



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 10
• Sección Primera	10 - 12
• Sección Segunda	12 - 19
• Sección Tercera	19 - 24
• Sección Cuarta	24 - 35
• Sección Quinta	35 - 38
• Sala de Consulta y Servicio Civil	38 - 43
• Noticias Destacadas	44

Noticias destacadas

ELEGIDOS MAGISTRADOS PARA OCHO DE LAS NUEVE VACANTES DEL CONSEJO DE ESTADO

EDITORIAL

En esta oportunidad queremos resaltar que para el Consejo de Estado es muy gratificante la presencia de los cinco nuevos Consejeros de Estado que vienen a integrar la Sección Tercera de la Corporación, Doctores Jaime Orlando Santofimio, Hernán Andrade Rincón, Olga Valle De De la Hoz, Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth y no solo les damos la bienvenida sino les vaticinamos éxitos en su labor, convencidos de que su representación y actividad fortalecerá la Jurisdicción Contencioso Administrativa solucionando el problema de congestión que sufren los Despachos.

De la misma manera, nos congratulamos por la elección de la Dra. Elizabeth García González como Consejera de Estado de la Sección Primera de la Corporación, seguros de que su dinamismo y experiencia por más de 20 años en esta Sección enriquecerá la labor de esta Sala.

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:

SALA PLENA

1. Se rechaza pérdida de investidura por no acreditarse la calidad de congresista con la copia auténtica del acto de elección o con certificación expedida por el Consejo Nacional Electoral, órgano competente para el efecto, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política

Situación fáctica: Establecer si el actor procedió a corregir la demanda de acuerdo a lo establecido en la Ley 144 de 1994

El Consejo Nacional Electoral que efectúa el escrutinio general de toda votación nacional y hace la declaratoria de elección expidiendo las credenciales a que haya lugar, como lo dispone el artículo 265 numeral 8 de la Constitución Política, es el llamado a certificar lo pertinente sobre la condición de los congresistas elegidos popularmente. El Director de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil no tiene a su cargo esta función ni es competente para el efecto.

El Decreto 1010 de junio 6 de 2000 establece “la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones”. El artículo 36 de dicho Decreto contiene las funciones de la Dirección de Gestión Electoral y en ninguna de ellas se precisa que le competa expedir constancias que acrediten la condición de los congresistas. Así las cosas, es conclusión obligada que el solicitante de la pérdida de investidura no atendió a la corrección que en este sentido se le impuso en el auto del 28 de mayo de 2010, atinente a acreditar la calidad de Congresista del demandado Sr. Mauricio Martínez Jaramillo de la forma como lo dispone el literal b) del artículo 4° de la Ley 144 de 1994 (“Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas”), esto es, aportando copia auténtica del acto de elección o certificación de la Organización Electoral Nacional que para el caso corresponde concretamente al Consejo Nacional Electoral. En consecuencia, acorde con lo que dispone el artículo 7° de la Ley 144 de 1994, en concordancia con el artículo 143 del C. C. A., se impone el rechazo de la solicitud de pérdida de investidura.

[Auto de 23 de junio de 2010, Exp. 11001-0315-000-2010-00640-00, MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Pérdida de investidura](#)

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. Procedencia de la tutela frente a decisión de Tribunal Administrativo sobre objeciones a proyecto de acuerdo municipal, ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial

En el caso concreto, el Alcalde del Municipio de Chocontá aduce que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, transgredió su derecho al debido proceso, toda vez que mediante providencia de 22 de abril de 2010, se inhibió para pronunciarse sobre las objeciones presentadas al Proyecto de Acuerdo sobre presupuesto general de rentas y gastos del citado Municipio, por ilegal e inconstitucional.

Sea lo primero indicar que la manifestación del Tribunal en el sentido de que la parte actora no interpuso recurso alguno contra la decisión inhibitoria objeto de tutela, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que estudiado el trámite ante los Tribunales Administrativos para los escritos de objeciones presentados por los alcaldes a los proyectos de acuerdo, contenido en el Decreto 1333 de 1986 “por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”, artículo 121, numeral 3°, se observa que contra la decisión de la Sala no procederá recurso alguno. Aclarado que no existe otro medio de defensa a favor de la parte actora, la acción de tutela se erige como procedente para estudiar la vulneración invocada.

b) Vulneración del debido proceso y el acceso a la administración de justicia por aplicación indebida de norma que rige las objeciones a proyecto de acuerdo sobre presupuesto

Vistos los argumentos esgrimidos por el actor, se encuentra que básicamente alude a que el Tribunal se fundamentó en una norma inaplicable al caso concreto, es decir, tuvo en cuenta el procedimiento para las objeciones contenido en la Ley 136 de 1994, cuando debió tener en cuenta aquel del Decreto 111 de 1996, norma especial tratándose de proyectos de acuerdo sobre presupuesto. En efecto, el procedimiento contenido en la Ley 136 de 1994, artículos 78, 79 y 80, trata de manera general el trámite que debe imprimir el Burgomaestre a las objeciones por ilegal e inconstitucional de algún proyecto de acuerdo. Por su parte, el Decreto 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del

Presupuesto”, precisa en su artículo 109 que para el trámite de normas orgánicas de presupuesto, las entidades territoriales deberán ceñirse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Presupuesto adaptándolas, mutatis mutandi, a su organización y a las condiciones de cada entidad territorial, y en lo que tiene que ver con las objeciones presentadas por el alcalde al proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, precisa que estas deberán ser enviadas al Tribunal Administrativo dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo para sanción, sin imponer ningún trámite previo a la remisión a la Corporación. En ese sentido, la normativa orgánica de presupuesto contiene un trámite especial cuando se trate objeciones efectuadas por el Alcalde al proyecto de acuerdo sobre presupuesto, que es diferente y preferente al que contiene genéricamente la Ley 136 de 1994. A partir de lo anterior, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, debió acudir al procedimiento consagrado en la norma especial, previamente aludida, a fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio y de esa forma, de verificar las demás condiciones procesales requeridas, emitir un juicio de valor y de fondo respecto de las objeciones al proyecto de presupuesto presentadas por el Alcalde de Chocontá. La Sala ha manifestado el reiterado criterio de que en consonancia con los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, uno de los principios que orientan la actividad judicial debe ser la prevalencia del derecho sustancial (artículos 228 y 229 C.P.) por tanto, es obligación de los jueces adoptar, en principio, decisiones de fondo en los asuntos materia de proceso. Una inhibición no justificada es ajena a los deberes constitucionales y legales del juez y configura denegación de justicia. No obstante, en casos extremos, y ante la falta de alternativas del juez, que obedezca a motivos debidamente fundamentados, puede presentarse un fallo inhibitorio, pero es esta la excepción. Por virtud de lo anteriormente expuesto, la Sala considera que se presenta vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por parte de la autoridad judicial accionada.

[Sentencia de 17 de junio de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-00573-00\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

2. a) Procedencia de la acción de tutela si no hay consulta previa a las comunidades indígenas frente a medidas que puedan afectarlas

El presente caso el problema jurídico consiste en determinar si los Ministerios de Transporte y del Interior y de Justicia, y el Instituto Nacional de Vías, Invias han vulnerado los derechos fundamentales del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz, Pueblo Indígena Kofan, al disponer la pavimentación de una carretera que atraviesa su territorio sin agotar el trámite de consulta previa.

Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 7, 8, 63 y 330 de la Constitución Política, conforman el bloque de constitucionalidad aplicable a las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional otorgándoles una protección especial para la preservación cultural de los pueblos y la conservación de los territorios que habitan. La concreción del amparo se evidencia en la obligación que tiene el Gobierno de consultar a las comunidades indígenas las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos en forma directa. En este sentido el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política determina expresamente la participación de los pueblos indígenas en la adopción de medidas que impliquen la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Lo anterior no implica que la consulta a los pueblos indígenas deba realizarse sólo cuando las decisiones administrativas o legislativas impliquen la explotación de los recursos naturales porque, como ya se indicó, el Convenio 169 de la OIT, que integra el bloque de constitucionalidad, fija tal procedimiento en todos los casos en que se afecte la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Las anteriores consideraciones permiten concluir que las comunidades indígenas tienen derecho a que se les consulten las decisiones administrativas o legislativas que los afecten y en caso de no agotarse tal procedimiento podrán acudir a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales que, en estos casos, incluye el de la subsistencia de la diversidad étnica, especialmente protegida por la Constitución Política.

b) El certificado de presencia de grupos étnicos no se requiere para iniciar consulta previa a comunidad indígena

En el caso concreto, la consulta previa al Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz no se ha iniciado, según el Ministerio del Interior y de Justicia, porque se requiere de la expedición del certificado en el que conste la presencia de ese grupo en el área de influencia del proyecto. El artículo 24 del Decreto 1220 de 2005 evidencia que el certificado de presencia de grupos étnicos se requiere para la expedición de la licencia ambiental a favor del Consorcio al que se le adjudicó la realización de la obra pero no para el inicio de la consulta previa, pues como ya se indicó, la misma no se debe limitar a los casos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas sino que debe realizarse en todos los casos en que las comunidades se vean afectadas de manera directa con las decisiones, es decir, que dicho trámite, no es excusa para retrasar la consulta. La Sala concluye que la demora presentada en el trámite de la certificación de presencia de grupos étnicos no sólo ha truncado el inicio de la consulta previa con el Resguardo de Santa Rosa del Guamuéz, sino que también ha ocasionado el retraso de la obra, generando, posibles sobrecostos. Los retrasos mencionados no fueron justificados en el trámite de la presente acción, por el contrario, el Ministerio del Interior y de Justicia, desde 2009, ha verificado la presencia de otro grupo étnico en el territorio de influencia de la obra y en enero de 2010 advirtió la necesidad de un estudio etnológico que no ha realizado. En este orden de ideas, el fallo impugnado que negó las pretensiones será revocado para en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, y de participación del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuéz y, en consecuencia, se ordenará la suspensión de la obra en el tramo que afecta el territorio de la comunidad mencionada, hasta que se agote la consulta previa. Para tal efecto, el Ministerio del Interior y de Justicia deberá, en el término de un mes contado a partir de la notificación del presente fallo, realizar las gestiones necesarias para determinar si el Resguardo Santa Rosa del Guamuéz está ubicado en el territorio de influencia del proyecto y, si ello es así, inicie y culmine el procedimiento de consulta durante los tres meses siguientes, teniendo en cuenta que la misma debe realizarse aún cuando no se trate de la explotación de recursos naturales.

[Sentencia de 17 de junio de 2010, Exp. 52001-23-31-000-2010-00089-01 \(AC\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

3. a) La acción de tutela es procedente para proteger el derecho a la educación de las personas discapacitadas

En el presente caso, los actores consideran que la interrupción intempestiva del servicio de educación especial que venían recibiendo sus hijos, y la opción que se les brinda a éstos de ser incluidos en instituciones educativas oficiales que no están preparadas para brindarles la atención especializada que requieren, constituye una medida regresiva que vulnera sus derechos a la educación, igualdad material y libre desarrollo de la personalidad.

Considera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que los actores tienen a disposición la acción de nulidad para controvertir los actos administrativos en virtud de los cuales se ordena la inclusión de sus hijos en las instituciones de las entidades territoriales certificadas, en especial el Decreto 366 de 2009. Sobre el particular vale la pena recordar que para predicar la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, éste debe ser idóneo y eficaz para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, esto es, que a través del mismo materialmente se pueda prevenir o superar las circunstancias que amenazan o atentan contra dichos derechos, y a su vez garantizar las condiciones necesarias para su disfrute. Además, es preciso reiterar que en cada caso debe analizarse si resulta o no desproporcionada la exigencia de acudir a otro mecanismo judicial de defensa distinto a la acción de tutela, cuando las personas afectadas se encuentran en una situación de vulnerabilidad en virtud de la cual requieren medidas urgentes de protección que sólo pueden ser brindadas de forma inmediata y expedita por la acción

constitucional, so pena de agravar la situación de amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. En el caso de autos estima la Sala que la acción de nulidad no es un mecanismo idóneo y eficaz de defensa para la protección de los derechos fundamentales invocados, porque el objeto de la misma es preservar en abstracto la legalidad del ordenamiento jurídico, y no brindar medidas de protección para las personas que pueden resultar afectadas por los actos controvertidos. Añádase a lo expuesto, que en el presente caso están involucrados los derechos de los niños y las personas mayores de edad que tienen alguna discapacidad, motivo por el cual no puede desconocerse que el ordenamiento jurídico, en especial el constitucional, les otorga a éstos un margen de protección reforzado en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo que de forma reiterada se ha considerado que la acción de tutela por su naturaleza expedita y excepcional es el mecanismo idóneo y eficaz de protección, particularmente cuando se trata de la protección y garantía del derecho a la educación, y de aquellos que están íntimamente relacionados como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

b) El Municipio de Pasto incurrió en la prohibición de regresividad del derecho a la educación al no brindar atención especializada a las personas discapacitadas

En criterio de la Sala cuando el Municipio de Pasto decide no seguir contratando el servicio de educación especial con la Caja de Compensación Familiar de Nariño, que a su vez subcontrata con el Centro Educativo Profesa, y le informa a los accionantes que sus hijos podrán matricularse en los establecimientos oficiales regulares, pero no acredita dentro de este proceso que los mismos cuentan con la infraestructura, el recurso humano y físico que se requiere para brindarle la atención especializada a que tienen derecho como sujetos especial de protección, incurre en la prohibición de regresividad del nivel de satisfacción del derecho a la educación, que tratándose de personas discapacitadas está íntimamente ligado con los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, porque los niños y las personas mayores de edad que adelantaban sus estudios en el Centro Educativo Profesa, pasarán de una institución que les brindaba la atención especial que requieren, a otra u otras que no están preparadas para prestarles el servicio educativo en las mismas condiciones, en tanto no cuentan con la infraestructura y el recurso humano necesario para que puedan posicionar a los estudiantes con discapacidades al nivel de aquellos que no las padecen, exponiendo a aquéllos a ser discriminados negativamente, e incluso, interrumpiendo o menoscabando el proceso de inclusión social que se venían adelantado. La medida adoptada por el Municipio de Pasto retrocede en el nivel de satisfacción del derecho a la educación que se venían brindado a los hijos de los actores desde el año 2007, lo que a su vez tiene repercusiones directas sobre los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, porque se suprimirán varias de las medidas de diferenciación positiva que se les había otorgado por su condición de discapacitados, contarán con menos elementos o capacidades para integrarse a la sociedad, afianzar su autonomía personal y adquirir habilidades y competencias que garanticen su autosuficiencia.

c) Efectos *inter comunis* del fallo de tutela frente a los estudiantes del Centro Educativo Profesa en el Municipio de Pasto

En virtud de las consideraciones expuestas, comparte la Sala la decisión del A quo de tutelar los derechos a la educación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los hijos de los accionantes, y de ordenarle al Municipio de Pasto que adelante los trámites correspondientes para garantizar la prestación del servicio de educación especial que los educandos requieren, bien sea con las personas jurídicas con quienes se había contratado o subcontratado el servicio, o con quienes reúnan los requisitos para tal efecto, hasta tanto se garantice la inclusión efectiva y acorde con sus limitaciones, en las escuelas y colegios oficiales regulares. No obstante lo anterior, considera la Sala que de accederse al amparo solicitado únicamente frente a las personas que instauraron la presente acción, se vulneraría los derechos a la educación y a la igualdad de todos aquellos que no comparecieron al presente proceso, pero se encuentran en la misma situación de los hijos de los petentes, esto es, que venían desde el año 2009 recibiendo el servicio de educación en el Centro Educativo Profesa, y que de forma intempestiva en el año 2010 les fue suspendido. Lo anterior,

porque si los efectos de esta providencia son inter partes, las personas que se encontraban en la misma situación de los hijos de los petentes, en estricto sentido, no tendrán el derecho a que se les garantice el servicio educativo en las mismas condiciones en las que se venía prestado, e incluso, que se vean forzados a matricularse en las instituciones oficiales regulares del mentado municipio, que no pueden brindarles las medidas de protección reforzadas a que tienen derecho. De esta manera, estima la Sala que en el presente caso se configuran los requisitos jurisprudencialmente establecidos, para extender los efectos de esta providencia a las personas que no acudieron al proceso, pero que se encuentran en la misma situación de las personas favorecidas en éste (efectos inter comunis).

