se practiquen en el respectivo curso de formación judicial.

[Sentencia de 20 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2008-00020-00 \(0547-2008\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad](#)

9. Es procedente el reconocimiento de recargo nocturno y de dominicales y festivos a los Comisarios de Familia Permanentes del Distrito Capital

Situación fáctica: Se solicita el reconocimiento y pago de recargos nocturnos y dominicales y festivos por parte de quien desempeña el cargo de Comisario de Familia Permanente del Distrito Capital

a) Frente a la jornada mixta y por turnos de los Comisarios de Familia Permanente del Distrito Capital es procedente el reconocimiento del recargo nocturno

De acuerdo al artículo 35 del Decreto 1042 de 1078 la jornada se considera mixta porque se desarrolla ordinaria y permanentemente en jornadas que incluyen horas día y horas noche; vale decir, en la misma jornada se combina trabajo diurno y nocturno. Las horas nocturnas trabajadas dentro de la jornada mixta, son remunerables con el recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso. El alcance de la jornada mixta que sin duda difiere del sistema por turnos, como claramente se examina de la norma y de la interpretación dada por la sentencia C-1106 de 2001, porque este concepto debe entenderse cumplido, cuando las labores se efectúan de manera ordinaria y permanente en horas diurnas y nocturnas combinadas, vale decir, cuando la jornada laboral se inicia de día y termina de noche y no cuando se cumple por turnos que pueden ser diurnos o nocturnos. No obstante, es necesario precisar que si bien los conceptos son distintos, no son excluyentes. El legislador dejó abierta la posibilidad de regulación especial para los trabajadores por el sistema de turnos, con la frase “Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos”, que se lee en los artículos 34, 35 y 39, la cual debe interpretarse en concordancia con el artículo 53 de la Carta y el principio *pro homine*, para entender que la regulación que contienen los artículos mencionados en sus beneficios, es aplicable con el cumplimiento de los requisitos que tal individualidad supone, a los funcionarios que cumplen jornadas por turnos. Ahora bien, los Comisarios Permanentes que cumplen su trabajo en jornadas mixtas, son sujetos activos de la norma cuando su jornada toca en el mismo turno horas diurnas y nocturnas, por ende, puede pagarse el 35% de recargo o compensarse con el descanso, conforme al artículo 39 ibidem. Por el contrario, si la labor se desarrolla en horas nocturnas, deberá reconocerse un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual (art. 34 del D L 1042/78)

b) Reconocimiento de dominicales y festivos a Comisarios de Familia Permanentes del Distrito Capital, por el trabajo que en forma habitual y permanente prestan en estos días.

Conforme al Decreto Ley 1042 de 1978 - artículo 39 , el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual. Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional. No duda la Sala que tal preceptiva es la aplicable a los Comisarios Permanentes, por la naturaleza del trabajo que deben desempeñar habitual y permanentemente

[Sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-02342-01\(1856-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

10. Se niega el reconocimiento de la prima de antigüedad con fundamento en las Ordenanzas 031 y 014 de 1998, expedidas por la Asamblea del Departamento de Santander, por cuanto la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicas territoriales es competencia exclusiva del gobierno nacional, dentro de los parámetros que señale el legislador. La fijación de la escala salarial de los empleados públicos territoriales es competencia de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales

Situación fáctica: Se solicita el reconocimiento de la prima de antigüedad con fundamento en Ordenanzas Departamentales

Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, esto es: el Congreso de la República señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las asambleas y los concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, por su parte los Gobernadores y Alcaldes, tendrán en cuenta las normas que para el efecto dicten las asambleas y los concejos, asignaciones económicas que en ningún caso podrán desconocer los toques máximos que para el efecto haya fijado el gobierno nacional. En efecto, los artículos 300 numeral 7° y 305 numeral 7° de la Carta Política otorgan a las Asambleas Departamentales y a los Gobernadores, respectivamente, la facultad de determinar las escalas de remuneración de los empleos del orden territorial, atendiendo los toques fijados por el Gobierno Nacional. Al amparo de las anteriores reglas constitucionales y legales las autoridades y corporaciones territoriales carecen de competencia para crear, incrementar o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial, pues a las entidades del orden territorial apenas les está permitida la determinación de la escala salarial, mediante la fijación de equivalencias de los cargos locales con los de orden nacional, todo ejercido dentro de los límites que fijen el Gobierno Nacional y el Congreso de la República. Así las cosas, la Asamblea Departamental de Santander carecía de competencia para crear una prima de antigüedad, pues se arrogó facultades, que como se ha demostrado, están reservadas al Gobierno Nacional, potestades que éste ejecuta dentro de un marco trazado por el legislador, en este caso mediante la Ley 4ª de 1992.

[Sentencia de 22 de abril de 2010, Exp. 68001-23-15-000-2002-00614-01 \(1274-2008\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

11. El Acuerdo 1550 de 2002, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, al otorgar puntaje por la experiencia profesional adicional en el concurso de méritos de la Rama Judicial para magistrados y jueces no vulnera el derecho de igualdad

Situación fáctica: Se pide la inaplicación del Acuerdo 1550 de 2002 en cuanto otorga puntaje a la experiencia profesional adicional, por considerar que viola el derecho a la igualdad

Es necesario definir igualmente que la experiencia profesional mínima exigida como requisito de carácter general para optar a una dignidad judicial (Art. 128 de la Ley 270/96), no confiere puntaje alguno al participante, pues se trata de un presupuesto de orden legal para poder ser considerado y admitido en el respectivo concurso pero, en manera alguna, puede confundirse con la experiencia adicional a que hace referencia el literal b) del numeral 4.1 del Acuerdo 1550 de 2002, puesto que, como lo indica esta disposición, se trata de experiencia laboral adquirida con posterioridad a la requerida por aquella norma, siendo susceptible de valoración sólo la relacionada en el mencionado acuerdo. En esas condiciones, es la experiencia adicional prevista en el Acuerdo 1550 de 2002, la que es objeto de asignación de puntaje, lo cual en nada contraría lo previsto por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, por cuanto no constituye un requisito adicional a los exigidos por la ley como condición mínima de acceso al concurso y el hecho de no tenerla no quita al interesado la oportunidad de participar en él, si cumple con los requisitos establecidos en la Ley 270 de 1996. La posibilidad de participación de personas cuya experiencia y formación están por encima de los mínimos requeridos, no vulnera los derechos señalados pues es fin de los concursos precisamente el de escoger a quienes posean mayores méritos y capacidades. En suma, el hecho de haberse establecido en la aludida norma que la experiencia señalada generaría el reconocimiento de un puntaje adicional, no trae consigo inequidad o discriminación alguna respecto de los participantes, tal hecho no es un requerimiento y encuentra su justificación en los principios que informan los procesos de selección

[Sentencia de 4 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00203-01 \(4115-04\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Garantías que integran el debido proceso administrativo en materia contractual.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, al abordar el estudio de una acción contractual, no sólo se refirió -con amplitud- al debido proceso dentro de las actuaciones administrativas (aspecto sobre el cual han existido importantes decisiones de la Sala que destacan e imponen la relevancia y aplicación de tal principio dentro de las diferentes etapas de las actuaciones de la Administración), sino que discurrió aún más en el tema, con el propósito de desarrollar y determinar las distintas garantías que gobiernan al debido proceso, todas analizadas desde la óptica del procedimiento sancionatorio contractual, las cuales, en gran síntesis, son las siguientes: i) el derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente; ii) las formas propias de cada juicio; iii) la favorabilidad; iv) la presunción de inocencia; v) el debido proceso público sin dilaciones injustificadas; vi) la publicidad; vii) los recursos en materia administrativa y sancionatoria contractual; viii) la culpabilidad de la conducta, entre otras garantías.

También se refirió la Sala, a propósito de las sanciones contractuales, a la posibilidad de imponerlas por parte de la Administración; al procedimiento previo a las mismas; a la comunicación que se debe dar al interesado en relación con el procedimiento administrativo que se inicia en su contra; a la regla según la cual una misma conducta no puede generar dos o más de tales sanciones, salvo que se trate de hechos nuevos o posteriores en los cuales se reitera la conducta irregular por parte del contratista; y a aquellas faltas y sanciones que devienen de la ley o de las cláusulas contractuales,

así como al principio de tipicidad que gobierna este tema; todo, en aras de preservar la aplicación del debido proceso en materia sancionatoria contractual.

[Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 25000-23-26-000-1994-00225-01\(16.367\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

2. El Estado debe responder patrimonialmente por las lesiones y secuelas permanentes padecidas por un recluso dentro de un amotinamiento armado en la penitenciaría donde estaba recluso.

La Sección Tercera de la Corporación declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones físicas ocasionadas con un arma de fuego a un recluso el día 21 de abril de 1997. Las heridas fueron causadas por disparo de arma de fuego, durante un motín de los internos del penal, en el cual se presentó un enfrentamiento armado entre los guardias y los amotinados. El resultado final del incidente fueron 5 internos muertos, 18 internos heridos (entre ellos el demandante) y 10 guardias del INPEC, sin que se hubiere acreditado que la víctima participó en el motín. A juicio de la Sala, lo cierto es que el incidente ocurrió en las instalaciones del centro penitenciario, de modo que el daño le es imputable a la entidad demandada, porque el actor lesionado estaba bajo su absoluta seguridad y protección, dada la relación de especial sujeción entre el recluso y el Estado.

[Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 19001-23-31-000-1997-08006-01 \(19.849\) M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

* Aclaración de voto: consejeros Ruth Stella Correa Palacio y Enrique Gil Botero (magistrado ponente).

3. Se declara la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una ciudadana, quien resultó absuelta porque la conducta punible no existió.