[Sentencia de 19 de mayo de 2010, Exp. 52001-23-31-000-2010-00062-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

4. No pueden vulnerarse los derechos fundamentales de los niños por traslado laboral

En el sub examine, la actora reclama la protección de los derechos fundamentales de igualdad, trabajo, “justicia y transparencia igualmente el derecho de mis hijos a una familia, a no ser separados de ella, al cuidado y al amor”, que considera vulnerados por la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, pide que se le ordene a dicha entidad que la nombre en el cargo de Fiscal delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales, pero en la ciudad de Pasto, y no en Ancuya, lugar al que fue trasladada.

Del análisis del expediente, la Sala observa que el Fiscal General de la Nación (e), mediante Resolución 0569 del 16 de marzo de 2010, nombró en periodo de prueba a la señora Mónica Guerrero como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos en la Dirección de Fiscalías de Pasto (fls. 60 a 74). Posteriormente, mediante resolución 0153 del 15 de abril de 2010, el Director Seccional de Fiscalías de Pasto trasladó a la señora Guerrero al municipio de Ancuya. Ahora bien, la Sala no desconoce que la planta de personal de la Fiscalía es global y flexible y que, en consecuencia, permite que las personas que conforman el talento humano puedan ser trasladadas a cualquier lugar del país de acuerdo con las necesidades del servicio. Sin embargo, la facultad discrecional de la Fiscalía para modificar la ubicación territorial de los funcionarios no puede ejercerse de manera arbitraria ni mucho menos puede llegar al extremo de vulnerar derechos fundamentales de los niños. En conclusión, dicha facultad debe ejercerse con prudencia, razonabilidad, y deben tenerse en cuenta las condiciones específicas de cada caso, en especial para salvaguardar la igualdad de trato, la eficiencia y el derecho a la unidad familiar. Respecto de la situación concreta de la señora Guerrero, en el expediente se encuentra probado que la actora es madre de dos hijos de 4 y 10 años de edad, quienes se encuentran estudiando en instituciones educativas ubicadas en la ciudad de Pasto. Que el esposo de la actora trabaja en la Policía Nacional - Seccional de Investigación Criminal de Tumaco. Y que esas circunstancias implican que es la demandante quien debe cuidar de sus menores hijos. En consecuencia, considera la Sala que el traslado de la actora al municipio de Ancuya afecta los derechos fundamentales de los niños Raúl Fernando y Andrés Camilo Enríquez Guerrero, en razón de que rompe el núcleo familiar de los menores y afecta la armonía y unidad familiar a las que constitucionalmente tienen derecho.

[Sentencia de 27 de mayo de 2010, Exp. 52001-23-31-000-2010-00091-01\(AC\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

5. Procedencia de la tutela frente a la suspensión de pago de la pensión de sobreviviente si se afecta el mínimo vital. Requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de estudiante

Mediante el ejercicio de la presente acción la actora pretende en concreto, la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al pago oportuno de las mesadas pensionales, “a la vida en conexidad con la salud y la seguridad social”, a la vida digna, al mínimo vital y a la educación y, en

consecuencia, se ordene a la accionada el pago de las mesadas pensionales que le adeuda desde enero de 2008 hasta enero de 2010 y la afilie de nuevo al servicio de salud.

Aclara la Sala que en principio la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de una pensión, ni para reanudar el pago suspendido de la misma. No obstante, la Sala estudiará el fondo del asunto, toda vez, que la actora afirma que su mesada pensional constituye su único ingreso y ante la falta de pago de la misma, se ve afectado su mínimo vital. Ahora bien, de las pruebas que obran en el expediente se advierte que mediante Resolución No. 000339 de 21 de mayo de 2003 el Grupo Interno de Trabajo Para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia reconoció la pensión de sobrevivientes causada por el señor Pablo C. Herazo Cabello a favor de la menor ELIZABETH HERAZO SALOMÓN, en los siguientes términos: “hasta el 8 de abril de 2005, fecha en que cumple 18 años de edad; posteriormente podrá continuar disfrutando el derecho hasta el 8 de abril de 2012 siempre y cuando presente solicitud en nombre propio, anexando copia de documento de identidad y de los certificados de estudios que acrediten su incapacidad para trabajar por razón de estudios en los términos del Decreto 1889 de 1994”. Sobre el particular, el Decreto 1889 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, en relación con la condición de estudiante para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes establece lo siguiente: “Para los efectos de la pensión de sobrevivientes, los hijos estudiantes de 18 años o más años de edad y hasta 25, deberán acreditar la calidad de tales, mediante certificación auténtica expedida por el establecimiento de educación formal básica, media o superior, aprobado por el Ministerio de Educación, en el cual se cursen los estudios, con una intensidad de por lo menos 20 horas semanales.”. Observa la Sala que la actora aportó los certificados de estudios, conforme a los requisitos establecidos en la anterior disposición, correspondientes a los períodos académicos de enero a junio y de julio a diciembre de 2008, sin embargo, no aportó en esas condiciones, los del año 2009, por lo que esta Colegiatura sólo se pronunciará respecto de los primeros. Debido a que en el expediente no obra prueba que permita establecer que, en efecto, la entidad accionada pagó a la actora las mesadas pensionales correspondientes al año 2008 como lo señaló mediante Oficio GPSPC-AP No. 649 de 8 de marzo de 2010, esta Sala ordenará a la parte recurrida que, si no lo ha hecho, le pague las mesadas pensionales dejadas de percibir durante el 2008, pues como ya se dijo, la actora demostró su incapacidad para trabajar en razón de estudios.

[Sentencia de 3 de junio de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2010-00059-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

6. No constituyen causales de rechazo del subsidio de vivienda a la población desplazada, el poseer un bien en lugar de desplazamiento y la adjudicación de un predio para el desarrollo de proyectos productivos

En el presente asunto se atribuye la violación de los derechos fundamentales del actor al rechazo de su postulación a un subsidio de vivienda por parte de Fonvivienda que argumentó que él es “poseedor” de dos bienes inmuebles y que por esta circunstancia no puede aspirar a este beneficio.

El Decreto 975 de 2004, en relación con el subsidio de vivienda para la población desplazada, prevé en su artículo 28 literal d) lo siguiente: “Imposibilidad para postular al subsidio. No podrán postular al Subsidio Familiar de Vivienda de que trata este decreto, los hogares que presenten alguna de las siguientes condiciones: (...) d) En el caso de adquisición o construcción en sitio propio, cuando alguno de los miembros del hogar sea propietario o poseedor de una vivienda a la fecha de postular. (...)Parágrafo. No se aplicará lo aquí dispuesto en el evento de legalización de la propiedad de la vivienda o cuando haya resultado totalmente destruida o quedado inhabitable a consecuencia de sismos, incendios, inundaciones, fuerza mayor, caso fortuito y otras causas que no sean imputables al beneficiario, en cada caso debidamente certificadas por la autoridad competente.” Al revisar las pruebas aportadas al expediente, se constata que Fonvivienda en efecto invocó esta norma para rechazar la postulación del tutelante. Respecto de estos argumentos de rechazo, la Sala destaca lo siguiente: 1). Frente al primer bien inmueble que constituye causal de rechazo de la postulación

(ubicado en el Municipio de Pijao Quindío, identificado con número de matrícula inmobiliaria 282-0038807), con base en el informe prestando por Incoder, se advierte que la “propiedad” del inmueble denominado El Diamante, que se atribuye al actor, proviene de la adjudicación parcial de éste por parte del Incoder, para el desarrollo de proyectos productivos y empresariales únicamente. No se informa sobre otra destinación posible para el predio. El desarrollo de proyectos productivos responde a un componente de ayudas del Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada, con precisos objetivos como es el auto sostenimiento económico del desplazado, que difieren sustancialmente del también componente de ayudas del mismo Sistema Nacional, para que la población desplazada obtenga vivienda. De este modo, los beneficios y subsidios que en uno y otro componente de ayuda se conceden, tienen finalidades distintas y, por consiguiente, por principio, no se excluyen entre sí. Por tal motivo, se concluye que “EL DIAMANTE”, que tiene destinación precisa y diferente a la promoción de vivienda, no puede constituir causal de rechazo de la postulación del tutelante a un subsidio de vivienda. Similar conclusión se obtiene respecto del segundo argumento de rechazo (inmueble ubicado en el Municipio de Planadas Tolima) por las siguientes consideraciones: El tutelante expuso que es desplazado por la violencia del Municipio de Planadas Tolima y que esta circunstancia la informó a Acción Social que la “aceptó”. En tanto que el subsidio de vivienda para la población desplazada busca ofrecerles una solución de vivienda, teniendo en cuenta el éxodo forzoso al que han sido sometidos por la violencia; resulta un contrasentido que desnaturaliza el beneficio del subsidio propiamente dicho el hecho de que se rechace una postulación a éste porque quien lo pretende tiene un bien ubicado, precisamente, en el lugar de donde tuvo que huir. En estos eventos, este bien no puede ser tenido en cuenta para rechazar la postulación al subsidio de vivienda, máxime cuando el destierro se produce por violencia y el Estado no demuestra su capacidad para garantizar el debido y pacífico retorno del desplazado. Así, en este caso, visto que el tutelante fue desplazado del Municipio de Planadas Tolima y es allí mismo donde Fonvivienda verifica un bien a su nombre, no puede admitirse este argumento para rechazar su postulación al subsidio. En este caso, para la Sala no hay duda de que el bien del tutelante, ubicado en el Municipio de Planadas Tolima, es inhabitable por la violencia que, como causa, encuadra en la fuerza mayor o caso fortuito o en una causa no imputable al accionante. Luego, respecto de este bien inmueble en concreto, se advierte que Fonvivienda tampoco podía invocar el literal d) del artículo 28 transcrito para justificar el rechazo de la postulación pues en virtud del párrafo mencionado, con los supuestos de hecho descritos, se excluye expresamente su aplicación. Así las cosas, resulta evidente que el derecho fundamental al debido proceso del actor sí fue violado porque, como se expuso, la decisión de rechazo de la postulación al subsidio se apartó de las reglas establecidas para ello y se basó en normas cuya aplicación no procedía y en argumentos infundados.

[Sentencia de 8 de julio de 2010, Exp. 63001-23-31-000-2010-00098-01\(AC\), MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

7. a) Supuestos de procedencia de la acción de tutela frente a traslados laborales

En el caso específico, se trata de determinar si la Resolución 2-0722 de 2 de marzo de 2010 de la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación que ordenó el traslado del actor de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, con sede en Bogotá, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha vulnera sus derechos fundamentales a la unidad familiar, trabajo, debido proceso y el derecho a la salud de sus hijos.

Esta Corporación y la Corte Constitucional han reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir actos de traslado, por cuanto la acción idónea es la de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, también se ha considerado que la tutela puede proceder excepcionalmente cuando se amenace de manera grave la situación del trabajador o de su núcleo familiar. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la tutela procede cuando el acto de traslado es ostensiblemente arbitrario y, además, se cumple al menos uno de los siguientes supuestos: “(1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los

miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tiene como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia”.

b) El ejercicio del *ius variandi*, aunque no es un derecho ilimitado, es mucho más amplio en instituciones de “planta global y flexible”.

Coherentemente, la ley dotó algunas entidades estatales con plantas de personal con carácter global y flexible, como la Fiscalía General de la Nación, para facilitar los movimientos de servidores con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio. Por esta razón, aquéllas tienen mayor discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de sus servidores, cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo que no vulnera per se preceptos constitucionales. De manera que, la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de quienes lo hacen para otro tipo de entidades, pues, existen motivos de interés general que justifican un tratamiento diferente. Si bien es cierto que en virtud de la naturaleza de su planta de personal la Fiscalía General de la Nación goza de la mencionada potestad, también lo es que los movimientos de personal que adopte deben obedecer los requerimientos del servicio y no vulnerar derechos fundamentales. Por tanto, la entidad no puede crear condiciones menos favorables para el trabajador y debe respetar sus garantías mínimas, pues, de lo contrario, su conducta se torna arbitraria. En relación con el derecho al trabajo, el hecho de que se ordene el traslado de un funcionario no implica su violación ni genera necesariamente condiciones desfavorables para su desempeño, pues, el empleador lo hace en ejercicio del *ius variandi* y aunque este derecho no es ilimitado, es mucho más amplio en instituciones de “planta global y flexible”. En el caso concreto, al no estar probada la imposibilidad de que el actor se traslade con su familia al departamento de la Guajira, se colige que no hay ruptura definitiva de la unidad del núcleo familiar. Tampoco se advierte que las razones que se aducen en la solicitud de amparo sean particularmente graves, al punto que ameriten la intervención del juez constitucional. También está descartada la afectación al derecho al trabajo del accionante y al derecho a la salud de sus hijos. En consecuencia, no es la acción de tutela el medio idóneo para controvertir el acto administrativo que dispuso el traslado.

Sentencia de 8 de julio de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2010-00489-01(AC), MP.: MAURICIO TORRES CUERVO

ACCIONES POPULARES

1. a) Pruebas en segunda instancia en acción popular: causales del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo

La recurrente pretende que se valoren como pruebas unos documentos que anexó al recurso de apelación, es necesario acudir al artículo 44 de la Ley 472 de 1998, según el cual en los aspectos no regulados se aplicarán las disposiciones del C.C.A., para los eventos en que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En concordancia, con lo anterior sobre las pruebas en segunda instancia, el artículo 214 del C.C.A., dispone que: “Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les faltan para su perfeccionamiento. 2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos. 3. Cuando se trate de

documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior”. En este caso, la recurrente no demostró que se hubiere presentado alguna de estas causales que amerite de tal forma que se tengan como prueba los documentos que anexó al recurso de apelación.

[Sentencia de 8 de julio de 2010, Exp. 41001-23-31-000-2004-01275-01 \(AP\), MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Legalidad de acto administrativo que concedió registro de marca SALSABOR al no ser ésta confundible con la marca REFISAL

En acción de nulidad marcaria se demanda el acto de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedió el registro de la marca SALSABOR, por cuanto existe riesgo de confusión con la marca REFISAL, de propiedad de la firma demandante.

Extracto: Precisado lo anterior, es menester pasar a la comparación de los signos REFISAL y SALSABOR, a fin de verificar la semejanza y consiguiente confundibilidad que les atribuye la actora, para lo cual se ha de aplicar la regla señalada en la jurisprudencia comunitaria cuando están de por medios expresiones genéricas, a saber: “Al realizar el examen comparativo de marcas que se encuentran conformadas por partículas o palabras genéricas o descriptivas, se debe tener en cuenta, que éstas no deben ser consideradas a efecto de determinar si existe confusión, siendo ésta una circunstancia de excepción a la regla de que el cotejo de las marcas debe realizarse atendiendo a una simple visión de conjunto de los signos que se enfrentan, donde el todo prevalece sobre sus componentes.” (folio 280) Como quiera que la partícula que tienen en común es SAL y ésta es genérica, los elementos a comparar sería REFI por una parte, y por la otra, SABOR, a simple vista se nota la diferencia entre ellas en todos los aspectos: fonético, visual, ortográfico e incluso conceptual o ideológico. El Tribunal señala que “La similitud ortográfica. Se da por la semejanza de las letras entre los signos a compararse. La sucesión de vocales, la longitud de la palabra o palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pueden incrementar la confusión”. “La similitud fonética. Se da por la coincidencia en las raíces o terminaciones, y cuando la sílaba tónica en las denominaciones comparadas es idéntica o muy difícil de distinguir. Sin embargo, se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso, para determinar una posible confusión”, y “La similitud ideológica. Se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.” (folio 275) Todo lo anterior brilla por su ausencia en la comparación de las expresiones REFI y SABOR, tanto que la situación no requiere mayores explicaciones y que la fuerza de las diferencias entre ellas le imprime suficiente distintividad a la marca atacada, SALSABOR frente a la opuesta, REFISAL, de forma tal que la semejanza o identidad de la partícula SAL se minimiza casi hasta hacer imperceptible, a lo cual contribuye la posición distinta u opuesta que ocupan en cada signo. De suerte que incluso haciendo caso omiso de la regla transcrita, los signos, apreciados de manera conjunta, sucesiva y atendiendo las semejanzas y no las diferencias no se percibe riesgo de confusión ni de asociación entre ellas.
Reiteración de jurisprudencia

[Sentencia del 10 de junio de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2004-00361-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

2. Término de posesión de Concejal Municipal llamado solo se contabiliza a partir del día hábil siguiente a la comunicación legal a aquel del acto de llamamiento.

Se demanda la pérdida de investidura de un Concejal Municipal porque, supuestamente, se posesionó por fuera del término de que trata el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Extracto: En el presente caso, se está ante una decisión del Concejo del Distrito de Cartagena, que se plasmó en el artículo segundo de la aludida resolución 131, pero que su destinatario no le generaba ninguna obligación, esto es, no tenía ejecutividad, por su mera expedición, atendiendo lo atrás expuesto, según lo cual ninguna decisión obliga a los particulares mientras no le haya sido dada a conocer en la forma que específicamente señale la ley. De modo que para los efectos del término señalado en el artículo 48, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, la falta de poner esa decisión en conocimiento del inculpado no le generaba ningún deber legal o ningún efecto adverso, sin que la profusa divulgación en la prensa hablada y escrita de la ciudad de la renuncia del concejal Lequerica Araujo, invocada de manera vehemente por el actor, tenga posibilidad alguna de suplir la forma legal de poner en conocimiento del demandado la decisión de llamarlo a ocupar la curul que por esa renuncia quedaba absolutamente vacante, por más notorio que fuera el hecho de dicha renuncia. Así las cosas, la comentada decisión sólo tuvo efectos vinculantes en contra de la persona llamada a ocupar la mencionada curul, a partir del día siguiente en que le fue dada a conocer en debida forma, que por tratarse de una decisión que no pone fin a una actuación administrativa de las señaladas en el artículo 4º, numerales 2 a 4, del C.C.A., ha de hacer mediante comunicación, interpretando los artículos 43, inciso tercero, y 44 ibídem, como en efecto se hizo. Esa comunicación está precisado que tuvo lugar el 4 de agosto de 2009, luego el término para tomar posesión del cargo al cual fue llamado, empezó a correr al día siguiente y que por virtud de los días feriados o no hábiles que hubo en los días siguientes, resultó cumpliéndose el día 10, fecha en que el inculpado tomó posesión, es decir, que lo hizo dentro del término de los 3 días hábiles que tenía por mandato legal. Así las cosas, cabe deducir que la causal señalada en el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no se configuró en cabeza del concejal enjuiciado, de allí que el recurso no prospera y se ha de confirmar la sentencia apelada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 17 de junio de 2010. Exp. 13001-23-31-000-2009-00567-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de Pérdida de Investidura](#)

3. En caso de vinculación de garante como civilmente responsable en proceso de responsabilidad fiscal la prescripción aplicable es la de la acción derivada del contrato de seguro y no el término de caducidad de la acción fiscal

Se demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho un fallo de responsabilidad fiscal, en tanto declaró civilmente responsable a una compañía aseguradora, por cuanto se expidió cuando ya había prescrito la acción derivada del contrato de seguros.

Extracto: La cuestión atrás precisada hace menester precisar si la prescripción que consagra la citada norma [Artículo 1081 del Código Civil] es independiente o autónoma de la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal prevista en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, y por ende si es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000. Al respecto, sirve traer como precedente de dicha cuestión, lo señalado por la Sala en sentencia reciente, de 18 de marzo pasado, en la medida en que ella se planteó la pregunta de si el artículo 1081 del Código de Comercio es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, y se respondió que sí en virtud del siguiente razonamiento: "(...) Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos. (...) Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o

está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente. Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió. (...) Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9° de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable. Por consiguiente, el punto se ha de estudiar a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio.” Conviene reiterar sobre este tema que el término de esa prescripción es distinto al término de vigencia de la póliza, que el siniestro debe ocurrir dentro de dicha vigencia para que nazca la obligación del garante o asegurador, y que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o de que el beneficiario o la autoridad competente, como en este caso lo es la Contraloría General de la República, tenga conocimiento de su ocurrencia. *Reiteración de jurisprudencia*

Sentencia del 17 de junio de 2010. Exp. 68001-23-15-000-2004-00654-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN SEGUNDA

1. Restablecimiento de la prima especial del 30 por ciento al ser parte salarial en los años 1998, 1999 y 2001 en la Fiscalía General de la Nación

Situación Fáctica: Establecer si la prima especial del 30% de la asignación mensual es o no factor salarial para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y determinar si se tiene derecho a que las prestaciones y cesantías se reajusten con inclusión del porcentaje señalado

Extracto: Se colige que la declaratoria de nulidad de los artículos 7° del Decreto 50 de 1998, 7° del Decreto 38 de 1999 y 8° del Decreto 2729 de 2001, no afectó los salarios de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación pues consideró que el porcentaje referente a la prima especial (30%), es parte del salario, contrario a lo expresado por la Sala en sentencias que decretaron la nulidad de los artículos 6° del 53 de 1993, 7° del 108 de 1994, 7° del 49 de 1995, 7° del 108 de 1996, 7° del 52 de 1997, 8° del 2743 de 2000 y 7° del 685 de 2002, en los que señaló que el porcentaje era un sobresueldo. En las anteriores condiciones, el restablecimiento del derecho invocado por la demandante sólo se producirá respecto de los años en los cuales se determinó que el porcentaje del 30% era parte del salario, es decir para los años 1998, 1999 y 2001. De los documentos allegados al expediente se observa que la señora MESA HERRERA, mediante escrito radicado el 23 de noviembre de 2003 solicitó la reliquidación de sus prestaciones sociales con inclusión del porcentaje considerado como prima especial, es decir que para los años en que se ordenará el restablecimiento del derecho (1998, 1999 y 2001) no ha operado el fenómeno de la prescripción, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, los derechos prescribirán en tres años contados desde el momento en que la obligación se haga exigible (13 de agosto de 2002 y 27 de octubre de 2007).

Sentencia del 04 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-06222-01(1469-07), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Legalidad del Decreto 1607 de 2002 que modificó la Tabla de Clasificación de Actividades Económicas para el Sistema General Riesgos Profesionales

Situación Fáctica: Establecer si hubo extralimitación de facultades otorgadas al Presidente de la República al modificar la Tabla de Clasificación de Actividades Económicas para el Sistema de Riesgos Profesionales y si el acto censurado está incurso en expedición irregular al omitirse el concepto del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales

Extracto: La norma acusada, que es un Decreto Reglamentario, se expidió con fundamento en la facultad reglamentaria otorgada por la Constitución (artículo 189-11), sin embargo, con base en el artículo 28 del Decreto Ley 1295 de 1994, norma antes transcrita, el mismo Gobierno señaló que para expedir las Tablas de Clasificación de Actividades Económicas se debe obtener concepto previo del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales; ordena una revisión periódica de dicha tabla; y fijó un plazo rotativo para efectuar esa revisión de la misma, teniendo en cuenta, además, los criterios de salud ocupacional emitidos por entidades especializadas. En suma, la clasificación de las actividades económicas, contó con el concepto técnico del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, y el hecho de que no hubiese entregado un concepto o informe detallado, como lo echa de menos el demandante, no hace anulable la norma acusada. Para la Sala, también es evidente la importancia de la clasificación de las actividades económicas, pues a partir de ahí, se establece la cotización de los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales y un yerro en la clasificación puede desequilibrar a éste último y afectar al grupo de empleados, empleadores y usuarios indebidamente catalogados; pero, lo cierto es que el demandante no alegó ni probó las equivocaciones del Gobierno Nacional al clasificar, si quiera, alguna actividad económica. En suma, el Gobierno Nacional no pretermitió ni sustituyó el concepto del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales sobre la clasificación de los riesgos de las actividades económicas para efectos de la cotización de los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales, sino que esta decisión se adoptó con presencia y anuencia de dicho ente. Para la Sala este requisito de que exista un concepto respecto de cada actividad económica no está previsto en la norma aludida, sólo exige que exista el concepto del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales, el que como ya se indicó, existía al momento de proferirse el decreto acusado y, aunque no fue detallado esta circunstancia, no le resta valor ni lo hace inexistente, como lo alega el demandante. De otra parte, el actor no probó que no se tuvieran en *“cuenta los criterios de salud ocupacional emitidos por entidades especializadas”*, y, como ya se indicó, hubiese sido preferible la emisión de un concepto, en los términos antes indicados, del Consejo Nacional de Riesgos Profesionales y que se tuvieran en cuenta las opiniones antes aludidas, actividad por actividad, pero el hecho de haberse rendido y tenido en cuenta de forma genérica no hace anulable el acto definitivo, mucho menos, cuando la forma como se debe rendir el concepto o de valorar los criterios de las entidades expertas no están dentro del resorte del Gobierno Nacional.

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

[Sentencia del 20 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2006-00019-00\(0305-06\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad](#)

3. La Junta de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tienen competencia para crear, suprimir y fusionar empleos de acuerdo a sus estatutos

Situación Fáctica: Determinar la legalidad de los actos administrativos proferido por la Junta de Socios de la Sociedad demandada que suprimió el cargo de la planta de personal, el que la desvinculó y la que le comunicó la decisión

Extracto: En este caso, particularmente en cuanto a las entidades descentralizadas del orden departamental, el artículo 261 del Decreto 1222 de 1986 conocido como el Código de Régimen Departamental, le atribuye a las asambleas, a iniciativa de los gobernadores, la función de *“crear,*

transformar, fusionar, suprimir o modificar, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Sociedad Inturhuila Ltda., si bien es una entidad descentralizada del orden departamental, tiene la característica de ser indirecta, entes para los que el inciso tercero del artículo citado, dispuso específicamente que *“En relación con las entidades indirectas se procederá conforme a lo dispuesto en sus actos de creación y en sus estatutos.”* Es decir, que para delimitar la competencia en las entidades descentralizadas indirectas, en cuanto a su creación, transformación, fusión, supresión o modificación, la norma acogió también un criterio estatutario. En consonancia con el artículo inciso tercero del artículo 261 del Decreto 1222 de 1986 citado, los estatutos de la Sociedad demandada plasmados en la Escritura Pública No.994 de 1995, establecieron en su cláusula décima novena las funciones de la Junta de Socios, señalando en el literal g.- la de *Crear, suprimir y fusionar los empleos que juzgue necesarios.* Luego, el Acuerdo No.002 de 22 de octubre de 1998 expedido por la Junta de Socios de Inturhuila Ltda.al considerar que estaba atravesando por una crisis financiera que hacía imperiosa la toma de decisiones administrativas inmediatas con el fin de evitar la disolución y liquidación de la empresa, y disponer en su artículo 1º la supresión de varios cargos de la planta de personal de empleados públicos, entres éstos el de Contador Nivel IV Grado 18, lo hizo en virtud de las funciones conferidas por los estatutos de la Sociedad, los que a su vez tienen sustento jurídico en la norma del artículo 261 del Decreto 1222 de 1986 inciso 3º, que establece que en relación con la creación, transformación, fusión, supresión o modificación de las entidades descentralizadas indirectas, se procederá de conformidad con lo dispuesto en sus actos de creación o estatutos. Así mismo, y como quiera que dentro de las funciones de la Gerencia de la Sociedad, se estableció la de ejecutar todos aquellos actos que tiendan a cumplir los fines sociales, como es en este caso, materializar la supresión del empleo de Contador ordenada por el Acuerdo atrás citado, la Gerente de la Sociedad Inturhuila Ltda., sí contaba con la competencia para proferir la Resolución No.384 de 28 de diciembre de 1998 que desvinculó a la demandante del cargo que ocupaba, por ser la ejecutora de las decisiones de la Junta de Socios, como bien se estipuló en la misma.

[Sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. 41001-23-31-000-1999-00496-02 \(1219-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. Competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer proceso disciplinario contra trabajadores y empleados de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, por ser una Empresa de Servicios Públicos Oficial

Situación Fáctica: Establecer si la demandante en su condición de Secretaria General de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, organizada como sociedad comercial por acciones, estaba sujeta al régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos y en consecuencia la Procuraduría General de la Nación tenía competencia para imponer la sanción establecida.

Extracto: Quiere ello decir que para cuando ocurrió el hecho por el cual se le adelantó investigación y se sancionó disciplinariamente a la demandante (27 de enero de 1998), la ETB ya no era un Establecimiento Público Descentralizado sino la Sociedad por Acciones, en la que se transformó por medio de la Escritura Pública N° 0004274 de la Notaría 32 de Bogotá, de 29 de diciembre de 1997, inscrita en la misma data bajo el número 00616188 del Libro IX. Pues bien, de acuerdo con su composición accionaria, en la que la totalidad de los aportes a la nueva sociedad es estatal, como dispuso el artículo 1º del Acuerdo N° 21 de 1997, es evidente que nos encontramos frente a una Empresa de Servicios Públicos Oficial, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 14, numeral 5, de la Ley 142 de 1994. Por su parte, el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, vigente para la época en que ocurrieron los hechos al precisar quienes eran destinatarios de la ley disciplinaria indicó: los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. En sus expresiones “empleados y trabajadores”, el artículo 20 precitado fue declarado exequible por la Corte Constitucional y en cuanto se refiere al punto en cuestión dijo: (...) Por una parte , el A-quo sugirió en el proveído apelado que, dada la naturaleza de la ETB, de Empresa de

Servicios Públicos Mixta, que, como quedó demostrado, no lo es, la demandante era trabajadora de carácter particular, mientras que la accionante se considera servidora pública, pues en los alegatos presentados en esta instancia expuso: "... el esfuerzo que implica ser funcionario público, y el afán de acertar, fueron siempre mis faros y guías ..."; tal condición se reafirma con el hecho de que la Secretaria General, cargo que desempeñaba la demandante, integraba los órganos de dirección, administración, fiscalización y organización de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. (art. 38 Estatutos Sociales), contando además, con que junto con el Presidente ostentaban la Representación Legal de dicha sociedad, representación que bien podía ser ejercida de manera conjunta o separada. Así entonces, de conformidad con la normatividad precitada, la jurisprudencia transcrita y la convicción de la demandante de ser empleada pública, e independientemente de su forma de vinculación a la ETB, es evidente que la Procuraduría General de la Nación tenía competencia para investigarla y sancionarla disciplinariamente en su condición de Secretaria General de la ETB

[Sentencia del 27 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-11466-01 \(0867-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5. Inclusión del sueldo por “dedicación exclusiva” en la liquidación de la pensión para docentes universitarios en virtud del principio de favorabilidad

Situación Fáctica: Establecer si la demandante, pese a encontrarse regida por la Ley 33 de 1985 para efectos de su pensión de jubilación, puede ser objeto de una reliquidación pensional, con fundamento en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios

Extracto: Como quedó establecido en forma precedente, la demandante se ha desempeñado como docente universitaria. El Decreto 1444 de 1992, que rigió el régimen salarial de los docentes estableció como parte del salario un rubro denominado sueldo por dedicación exclusiva. La norma señala: “Art. 45 PARAGRAFO II. Para los cargos docentes en dedicación exclusiva dentro de la Planta de Personal Docente de la Universidad Nacional de Colombia, conforme a lo regulado en el artículo 29 del Decreto-ley 82 de 1980, se seguirá reconociendo un incremento adicional del veintidós por ciento (22%) sobre la remuneración mensual de tiempo completo.” Los actos acusados liquidaron la pensión con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios Nos. 691 de 1994 y 1158 de 1994, cuestión que no censura la parte actora y que esta Sala estima procedente, pues de conformidad con el principio de favorabilidad, pese a encontrarse gobernada en su totalidad por el régimen previsto en las Leyes 33 y 63 de 1985, bien podía escoger la norma que le resultara más favorable en su liquidación, situación que autoriza la misma Ley 100 en sus artículos 36 y 279. El reproche en este caso apunta a la inclusión de la totalidad de lo devengado durante el lapso comprendido entre el 1º de abril de 1994 (fecha en que entró a regir la ley 100/93) y el 15 de febrero de 2001 (fecha en que cumplió 55 años). Es así como el Decreto 1158 de 1994, al reglamentar la Ley 100, señaló la base de la cotización, en los siguientes términos: (...). De esta manera, no hay duda de que lo devengado por la actora a título de salario por dedicación exclusiva, constituye lo señalado en el literal a) como “asignación básica mensual”, pues no se trata de prestación alguna ni suma que en forma extraordinaria o excepcional devengue, sino que es la contraprestación por sus servicios que en forma regular se paga y que simplemente se denomina de “dedicación exclusiva”, dado que se paga a aquellos docentes que están dedicados de tiempo completo a la institución, lo que no desvirtúa en modo alguno su carácter salarial.

[Sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-07820-01 \(1203-07\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6. Se decreta nulidad del Acuerdo 52 de de 2002, expedido por el Concejo Municipal de Acacias - Meta, por el cual se otorgaban facultades al Alcalde para efectuar la reestructuración de la Administración Central y para celebrar contratos.

Situación fáctica: Se solicita nulidad del Acuerdo 52 de 2002 por vicios de procedimientos y no limitación de las facultades extraordinarias

a) Se discutió y aprobó el acto administrativo, en un día no convocado en sesión extraordinaria y ausencia de firma del Presidente del Concejo en el acta de aprobación del proyecto de Acuerdo

Los periodos de sesiones del Concejo de los municipios que no correspondan a la categorías Especial, Primera y Segunda, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro meses al año y máximo una vez (1) por día así: febrero, mayo, agosto y noviembre, como manda el artículo 23 de la Ley 136 de 1994. De ahí porqué, en el Concejo Municipal de Acacías, situado en el escalafón como de quinta categoría, debió citarse a sesiones extraordinarias en el mes de octubre. Síguese de ello que es cierta la irregularidad en que se incurrió, pues la Comisión se reunió en día diferente al señalado en el Decreto del Alcalde que hizo la convocatoria a sesiones extraordinarias. Además el mismo artículo 23 de la Ley 136 de 1994 estableció que “En caso de existir comisiones permanentes, se podrán adelantar las sesiones en los mismos términos establecidos en el presente artículo.” Esto es, que las comisiones, de modo general, deben cumplir las mismas exigencias reglamentarias de las Corporaciones en pleno. No sobra señalar que el acta de la Comisión en que supuestamente se aprobó el proyecto de Acuerdo, no fue suscrita siquiera por la Presidente de la Corporación, quien protestó porque en su criterio no hubo aprobación por las irregularidades existentes y por la ausencia de algunos de sus integrantes. Como se sabe, el artículo 26 de la Ley 136 de 1994 establece la necesaria publicidad y aprobación del acta, formalidad que en este caso no se cumplió.

b) No se limitó temporalmente la facultad extraordinaria otorgada al Alcalde para celebrar contratos

El artículo 313 de la Constitución Política fue violado en tanto no se limitó el tiempo de ejercicio de las facultades extraordinarias. En efecto, basta con ver el texto del acto acusado como nulo, para ver cómo no existe la cláusula limitativa del tiempo, lo que equivale a que el Concejo en verdad se despojó de una competencia constitucional que le es propia, con el peligro de que el Alcalde dictara cuantos decretos quisiera y a su antojo en el tiempo, todo por obra de la omisión de fijar un límite en el acto que confirió las facultades, que justamente por ser extraordinarias, porque transfieren al Alcalde el poder propio de las corporaciones de elección Popular, deben restringirse temporalmente y no quedar en la indeterminación. Con apego al Título XI de la Constitución Política, Capítulo 3°, artículo 313 sobre el Régimen Municipal, la esencia de las facultades es la de ser “*pro tempore* ...”, luego si es de la esencia la temporalidad de la asunción de una función ajena, la del Concejo Municipal, no podía esa Corporación desprenderse de ella sin fijar los límites temporales.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2003-30017-01 \(1056-07\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA . Acción de nulidad](#)

7. Se declara nulidad de la Resolución 0003164 de 2003, por la cual el Ministerio de Protección Social declaró ilegal el cese de actividades por parte de los funcionarios del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por omitirse la vinculación del sindicato o de los trabajadores para garantizar el derecho de defensa.

Situación fáctica: Examen de legalidad del acto que declaró la ilegalidad del cese de actividades de los trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

El artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que corresponde al Ministerio de la Protección Social, la declaratoria de ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo, es clara expresión de la función de policía encomendada a este ente. Señala la disposición que la

providencia deberá cumplirse inmediatamente y contra ella sólo proceden las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado. Si bien es cierto que la norma no especificó dentro del breve trámite dispuesto, la forma como habría de correrse traslado de la actuación a las otras partes interesadas, en ausencia de tal previsión bien procedía acudir a las disposiciones generales que regulan la forma como se vincula a los interesados dentro de las actuaciones administrativas, de manera que pudiera ser garantizado el derecho de defensa de los trabajadores de la entidad, permitiéndoles ejercer el derecho de contradicción, garantía básica y primordial dentro del Estado Social de Derecho, elevada a canon constitucional contenido en el artículo 29 y desarrollado dentro del procedimiento contencioso administrativo en los artículos 14, 28, 35 y 43 a 48 del C.C.A. Se leen escritos de solicitud al Ministerio del de la Protección Social, para que declare la ilegalidad de los diferentes ceses de actividades ocurridos en las diferentes sedes del SENA, pero en parte alguna se constata la vinculación que a partir de entonces habría de hacerse al Sindicato o a los trabajadores, poniéndoles en conocimiento de tales solicitudes, como correspondía, pues no es la eventual participación que pudieran haber tenido el Sindicato o los trabajadores dentro de las diligencias de constatación del cese, lo que da por cumplida la garantía del derecho de defensa.

[Sentencia de 24 de junio de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00200-01 \(3920-04\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO . Acción de nulidad](#)

8. Retiro del servicio de miembro de la Policía Nacional por incapacidad profesional por no aprobar curso de ascenso

Situación fáctica: Determinar si los actos por medio de los cuales se retiró al demandante del servicio activo de la Policía Nacional por incapacidad profesional se ajustan o no a la legalidad.

En relación con el retiro del servicio por incapacidad profesional, el artículo 82 del Decreto 41 de 1994, establecía: “Los oficiales, suboficiales de la Policía Nacional, serán retirados por incapacidad profesional por: 1. No obtener calificaciones aprobatorias en cursos o exámenes de capacitación profesional para ascenso, de acuerdo con este estatuto y con las disposiciones que lo reglamentan. 2. No superar el período de prueba establecido en el presente decreto.”. La norma en cita fue derogada por el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000 que no es aplicable al caso porque entró a regir el 14 de septiembre de 2000, es decir, con posterioridad a la fecha en que fue proferido el acto de retiro, 24 de abril de 2000, sin embargo tal preceptiva mantuvo como causal de retiro la Incapacidad Académica ocasionada por la pérdida de los cursos de capacitación para ascenso. El demandante presentó curso de ascenso para Capitán en 1999, en los términos del artículo 38 del Decreto 41 de 1994, según el cual para ascender a dicho grado “se requiere adelantar y aprobar los correspondientes cursos de capacitación, de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional”. El curso fue reprobado porque no presentó a tiempo los trabajos académicos encomendados pese a que fue requerido por el Vicerrector de la Escuela General Santander, que le asignó una nueva fecha para su entrega, so pena de enviar la información a la Dirección de Recursos Humanos para lo de su competencia.

[Sentencia de 15 de abril de 2010, Exp. 20001-23-31-000-2001-00302-01 \(0666-2007\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

9. Para declarar la vacancia por abandono del cargo es necesario el adelantamiento previo de un procedimiento que garantice el derecho de defensa. El derecho de defensa no se garantiza con la posibilidad de presentar recurso de reposición contra la decisión posteriormente

Situación factica: Establecer si la Gerencia de la Empresa Social del Estado Ramón González Valencia de Bucaramanga, previo a la expedición del acto administrativo que declaró vacante el empleo que

ocupaba el demandante, por abandono del cargo, debió adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar las circunstancias en las que se produjo la dejación del empleo.

El abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos, pues, verificado el hecho, sin que se evidencie causa razonable que justifique la ausencia por parte del empleado, la administración, de manera autónoma, sin perjuicio de la potestad sancionatoria, puede disponer el retiro definitivo del servicio por declaratoria de vacancia del cargo. Así entonces, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas distintas para un servidor público. El literal i) del artículo 41 de la Ley 443 de 1998, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio. En el caso concreto, dicha garantía no se respetó en la medida en que de acuerdo con la motivación del acto y los antecedentes que dieron origen a su expedición, para la administración resultó suficiente el hecho objetivo de la inasistencia del demandante desde el 28 de julio de 2000, sin que se adelantara un procedimiento previo, breve y sumario en orden a comprobar las circunstancias en las que se produjo la dejación del empleo, para permitirle de esta manera al interesado, ejercer su derecho de defensa al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resultaran adversas. Sólo con ocasión de la interposición del citado recurso, 30 de abril de 2001, esto es, con posterioridad al momento en el cual se declaró la vacancia del cargo del actor, 28 de julio de 2000, la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga señaló que no contaba con los elementos de juicio para analizar las razones expuesta por el demandante para no haberse reintegrado a su cargo. La garantía constitucional al debido proceso en la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto que declaró vacante el empleo que ocupaba el demandante, a juicio de la Sala, no se entiende cumplida con la posibilidad de cuestionar la validez de la decisión a través del recurso de reposición interpuesto.

[Sentencia de 13 de mayo de 2010, Exp. 68001-23-15-000-2002-00288-01 \(1896-2008\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

10. Se declara la nulidad del acto administrativo de retiro del servicio por supresión de cargo, al demostrarse no sólo su inexistencia, sino que se produjo un aumento en su de número en relación con el cargo desempeñado por el demandante, una vez se reformó la planta de personal de la entidad

Situación fáctica: Estudio de legalidad del acto de retiro por supresión del cargo del demandante.

La supresión de un empleo puede resultar inexistente cuando subsisten en la planta de personal de la entidad igual o superior número de cargos de la misma denominación con igual o distinto grado, siempre que las funciones asignadas y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. En la primera resolución a pesar de que se distribuyó en la planta 34 cargos de Profesionales Especializados, Código 3010, Grado 19, se incorporaron en los mismos 24 empleados de carrera y uno en provisionalidad, para un total de 25. La tercera resolución, muestra que las funciones asignadas a los cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, según cada dependencia, son las mismas asignadas al manual específico de funciones y requisitos generales de la antigua planta de personal, como lo muestra la Resolución No. 0860 de 13 de septiembre de 2002 (fls. 447 a 463). Lo anterior permite concluir que no hubo ninguna supresión del cargo de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, sino que por el contrario aumentaron en su número de 30 a 36. Así las cosas, la entidad tenía de oficio que incorporar en los cargos de Profesional Especializado, Código 3010, Grado 19, a todos los 30 empleados que venían desempeñando las mismas funciones asignadas a los mismos. La decisión de no incorporar al actor en la nueva planta de personal, violenta de manera

grosera no sólo los artículos 39 y siguientes de la Ley 443 de 1998, sino el artículo 125 de la Constitución Política, que propende por lograr que en la mayoría de los empleos en las entidades del Estado sean provistos por personas que estén dentro de la carrera administrativa para salvaguardar la buena prestación del servicio.

[Sentencia de 29 de abril de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2003-05438-02 \(0093-08\), MP. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se suspende disposición que permite adjudicar contrato para el tercer canal de tv privada a un solo oferente

La Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió, de manera provisional, los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010, expedido por la Comisión Nacional de Televisión, para la adjudicación del tercer canal de televisión privada. La anterior decisión fue dictada al admitir una demanda de nulidad instaurada -en única instancia- contra el acto administrativo que ordenó la apertura de la referida licitación pública 002 de 2010 y contra el aparte pertinente del pliego de condiciones que permite adjudicar el respectivo contrato de concesión mediante el mecanismo de subasta, así exista un único oferente.

Señaló la Sección Tercera que la CNTV optó, dentro de los pliegos de condiciones, por adjudicar el contrato de concesión para la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional a través de la subasta aún cuando sólo hubiere un único proponente habilitado, alternativa que contraría abiertamente el ordenamiento jurídico, dado que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, es claro en determinar que la adjudicación a través de subasta debe surtirse cuando exista pluralidad de ofertas.

La Corporación precisó que aunque la subasta no es un mecanismo de adjudicación obligatorio, lo cierto es que si la entidad pública decide aplicarla para escoger al contratista -tal como ocurrió en este caso- debe entonces sujetarse a las disposiciones especiales que la regulan, las cuales, se reitera, imponen la pluralidad de oferentes para que pueda efectuarse la consiguiente adjudicación.

Dado que la CNTV optó por la subasta, debe entonces respetar el requisito consistente en la pluralidad de oferentes, según los precisos términos del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, es decir que no puede adjudicar el contrato de concesión a través de ese mecanismo de selección (subasta) cuando exista un único proponente, tal como se previó en el aparte suspendido de los pliegos de condiciones.

[Auto 19 de julio de 2010, Exp. 11001-03-26-000-2010-00036-00 \(38.924\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ \(E\). ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

2. Responsabilidad patrimonial de las Empresas Pública de Medellín por la muerte de trabajador que inhaló gases tóxicos dentro de unas recámaras de acueducto y alcantarillado.

La acción de reparación directa resuelta por la Sala el pasado 26 de mayo de 2010, se ejerció con el propósito de obtener la indemnización de perjuicios por parte de los familiares de un trabajador de una compañía constructora, quien falleció el 6 de mayo de 1994 al inhalar gases tóxicos en la cámara de la válvula reguladora del acueducto, ubicada en una urbanización en el Municipio de Itagüí (Antioquia). La víctima era contratista de la constructora de la referida urbanización y fue requerido por un empleado de las Empresas Públicas de Medellín, para que ingresara a la cámara del acueducto

y alcantarillado a inspeccionarla y al hacerlo inhaló gases tóxicos arrojados por la misma, lo cual le produjo su muerte.

A juicio de la Sección Tercera, el daño sufrido por los demandantes es imputable a las Empresas Públicas de Medellín, porque: i) la entidad tenía a su cargo la construcción y mantenimiento de las cajas de válvulas del acueducto; ii) la misma empresa había asignado a uno de sus funcionarios para brindar asesoría al constructor sobre la instalación de los servicios de acueducto y alcantarillado; iii) al momento de producirse la muerte del trabajador, se encontraba un empleado de la entidad demandada brindando asesoría al constructor respecto de la instalación del servicio de acueducto a la urbanización, para lo cual se requería inspeccionar la válvula reguladora del mismo; sin embargo, para la práctica de esa inspección la víctima brindó su colaboración y ésta fue permitida por el empleado de las Empresas Públicas de Medellín sin formular observación alguna.