En el proceso de reparación directa analizado por la Sala se logró determinar que la actora estuvo privada de su libertad entre el 19 de octubre de 1993 y el 4 de octubre de 1996, como presunta autora del delito de estafa; sin embargo, el proceso penal por el delito mencionado se declaró terminado por absolución, como quiera que la conducta desplegada por la acusada no constituía hecho punible alguno. En el mencionado caso, la demandante fue vinculada a un proceso penal -y privada de su libertad por el tiempo antes descrito- porque habría incumplido un contrato de promesa de compra venta respecto de un bien inmueble; no obstante, consideró la Sala que el asunto debió definirse bajo el marco de la responsabilidad civil, por tratarse del incumplimiento de un negocio jurídico y no mediante una investigación penal por un comportamiento que no configuraba conducta punible alguna y mucho menos donde se le privó de la libertad a la procesada por casi tres años.

- Aplicación de la teoría de la desobediencia civil.

Un aspecto importante que tuvo en cuenta la Sala para desechar la conducta de la víctima como eximente de responsabilidad, dice relación con la aplicación de la teoría de la desobediencia civil en la medida en que la parte demandada alegaba en su defensa que la causa del daño habría sido la falta de constitución de la caución dentro del proceso penal por parte de la vinculada, argumento que fue completamente rechazado por la Corporación bajo el entendido de que si la persona consideraba ilegítima la existencia -en sí misma- del proceso penal, era posible entonces que de allí naciera su renuencia a la constitución de dicha caución y, por ende, tal omisión no podía ni puede ser entendida como la causante determinante del daño, máxime si se probó que la investigación estaba fundamentada en la comisión de un hecho punible que nunca existió.

Por consiguiente, la Sala estimó que la actitud de la procesada, consistente en abstenerse de prestar una caución, fue legítima, dado que se basó en lo infundado que ella encontraba el proceso penal en

su contra, aspecto que, en los términos de la teoría de la desobediencia civil, “no puede reprochársele a una persona que obró de manera legítima frente a lo que se cataloga como una consecuencia injusta, que se adecúe y obre conforme a la misma”.

[Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 76001-23-31-000-1998-00197-01 \(19.312\) M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

* Aclaración de voto: consejeros Ruth Stella Correa Palacio y Mauricio Fajardo Gómez.

4. Incumplimiento de contrato interadministrativo por la falta de registro presupuestal de recursos y su consiguiente desembolso para ejecutar el convenio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad contractual del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social -FIS- por el incumplimiento de la obligación de efectuar el registro presupuestal de los recursos y el correspondiente incumplimiento de efectuar el desembolso para la ejecución de un convenio interadministrativo celebrado con el Departamento de Risaralda. Como consecuencia de lo anterior, el Fondo demandado deberá pagar al ente territorial mencionado, una suma cercana a \$573'000.0000.

La Sala encontró probado que algunas de las obligaciones adquiridas por las partes se encaminaban a que tanto el Departamento de Risaralda como el FIS aportaran recursos para la cofinanciación de 8 proyectos que habrían de realizarse dentro de la mencionada entidad territorial, para lo cual cada ente debía adelantar un procedimiento interno en relación con las apropiaciones y registros presupuestales y, de esa manera, hacer posible el desembolso de los recursos; sin embargo, el FIS no cumplió con tales obligaciones, bajo el argumento de que debió reversar el registro presupuestal en atención a lo dispuesto por el Gobierno Nacional a través del Decreto 2372 del 27 de diciembre de 1996, “por el cual se contracreditan algunas apropiaciones en el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1996”.

A juicio del Consejo de Estado, la reversión ordenada en el referido Decreto 2372 de 1996, no constituía una causa legal que justificara la falta de cumplimiento del FIS respecto de su obligación de efectuar el registro presupuestal, debido a que la “contracreditación” fue ordenada tres meses después del perfeccionamiento del convenio interadministrativo, a lo cual se agregó que la entidad demandada actuó con negligencia frente a tal obligación, puesto que dejó transcurrir un período excesivo sin llevar a cabo tal registro presupuestal, el cual debió producirse de manera inmediata con posterioridad a la suscripción del contrato, pues de haber sido así, se surtiría el efecto legal prescrito en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto-ley 111 de 1996 y en el artículo 20 del Decreto 568 de 1996, esto es que se habría afectado de manera definitiva la apropiación presupuestal, de suerte que los recursos destinados para el proyecto habrían quedado comprometidos para la finalidad convenida.

Dentro de la sentencia a la cual se acaba de hacer alusión, la Sala también abordó importantes temas acerca de la noción, los efectos y las características de los contratos o convenios interadministrativos.

[Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp. 66001-23-31-000-1998-00261-01 \(17.860\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ \(E\). ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

5. Incidencia del acto administrativo contractual en las pretensiones de la demanda.

Si el contratista no impugna o solicita la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Administración ejerció un poder exorbitante, no es posible declarar la responsabilidad contractual de

la respectiva entidad pública que lo profirió, porque la decisión adoptada en tal acto goza de firmeza y, por ende, es intangible e inmodificable.

Así lo determinó la Sala al resolver una acción de controversias contractuales cuyas pretensiones estaban encaminadas a obtener i) la declaratoria de existencia de unos contratos de concesión para la prestación de los servicios de correspondencia pública celebrados entre el extinto TELECOM y un particular en el año 1992, ii) la declaratoria de incumplimiento de la Administración y iii) la consiguiente indemnización de perjuicios derivados de tal incumplimiento.

Ocurre que la parte demandante no demandó la nulidad del oficio a través del cual la entidad contratante había dispuesto la terminación de los respectivos contratos, pues adujo, entre otras razones, que tal oficio no era un acto administrativo; sin embargo, al analizar la naturaleza y el contenido de dicha decisión, la Sala consideró que ese oficio -por el cual se le había comunicado a la contratista la cancelación de los contratos- sí revestía el carácter de acto administrativo contractual y, por consiguiente, debió ser solicitada su nulidad dentro de las pretensiones de la demanda, por cuanto allí estaba contenida una decisión de la Administración, adoptada en forma unilateral en ejercicio de un poder exorbitante (terminación unilateral).

Recalcó la Sala que si las pretensiones de la demanda devienen de un acto administrativo, resulta necesario para que las mismas prosperen que se solicite su anulación, pues de lo contrario se deben denegar aquellas, por ineptitud sustantiva de la demanda; la vigencia del acto que dio por terminados los contratos frustra cualquier restablecimiento indemnizatorio, señaló la Sección Tercera, de modo que si la parte actora aspira a la indemnización de perjuicios derivados de un presunto incumplimiento de la Administración, debe entonces pedir la nulidad del acto administrativo, en este caso el que terminó el contrato por razones de conveniencia en el servicio, siendo inadmisibles que el juez conozca de oficio una pretensión en ese sentido que no fue formulada, por cuanto se vulneraría el principio de congruencia.

A manera de conclusión, se indicó que como no se pidió la nulidad del acto que origina la reclamación, se deben negar las pretensiones de la demanda, dado el carácter vinculante y obligatorio del acto administrativo de terminación unilateral.

[Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 50001-12-33-1000-1993-04051-01 \(16.496\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

* Salvamento de voto: consejero Mauricio Fajardo Gómez.

6. Prueba de la titularidad sobre establecimientos de comercio no sólo se suple con el certificado de Cámara de Comercio.

En relación con este punto, la Sala precisó que si bien el certificado de Cámara de Comercio constituye un documento idóneo para acreditar la titularidad del establecimiento de comercio, lo cierto es que el mismo no es la única prueba con la que se demuestra dicha propiedad. Así discurrió la Sala al considerar que lo que las normas del registro mercantil establecen, en cuanto al aspecto probatorio del registro mercantil en relación con el establecimiento de comercio, es una presunción sobre la propiedad del mismo, pero ello no significa que tal circunstancia no pueda acreditarse, en virtud del principio de la libre apreciación de la prueba, con los demás medios probatorios que al proceso se alleguen y que permitan identificar que una persona ejerce una actividad comercial con un conjunto de bienes organizados para realizar los fines de una empresa.

[Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 23001-23-31-000-1997-08870-01 \(18.536\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

* Aclaración de voto: consejeros Enrique Gil Botero y Mauricio Fajardo Gómez.

7. El Estado debe responder patrimonialmente, a título de falla en la prestación del servicio médico, por dejar una compresa en el abdomen de una persona al practicársele un procedimiento quirúrgico.

La Corporación encontró probado que a la demandante en un proceso de reparación directa se le había dejado una compresa en su cavidad abdominal, al extirparle el ovario y la trompa de falopio del lado derecho de su cuerpo en una cirugía practicada el 20 de octubre de 1993; la compresa le fue extraída el 22 de octubre del año siguiente (1994) en otro centro hospitalario, mediante el procedimiento quirúrgico de laparotomía. A juicio de la Sala, la situación descrita se enmarca entre los casos de *oblito quirúrgico*, los cuales han sido considerados por la doctrina y la Jurisprudencia de esta Corporación, como una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada, toda vez que los hechos hablan por sí solos. De conformidad con lo anterior, es evidente que el olvido de una compresa en el abdomen de la actora constituyó, por sí mismo, una falla en la prestación del servicio médico.

[Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp. 52001-23-31-000-1995-07008-01, 05001-23-26-000-1995-01847-01 \(18.348\) M.P.: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ \(E\).](#)

8. La Nación colombiana debe responder patrimonialmente, a título de falla en el servicio, por la muerte de un civil que cometía un ilícito, como consecuencia de la actuación desproporcionada de la Fuerza Pública.