La Sala desechó, además, la culpa exclusiva de la víctima como causa determinante del daño, porque, entre otras razones, era el empleado de la empresa demandada quien debía tomar las precauciones necesarias para evitar que ocurriera un hecho como el que se presentó y no el trabajador, quien simplemente estaba dando cumplimiento a sus funciones, al colaborar con la instalación del servicio de acueducto en la urbanización.

[Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1995-00159-01 \(19.043\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

* Con aclaración de voto del señor consejero Enrique Gil Botero.

3. Delimitación de zonas de exclusión minera por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió, dentro de una acción de nulidad, a los actos expedidos por la autoridad ambiental mediante los cuales se determinan zonas en las cuales no puede ejercerse actividad minera alguna debido a sus características especiales, a la afectación de ciertos servicios, o a ciertos valores y bienes que podrían destruirse o deteriorarse con las obras y labores extractivas.

A juicio de la Sala, la Ley 685 de 2001 contiene una prescripción de carácter prohibitivo, según la cual en las zonas “excluíbles de la minería” no se podrán ejecutar trabajos y obras de exploración y explotación mineras, es decir, que la conducta no permitida impone una doble condición categórica de aplicación, a saber: i) que dichas zonas sean declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y ii) que las disposiciones legales expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

Principio de coordinación y colaboración administrativa.

Una de las condiciones esenciales que deben reunir los actos que delimitan las zonas de exclusión minera, se refiere a la elaboración previa de estudios técnicos, sociales y ambientales, los cuales deben llevarse a cabo con la colaboración de la autoridad minera, en desarrollo del principio de coordinación y colaboración administrativa.

Así es, la autoridad minera (Ministerio de Minas y Energía) tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, en este caso a través de la elaboración de los referidos estudios técnicos, sociales y ambientales; ese deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental, por cuanto es en esta última autoridad (Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) donde reside la atribución de establecer las zonas de exclusión; sin embargo, tal colaboración es impuesta por el ordenamiento jurídico en desarrollo del

principio de colaboración entre autoridades, pues ello es justamente la base del principio de legalidad, pero su aplicación práctica supone una tarea de coordinación para su mejor desempeño.

Ocurre que en el caso analizado por la Sala, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió una resolución a través de la cual se "... establecen las zonas compatibles con la minería de materiales de construcción y de arcillas en la Sabana de Bogotá"; para la expedición de tal decisión no se contó con el respectivo estudio técnico, social y ambiental por parte del Ministerio de Minas y Energía, toda vez que su concepto fue solicitado por la autoridad ambiental con posterioridad a la creación de dicho acto, circunstancia que fue catalogada por el Consejo de Estado como un incumplimiento al deber de colaboración administrativa, previsto en este caso en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001.

La Sala encontró que, en efecto, el Ministerio accionado contrató a una firma privada para que fuese ésta la que efectuare el mencionado estudio y se limitó a convocar a las autoridades mineras respectivas para "dar a conocer los resultados de dicho estudio", es decir, cuando el mismo ya había sido elaborado por otra persona.

A juicio del Consejo de Estado, la "colaboración" del Ministerio de Minas y Energía no podía ni puede verse reducida a formular observaciones de carácter jurídico sino a participar activamente en la confección de unos estudios que sirvan de base para que la autoridad ambiental finalmente adopte la decisión respectiva. Tampoco basta la participación activa en la confección de los borradores del acto administrativo que finalmente adopte la autoridad ambiental, por cuanto, resaltó la Sala, la expedición del acto debía cumplir con una exigencia de experticia fundamental -previa- que tenía que llevarse a cabo en colaboración con la autoridad minera.

Precisó entonces la Sala que si la autoridad minera tan sólo es convocada a posteriori y, por ende, su participación resulta ex post no se cumple con el principio de colaboración y coordinación previsto en la ley. Con tal perspectiva, si un acto administrativo debe formarse con la colaboración de otra entidad distinta de la titular, justamente para evitar la toma de decisiones irreflexivas y precipitadas, pero ello se omite, se incurre en un vicio de ilegalidad.

[Sentencia de 23 junio de 2010, Exp. 11001-03-26-000-2005-00041-00 \(30.987\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

4. Responsabilidad del Estado por ahogamiento de soldado bachiller en el río Magdalena.

La Sección Tercera declaró la responsabilidad patrimonial del Ejército Nacional, a título de falla en el servicio, por la muerte de un soldado conscripto, quien, encontrándose en servicio de centinela para controlar el tránsito fluvial sobre el río Magdalena, pereció ahogado al acercarse a la orilla de dicho río cuando trataba de avistar las embarcaciones que transitaban por aquél.

A juicio de la Sala, la función a la cual fue sometido el soldado bachiller fue irregular, toda vez que no se adoptó mecanismo alguno de protección para evitar que el centinela cayera al agua, es decir, que se omitió disponer de las condiciones de seguridad necesarias para impedir que el soldado cayera en las aguas arriesgándose con tal situación a perder la vida, como en efecto sucedió. Recalcó la Sala que el Estado se encuentra en el deber de garantizar las condiciones necesarias para que la labor que desarrollan los soldados que prestan servicio militar obligatorio no les produzca daños, de tal manera que el hecho de exponerlos al desarrollo de una actividad como la de centinelas en condiciones irregulares, constituye un falla del servicio.

[Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1996-00508-01 \(18.570\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

5. Vulneración a los derechos al honor, al buen nombre y a la honra de ciudadano por su privación injusta de la libertad.

Al resolver una acción de reparación directa instaurada por un ciudadano que fue objeto de la privación de su libertad, la Sala encontró no sólo que tal medida fue injusta, porque fue absuelto debido a que se demostró que no cometió el hecho por el cual se le procesaba -y por ello resultaba procedente la indemnización de perjuicios con base en un régimen objetivo de responsabilidad- sino que también se le desconocieron sus derechos fundamentales al honor, al buen nombre y a la honra, por cuanto fue presentado por un periódico de la región como integrante de una banda de secuestradores de un importante comerciante del departamento de Nariño; así mismo, se publicó su fotografía al momento de la captura en las instalaciones de la Policía Nacional y como consecuencia de la información divulgada por los medios locales, las relaciones laborales del actor finalizaron abruptamente.

Precisó la Sala que si bien la divulgación de las investigaciones penales adelantadas por los órganos competentes en los medios de comunicación no es ilegal (salvo algunas excepciones legales), también lo es que cuando la noticia hace aparecer al investigado como responsable de los hechos cuando apenas está en curso el proceso correspondiente, se distorsiona el concepto público que se tiene del individuo, lo cual afecta gravemente su imagen, su prestigio y su reputación, todo ello en contravía del respeto inherente a la dignidad de la persona.

Otro aspecto que destacó y reprochó la Sala consistió en que el actor fue objeto, lamentablemente, de agresiones en contra de su integridad personal durante el tiempo que duró recluido en los calabozos de la Sijin, puesto que se probó en el proceso que el afectado fue víctima de tortura en el curso de su detención al ser golpeado y maltratado por las personas que lo tenían bajo su custodia con el fin de obtener su confesión en relación con los delitos de los cuales se le sindicaba.

Dado que la parte actora no edificó en la demanda pretensión alguna en relación con los perjuicios que se le causaron a la víctima por la vulneración a sus derechos fundamentales antes señalados, la Sala decidió incrementar la indemnización dispuesta en primera instancia por perjuicios morales, tanto a favor de la víctima como de sus familiares.

[Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 52001-23-31-000-1997-08775-01 \(19.283\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

* Con aclaración de voto de los señores consejeros Ruth Stella correa Palacio y Mauricio Fajardo Gómez

6. Responsabilidad del Estado por muerte de menor en una piscina pública.

La Sala abordó el estudio de una acción de reparación directa instaurada en contra del Municipio de Marsella (Risaralda), por la muerte de un menor en una piscina de propiedad de dicho municipio, el día 14 de septiembre de 1996. Según se narró en la demanda, el menor se encontraba en compañía de su progenitora en casa de su abuela y jugaba con algunos niños de su edad en los alrededores de la vivienda pero de manera repentina desapareció de las inmediaciones de la residencia y, al terminar la tarde, sus padres fueron informados de que el cuerpo de su menor hijo yacía sin vida en las instalaciones del centro asistencial de Marsella porque había sido trasladado después de ser encontrado sin vida en la piscina del polideportivo.

Imputación objetiva.

Dado que en el asunto analizado existía un significativo desconocimiento de las circunstancias materiales o causales en las que se generó la lamentable muerte del menor, la Sala estimó que la problemática analizada desbordó los límites de la causalidad y, por ende, se ubicó en el plano de la imputación.

Posición de garante y concurrencia de culpas

En el caso concreto, se logró establecer que, en términos de la concreción del resultado desde la perspectiva fáctica o material, confluyeron en la producción del daño tanto la posición de garante en que se encontraba la entidad demandada en relación con la fuente de riesgo -piscina pública-, como el comportamiento despreocupado y negligente de los padres a la hora de proteger la integridad de su hijo menor, máxime si éste tenía dificultades sicomotoras, de lenguaje y de sociabilidad con el entorno, circunstancias que reflejaron la necesidad de graduar la responsabilidad para atribuirle, de manera concurrente, al municipio de Marsella y a los padres del menor.

La Sala consideró, por lo tanto, que el riesgo excepcional concretado por el ahogamiento del menor en la piscina pública era imputable fáctica y jurídicamente a la entidad territorial y a los progenitores de aquél, por lo cual resultaba procedente reducir las condenas decretadas en primera instancia según la intervención fáctica de cada uno de los generadores del daño.

[Sentencia de 9 de junio de 2010, Exp. 66001-23-31-000-1998-0569-01 \(19.385\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

7. Sección Tercera del Consejo de Estado anuló disposición que impedía a poseedores actuales de predios que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo ejercer reclamaciones futuras contra el Estado relacionadas con la propiedad, posesión u ocupación de los terrenos insulares y mejoras implantadas.

El INCODER, mediante el inciso primero del artículo 9 del Acuerdo 41 de 2006, previó lo siguiente:

“Renuncia a futuras reclamaciones por parte de los actuales ocupantes. En todo caso, los actuales ocupantes deberán renunciar de manera expresa y por escrito a futuras reclamaciones de cualquier índole, en especial a las relacionadas con la propiedad, posesión u ocupación de los terrenos insulares y mejoras implantadas, en contra del Estado colombiano o de cualquier entidad de derecho público con personería jurídica”.

A juicio de la Sala, la anterior disposición es ilegal, toda vez que negar la posibilidad de control judicial de la actuación de la administración pública niega la garantía misma de Estado de Derecho, ocasiona que las actuaciones administrativas puedan tornarse arbitrarias, pero ante todo constituye un retroceso, pues implícitamente se está consagrando un “principio de irresponsabilidad”, no admisible en el esquema constitucional actual. Cuando el Incoder exige la renuncia a futuras reclamaciones contra el Estado, está cercenando la garantía constitucional de acceso a la Administración de Justicia, toda vez que no sólo se restringe la posibilidad de que el administrado acuda al aparato jurisdiccional para controlar la legalidad de la actuación administrativa, sino que incluso impide la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Nulidad -parcial- condicionada del inciso segundo del artículo 9 del Acuerdo 041 de 2006.

Por otro lado, el mismo artículo 9, en la parte final de su inciso segundo, determina que “En todo caso, las mejoras se reputarán de propiedad de la Nación, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado”.

La anterior disposición hace alusión al reconocimiento de las mejoras que se hubieren implementado en los terrenos que integran las referidas islas por parte de los ocupantes de los mismos, en el sentido de aquéllas se reputarán de propiedad de la Nación por encontrarse en predios declarados bajo reserva territorial o patrimonial del Estado.

Pues bien, a juicio de la Sala, el aparte demandado contraría lo dispuesto en la ley (parágrafo 1 del artículo 74 de la Ley 160 de 1994 y artículo 50 del Decreto 2664 de 1995), por cuanto el Incoder incurrió en una extralimitación de sus funciones, porque restringe el alcance de las normas que le sirven de fundamento al Acuerdo 41 de 2006, al desconocer el derecho que tiene el ocupante de buena fe al pago de las mejoras que haya realizado sobre el predio.

Por consiguiente, la Corporación declaró la nulidad -condicionada- del aparte de la disposición antes señalada en el entendido de que la imposibilidad de que las mejoras se reputen de propiedad de la Nación, no opera para supuestos futuros porque en estos casos sólo se puede tener la calidad de arrendatario.

[Sentencia 9 de junio de 2010. Exp. 11001-03-26-000-2009-00089-00 \(37.258\). MP. ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) Los entes territoriales pueden fijar los elementos del tributo pero dentro de unos parámetros mínimos que deben ser señalados por el legislador

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Empresa de Energía de Antioquia S.A. E.S.P., a la Sala le corresponde definir si es nulo el Acuerdo No. 029 del 12 de julio de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Buriticá - Antioquia, “Por medio del cual se grava con el impuesto de industria y comercio a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios

Extracto: De acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Política, en materia tributaria, la potestad para crear o modificar impuestos, o sus elementos, radica exclusivamente en el Congreso de la República, en las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. Inicialmente, la Sección, en la sentencia del 15 de octubre de 1999, exp. 9456, C.P. Julio Enrique Correa Restrepo, con ocasión de la declaratoria de nulidad del acuerdo que creaba el impuesto de telefonía móvil celular, concluyó la existencia de un poder tributario en cabeza de las entidades territoriales, que implicaba que el legislador no podía entrar a regular todos los elementos del tributo y que, a lo sumo, podía dar unos lineamientos para la uniformidad del mismo. En esa oportunidad dijo que “(...) creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular. Sin embargo, esta facultad no significa que una entidad territorial contemple como hecho generador del tributo uno diferente al que la ley de autorizaciones haya definido, pues violaría el principio de legalidad a que se ha hecho referencia. Teniendo en cuenta que la obligación tributaria tiene como finalidad el pago de una suma de dinero, ésta debe ser fijada en referencia a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él, o que se relacione con éste.” En cuanto al denominado principio de “predeterminación”, considerado como una de las expresiones del principio de legalidad, agregó que “el señalamiento de los elementos objetivos de la obligación tributaria debe hacerse exclusivamente por parte de los organismos de representación popular, en la forma consagrada en el artículo 338 de la Constitución, que asignó de manera excluyente y directa a la ley, la ordenanza o el acuerdo la definición y regulación de los elementos estructurales de la obligación

impositiva, al conferirles la función indelegable de señalar directamente en sus actos: los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.” Posteriormente, la doctrina judicial se orientó a pregonar la existencia de un principio de reserva de ley, en el que el legislador crea y delimita todos y cada uno de los elementos de la obligación tributaria, sin que existiera cabida para el ejercicio de poder tributario alguno por parte de las entidades territoriales. En la sentencia del 16 de marzo de 2001, expediente 10669, CP. Germán Ayala Mantilla, con ocasión de la acción de nulidad en contra de la Ordenanza No. 44 de 1998, artículo 2º, mediante la cual se ordena el uso de la Estampilla Universidad Tecnológica de Pereira, la Sección, en concreto, precisó: “Como lo dispone la Constitución Política, las asambleas departamentales son corporaciones que cumplen funciones administrativas, de suerte que en ningún caso pueden ejercer la función legislativa de establecer los elementos esenciales de la obligación tributaria, sin que medien parámetros legales previamente establecidos, conforme a los principios que orientan el derecho tributario. Cosa distinta sería, que con sujeción a la ley que fijara los parámetros sobre los cuales la entidad territorial pudiera determinar los elementos de la obligación tributaria, pero sin la mínima orientación del legislador al respecto, ello no es posible, porque tal proceder equivaldría a delegar la competencia legislativa del Congreso en una corporación que cumple funciones administrativas. Así, resulta obligatorio concluir, que la facultad para establecer tributos en cabeza de los órganos legislativos territoriales debe ejercerse con previa expedición de una ley de autorizaciones y dentro del marco de la correspondiente norma legal, de suerte que bajo estos parámetros se analizará la legalidad del acto acusado.” Luego, en la sentencia del 4 de septiembre de 2008, expediente 16850, CP. Ligia López Díaz, al pronunciarse sobre la pretensión de nulidad de los actos administrativos municipales en donde se determinaban los elementos de la obligación tributaria denominada “impuesto de alumbrado público”, la Sección Cuarta ratificó la posición asumida en la sentencia del 16 de marzo de 2001, exp. 10669. A partir de la sentencia del 9 de julio de 2009, proferida por esta Sección, al hacer alusión al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, decidió retomar los planteamientos generales sobre la potestad impositiva de las entidades territoriales expuestos en la sentencia de 15 de octubre de 1999, Exp. 9456, C.P. Julio E. Correa Restrepo. La sentencia del 9 de julio precisó, además, que la doctrina judicial planteada en el año 1994 por el mismo Consejo de Estado, es concordante, incluso, con la sentencia C-035 de 2009 que indicó que “(...)la jurisprudencia ha admitido que los elementos de la obligación tributaria sean determinados por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, pero dentro de unos parámetros mínimos que deben ser señalados por el legislador: (i) la autorización del gravamen y (ii) la delimitación del hecho gravado”

b) Las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio calculado sobre el valor promedio mensual facturado y no sobre el total de los ingresos brutos