La Sala determinó que la víctima murió como consecuencia de varios impactos por arma de fuego, propinados por agentes de la Policía Nacional, quienes el día 24 de noviembre de 1993 accionaron en contra del primero sus armas de fuego de dotación oficial, cuando éste se encontraba ejecutando una conducta ilícita -asalto a un establecimiento bancario-, porque supuestamente aquél no atendió la orden que le habría sido impartida por los agentes y además porque desenfundó el arma de fuego que portaba.

A juicio del Consejo de Estado, la responsabilidad imputable al Estado lo es en este asunto a título de falla en el servicio, puesto que no existía elemento de juicio alguno que indicare que la víctima disparó un arma de fuego contra los agentes de Policía, por cuanto no la tenía y, por lo tanto, cae de su propio peso que esa hubiese sido entonces la causa por la cual ellos se habrían visto obligados a accionar sus correspondientes armas de dotación oficial; por el contrario, se demostró que los uniformados accionaron sus armas de fuego sin razón aparente, conducta que vulneró el derecho a la vida de la víctima consagrado tanto en la Carta Política y en los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado Colombiano hace parte, como también en los propios reglamentos establecidos en la Institución Políciva.

Insistió la Sala que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también están capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en este asunto, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma la existencia de una falla en el servicio.

[Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 05001-23-26-000-1995-01847-01 \(18.677\) M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) Aunque los recursos sean administrados a través de una fiduciaria el fiducomitente no pierde la propiedad sobre los mismos

La Sala estudia los siguientes aspectos: Si los recursos que recibió la Corporación ECOFONDO durante el año 1995, provenientes del Acuerdo Intergubernamental suscrito entre los Gobiernos de Canadá y Colombia, destinados para la financiación de actividades y proyectos encaminados a la conservación del medio ambiente y a la promoción del desarrollo sostenible en Colombia, son ingresos gravados con el impuesto de renta y complementarios para ECOFONDO. Si la demandante obtuvo un beneficio neto o excedente gravable en el año 1994. En caso de ser positiva la respuesta, se establecerá si está gravado con el impuesto de renta en el año gravable 1995, por no haber sido invertido en programas en desarrollo de su objeto social. Por último, una vez se establezca si los recursos referidos en el numeral 1º son o no ingresos de ECOFONDO, se verificará si la liquidación de la contribución especial que se hizo en los actos acusados se ajusta a lo dispuesto en el artículo 248-1 del Estatuto Tributario.

Extracto: Ahora bien, por el hecho de que los recursos estén en una cuenta especial administrada por la Fiduciaria FIDUFES S.A., y que éstos constituyan un patrimonio autónomo, cuyos derechos fiduciarios son de ECOFONDO, en nada cambia la naturaleza y la propiedad de los mismos, pues éstos fueron destinados al desarrollo de actividades que conforman su objeto social. Si bien en el acuerdo intergubernamental se pactó que dichos recursos debían ser manejados a través de un agente de inversión, que para el caso es FIDUFES S.A., en el acuerdo en ningún momento se desconoció la propiedad de los mismos. Por el contrario, en el acuerdo se pactó la forma en que ECOFONDO podía disponer de los recursos que se consignaran en la cuenta especial administrada por FIDUFES, así como disponía a quién y en qué momento debían efectuarse los diferentes desembolsos encaminados a la cofinanciación de proyectos para el medio ambiente y el desarrollo sostenible, situaciones que no conducen a inferir que la propiedad de dichos recursos esté en cabeza de personas diferentes a ECOFONDO. Adicionalmente, esta Sección se pronunció en la sentencia del 25 de septiembre de 2003, cuando decidió negar la nulidad de las Resoluciones 000477 del 5 de septiembre de 1997 y 0073 del 22 de julio de 1999, mediante las que, en relación con el año gravable 1995, el Comité de Entidades sin Ánimo de Lucro resolvió declarar la procedencia de la deducibilidad de egresos en cuantía de \$ 923'742.941 y de 525'944.010, y no otorgó la exención del beneficio neto en cuantía de \$ 809'258.062 por el año gravable 1995 y en la suma de \$ 354'012.194, por el año gravable 1994, para ECOFONDO. En esa oportunidad, la Sala confirmó la decisión de primera instancia y concluyó que “los recursos aludidos [refiriéndose a los recibidos en virtud del Acuerdo suscrito entre los gobiernos de Canadá y Colombia] son propios y administrados por la demandante [ECOFONDO] luego forman parte de los ingresos para determinar el impuesto [renta] de conformidad con su régimen tributario especial, siguiendo las previsiones de los artículos 356 y siguientes del E.T.”

b) El beneficio neto será exento cuando se destine directa o indirectamente a programas que desarrollen el objeto social del contribuyente dentro del año siguiente a aquél en el que se obtuvo

El artículo 356 del E.T. establece que las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro son contribuyentes del impuesto sobre la renta y están sometidas a un régimen tributario especial, siempre y cuando cumplan las siguientes condiciones: Que el objeto social sea la realización de actividades de salud, deporte, educación formal, cultura, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental o programas de desarrollo social; Que las actividades que realice sean de interés general y, Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social y este corresponda a las actividades enunciadas en el literal a). Dicho régimen especial consiste en que este tipo de contribuyentes se encuentran sometidos al impuesto de renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente, resultante en el respectivo año o

período gravable y sobre el que se aplica la tarifa del 20%. El beneficio neto o excedente sobre el que se calcula el impuesto de renta, resulta de restar de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios de cualquier naturaleza o denominación, con los egresos por cualquier concepto, siempre y cuando tengan relación de causalidad con los ingresos o con el objeto social, con inclusión de las inversiones realizadas en desarrollo de este y la adquisición de activos fijos. El beneficio neto o excedente determinado en la forma anterior para el caso de las entidades sin ánimo de lucro, será exento, entre otros casos, cuando se destine directa o indirectamente a programas que desarrollen el objeto social del contribuyente dentro del año siguiente a aquel en el que se obtuvo. La parte del beneficio neto o excedente que no se invierta en los programas que desarrollen su objeto social, tendrá el carácter de gravable en el año en que debía hacer la inversión. El beneficio neto o excedente generado en la no procedencia de los egresos no será objeto de exención. Al no ser objeto de exención, constituye ingreso gravable sometido a la tarifa del 20%.

[Sentencia de 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-00533-01\(16512\) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. La competencia en cuanto a la delegación de funciones de la administración tributaria son funcionales no personales

Corresponde a la Sala determinar si el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas de Cali, era competente para expedir los actos acusados.

Extracto: En materia de competencias de la administración tributaria, las normas no señalan una competencia personal sino funcional, al establecer las actividades que le corresponde desarrollar a cada una de las divisiones o dependencias. Entonces, para efectos de la competencia para expedir el acto que determina la inversión forzosa y para la época de los hechos que se analizan, el artículo 39 del Decreto 1071 de 1999. Por consiguiente, de acuerdo con el marco normativo antes expuesto, se observa que en el caso, las Resoluciones acusadas fueron expedidas por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cali, funcionario de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es competente para determinar la inversión forzosa, sin que se configure una extralimitación en sus funciones, pues, aunque su competencia sea en materia tributaria, para efectos de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 487 de 1998 y en la Resolución 472 de 1999, sus facultades se derivan de una delegación institucional y por ello, se reitera, las funciones asignadas por el acto de delegación debían adecuarse a la estructura interna y organizacional de la DIAN, como lo expuso el Ministerio Público en su concepto.

[Sentencia de 3 de junio de 2010. Exp. 76001- 23-31-000-2003-00127-01 \(17517\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. Procede la deducción de inventarios castigados o dados de baja cuando obedece a normas sanitarias por ser expensas necesarias

La controversia versa sobre la procedencia del costo o deducción solicitado por inventarios castigados o dados de baja por la suma de \$ 1.106.490.299

Extracto: Por expresa disposición del párrafo del artículo 62 del Estatuto Tributario, adicionado con la Ley 174 de 1994, artículo 2, los contribuyentes que estén obligados a presentar la declaración de renta firmada por revisor fiscal o contador público, “...deberán establecer el costo de enajenación de los activos movibles por el sistema de inventarios permanentes o continuos”, o por “cualquier otro sistema de reconocido valor técnico”, autorizado por la Dirección General de Impuestos Nacionales. En los términos del artículo 596 ibídem, la sociedad actora está obligada a

presentar su declaración de renta firmada por revisor fiscal y determinar el costo de enajenación de los activos movibles por el sistema de inventarios permanentes. La Sala considera que si el contribuyente está obligado por disposición legal a establecer el costo de los activos movibles por el sistema de inventarios permanentes, ésta sola circunstancia no es suficiente para rechazar los costos generados en la destrucción de inventarios, ya que si la medida tuvo origen en disposiciones de tipo sanitario, de salubridad pública, prácticas mercantiles usuales, o como resultado de fallas de tipo técnico que impidan culminar el proceso productivo, tal expensa está autorizada de conformidad con el artículo 107 del E. T., teniendo en cuenta que si bien los bienes se encuentran en el inventario, no pueden ser comercializados y por tanto deben ser dados de baja haciendo parte del costo. En este caso está demostrado que la destrucción de mercancías obedeció a conceptos como vencimiento, deterioro, roturas, daños en la producción; razón por la que constituyen expensas necesarias en la actividad productora de renta de la actora. Por tanto, son “expensas” que tienen una relación o vínculo de correspondencia directa con la actividad y el objeto social de la demandante, consistente en: “[...] PREPARAR, FABRICAR, PROCESAR, COMPRAR, VENDER, DISTRIBUIR, IMPORTAR, EXPORTAR Y EN GENERAL COMERCIAR PRODUCTOS DE CONSUMO MASIVO, TALES COMO DETERGENTES, DENTÍFRICOS, PERFUMES, ARTÍCULOS DE TOCADOR EN GENERAL, COMESTIBLES Y TODOS AQUELLOS PRODUCTOS ACCESORIOS DE LOS MISMOS [...]”, de manera que los activos dados de baja dentro del sistema de inventario permanente representan uno de los conceptos inherentes y necesarios para la entidad en la producción de sus ingresos o renta derivada de tal objeto social, es decir, hacen parte integral en la actividad productora de renta. En efecto, tratándose de productos para uso o consumo humano, su producción, venta y comercialización está sujeta a estrictos controles, mas allá de los que la empresa implemente en desarrollo de sus propias políticas de calidad, para garantizar la seguridad y bienestar de los consumidores, controles que se verifican muchas veces antes de ser lanzados al mercado, incluso por las autoridades correspondientes. Consecuentemente, los bienes destruidos merecen el tratamiento de “expensa necesaria”, siempre que cumplan las condiciones establecidas en la ley, esto es, que tengan relación de causalidad “con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad” [Art. 107 E. T.]. En consecuencia, tratándose de activos movibles que se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente que deban ser destruidos, porque no puedan ser consumidos, ni usados, ni procesados, es decir, que no puedan ser comercializados en ninguna forma, se admite su valor como “expensa necesaria”, siempre y cuando se demuestre que el hecho ocurrió en el respectivo año gravable, que tiene relación causa-efecto con la producción del ingreso y que es indispensable y proporcionada con la actividad. En todo caso, se advierte que además el contribuyente debe demostrar que tal expensa no ha sido provisionada y reconocida por otros medios [deducción].

[Sentencia de 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2006-00767-01\(17037\) M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. En el procedimiento de corrección aritmética no pueden debatirse aspectos de fondo

Le corresponde definir si era procedente formular liquidación de corrección aritmética como lo hizo la DIAN. O, si como lo alega la parte actora, el error aducido por la Administración no encaja dentro de ninguno de los supuestos que consagra el artículo 697 del Estatuto Tributario y, en consecuencia, la actuación demandada no se ajustó a derecho.

Extracto: Conforme con los hechos probados, precisa la Sala que, de conformidad con el artículo 697 del E.T., la liquidación de corrección aritmética tiene por finalidad corregir los errores aritméticos que presentan las declaraciones tributarias, que hayan originado un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o retenciones a cargo del declarante, o un mayor saldo a favor para compensar o devolver. Por su parte, el artículo 698 ibídem faculta a la Administración para corregir los errores aritméticos de las declaraciones tributarias que se encuadren en los presupuestos del artículo 697. Adicionalmente, el artículo 701 del E.T. prevé que cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante no hubiere liquidado en la declaración las sanciones a que estuviere obligado o las hubiere liquidado de manera incorrecta, la administración las liquidará,

incrementadas en un 30%. En numerosas oportunidades esta Corporación ha establecido que la liquidación de corrección aritmética tiene como única finalidad corregir los errores resultantes de operaciones matemáticas y, en general, confusiones de orden numérico, que no alteran de fondo los datos básicos de la declaración. También se ha considerado que mediante el procedimiento de corrección aritmética no pueden debatirse aspectos de fondo, pues, el sólo hecho de que la Administración tuviere que hacer planteamientos en relación con el origen y naturaleza de los valores declarados, implica que el error no era sólo aritmético, sino que se trataba de un asunto de fondo que no puede ventilarse mediante una liquidación de corrección aritmética. En efecto, si bien el numeral 3° del artículo 697 del E. T. señala que se presenta error aritmético cuando al efectuar cualquier operación aritmética resulte un valor equivocado que implique un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o retenciones a cargo del declarante, o un mayor saldo a su favor para compensar o devolver, debe partirse del supuesto de que hay una operación aritmética mal calculada, en primer lugar, y que ésta arroja como resultado un menor valor a pagar o el mayor saldo a favor, en segundo. Si no se dan ambas condiciones no se configura ninguna de las causales de error aritmético. Por lo tanto, la Administración debe establecer ambos presupuestos para proceder a corregir el yerro por medio de la liquidación de corrección aritmética. En ese contexto la Administración no podía, mediante una liquidación de corrección aritmética, cuestionar el anticipo y realizar un nuevo cálculo y, por lo tanto, los actos no se ajustaron a derecho.

[Sentencia de 10 de junio de 2010. Exp. 25-000-23-27-000-2006-00180-01\(16817\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5. a) Es competencia de la DIAN sentar y unificar la doctrina tributaria

Se decide sobre la legalidad del Concepto DIAN número 080676 de octubre 5 de 2007 que se pronunció sobre la no deducibilidad en materia fiscal de las reservas técnicas constituidas obligatoriamente por las EPS.

Extracto: Los artículos 5 y 18 del Decreto Ley 1071 de 1999 mediante el cual se organiza la U.A.E. DIAN, fija como competencia de dicha entidad interpretar las leyes y actuar como unidad doctrinaria y estadística en materia tributaria, aduanera y de control de cambios. Por otra parte, el artículo 11 del Decreto Reglamentario 1265 de 1999, establece las funciones de la Oficina Jurídica de la DIAN. Luego, es claro que radica en cabeza de la DIAN la competencia legal de sentar y unificar doctrina en relación con las normas tributarias, para lo cual cuenta con la facultad de actuar como autoridad nacional única en la materia y de absolver las consultas que se formulen sobre el tema.

b) Los conceptos de la DIAN son demandables cuando son actos administrativos

Extracto: Respecto a si un Concepto DIAN es materia de control jurisdiccional por parte del Consejo de Estado, es bien sabido que lo es cuando se trata de un acto administrativo que produce efectos jurídicos, como lo estipula el artículo 84 del C.C.A, mientras que no se sujeta a la jurisdicción cuando solo manifieste una opinión que no afecte la esfera de tal naturaleza. Es indudable que el Concepto acusado, al tratar el tema de la deducibilidad de las Reservas Técnicas por parte de las EPS y consignar su interpretación, lleva a producir efectos jurídicos sobre los administrados obligados a realizar la reserva aludida, lo que le otorga carácter de acto administrativo sujeto al control de legalidad por esta jurisdicción.

c) Las reservas técnicas de las EPS no son deducibles del impuesto sobre la renta, sólo lo son cuando efectivamente se realice el gasto o se cause el servicio y se expida la correspondiente factura o cuenta de cobro

Extracto: las provisiones constituidas por las EPS, son definidas por el artículo 7° del D.R. 574 de 2007 que dispone: “Las reservas técnicas son cuentas del pasivo, se constituyen a través del gasto,

de acuerdo con las normas contables y disminuye las utilidades del ejercicio” .Se trata entonces, de provisiones de carácter contable, no deducibles para efectos del impuesto sobre la renta como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, y mal podrían serlo cuando las mismas partidas pasan por etapas sucesivas donde se libera la provisión anteriormente constituida, y, finalmente se deduce como gasto efectivo. Por último, los artículos 104 y 105 del Estatuto Tributario invocados por el demandante en su favor, tratan del momento en que se causan las deducciones fiscales y ordenan que si el administrado lleva contabilidad por el sistema de causación, las deducciones se entienden realizadas en el año en que se causen, y que, una deducción se causa cuando nace la obligación de pagarla, aunque no se haya pagado todavía, no cuando se trata solo de “pasivos estimados”. Como se desprende del estudio efectuado, las EPS están obligadas a constituir provisiones técnicas de carácter contable para cubrir pasivos estimados. Es obvio que en este caso, la erogación no se ha causado y ni siquiera se conoce el monto exacto de la misma. La reserva se apropia por el 100% de los servicios autorizados, que a la postre, en la mayoría de los casos, no coincide con el valor de los servicios que resultan efectivamente prestados o causados, es decir, no llegan a convertirse en gastos reales. Cuando esto sucede, la ley ordena que la reserva “se libere”, vale decir, que desaparezca de la contabilidad (cuenta del pasivo). Pero, si hubiera sido objeto de deducción fiscal, en ese momento generaría una renta líquida por recuperación de deducciones. Para el evento contrario, o sea cuando el servicio se presta y se factura, el gasto se realiza efectivamente, lo que lleva a que se cause una erogación real, deducible fiscalmente como expensa necesaria de acuerdo con el artículo 107 del Estatuto Tributario. Luego, si previamente se hubiera deducido como provisión, se presentaría un doble beneficio tributario sobre el mismo rubro, figura que se encuentra taxativamente prohibida por la Ley. De todo lo anterior, se concluye, que el Concepto discutido no niega la procedencia de la deducción sobre las erogaciones por servicios de salud prestados por las EPS, ya que esta procede cuando efectivamente se realice el gasto o se cause el servicio y se expida la correspondiente factura o cuenta de cobro, que es en el período gravable en que nace el derecho a solicitar el costo o deducción efectivamente realizado. Por tanto, el Concepto se ajusta en todo a la normativa vigente.

[Sentencia de 10 de junio de 2010. Exp.11001-03-24-000-2008-00005-00\(17174\) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)

6. a) No es deducible la pérdida originada en venta de bienes recibidos en dación porque no se refiere a bienes usados en el negocio o actividad productora de renta

Se decide sobre el rechazo de la deducción por pérdidas en bienes recibidos en dación en pago, y sobre la provisión para deudas de difícil recaudo en su modalidad de provisión individual de cartera.