El impuesto de industria y comercio es un impuesto del orden municipal que grava el ejercicio o la realización de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios. Las actividades objeto de este gravamen deben ser realizadas de manera directa o indirecta por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado y con o sin establecimiento de comercio. Conforme con las normas transcritas, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, y se benefician de tal impuesto los respectivos municipios en donde se preste el servicio al usuario final. Así mismo, los municipios podrán liquidar el impuesto sobre el valor promedio mensual facturado por las empresas de servicios públicos domiciliarios. Se tiene entonces que los artículos 24-1 de la Ley 142 de 1994 y 51 de la Ley 388 de 1997, regulan la base gravable, los sujetos y la causación del impuesto de industria y comercio para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En esa medida, esas normas se aplican de preferencia sobre la Ley 14 de 1983. En cuanto a la tarifa del impuesto para este tipo de servicios, si bien las anteriores normas no la regulan, el artículo 33 de las Ley 14 de 1983 autoriza a los Concejos Municipales para fijarla. Tal como se precisó anteriormente, la prestación de servicios públicos domiciliarios se encuentra gravada con el impuesto de industria y comercio, pero bajo las reglas del artículo 51 de la Ley 388 de 1997, que regula la base gravable, los

sujetos y la causación . Por tanto, las entidades territoriales no gozan de autonomía para modificar lo establecido por el legislador en este aspecto. En el *sub lite*, si bien el Concejo Municipal de Buriticá tiene la facultad constitucional para expedir acuerdos que señalen los elementos de los impuestos territoriales que la ley autorice crear, no puede desconocer que, para el caso de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, los artículos 24 de la Ley 142 de 1994 y 51 de la Ley 388 de 1997 señalan los sujetos, la base gravable y el período de causación del gravamen. A juicio de la Sala, la discriminación de sujetos pasivos que hace el artículo 1º *ibidem*, no se ajusta a las previsiones del artículo 24 de la Ley 142 de 1994 y 51 de la Ley 388 de 1997, porque como se dijo anteriormente, todas las empresas prestadoras de servicios públicos del orden nacional o territorial, son contribuyentes del impuesto de industria y comercio en la jurisdicción en que presten los servicios. Por tanto, el artículo acusado no podía señalar únicamente como sujetos pasivos del gravamen a dos empresas prestadoras de servicios públicos y a otra, la Fábrica de Licores de Antioquia, cuya naturaleza en nada se asimila a la de una Empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de la expresión “(...) y FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA” contenida en el artículo primero del acuerdo demandado. En lo demás se deja incólume el artículo, en el entendido de que no sólo estarán sujetas al impuesto de industria y comercio las empresas que allí se señalan, sino también las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que presten esos servicios en la jurisdicción del municipio de Buriticá - Antioquia. Sin embargo, la misma suerte no corre la base gravable fijada, toda vez que ésta no se ajusta al artículo 51 de la Ley 388 de 1997, que señala que se debe calcular sobre el valor promedio mensual facturado y no sobre el total de los ingresos brutos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por tanto, la Sala declarará la nulidad de la expresión “(...) sobre los ingresos brutos percibidos por estas empresas en el año inmediatamente anterior; (...)”, contenida en el artículo segundo del acuerdo demandado, porque el Concejo Municipal de Buriticá excedió su facultad impositiva al señalar una base gravable diferente a la que el legislador previó en el artículo 51 de la Ley 388 de 1997.

c) Las empresas de servicios públicos domiciliarios están obligados a pagar el impuesto de avisos y tableros siempre y cuando presten sus servicios en la jurisdicción del municipio

En el *sub lite*, el artículo tercero del acuerdo demandado dispuso que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en la jurisdicción del municipio de Buriticá, pagarían el impuesto complementario de avisos y tableros en una tarifa del 15%. Para la Sala es claro que el artículo 3º del Acuerdo 029 de 1998 se ajustó a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, ya que gravó el impuesto de avisos y tableros con una tarifa que no excedía la prevista por el legislador. En consecuencia, no se declarará la nulidad, pero en el entendido de que dicha tarifa deberá ser pagada por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que presten los servicios en la jurisdicción del municipio de Buriticá - Antioquia.

[Sentencia de 17 de junio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-93028-01\(16554\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

2. La prima en colocación de acciones es un ingreso no constitutivo de renta siempre que esté en el patrimonio como superavit no distribuible como dividendo a los accionistas

Corresponde a la Sala analizar la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión mediante la cual la Administración modificó la declaración privada del impuesto de renta y complementarios año gravable 1999, y de la Resolución que decidió el recurso interpuesto contra ella, para determinar si los enunciados actos se ajustan a derecho, o si, por el contrario, le asiste razón al demandante y es procedente aceptar las peticiones de la demanda.

Extracto: Es pertinente tener en cuenta que la “prima en colocación de acciones” es un sobreprecio que se paga cuando estas son colocadas en el mercado por un valor superior al nominal. La “prima” forma parte del patrimonio de la sociedad pero en calidad de “Superávit”, no como capital social. La

empresa debe registrar como capital las acciones vendidas por su valor nominal que será el porcentaje del accionista que las adquiere y el exceso que corresponde a la prima, será contabilizado como superávit, que no es propiedad del accionista sino de la sociedad. Luego, si bien para efectos contables dicha prima se registra directamente en las cuentas del patrimonio neto (PUC-32.05.05), sin pasar por los ingresos del estado de resultados, fiscalmente sí constituye un ingreso por cuanto produce “*un incremento neto en el patrimonio de la entidad*”. Sin embargo, dicha prima será tratada como “Ingreso no constitutivo de renta” siempre que permanezca en el patrimonio como “Superávit no distribuible a socios” o se capitalice distribuyéndola en acciones, pero si se reparte en dinero a los socios como dividendo, será tratada en el año declarado, como renta gravable sujeta al pago del impuesto. En el año en que se obtiene la prima, en cumplimiento de la depuración ordenada por el artículo 26 E.T, se debe declarar como “Ingreso no operacional” incrementando el renglón de los “Ingresos Brutos”, y posteriormente restarlos como “ingreso no constitutivo de renta”, siempre que cumpla las condiciones legales para tratarla como tal. De lo expuesto se colige que al constituir tributariamente un ingreso, es obligatorio declarar el valor de la prima por colocación de acciones como ingreso y darle el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta cuando se mantenga en el superávit, o cuando es capitalizada con el cumplimiento de todos los requisitos legales, de lo contrario tendrá el carácter de renta gravable, sujeta al pago del correspondiente impuesto. La prima en colocación, una vez capitalizada, está ligada al incremento del capital suscrito y sería susceptible de que con dicho valor se pudieran cancelar pasivos y gastos, no obstante, si dicha capitalización se realiza sin agotar el procedimiento legal indicado para efectos tributarios, constituirá renta gravable. No obstante, esta no es la situación para el evento que nos ocupa, por cuanto no existe demostración alguna que permita inferir que dicha prima fue capitalizada. La otra condición para que la prima por colocación sea un ingreso no constitutivo de renta para la sociedad, consiste en mantenerla contabilizada como “Superávit de Capital” no distribuible como dividendo a los accionistas (Cuenta PUC 32.05.05). Verificado lo anterior, es pertinente aclarar que si bien para que la Prima por Colocación conserve fiscalmente su condición de ingreso no gravado es necesario probar que se mantiene registrada en la Cuenta “Superávit de Capital”, no existe norma legal alguna que impida que el efectivo que ella representa sea destinado a pagar pasivos o gastos relacionados con el objeto social de la empresa, ya que lo único vedado, so pena de gravarlo en renta, es enjugar pérdidas sin haberse capitalizado, o distribuirlo en calidad de dividendos en dinero. Como ya se estudió, la sociedad no capitalizó ni total ni parcialmente la citada prima y tampoco decretó dividendos, entre otras cosas porque solo a partir del 12 de abril de 1999 se convirtió en sociedad anónima y para dicha vigencia fiscal, el resultado operacional arrojó pérdida como consta en el denuncia rentístico (R-53). Luego, a pesar de no haber incluido la prima cuestionada dentro de los ingresos brutos para dar cumplimiento a la depuración consagrada en el artículo 26 E.T. dentro del formulario de la Declaración de Renta y Complementarios, en aras de la aplicación del principio de la verdad real sobre la formal, y dado el efecto neutro de proceder a su adición, es pertinente aceptar la suma correspondiente a la citada prima por colocación de acciones (\$811.998.300) como incremento de capital justificante de la diferencia patrimonial, sin perjuicio de las obligaciones y efectos fiscales que surjan de dicha adición de ingreso, como la obligación de presentar información exógena o declaraciones por otros tributos derivadas del ingreso generado por dicha prima.

[Sentencia de 17 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-01680-01 \(16731\). MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. a) El principio de favorabilidad no tiene aplicación en materia tributaria

Se analiza si deben ajustarse por inflación los inventarios por el año gravable 1998, en virtud de la eliminación que de éstos hizo el artículo 11 de la Ley 488 de 1998. Así mismo si los ajustes por inflación a los inventarios de obras de construcción en curso constituyen ingreso o deben registrarse contra la cuenta crédito por corrección monetaria diferida.

Extracto: Para el caso de los tributos de período, las normas deben regir con anterioridad a la iniciación del mismo. Los artículos 338 y 363 de la Carta Política proscriben de manera categórica la retroactividad de las leyes, sin diferenciar si son o no favorables al contribuyente. La ley aplicable es la vigente al inicio del período. No tiene sustento alguno en el derecho tributario que se aplique el principio de favorabilidad propio de la legislación penal, pues los impuestos no constituyen un castigo, ni un agravio al contribuyente, sino que surgen de un deber de solidaridad de los ciudadanos, para coadyuvar con las cargas públicas. No puede considerarse desfavorable una norma fiscal que, por principio, pretende el bien común.

b) Los ajustes a los inventarios de obras de construcción en curso deben hacerse contra la cuenta de crédito por corrección monetaria diferida

La Sala concluye que, en efecto, los ajustes a los inventarios de obras de construcción en curso deben hacerse contra la cuenta de “crédito por corrección monetaria diferida”. Conforme a lo expuesto, no es cierto que los ajustes se contabilizaron con nota crédito en la cuenta “corrección monetaria diferida”. Tal argumento quedó desvirtuado según las pruebas obrantes en el expediente, tanto es así que se está reversando dicha contabilización de la cuenta de resultados, y no de la cuenta pasiva, como afirma haberlo contabilizado la demandante. A esa misma conclusión arribó el *a quo*, quien al respecto dijo: ...”Manifiesta la actora que los valores de este concepto fueron llevados a la cuenta de crédito corrección monetaria diferida, por tratarse de obras de construcción en curso, así justificado, la demandante no probó tal afirmación, y por el contrario se evidenció la insistencia en el acogimiento de leyes tales como la ya mencionada, para aprovechar los beneficios que esta ofrecía”. En el pronunciamiento efectuado por el Agente del Ministerio Público, también hace el mismo reparo, al no encontrar evidencia alguna de que la actora haya efectuado tal contabilización. En ese orden de ideas, reitera la Sala que, en efecto, la manera correcta como deben reconocerse los ajustes por inflación para este tipo de activos es la prevista en el artículo 73 del Decreto 2649 de 1993, pero el cargo no está llamado a prosperar puesto que la demandante no ha probado haber efectuado tales registros; muy por el contrario, contabilizó dichos ajuste al estado de resultados con las consecuencias tributarias que le han sido correctamente atribuidas.

[Sentencia de 17 de junio de 2010. Exp. 41001-23-31-000-2002-01449-01\(16427\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. a) Para que la inspección tributaria suspenda el término de notificación del requerimiento especial se requiere que los funcionarios realicen al menos una prueba real

Extracto: La Sala ha precisado que, dada la claridad del artículo 706 del Estatuto Tributario, el término de notificación del requerimiento especial se suspende a partir de la fecha de notificación del auto que decreta de oficio la inspección, por un lapso fijo de tres meses, no prorrogable pero tampoco sujeto a disminución. Así mismo, señaló que la expresión “se practique inspección tributaria” del artículo 706 ibídem, implica que ésta efectivamente se realice, al punto de no admitir distinciones que la propia norma no hace, ni interpretaciones extensivas del concepto de inspección. Por tanto, la suspensión se condiciona a la existencia real de la inspección tributaria, de modo que, mientras los comisionados o inspectores no inicien las actividades propias de su encargo, acordes con el artículo 779 ejusdem, no puede entenderse realizada la diligencia ni suspendido el término de notificación del requerimiento especial. En consecuencia, de acuerdo con la interpretación armónica de los artículos 706 y 779 ejusdem, para que la inspección oficiosa suspenda por tres meses el término de notificación del requerimiento especial, debe practicarse por lo menos dentro del plazo durante el cual opera la suspensión de términos, que corre a partir de la notificación del auto que decreta la diligencia.

b) Sólo son prueba de los pasivos los documentos de fecha cierta o los documentos idóneos que cumplan los requisitos exigidos en la contabilidad

Extracto: De otra parte, procedía el rechazo de pasivos declarados en el renglón OI “otros pasivos” dado que estos carecen de respaldo probatorio, pues, los documentos que el actor allegó en virtud del requerimiento ordinario de información de 23 de noviembre de 2001, no son pruebas idóneas para tal efecto, de acuerdo con el artículo 770 del Estatuto Tributario, según el cual, los contribuyentes que no están obligados a llevar libros de contabilidad, sólo pueden solicitar pasivos debidamente respaldados por documentos de fecha cierta. Y, en los demás casos, los pasivos deben estar respaldados por documentos idóneos y con el lleno de todas las formalidades exigidas para la contabilidad. Lo anterior, porque aun cuando en los libros auxiliares se mostró el movimiento de los pasivos, no existen soportes de las operaciones que los originaron, a pesar de que en su calidad de comerciante, el actor tenía el deber de llevar la contabilidad con arreglo a la ley (artículo 19 No. 4 del Código de Comercio), al igual que sus comprobantes internos y externos, las informaciones y las pruebas específicas que daban lugar a acreditar los pasivos. De otra parte, los recibos de caja aportados para demostrar los préstamos que constituyen el pasivo solicitado por la actora (fls. 372 a 400, c. 6), no son pruebas idóneas, porque esos documentos no reflejan las operaciones de crédito celebradas con los terceros ni indican el origen o extinción de las mismas. A su vez, conforme con el acta final de inspección tributaria, cuyos resultados no fueron controvertidos por el actor, la DIAN verificó que el contribuyente no probó los pasivos del renglón OI “Otros pasivos” y que los documentos asegurados en la diligencia de registro tampoco respaldaban aquéllos. Resulta claro que la falta de prueba de los pasivos por parte del contribuyente accionante, implicó que se le practicara liquidación de revisión por el sistema de comparación patrimonial, y que se le impusiera la correspondiente sanción por inexactitud

[Sentencia de 17 de junio de 2010. Exp. 66001-23-31-000-2004-01102-02 \(16604\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5. a) La devolución de saldos a favor derivados de imputaciones sucesivas se debe presentar a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar

Son dos los asuntos que debe dilucidar la Sala. El primero, determinar si era extemporánea la solicitud de devolución, que presentó la actora. El segundo, si la no renovación de la inscripción en el Registro Nacional de Exportadores era causal de rechazo de la solicitud de devolución presentada por la parte demandante.