Extracto: En el caso concreto no es deducible la pérdida alegada, toda vez que la pérdida en bienes recibidos en dación en pago no corresponde a bienes usados en el negocio o actividad productora de renta del contribuyente. La sola circunstancia de encontrarse vinculada a la cartera vencida y que el convenio no fuera potestativo, sino obligatorio, no implica que deba aceptarse dicha pérdida fiscalmente como deducción. Para la Sala no se puede reconocer la deducción de pérdida en recuperación de cartera con fundamento en el artículo 146 del Estatuto Tributario, toda vez que la deducción solicitada por el Banco no se enmarca dentro de los supuestos previstos en dicha norma, que contempla la deducción por deudas manifiestamente perdidas o sin valor, cuyo cobro no es posible hacer efectivo por insolvencia de los deudores y de los fiadores, por falta de garantías reales o por cualquier otra causa que permita considerarlas como actualmente perdidas. En el caso concreto se trata de pérdidas originadas por circunstancias económicas en el sistema de financiación de vivienda, situación no prevista en el artículo 146 del Estatuto Tributario. En cuanto al argumento del apelante según el cual la pérdida en que incurrió el Banco es deducible en los términos del artículo 148 del Estatuto Tributario, observa la Sala que sólo procede la deducción por pérdidas de activos regulada en el artículo 148 del Estatuto Tributario cuando se trate de bienes usados en la actividad productora de renta, y siempre que éstas hubiera ocurrido por fuerza mayor. La pérdida

que se origina por la venta de los bienes recibidos en dación en pago, no puede ser objeto de deducción fiscal, porque no se trata de activos fijos o bienes usados en el negocio con carácter de permanencia, sino que son vendidos por la entidad, desvirtuándose la naturaleza de activo fijo y el presupuesto de causalidad, pues estos bienes no generan ingreso para el banco sino que cancelan obligaciones que tienen deudores hipotecarios a su favor, razón por la cual no procede la alegada deducción.

b) Para que proceda la deducción de provisiones para entidades bancarias deben cumplirse los mismos requisitos que para las deudas de dudoso o difícil cobro

Extracto: El párrafo del artículo 145 del Estatuto Tributario no consagra una excepción para la procedencia de la deducción, sino que hace una regulación especial de las provisiones que las entidades financieras pueden deducir en el impuesto sobre la renta, sin que ello signifique que están exoneradas del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para este tipo de deducciones. En efecto, la redacción del párrafo no permite considerar que se trate de una excepción o de una regla autónoma e independiente de la deducción de provisiones para entidades financieras, que pueda ser aplicada sin tener en cuenta el inciso primero de la disposición que la contiene. Se trata de una norma que enuncia los tipos de provisiones que tales entidades pueden deducir, quienes, por ser contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación, se deben someter a los requisitos señalados en la primera parte de la norma. Si ello no fuera así, la disposición no se hubiera incluido en el artículo 145 del Estatuto Tributario sino que hubiera tenido una consagración separada e independiente

c) No es deducible la provisión de pasivos estimados al no ser una deuda de dudoso o difícil cobro

Extracto: Tales requisitos no se cumplen en el caso en estudio, pero adicionalmente, acorde con lo señalado en la sentencia de primera instancia: "...la provisión contable para pasivos estimados, a que se ha hecho referencia, no está consagrada fiscalmente como deducción, aunque se encuentre cuantificada contablemente". Se debe tener en cuenta que la provisión del pasivo estimado se origina por la posibilidad de que los TES puedan ser devueltos a la Nación por mora del deudor, que en este caso es Granahorrar (cuenta por pagar). El objetivo del artículo 145 del Estatuto Tributario es proteger, mediante una provisión aceptada como deducible fiscalmente, el patrimonio del contribuyente, frente a aquellas cuentas por cobrar que por su antigüedad y agotados los mecanismos dirigidos a su cancelación, se tipifiquen como dudosas o de difícil cobro. La provisión del pasivo estimado proviene de la posibilidad de que los TES puedan ser devueltos a la Nación por mora del deudor, razón por la cual no tiene la naturaleza de una deuda de dudoso o difícil cobro. En primer lugar porque no se trata de una obligación a favor de Granahorrar sino a cargo de dicha entidad, y en segundo lugar no se trata de una deuda de dudoso o difícil cobro para la demandante, toda vez que en caso de mora del deudor hipotecario sería la Nación quien tendría la facultad de cobro.

[Sentencia de 10 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-00101-01 \(16599\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

7. a) Cuando no exista la obligación de expedir factura, el documento equivalente debe llenar los requisitos de aquella para que procedan los costos, deducciones e impuestos descontables

Se analiza si son procedentes los costos solicitados en la declaración de renta del actor y la sanción por inexactitud.

Extracto: Para la Sala, las falencias encontradas por la DIAN no fueron desvirtuadas por el demandante. Si bien, la Administración citó en algunas partes los requisitos de los artículos 617 y 619 del Estatuto que se refieren a las facturas, también invocó como fundamento del rechazo el artículo

3 del Decreto 3050 de 1997, respecto del cual la Sala verificó que en efecto, en ninguna de las cuentas de cobro aportadas por el actor como soporte de los costos tenían el NIT de la persona beneficiaria del pago, no obstante en todas se advierte que el prestador del servicio o proveedor del bien pertenece al régimen simplificado. En efecto, se verificó cada una de las cuentas de cobro que se allegaron con la respuesta al requerimiento especial y en todas se manifiesta que los beneficiarios de los pagos pertenecen al régimen simplificado, sin embargo, ninguna cumple con el requisito de informar el NIT, como lo ordena el artículo 3 citado. Sin embargo, advierte la Sala que la razón de la DIAN para rechazar los costos solicitados no fue que el demandante hubiere omitido exigir la inscripción en el RUT a sus proveedores de bienes y servicios. Lo que la Administración advirtió fue que al contribuyente le correspondía solicitar el pleno cumplimiento de los requisitos de la facturación cuando pretendiera hacer valer costos o deducciones. Es decir, se refirió a los requisitos que debía contener la factura o documento equivalente, conforme con el artículo 771-2.

b) La inscripción en el RUT es un requisito de procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables exigido a partir de la Ley 863 de 2003

Advierte la Sala que sólo hasta el año 2003, la Ley 863 en el artículo 4 adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 177-2 que establece que no se aceptan como costo o deducción, entre otros, los pagos por concepto de operaciones gravadas con IVA: “c) Los realizados a personas naturales no inscritas en el Régimen Común, cuando no conserven copia del documento en el cual conste la inscripción del respectivo vendedor o prestador de servicios en el régimen simplificado”. Señala igualmente que la obligación de exigir y conservar la constancia de inscripción del responsable del Régimen Simplificado en el RUT, operará a partir de la fecha que establezca el reglamento a que se refiere el artículo 555-2.

[Sentencia de 10 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-02080-01\(16889\) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

8. a) Una partida no puede considerarse como costo por el registro contable que se realice de la misma

Se establece si es procedente la pérdida en retiro de bienes, la pérdida por siniestro, la sanción por inexactitud y la reducción de la sanción por inexactitud por la aceptación del rechazo como deducción de la provisión de inversiones

Extracto: Para la Sala una partida no puede considerarse que sea un costo por el registro contable que se realice de la misma. Los costos, conforme con el artículo 39 del Decreto 2649 de 1993, representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos. Es decir, para establecer si una partida es un costo o no, se debe analizar cuál es el objeto de la empresa, qué bienes enajena o produce para determinar qué cargos están asociados clara y directamente con la adquisición de bienes para enajenar o con la producción de los bienes, si es una actividad industrial. En consecuencia, el hecho de que el registro contable como gastos se hubiera reversado y así mismo se hubiera corregido la declaración de renta para clasificar la partida como “costo” no significa que sea tributariamente un costo o que por tratarse de una pérdida operacional se debía incluir dentro de su estado de costos para determinar la renta bruta, pues la denominada “RENTA BRUTA”, según el artículo 26 del Estatuto Tributario se obtiene de restar de los ingresos netos, los costos realizados imputables a tales ingresos, pero no de restar las pérdidas operacionales, que es en últimas lo que pretende el actor. Éstas tienen un tratamiento fiscal diferente.

b) Para que proceda la deducción de pérdida por siniestro debe demostrarse la fuerza mayor y/o el caso fortuito

Para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos: Irresistibilidad e imprevisibilidad. Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible. En efecto, si bien está demostrado dentro del expediente que se presentaron tres hurtos, no están acreditadas en el proceso las medidas y conductas asumidas por la actora para establecer que ante esas medidas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, que fue irresistible. En consecuencia, aparte del hecho demostrado de los hurtos, no hay prueba ni se aducen un solo elemento probatorio que acredite la concurrencia de las circunstancias constitutivas de una fuerza mayor o caso fortuito.

[Sentencia de 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-00008-01\(16564\) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN QUINTA

1) Demanda electoral no puede acumular pretensiones de nulidad de varios actos de elección

Así lo precisó la Sección Quinta del Consejo de Estado al confirmar el rechazo de una demanda electoral dirigida contra todas las elecciones del 14 de marzo de 2010, es decir, senadores de la República, representantes a la Cámara y miembros del Parlamento Andino.

En respaldo de su decisión, la Sala se ocupó de la individualización del acto demandado y las reglas de acumulación de pretensiones y de procesos, especialmente para el electoral.

a) Individualización del acto acusado en el proceso electoral. Única demanda contra todas las circunscripciones electorales de la Cámara de Representantes es improcedente

“La individualización del acto acusado, además de ser un requisito que formalmente deben cumplir las demandas, se verifica satisfactoriamente si su descripción no deja duda alguna del objeto de la acción, lo que en punto de elecciones de carácter popular ocurre si se identifican caracteres como la autoridad que lo expide, la fecha de su expedición, el número y tipo de acto empleado para su declaratoria (acuerdo, resolución, etc.), y, quizás lo más importante, los ciudadanos que resultaron elegidos y para qué período constitucional. Ahora bien, en la demanda, para individualizar los actos demandados, se emplearon expresiones como “...el acto declaratorio de elección popular de candidatos para ocupar las cúrules (sic) de Senado, Cámara de Representantes y Parlamento Andino...” (Pretensiones). Ello, en criterio de esta Sala, no cumple el propósito de “individualizar con toda precisión” los actos acusados, en virtud a que no se da ninguno de los elementos definitorios arriba indicados, sumado a ello el hecho que los Representantes a la Cámara son por cada circunscripción departamental, con lo que queda aún más en la incertidumbre dicha individualización. Con la corrección de la demanda no se superó esa deficiencia formal, en atención a que a pesar de las modificaciones introducidas al capítulo de Declaraciones, ninguno de esos datos vino a precisar cada uno de los actos demandados. Se conformó la parte demandante con pedir la nulidad del acto por el cual el Consejo Nacional Electoral “...declar[ó] elegidos por votación popular, a los Representantes de la Cámara por la circunscripción electoral de...” Bogotá y los diferentes departamentos del país, así como los Representantes por las circunscripciones especiales de comunidades indígenas y comunidades negras, y la elección de Senadores de la República por la

circunscripción nacional y la circunscripción nacional especial de comunidades indígenas y los Representantes al Parlamento Andino por la circunscripción nacional. La individualización, en los términos indicados por esta Sección, no es baladí. Con ella se busca asegurar, ab initio, la garantía fundamental del debido proceso, que se consigue si con plena claridad se identifica el objeto de la acción, así como a las personas que han de citarse al proceso a asumir la defensa de su legalidad, y un elemento bien importante, que por lógica antecede a los otros, como es la oportunidad de la acción, ya que contándose con la fecha de expedición del acto se sabrá si la acción se formuló antes o después de la configuración de la caducidad, ya que de haberse cumplido los 20 días sin que se formulara la demanda de nulidad electoral, la única decisión posible sería su rechazo in limine.”

b) Copia hábil: Concepto. Autenticación. Excepciones al requisito de aportar la del acto acusado con la demanda

“Cuando se refiere la norma a una copia del acto demandado, está aludiendo necesariamente a una copia hábil, esto es a copia debidamente autenticada del mismo, en los términos del artículo 254 del C. de P. C. (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 117), pues para que una copia tenga “...el mismo valor probatorio del original...”, se requiere de su autenticación bajo cualquiera de las formas allí previstas, esto es que haya sido autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía o por el secretario de oficina judicial, previa orden del juez y siempre que allí repose el original o una copia autenticada del mismo (1), o que haya sido autenticada por notario previo cotejo con el original o con una copia auténtica que se le presente (2), o cuando hayan sido expedidas directamente del original o de copia auténtica en el curso de una inspección judicial (3). Solamente excusó el legislador extraordinario el anterior deber si bajo juramento expresa el interesado que “...el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación...” (139). Sin embargo, en materia electoral no aplica la primera hipótesis, consistente en la falta de publicación del acto acusado, ya que el acto administrativo que declara una elección popular no está sujeto a publicación, porque siendo el fruto del proceso de escrutinios, que se cumple en audiencia pública, su comunicación al público y a los interesados se surte en estrados. Así, cuando se jura en la demanda que no se cuenta con la copia del acto acusado, por causa de la entidad que lo emite, ello debe probarse documentalmente, pues si la norma supedita que la copia se pida a través del operador jurídico al hecho que haya sido denegada, es porque previamente ha existido petición. Examinada la demanda y su corrección observa la Sala que la parte demandante no acompañó copia auténtica de los actos administrativos de las elecciones demandadas. Consideró, equivocadamente, que ese requisito formal se satisfacía con la sola afirmación juramentada de no haber podido acceder a ellos por la “...anarquía reinante...” en el Consejo Nacional Electoral, cuando es lo cierto que para poder solicitarlo por conducto del operador jurídico debió probar que las copias fueron allí solicitadas y que la entidad se negó a expedirlas. Sin embargo, tal circunstancia tampoco se acreditó y por ello la deficiencia formal se constituye en una razón adicional para rechazar la demanda, como atinadamente se hizo en el auto suplicado.”

c) Aplicación limitada del principio de integración normativa en el proceso electoral, en comparación con el proceso ordinario. Regulación especial de la acumulación de pretensiones en el proceso electoral

“El proceso electoral tiene una peculiaridad ajena al proceso ordinario y a los demás procesos, como es su especialidad, marcada por su objeto, que en parte se ocupa de juzgar la legalidad de las elecciones populares, es decir la legalidad del poder político que se entroniza por las vías democráticas, y por su naturaleza, que responde, parcialmente, al principio de celeridad, por la rapidez con que quiso el legislador que estos asuntos se dirimieran jurisdiccionalmente. Por lo mismo, el principio de integración normativa no opera con la amplitud que sí lo hace, por ejemplo, frente al proceso ordinario, pues prevalece la especialidad, de suerte que si la institución tiene una regulación propia en el proceso electoral a ella se debe sujetar la actuación, a no ser que en las otras codificaciones existan prescripciones jurídicas compatibles con el mismo. El tema de la acumulación de pretensiones en el proceso electoral cuenta con una regulación propia, como así se

puede verificar en los artículos 237 a 241 del C.C.A., de modo que no es posible, como lo sugieren los demandantes, que para estudiar este aspecto de la aptitud formal de la demanda se acuda a disposiciones como el artículo 145 de la misma obra o como el artículo 82 del C. de P. C., diseñadas para procesos en los que no se juzga actos de naturaleza electoral.”

d) La acumulación de procesos electorales sólo procede frente a unas mismas elecciones

“La acumulación de procesos en el contencioso electoral únicamente está permitida frente a “unas mismas elecciones”, expresión que no puede entenderse en el sentido amplio propuesto por los demandantes, esto es, cobijando todas y cada una de las elecciones que se realicen durante la misma jornada; al contrario, por tal debe entenderse cada acto administrativo de elección que se profiera respecto de cada elección, de modo que la acumulación auspiciada por el ordenamiento jurídico no tolera acumular demandas referidas a diferentes actos, así todos ellos tengan como fuente una misma jornada electoral.”

e) Alcance del requisito de presentación personal de la demanda

“Exigir, como lo hizo la H. Consejera ponente en sus providencias, que la demanda cumpliera con el requisito de la presentación personal por parte de cada uno de sus signatarios, como requisito indispensable para proveer sobre su admisión, tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 142 del C.C.A., que dice: “Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe...”. Sin embargo, aunque asista la razón a los demandantes al afirmar que ese defecto formal debió entenderse superado con la precisión de haberse reducido el número de demandantes a quienes efectivamente hicieron la presentación requerida, ello no es base suficiente para revocar el auto objeto del recurso ordinario de súplica, puesto que habiendo resultado conforme a Derecho los tres puntos anteriores, la decisión impugnada no puede revocarse. Finalmente, todo lo anterior no puede interpretarse como la denegación del acceso a la administración de justicia, por dos razones. La primera, porque el control formal de la demanda es un imperativo ordenado por el propio legislador extraordinario, quien consideró necesario examinarla desde la óptica adjetiva para así evitar que a futuro sobrevengan pronunciamientos inhibitorios; y la segunda, porque la decisión de rechazar la demanda no le cierra a los interesados la posibilidad de presentar nuevamente a la jurisdicción lo demandado, eso sí sujetándose a los dictados de la ley, en particular los aspectos formales de la demanda y su oportuna presentación, esto es siempre que no se haya configurado la caducidad de la respectiva acción.”

[Auto de 18 de junio de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2010-00012-00. M.P. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

2) Se anula parcialmente artículo de resolución del Consejo Nacional Electoral sobre conjueces

La Sección Quinta decidió anular algunas expresiones del artículo 4º de la Resolución No. 0730 de 25 de agosto de 2009, *“Por medio de la cual se establece el régimen de Conjueces en el Consejo Nacional Electoral”*.

La norma acusada disponía que, ante empates o falta de quórum decisorio, el Consejo Nacional Electoral designaría 3 conjueces que decidirían autónomamente el asunto correspondiente y cuya decisión se pondría en vigencia tan solo con sus firmas.

La Sala accedió a la pretensión anulatoria del actor pues, de una parte, advirtió que lo demandado desplazaba injustificadamente a los titulares de la función administrativa electoral y reducía el quórum legalmente establecido para el Consejo Nacional Electoral y, de otra, desconocía el principio de publicidad y el debido proceso.

Textualmente dice el fallo:

“El diseño que en la norma acusada se le dio a los conjueces resulta ser contrario al artículo 264 Constitucional, puesto que no resulta razonable que un miembro del Consejo Nacional Electoral sea desplazado de sus competencias constitucionales y legales por las hipótesis mencionadas en el acto acusado. En efecto, ni el empate ni la consecución del número de votos necesarios para adoptar una decisión, son razones válidas para desplazar de sus atribuciones a dichos funcionarios y entregárselas a conjueces para que las ejerzan con total independencia de los mismos. Si debiera aplicarse un símil, bien podría decirse que, según las normas citadas en el acápite anterior, en esos eventos lo procedente sería designar un conjuetz para que dirimiera el empate, o designar el número de conjueces necesario para lograr la mayoría requerida, pero de ninguna manera impedir a los titulares el desempeño de sus funciones, a pesar de que no están impedidos para intervenir. (...) En definitiva, si bien el constituyente y el legislador reconocieron al Consejo Nacional Electoral la facultad de darse su propio reglamento, la forma como se hizo en el artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, respecto de la actuación de los conjueces, fue contraria a Derecho porque sin razón válida se desplazó a los titulares de la función constitucional y legal, e igualmente porque a través de esa metodología se permitió que fuera un número inferior de integrantes al legalmente establecido el que estudiara y decidiera los asuntos en que se presentara empate o que no se obtuviera la mayoría para adoptar una decisión, violándose así lo dispuesto en los artículos 264 Constitucional y 20 del Código Electoral.

(...)