Extracto: Lo que se discute es a partir de qué momento se deben contabilizar los términos para solicitar la devolución de saldos a favor cuando la declaración que sirve de fundamento a la solicitud de devolución refleja saldos a favor imputados de manera sucesiva de periodos anteriores. Para la Sala, el plazo para solicitar la devolución del saldo a favor imputado de manera sucesiva se debe contabilizar a partir del vencimiento del plazo previsto para presentar la declaración que sirve de fundamento a la solicitud de devolución que, para el caso concreto, es la del 6º bimestre de 2001, pues independientemente de que puedan ser varias las declaraciones en que se vea reflejado el saldo a favor, para efectos del estudio de devolución, la DIAN debe partir del denuncia en el que se fundamenta la petición. Para efectos de establecer la oportunidad en la presentación de la solicitud basta, entonces con que se precise la declaración que arroja el saldo a favor, el plazo máximo en que debía presentarse y, a partir de esa fecha, contabilizar dos años.

b) La falta de renovación de la inscripción del Registro Nacional de Exportadores es una causa legalmente admitida para rechazar de plano la solicitud de devolución

Extracto: La falta de inscripción constituye, claramente, una causal de rechazo de la solicitud de devolución. La verificación de ese requisito no implica la revisión ni de forma ni de fondo de las liquidaciones privadas de IVA de los bimestres 5 y 6 de 1999 y 1 y 2 del año 2000, por cuanto, la revisión de las declaraciones privadas implica comprobar la veracidad y exactitud de los datos declarados, comprobación que no se logra con la simple verificación del requisito de inscripción. Para verificar la procedencia de la devolución de los saldos a favor reflejados en las declaraciones privadas de los contribuyentes, es necesario que, primero, que se admita la solicitud y, segundo que la DIAN ejerza la facultad de investigación previa a la devolución prevista en el artículo 857-1. Admitida la solicitud y ejercida la facultad de investigación, conforme con el parágrafo 1º del artículo 13 del Decreto 1000 de 1997, si la DIAN encontraba improcedente un saldo a favor que hubiere sido imputado en periodos subsiguientes, las modificaciones a la liquidación privada las debe hacer con respecto al periodo en el cual el contribuyente o responsable se determinó dicho saldo a favor. Consecuente con lo anterior, el parágrafo 2 del mismo artículo había dispuesto que cuando se imputara el saldo a favor del periodo anterior, la declaración tributaria que presentara el saldo a favor quedaría en firme si dos años después de la fecha de presentación de la declaración en la cual se imputó dicho saldo, no se ha notificado requerimiento especial, de conformidad con lo establecido en los artículos 705 y 705-1 del estatuto tributario. Sin embargo, ese parágrafo fue anulado por esta sección en sentencia del 11 de febrero de 2000 M.P. Delio Gómez Leyva habida cuenta de que esa previsión se adoptó por decreto y no por ley. En la sentencia se aclaró que seguían operando las reglas de firmeza que estableció el Estatuto Tributario lo que implicó, que, en efecto, la DIAN no puede revisar de fondo las declaraciones privadas respecto de las que encuentre improcedente un saldo a favor que hubiere sido imputado en periodos subsiguientes, si tales declaraciones se encuentran en firme. Sin embargo, como se precisó, este no es el caso de la demandante, porque el requisito de la inscripción en el Registro Nacional de Exportadores no implica la revisión de fondo de las declaraciones privadas.

c) El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal no tiene aplicación para efectos de admitir la solicitud de devolución sin cumplir el requisito de inscripción en el registro nacional de exportadores

Extracto: La Sala precisa que si bien el requisito de la inscripción es un requisito de procedimiento, es menester tener en cuenta que las normas de procedimiento son de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, pues su finalidad es servir de medio para acceder a los derechos sustanciales, en procedimientos que deben guiarse por los principios de seguridad, certeza jurídica y debido proceso. Además, el registro de los exportadores y de las operaciones que estos realicen facilita el control no solo de esas operaciones y de los sujetos que las ejecutan, sino también de las operaciones conexas derivadas de las mismas, como por ejemplo, las derivadas de las operaciones cambiarias. Esa información sirve, adicionalmente, para medir la balanza de pagos, aspecto de fundamental importancia para la estabilidad económica del País. En esa medida, la inscripción en el entonces Registro Nacional de Exportadores y ahora, en el RUT no constituye un mero requisito de forma que pueda sacrificarse a instancia del principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma. Sobre este requisito, la doctrina judicial de esta Sección ha definido que las exportaciones que se realizan sin que esté vigente la inscripción en el Registro Nacional de Exportadores, o sin que éste se hubiera renovado, no dan derecho a reclamar la compensación o devolución.

[Sentencia de 28 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-02159-01 \(16958\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6. a) La codificación de normas no implica que el departamento tenga el monopolio de licores y haya gravado con impuesto a los mismos, es una facultad de la Asamblea

Se demanda la nulidad de los artículos 48 a 53 de la Ordenanza 014 de 1997 expedida por la Asamblea del Cauca, transcritos al inicio, por violación del artículo 121 del Decreto Ley 1222 de

1986. En el recurso de apelación se insiste en que la Asamblea no tenía facultades legales para implantar el impuesto sobre el consumo de licores, dado que ya había optado por establecer y regular en su jurisdicción, el monopolio de licores. En subsidio se pide la nulidad de las expresiones subrayadas de los artículos 50 y 52 de la misma Ordenanza, porque violan el principio de “trato nacional en materia de tributación” incorporado al ordenamiento interno por la Ley 170 de 1994.

Extracto: La Asamblea del Cauca mediante la Ordenanza demandada expidió el Estatuto de Rentas del Departamento, en el que codificó las normas que regulan, entre otras materias, el monopolio de licores y el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, establecidos previamente por el legislador a favor de los departamentos. Corresponderá entonces a la Asamblea, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 121 del D.L. 1222/86, decidir si opta por constituir el monopolio en la producción, introducción y venta de licores destilados; o, si considera que éste no es conveniente, gravar esa industria y actividades, todo conforme a lo previsto por el legislador. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la ordenanza demandada la autoridad tributaria no ejerció tal facultad, sólo incorporó al ordenamiento territorial la normativa general que regula, entre otras materias, el monopolio de licores destilados y el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, rentas cedidas a los departamentos, razones suficientes para considerar que, contra lo sostenido por la parte apelante, los artículos 48 a 53 de la Ordenanza 14/97 de la Asamblea del Cauca no violan el artículo 121 del Decreto Ley 1222 de 1986. La simple afirmación de que el Departamento optó por el monopolio, sin sustento probatorio que lo acredite, no es suficiente, la parte actora tenía la carga de probar los hechos en que fundó la demanda, pues conforme al artículo 177 del C. de P.C., aplicable por disposición del artículo 267 del C.C.A., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Es mediante el uso de los medios probatorios previstos en la ley que se busca que el juez tenga elementos que le permitan verificar la existencia o certeza de los hechos que se aducen, o comprobar la veracidad de las afirmaciones efectuadas por el demandante de las cuales se deriva la consecuencia jurídica que se pretende. Se insiste, el simple hecho de codificar las normas que, de manera general, regulan el monopolio de licores destilados no impedía a la Asamblea del Cauca hacer parte del Estatuto de Rentas también las relacionadas con el impuesto al consumo de estos productos, pues si no ha optado por el monopolio, para poder imponer el impuesto al consumo de tales productos se requiere de la existencia de los parámetros legales para hacerlo. Elegir entre las dos posibilidades que contempla la ley debe ser un acto expreso. Optar por el monopolio implica no solo incorporar la normativa que lo regula sino ejercer actos que demuestren su escogencia. En el caso si bien es claro que se codificaron las normas generales que regulan las dos posibilidades, la parte demandante no probó que el Departamento estuviera ejerciendo el monopolio de los licores.

b) Surge la obligación para el pago del impuesto al consumo de licores nacionales con la entrega del producto en fábrica o en planta con miras a que sea posteriormente consumido

Extracto: En el artículo 204 de la Ley 223/95, el legislador, para definir la causación del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, establece que debe tratarse de productos destinados al consumo, concepto que comprende la distribución, venta, permuta, publicidad, promoción, donación, comisión o autoconsumo. Además, la norma consagra los siguientes supuestos en los que se “causa” el tributo, a saber: 1. Para productos nacionales, cuando el productor hace la entrega en fábrica o planta. 2. Para productos extranjeros, con la introducción al país, salvo que estén en tránsito hacia otro país. 3. Para los productos importados a granel para ser envasados en el país, la ley dispone que su tratamiento es el mismo dado a los productos nacionales, esto es, que el tributo se causa con la entrega en fábrica o planta. Así, tratándose de licores, vinos, aperitivos y similares procedentes del extranjero, la obligación tributaria nace al momento en que los productos entran legalmente a Colombia con fines de consumo, esto es, con la nacionalización. El mismo legislador excluyó los que están en tránsito hacia otro país, pues no son para la venta o consumo interno. El legislador estableció la causación para el impuesto al consumo de licores, así tal como bien lo explica la sentencia citada el momento en que surge la obligación para el pago del impuesto no es el consumo en sí mismo, sino la entrega del producto en fábrica o en planta con miras a que

sea posteriormente consumido, tratándose de nacionales y para el caso de los productos extranjeros, la introducción al territorio nacional, en ambos casos, los hechos se concretan antes de que se consuman efectivamente los productos, ya que no es necesario que se consolide la distribución, venta, permuta, publicidad, promoción, donación, comisión o autoconsumo para que surja la obligación tributaria. Es obvio que, tanto en el caso de licores nacionales como extranjeros la causación se da con miras a ser enajenados y consumidos, no en el momento del consumo efectivo, de donde no se presenta diferencia alguna en desmedro de los licores extranjeros.

c) No hay violación al principio de “trato nacional” en el impuesto al consumo de licores nacional y extranjeros dado que éste se aplica una vez los productos están en el país, es decir, una vez se encuentren en condiciones similares a los nacionales para ejercer la libre competencia

Extracto: Es obvio que, tanto en el caso de licores nacionales como extranjeros la causación se da con miras a ser enajenados y consumidos, no en el momento del consumo efectivo, de donde no se presenta diferencia alguna en desmedro de los licores extranjeros. De otra parte, el artículo 206 de la Ley 223 de 1995, establece las tarifas del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos, y similares, en cuatro rangos, fijados según el número de grados alcoholimétricos, con independencia del origen y de la clase de bebida alcohólica. Por lo anterior, la Sala estima que carece de fundamento la aducida violación de la Ley 170 de 1994, de una parte porque la autoridad territorial en los artículos 50 y 52 de la Ordenanza 014 de 1997 sólo incorpora los artículos 204 y 206 de la Ley 223 de 1995, y de otra porque la distinción que en tales artículos se hace en cuanto a la causación es justa, pues obedece al origen y naturaleza del producto, como se indicó; y no es cierto que haya trato diferencial en las tarifas para los productos nacionales y los extranjeros, pues la ley fijó tarifas progresivas para todas las bebidas alcohólicas con rangos de porcentajes de acuerdo al grado de alcohol, independientemente de la procedencia o tipo de producto. La tarifa del 40% para los licores con contenido de alcohol superior a 35 grados, cuestionada, debe aplicarse a los productos importados y a los nacionales, sin distingo alguno. Según lo dicho no se evidencia la aducida violación del principio de trato nacional, pues las disposiciones en manera alguna establecen condiciones desfavorables para los licores de origen extranjero o protegen la producción nacional, por el contrario se evidencia la igualdad de trato para los productos nacionales y los importados, el hecho de que en el país existan o no bebidas alcohólicas con un grado superior (a 35°) es un argumento circunstancial que no afecta la legalidad de la tarifa del 40% ... El principio de trato nacional se aplica una vez los productos están en el país, es decir, una vez se encuentren en condiciones similares a los nacionales para ejercer la libre competencia. En este entendido, la norma es clara y no admite interpretación alguna, la tarifa porcentual se fija de acuerdo al grado de contenido alcohólico del producto, sin hacer diferencia alguna entre licores nacionales y extranjeros, de donde igual puede resultar con tarifa superior un licor nacional que uno extranjero, ya que ni todos los extranjeros tienen más de 35 grados, ni todos los nacionales tienen grados inferiores. En el presente asunto, como se dijo, las tarifas legales se fijaron por rangos de acuerdo al contenido alcoholimétrico y no por el origen o tipo de producto. La Ley no da protección alguna a la producción nacional ni impone condiciones de competencia superiores a los productos importados. En consecuencia no se anulan las disposiciones demandadas.

[Sentencia de 28 de junio de 2010. Exp. 19001-23-31-000-2001-04311-01 \(14858\). MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)

7. a) El emplazamiento para declarar es el acto previo para imponer la sanción por no declarar

Se decide si los actos administrativos demandados violan el artículo 638 del Estatuto Tributario, por imponer una sanción por no declarar mediante resolución independiente, omitiendo el pliego de cargos previo exigido por la ley. Si los actos administrativos violan el artículo 642 del Estatuto Tributario, al imponer una sanción diferente a la aplicable a la situación procesal de COPA. Si hay violación del artículo 1° del Decreto 3070 de 1983, al desconocer el régimen de territorialidad del impuesto de industria y comercio.