Pues bien, concluye la Sala que la norma examinada, en tanto determina que la decisión de los conjueces “se pondrá en vigencia con sus firmas”, es ilegal porque desconoce el principio constitucional de la publicidad, inherente a la función administrativa, ya que, por regla general, las decisiones administrativas no pueden entrar en vigor ni hacerse oponible a terceros, sin que anteladamente se haya cumplido el requisito de la publicidad, observando desde luego las formas legalmente establecidas para hacerlo con relación a actos generales y a actos particulares. De igual forma viola el principio al debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, aplicable también a las actuaciones administrativas, porque si el juzgamiento de determinada situación sólo es posible conforme a leyes preexistentes, bien puede ocurrir que una medida de carácter general, adoptada por los conjueces del Consejo Nacional Electoral, se ponga en vigencia con su sola firma, sin que se haya dado al conocimiento de los administrados.”

[Sentencia de 24 de junio de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2009-00051-00. M.P. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) Las pruebas del cumplimiento de los requisitos habilitantes de los proponentes pueden subsanarse bajo precisas condiciones

El Ministro de Transporte inquirió a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la interpretación de lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, sobre la evaluación de las propuestas en los procesos de selección de contratistas del Estado respecto de los requisitos habilitantes y la posibilidad de subsanarlos.

La Sala respondió que no son los requisitos habilitantes, sino la prueba de los mismos la que puede subsanarse antes de la adjudicación y que tal posibilidad no es un derecho del proponente, sino una facultad de la entidad contratante en el escenario en que es ésta y no la cámara de comercio a la que por expresa disposición legal le corresponde verificar su cumplimiento.

En el concepto fueron abordados los siguientes temas jurídicos para contestar:

a) El procedimiento de selección de contratista del Estado es una actuación administrativa reglada

“La administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

b) Estructura y finalidad de la licitación

“La entidad licitante primero debe agotar lo correspondiente al orden interno de la administración, y luego (...) realizar el conjunto de actuaciones previas al acto de apertura del proceso de selección (avisos, prepliegos, etc.) que afectan a terceros y tienen por objeto materializar los principios de planeación, transparencia y publicidad aplicables a la contratación estatal. Cumplida dicha etapa previa, el artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula la licitación propiamente dicha, la cual se descompone en: i) el acto de apertura del proceso de selección; ii) los pliegos de condiciones; iii) la publicidad del proceso; iv) la posibilidad de aclaración sobre el alcance de los pliegos de condiciones y la audiencia correspondiente, así como las modificaciones a los pliegos, si ello fuere pertinente; v) plazo de la licitación, esto es, el término a partir del cual se pueden presentar las propuestas y su cierre; vi) contenido de las propuestas; vii) evaluación de las propuestas y elaboración de los informes de evaluación; viii) traslado de los informes y presentación de observaciones por los proponentes; ix) plazo para la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso y firma del contrato correspondiente, y x) posibilidad de adjudicación en audiencia pública. Como puede advertirse, se trata de un procedimiento que tiene como finalidad la selección objetiva de un proponente, la cual se concreta en la obligación de expedir un acto administrativo reglado, de manera que cualquier persona que repita la evaluación debe llegar a la misma conclusión.”

c) Concepto y finalidad de la selección objetiva. Conceptos de acto reglado y acto discrecional

“La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del

acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce. Por el contrario, se entiende como acto discrecional, aquella determinación en la cual la administración puede optar entre varias soluciones posibles, siendo válida aquella que escoja. Lo anterior significa que cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica la ley y los reglamentos debe llegar a la misma decisión, de aquí que se califique como totalmente objetiva. Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo, como se explicó en el punto precedente, un procedimiento estricto y detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas llegue a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva.”

d) Requisitos habilitantes de los proponentes: Son los que permiten participar en los procesos de selección de contratistas del Estado. Posibilidad de subsanarlos

“La ley 80 de 1993 no incluía en su texto el término subsanar o subsanable para referirse a la posibilidad que tendría un proponente para corregir algún elemento de su oferta y evitar que ésta fuera rechazada, o que el aspecto correspondiente le fuera valorado en forma desfavorable. (...) Esta situación, o al menos la posibilidad de hacer la anterior interpretación de las normas legales, cambia sustancialmente con la regulación contenida en la ley 1150 de 2007, puesto que, en primer lugar, distinguió los requisitos habilitantes de los evaluables; en segundo lugar, entregó a las Cámaras de Comercio la verificación de los habilitantes; en tercer lugar, la discusión sobre este tipo de requisitos se debe hacer ante la misma Cámara y ante el juez administrativo, y por último, aclaró que le corresponde a las entidades licitantes la facultad de pedir los documentos necesarios para subsanar algún requisito. (...) El primero de los cambios indicados en el punto anterior consiste en la diferenciación entre las condiciones habilitantes o relativas al proponente y los elementos del negocio jurídico contenidos en las ofertas o propuestas; diferenciación que se encuentra en las reglas relativas a la manera como debe hacerse la selección objetiva por parte de la entidad licitante, y en especial en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007, el cual derogó el 29 de la ley 80 de 1993. (...) De las normas transcritas, y en cuanto es relevante para el concepto, destaca la Sala que los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes se definen como “requisitos habilitantes” que no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo, los cuales sólo son susceptibles de verificación por la Cámara de Comercio. La norma transcrita radica esta etapa de la selección objetiva en las Cámaras, las cuales deben hacerla de forma general de manera que sirva para cualquier licitación, y como se verá más adelante, hay varias excepciones, en las que las mismas entidades licitantes deben hacer esta verificación, siendo una de ellas el contrato de consultoría, con el fin de valorar la experiencia específica del proponente y del equipo de trabajo. Los requisitos habilitantes que son materia de verificación, deben ser tomados por la entidad licitante del registro único de proponentes, y ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato que se suscribirá y a su valor, lo que significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas de aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato. Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias básicas o mínimas que debe tener para cumplir con el contrato proyectado. (...) Como se observa la norma distingue entre las condiciones del proponente necesarias para participar en la licitación, llamándolas requisitos habilitantes, que dan lugar a verificación, y los criterios propios del objeto del contrato que son materia de evaluación, en donde se privilegian los factores técnicos y económicos sujetos a comparación y puntuación.”

e) Registro único de proponentes: Contenido. Presupuesto para aspirar a ser contratista del Estado. La verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes corresponde por regla general a las cámaras de comercio y a las entidades contratantes en los casos que señala la ley

“La regla general consiste en que todas las personas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales deberán inscribirse en el RUP. Dicho registro contiene la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, de acuerdo con la calificación y clasificación que corresponda, esto es la verificación de los requisitos o condiciones propias del proponente que lo habilitan para presentar determinadas ofertas. Así, la verificación de las condiciones de los proponentes o requisitos habilitantes corresponde hacerla a la cámara de comercio en el momento en que cualquier interesado que aspire a celebrar contratos con las entidades estatales presente la información y documentos para inscribirse en el registro junto con la calificación y clasificación que corresponda. En el proceso licitatorio, el proponente deberá adjuntar el correspondiente certificado de inscripción en el RUP, en el que aparecen verificados los requisitos que lo habilitan para participar en el respectivo proceso. (...) No obstante la intención manifestada en el sentido de conferir a las Cámaras de Comercio la verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes, desde el mismo proyecto de ley, así como del trámite surtido en el Congreso de la República, existen importantes excepciones en las cuales las entidades estatales contratantes tienen la obligación de verificar los requisitos habilitantes de los proponentes, casos que se enuncian a continuación. Primero: No se requerirá el RUP, ni la calificación y clasificación correspondiente, respecto de los proponentes que pretendan celebrar los contratos listados en el inciso segundo del artículo 6 de la ley 1150, así como en los eventos de contratación directa. Este último caso abre amplias posibilidades de excepción para un gran número de contratos estatales, comoquiera que la ley 1150 en el numeral 4° del artículo 2 trae al menos nueve casos en los que se emplea como modalidad de selección la contratación directa. Segundo: Personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, o en aquellos casos en que el proceso de selección haya utilizado sistemas de precalificación. Tercero: Cuando por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el RUP. Cuarto: Corresponde a la excepción temporal prevista en artículo 11 del decreto reglamentario 2474 de 2008, según la cual mientras entraba en vigencia el artículo 6 de la ley 1150, “las entidades verificarán la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5 ibídem;” de manera que a partir del 16 de enero de 2009 las entidades estatales perdieron la facultad de verificar los requisitos habilitantes y, por lo tanto, cobró plena aplicación la regla general consistente en que la verificación de los requisitos habilitantes corresponde a la Cámara de Comercio y no a la administración licitante. En resumen, la regla general prevista en la ley 1150 es que la verificación de las condiciones de los proponentes, referidas a los requisitos habilitantes previstos en el numeral 1 del artículo 5 ibídem, corresponde a las Cámaras de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del proponente, y sólo en los casos enumerados previstos por tal ley, las entidades estatales contratantes deberán realizar directamente la mencionada verificación.”

f) Alcance de la posibilidad de subsanar pruebas de requisitos habilitantes de las propuestas

“Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias. De esta manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de

todos los participantes. Además, el último inciso del artículo 10° del Decreto 2474 de 2008, prevé un límite a la posibilidad de requerir los documentos o requisitos, señalando que las entidades estatales no pueden permitir que “se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. Tampoco la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones. (...) Con base en lo expuesto hasta ahora, estima la Sala que no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los requisitos habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el pliego de condiciones. Por ello no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6° del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes. Es conveniente agregar que quien se presenta al proceso de selección debe cumplir, en la fecha en que presenta su oferta, con las condiciones que se exigen para el efecto, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. A título ilustrativo, si se requiere una experiencia determinada, la misma se debe tener al presentar la propuesta y la administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, etc.); pero no puede extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llegare a cumplir después del cierre de la licitación. (...) Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta. (...) Tanto el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 como el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, prevén una potestad reglada para la administración de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, se insiste, es una autorización o permiso para que los proponentes mejoren, adicionen o complementen la oferta.”

g) Oportunidad para subsanar pruebas de requisitos habilitantes de las propuestas. El pliego de condiciones puede contener cláusula sobre oportunidad para subsanar pruebas de requisitos habilitantes

“Se reitera que las normas prevén una potestad para la entidad licitante de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, es una autorización o permiso para que los proponentes subsanen lo solicitado “incluso hasta la adjudicación”, incumpléndose el plazo concedido por la entidad estatal contratante. Se advierte que dicho término debe ser razonable, esto es suficiente para que el proponente logre entregar los documentos o realizar las acciones necesarias para completar las informaciones o las probanzas requeridas; razonabilidad que en cada caso deberá fijarla la administración, pudiendo el proponente pedir, también razonadamente, su ampliación. (...) En las preguntas formuladas, el consultante averigua si la inclusión en un pliego de condiciones de una cláusula que defina unos plazos para contestar los requerimientos de los documentos y requisitos subsanables que haga la entidad licitante, es ineficaz de pleno derecho. Para responder, recuerda la Sala que la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló la expresión “o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de

condiciones” dejando claro que el término dentro del cual puede hacer requerimientos va hasta antes de la adjudicación, por lo cual los pliegos de condiciones no pueden cambiarlo, ni establecer una etapa ad hoc. Nótese que tanto la ley como el reglamento se refieren tan sólo al deber para la administración licitante de pedir los documentos, pero guardan silencio sobre la oportunidad que tiene el licitante para aportar aquellos que le fueron requeridos, esto es, no hay un plazo legal para la respuesta. Es claro, como se dijo antes, que la entidad licitante debe dar un término razonable al proponente para que cumpla con el requerimiento que le hace en aras de los principios de economía, eficacia, preclusión de las etapas procesales, etc., y por lo mismo, agrega ahora la Sala, en los pliegos de condiciones es válido establecer unos parámetros para definir dicho plazo, cláusula ésta que no contradice en nada las prohibiciones del numeral 5° del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que consagra las causales de ineficacia de las estipulaciones del pliego.”

h) La oferta puede rechazarse cuando el proponente no subsana a solicitud de la entidad contratante

“¿Puede una entidad del Estado rechazar una oferta, cuando el proponente dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga el ente estatal para subsanarla, tal como lo prevé el tercer inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2010?”. Sí, porque la decisión reglada por parte de la administración, según se ha expuesto en la parte motiva de este concepto, no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente por expresa disposición de los artículos 25, numerales 1 y 4; 30, numeral 7, de la ley 80 de 1993, y 5 de la ley 1150 de 2007, así como del artículo 10 del decreto 2474 de 2008, normas que desarrollan los principios de economía y transparencia, deber de selección objetiva y estructura de los procedimientos de selección propios de la contratación estatal.”

[Concepto 1992 de 20 de mayo de 2010. Autorizada la publicación con Oficio 2010300230631 de 23 de junio de 2010 del Ministerio de Transporte. M.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO](#)

2) Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal

Ese fue el sentido de la respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil a la consulta elevada por el Ministro de la Protección Social sobre la posibilidad de prorrogar en concreto un contrato de concesión celebrado entre Ecosalud S.A. y la empresa GTECH, en virtud del cual ésta última explota el juego “Loto en Línea”.

La respuesta estuvo precedida por el análisis del régimen propio del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, el marco legal de la concesión para la explotación de esa clase de juegos, las reglas para los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 643 de 2001, las características y la duración de esos contratos y la prohibición de prórrogas automáticas de contratos estatales, no sin antes reiterar que la función consultiva no constituye un trámite judicial controversial.

a) Alcance de la función consultiva

“Tal como ya se ha advertido en otros pronunciamientos, “recuerda la Sala que la función consultiva no constituye un trámite controversial de tipo judicial; se encuentra establecida como un mecanismo constitucional dirigido a asegurar que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento jurídico y al interés general por el que le corresponde velar en el ejercicio de sus funciones. La defensa del ordenamiento jurídico por esta vía se realiza a través de un órgano independiente y autónomo del poder judicial, que actúa por tanto con independencia de criterios, dentro de una lógica de colaboración armónica de poderes (art.113 C.P). No se trata entonces de dar la razón a una

u otra posición en temas controvertibles, sino de rendir un concepto jurídico que sirva a la Administración en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado.”

b) Régimen propio del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar

“La Sala en varias oportunidades se ha pronunciado en relación con el tema, concluyendo entre otras cosas que, “el tratamiento constitucional del monopolio económico ha sido el mismo desde 1910, en cuanto a su finalidad, su regulación por la ley, y la obligación del Estado de indemnizar a quien se vea privado de realizar la actividad de que se trate. [Y que] La reforma de 1991, adicionó la norma constitucional en algunos aspectos hasta entonces de competencia del legislador, por ejemplo, el destino de los recursos obtenidos del monopolio y las sanciones por evasión fiscal.”

c) Marco legal de los contratos de concesión de juegos de suerte y azar, características y duración. Reglas para los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 643 de 2001. No es jurídicamente viable prorrogar el contrato de concesión para explotación del juego Loto en Línea

“La Ley 643 de 2001 reguló de manera específica el régimen aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a esa ley (...) Como se observa, los contratos de concesión quedan sometidos a dos reglas esenciales: (i) el plazo no puede ser inferior de tres años ni superior de cinco; y (ii) la selección de los concesionarios y demás aspectos de la contratación se regirá por la ley 80 de 1993. (...) De esta forma, el artículo 60 en cita, describe claramente las reglas específicas aplicables a los contratos celebrados antes de su vigencia, a saber: (i) que podrán mantener el plazo “inicialmente pactado”, esto es que no es necesario ajustarlos a los nuevos plazos del artículo 7º; y que (ii) una vez finalizado ese plazo de ejecución, deberán seleccionarse nuevos operadores, lo que supone entonces su terminación. Así, es claro que la ley 643 de 2001 permite que los contratos suscritos con anterioridad a ella se continúen ejecutando hasta el vencimiento del “plazo inicialmente contratado”, incluso si éste es distinto a los nuevos plazos previstos en el artículo 7 de la misma ley; pero es evidente también, que a su vencimiento deberán terminarse (sin posibilidad de prorrogarse) para permitir la selección de nuevos operadores conforme al artículo 22 de la misma ley, cuyos contratos ya quedarán sujetos en todo a la Ley 643 de 2001. (...) En este orden de ideas, se concluye que los contratos pactados con anterioridad a la ley 643, no pueden ser prorrogados y en consecuencia al vencimiento de su plazo inicial deberán terminarse para iniciar nuevos procesos de selección de concesionarios. (...) En virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 643 de 2001, ECOSALUD no puede prorrogar del contrato de concesión C-117 de 1999.”

d) Prohibición de prórroga automática de contrato estatal

“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.”

[Concepto 1984 de 19 de mayo de 2010. Exp. 11001-03-06-000-2010-00005-00. Autorizada la publicación con Oficio 3836 de 16 de junio de 2010 del Ministerio de la Protección Social. M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA](#)

NOTICIAS DESTACADAS

LA SALA DE CONSULTA CURSÓ INVITACIÓN A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN A PARTICIPAR EN LA ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE LEY SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS MEDIOS EN RELACIÓN CON LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Apreciados Medios de Comunicación:

Reciban un cordial saludo.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-442 de 2009, expedida el 8 de julio de 2009, expresó: “Por lo anterior, la Corte Constitucional remitirá la presente providencia, al Consejo de Estado, para que por intermedio de su Sala de Consulta y Servicio Civil, si lo considera pertinente, prepare y entregue en el menor tiempo posible un proyecto de ley al Congreso de la República, relativo a la forma en que se determina la responsabilidad de los medios de comunicación por el incumplimiento de las abstenciones contenidas en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, las sanciones que esto acarrea y las autoridades competentes para ello,” y la Constitución Política en el artículo 237 numeral 4° constitucional que dice “Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley 689 de 2001,” la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha venido adelantando un conjunto de trámites con el fin de redactar el correspondiente proyecto de ley que regule la responsabilidad de los diferentes medios de comunicación en relación con la protección a la infancia y la adolescencia.

Por lo tanto, la presente tiene como finalidad invitarlos a participar a la audiencia en la que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado oirá a los interesados y a la ciudadanía en general, sobre los comentarios al borrador de proyecto de ley sobre la responsabilidad social de los medios de comunicación en relación con la protección a la infancia y adolescencia, el cual puede ser consultado en la página WEB del Consejo de Estado www.consejoestado.gov.co, en donde además se ha habilitado el correo electrónico proyectomedios2010@gmail.com para recibir, desde ahora, las observaciones que Ustedes o cualquier persona considere prudente formular al respecto.

Dicha audiencia se llevará a cabo el próximo **jueves 22 de julio, a las 9:00 a.m. en la Sala de Audiencias de esta Corporación.**

Las personas interesadas en intervenir deberán inscribirse previamente en el correo electrónico proyectomedios2010@gmail.com o en la entrada de la Sala de Audiencias del Consejo de Estado el 22 de julio, de 8 a.m. a 9 a.m., indicando NOMBRE, CÉDULA, ENTIDAD A LA CUAL PERTENECE, TELÉFONO FIJO, CELULAR, CORREO ELECTRÓNICO Y TIEMPO QUE DURARÁ SU INTERVENCIÓN.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Presidente Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO EDITORIAL

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

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

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

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

- Fabiana De La 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