Extracto: De conformidad con las normas transcritas, el trámite que se adelanta contra los obligados a declarar, que omitan el cumplimiento del deber de presentar la correspondiente declaración tributaria, se inicia con el denominado emplazamiento para declarar, acto mediante el cual la Administración invita a los que previamente haya comprobado que están obligados, para que cumplan ese deber dentro del término de un (1) mes y les advierte de las consecuencias en caso de persistir en su omisión. La consecuencia de no presentar la declaración respectiva, dentro del término que otorga el emplazamiento, es la imposición de la sanción por no declarar, prevista en el ordenamiento jurídico, que para el caso, está señalada en el artículo 345 del Acuerdo 041 de 1998. Agotado el procedimiento previsto en los citados artículos 643, 715 y 716 del Estatuto Tributario, dentro de los cinco años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, la administración puede determinar mediante liquidación oficial de aforo la obligación tributaria de quien no haya declarado, según lo dispuesto en el artículo 717 íb. En suma, el procedimiento de aforo comprende 3 etapas a saber: el emplazamiento por no declarar, la sanción por no declarar y la liquidación de aforo. El emplazamiento, si bien es un acto de trámite, su expedición previa es requisito de validez para el debido adelantamiento del proceso de aforo; así también debe ser previa la sanción por no declarar, a la determinación oficial del tributo. De lo anterior se colige que para la imposición de la sanción por no declarar, el acto previo establecido por la ley es el emplazamiento para declarar, sin que el legislador hubiera previsto que además de dicho acto, debiera formularse pliego de cargos.

b) Cuando los contribuyentes desarrollan actividades gravadas en varios municipios deben llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios

Los ingresos obtenidos por COPA AIRLINES, declarados como actividad de servicios durante los años gravables 2001 a 2004, tienen su origen en la totalidad de las ventas efectuadas por tiquetes de transporte aéreo de pasajeros; sin embargo, la venta de tiquetes aéreos no se realiza totalmente en la jurisdicción del Municipio de Soledad, razón por la cual la Administración tributaria se equivoca cuando pretende gravar la totalidad de los ingresos por ventas de tiquetes que se realizan en la ciudad de Barranquilla. Observa la Sala que con la expedición de la Ley 14 de 1983 se operó un cambio fundamental en el impuesto de industria y comercio, toda vez que el gravamen no se hizo depender de la existencia de un establecimiento comercial, como era antes, si no de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicio dentro del territorio de un municipio. Trazó así la ley el marco legal del impuesto de industria y comercio pero omitió señalar normas con relación al lugar en donde debía entenderse realizado el ingreso por el contribuyente, especialmente cuando los sujetos pasivos desarrollan actividades en varios municipios y más aún en casos como el del sub-lite cuando la actora para realizar su actividad necesariamente utiliza el territorio de otros municipios, siendo imposible determinar si el ingreso se causa donde se vende el tiquete, el sitio de abordaje, el de destino de la nave y sí también se causa al sobrevolar el territorio de otros municipios, evento en el cual todos los municipios podían gravar proporcionalmente el ingreso. Fue entonces necesario que el Gobierno Nacional a través de la potestad reglamentaria precisara lo relativo a la situación de estos contribuyentes que desarrollan actividades gravadas en varios municipios, disponiendo en el Decreto 3070 de 1983 artículo 1o inciso 1o: que los contribuyentes deben llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable. En consecuencia, fue la misma ley la que designó la contabilidad del contribuyente como principal medio que permitiera determinar el quantum de la base en cada municipio.

c) Procede la reducción de la sanción cuando se presenta la declaración tributaria dentro del término previsto para interponer el recurso de reconsideración

Lo anterior significa que a la fecha en que se resolvió el recurso de reconsideración la sociedad demandante ya había cumplido su obligación de declarar aunque por fuera del término legalmente

establecido. El hecho de que con ocasión de la interposición del recurso de reconsideración, la actora haya presentado las declaraciones, no significa que la infracción tributaria no se haya cometido, pues esta se configuró al no haberse presentado las declaraciones dentro del término señalado en el emplazamiento para declarar. Cosa distinta es que la misma ley permita figuras como la sanción reducida, (artículo 643 del Estatuto Tributario) en virtud de la cual, se permite el pago del 10% de la suma determinada como sanción, si después de proferido y notificado el acto administrativo que impone la sanción se cumple con el deber formal dentro del término previsto para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción. En el caso concreto, la sociedad actora subsanó la omisión por la cual se le formuló resolución sanción con ocasión de la interposición del recurso de reconsideración lo que, se reitera, no elimina la infracción por la cual se le propuso sanción. Sin embargo se le debe dar validez a los datos consignados en las respectivas declaraciones, toda vez que éstas están investidas de la presunción de legalidad al no ser cuestionadas por la administración tributaria. Si bien es cierto, la presentación de las declaraciones dentro del término establecido en el emplazamiento para declarar no le permitió a la actora “eliminar” la infracción, también lo es, que al presentarlas con la interposición del recurso de reconsideración, debe tener algún efecto favorable, máxime si se tiene en cuenta que la propia Administración, en la resolución que resolvió el aludido recurso les dio validez al señalar que la administración ya no adelantará las actuaciones correspondientes a expedir y notificar liquidaciones oficiales (aforo), sino las tendientes a la verificación de la exactitud de la información consignada por el contribuyente en las declaraciones.

[Sentencia de 28 de junio de 2010. Exp. 08001-23-31-000-2007-00576-01 \(17415\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

8. a) La facultad de fiscalización aduanera puede ser posterior a la operación de comercio exterior

En los términos del recurso de apelación, se examinará si la Administración de Aduanas violó el debido proceso en cuanto realizó investigaciones previas a los requerimientos especiales que expidió contra la actora, sin permitir que ésta interviniera en dicha etapa preliminar, ni, por ende, que se opusiera a las pruebas recaudadas en la misma. Así mismo, se analiza el quebranto de dicho precepto constitucional a partir de la responsabilidad de la demandante frente a la clasificación arancelaria que declaró, habida cuenta de que se fundamentó en los documentos suministrados por el importador, quien, a su vez, es el único beneficiado con los menores tributos derivados de la clasificación.

Extracto: Específicamente, la norma señalada otorgó a la autoridad aduanera la atribución de verificar la exactitud de las declaraciones y sus soportes con el fin de establecer la ocurrencia de hechos que impliquen un menor monto de la obligación tributaria aduanera; de ordenar todo tipo de pruebas dentro o fuera del País (inspecciones contables, dictámenes periciales, testimonios, interrogatorios, registro de inmuebles, objetos y documentos, etc), y de tomar las medidas cautelares necesarias para la debida conservación de las mismas. Las actuaciones de fiscalización que, se repite, pueden ser posteriores a la operación de comercio exterior y tienden a asegurar la observancia de las disposiciones aduaneras, pueden conducir a que se adviertan posibles infracciones al régimen aduanero o errores en el diligenciamiento de las declaraciones de importación. La detección de dichos errores parte, por supuesto, del análisis de los diferentes aspectos de las mercancías importadas (naturaleza, origen, estado, cantidad, valor, clasificación arancelaria, tributos, régimen aduanero y tratamiento tributario aplicable), y de la información relacionada con el proceso de importación, o de la inspección aduanera física o documental que se haya realizado. Es de anotar que la naturaleza del control - posterior - permite que el análisis de las mercancías pueda hacerse luego de su levante, para así procurar que la operación de comercio exterior se ajuste a las disposiciones aduaneras. Lo anterior, porque a través de las diligencias de fiscalización posteriores al levante, la autoridad aduanera puede concluir que ciertamente ocurrieron infracciones al régimen, o

errores en la declaración; de allí el deber legal de conservar la documentación del proceso de importación, al cual aluden los artículos 26 [f], 32 [e], 87, 121[inc. 1], 138, 141, 167, 171, 190 y 203 [7] del Decreto 2685 de 1999.

b) El requerimiento especial aduanero concreta el error o la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma

A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal, surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban defenderse, pues sólo el requerimiento especial aduanero concreta el error o la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma.

c) Es responsabilidad de las sociedades de intermediación aduanera la clasificación arancelaria en la declaración de importación

Es claro que las sociedades de intermediación aduanera deben responder por la exactitud y la veracidad de la información que consignen en las declaraciones de importación, incluyendo la derivada de la errónea clasificación arancelaria que, a su vez, conlleva errores en la liquidación de los tributos aduaneros; independientemente de que el beneficiado con esa liquidación sea el importador. Esa responsabilidad se mantiene aún frente al hecho de que la clasificación se haya diligenciado con base en los documentos suministrados por el importador, pues, partiendo de la convicción de que los intermediarios aduaneros cuentan con la suficiente idoneidad técnica y profesional para actuar como declarantes autorizados y asesorar los trámites de quienes contratan sus servicios, es apenas presumible su capacidad para realizar la clasificación arancelaria en forma ajustada al régimen de aduanas; máxime cuando el artículo 24 del Decreto 2685 de 1999, los faculta para que previamente a la declaración reconozcan las mercancías en los depósitos habilitados y zonas francas.

[Sentencia de 28 de junio de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2004-01003-01 \(16326\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN QUINTA

1) Es legal nombramiento en provisionalidad en cargo de carrera de la Fiscalía General de la Nación que no ha sido objeto de concurso

Así lo consideró la Sección Quinta y por ello negó las pretensiones de la demanda electoral instaurada por Sabel Reinero Arévalo Arévalo contra la Resolución No. 3132 de 6 de julio de 2009, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación nombró en provisionalidad a Margoth Ortiz Torres en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia - Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

El actor sustentaba la ilegalidad el acto demandado en que desconoció la obligatoriedad del concurso de méritos para proveer cargos de carrera, como el de la demandada. La Sala desvirtuó el argumento del actor, precisando lo siguiente:

“Las convocatorias que iniciaron el concurso público de méritos previsto por la Ley 938 de 2004 se realizaron con antelación a la expedición del Decreto Ley 122 de 2008; en ellas se ofertaron de manera puntual 4697 cargos, luego es evidente que los cargos creados con posterioridad no fueron

ofertados y por consiguiente, no existe registro de elegibles para proveerlos. En consecuencia, como para la fecha del nombramiento demandado no se había realizado concurso de méritos para proveer los cargos creados por el Decreto Ley 122 de 2008, entre ellos el de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia -Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-, bien podía la Administración proveer ese cargo en provisionalidad, sin que ello implique vulneración al régimen de carrera, en razón a que el nombrado no adquiere ningún derecho de carrera según lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 938 de 2004. (...) Con fundamento en lo expuesto, se aclara que una vez se realice la convocatoria para proveer los cargos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertados y, además, se surtan todas las etapas del concurso público de méritos, surgirán derechos subjetivos para quienes integren el registro de elegibles.”

[Sentencia de 24 de junio de 2010. Exp. 63001-23-31-000-2009-00154-01. MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

2) Prevalencia del documento público electoral remitido por la autoridad competente a ruego del juez frente al documento adjuntado por el particular

La Sección Quinta confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de La Guajira, que negó las pretensiones de nulidad electoral contra el acto de elección de los concejales del municipio de Maicao para el período 2008-2011. Los demandantes aseguran que el acto demandado es ilegal porque al candidato Joaquín González Iturriago no se le contabilizaron 16 votos, hecho que intentaron acreditar con copia de los formularios E-14 y E-24 correspondientes.

Del análisis probatorio que hizo la Sala resultó que el formulario E-14 aportado por la parte actora no coincidía con el allegado por la Registraduría Nacional del Estado Civil a solicitud del tribunal de instancia, pues mientras el primero registraba los votos supuestamente desconocidos al mencionado candidato, el segundo no. Ante tal incongruencia, la Sala decidió darle validez al documento remitido por la autoridad electoral y al respecto explicó:

“[...] aunque la prueba documental... que se allegó con la demanda fue aportada por el accionante con una constancia de haber sido “tomada del original”, según sello impuesto sobre el documento y firmada por los Delegados Departamentales, es contradictoria con la que de manera directa se remitió como prueba al expediente con sello de autenticidad impuesto también por delegados departamentales, envío de documento que hicieron los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil. Esta diferencia en la información que registra tal documento público impone que el Juez, aplicando la sana crítica, deba otorgarle valor a la copia que le merece credibilidad. Así, el *a quo* consideró que la que ofrece certeza sobre la información consignada, es la que remitió directamente la autoridad administrativa electoral.

Esta conclusión para esta Sala tiene asidero válido por cuanto se trata de la prueba que remitió directamente la Registraduría y además, debido a que aún registrando un dato diferente al que consigna el documento en que se basa el actor para fundar la diferencia que alega frente al número de votos que le aparecen en el formulario E - 24, no la contravirtió a través del ejercicio de la tacha de falsedad. [...], la pretensión de nulidad de la elección de los concejales de Maicao, planteada por el actor, carece de vocación de prosperidad en tanto no se probó la apocricidad del registro electoral...”

[Sentencia 8 de julio de 2010, Exp. 44001-23-31-000-2007-00224-02. MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

3) El concurso de méritos para elegir miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil: la publicación del acto de contenido general y la valoración del requisito de experiencia profesional.

La demanda contra el Decreto No. 4736 de 2 de diciembre de 2009, por medio del cual el Presidente de la República nombró al señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, planteó dos cargos: el primero, con fundamento en la falta de publicación en el Diario Oficial de la convocatoria 001 de 2009 realizada por la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP; el segundo, con base en que se adoptó un criterio de valoración de los estudios y experiencia diferente al previsto en la convocatoria.

La Sala despachó desfavorablemente ambas censuras. Sobre el primer cargo relativo a la publicidad de los actos administrativos de carácter general advirtió que el medio idóneo para el efecto es el Diario Oficial, pero que en tratándose de organismos del Estado con régimen especial, priman las normas especiales, como es el caso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que cuenta con medios de publicidad distintos. Al respecto dice el fallo:

“

- Que el artículo 43 del C.C.A., si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como “el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del Diario Oficial, lo cual no impide que la entidad pública, si así lo decide, además de la obligada publicación en el Diario Oficial, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de sus actuaciones.
- Que la obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el Diario Oficial. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el Diario Oficial, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida.
- Que lo regulado en el artículo 43 del C.C.A., sobre el deber y la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las demás entidades, esto es, por las entidades del nivel territorial, tanto del sector central como del descentralizado, se mantiene incólume.

(...)

Sin embargo, el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, prescribe que “...la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”

Esta norma demuestra que el régimen especial de ciertos organismos del Estado, entre ellos, la Comisión Nacional del Servicio Civil, prima sobre las regulaciones de la Ley 489 de 1998, incluido por supuesto su artículo 119 que consagra el deber de publicar en el Diario Oficial los actos administrativos de carácter general. Esto es, la norma especial debe primar sobre la norma general.

(...)

En este orden de ideas, es claro que las normas especiales que regulan la materia objeto de controversia, no prevén la obligación legal de publicar en el Diario Oficial el acto de convocatoria del concurso público y abierto para la selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio

Civil, pues consagran una evidente excepción a la regla que dispone el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, en la forma como fue modificado por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y que fue explicado en líneas anteriores.

En consecuencia, con la divulgación de la Convocatoria 001 de 2009 en el Diario Nuevo Siglo y en las respectivas páginas web por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la ESAP, cumplieron a cabalidad con el requisito de publicidad del referido acto, situación que, como se anticipó, impide que el cargo propuesto por la parte actora prospere.”

Con relación al segundo cargo de acoger un criterio de calificación diferente al de la convocatoria, analizó las normas de selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y concluyó que era válido descartar la experiencia profesional de los concursantes en el sector privado, pues la norma exige que dicha experiencia se demuestre en el sector público:

“[...], la Sala estima que hizo bien la ESAP al aplicar lo consagrado en la citada disposición para efectos de determinar la experiencia profesional mínima requerida para ingresar al concurso, esto es, siete años de experiencia acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, dejando por fuera aquella relativa al sector privado, pues ésta última no está prevista como factor a ser tenido en cuenta en el numeral 2º del artículo 8º de la Ley 909 de 2004.

De igual forma, estuvo acorde a derecho la valoración de antecedentes que hizo la ESAP, pues en esta etapa, para efectos de acceder al puntaje previsto en el artículo 3º del Decreto 3016 de 2008, debía acreditarse una experiencia profesional en el sector público que fuera adicional a los siete años exigidos como requisito mínimo para participar en el concurso de méritos. Respecto de este requisito mínimo, como bien lo dice la parte demandada, no podía otorgarse puntaje alguno, toda vez que fue previsto dentro del concurso como criterio habilitante, más no como factor de puntuación.”

[Sentencia 8 de julio de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2010-00001-00. MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) Aplicación a parlamentarios andinos colombianos de calidades, régimen de inhabilidades e incompatibilidades y salarios de senadores de la República

Ante la consulta del ministro del Interior y de Justicia sobre la remuneración, prestaciones sociales, régimen de seguridad social, personal de apoyo e inhabilidades e incompatibilidades de los parlamentarios andinos, la Sala argumentó:

a) Marco legal del Parlamento Andino: Normatividad andina y legislación colombiana

“En mayo de 1969, Colombia firmó el Acuerdo de Integración Subregional Andino o “Acuerdo de Cartagena”, que tuvo como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica y facilitar su participación en otros procesos de integración. Colombia ratificó el Acuerdo mediante la ley 8ª de 1973. En 1979, los Estados Miembros del Pacto Andino suscribieron el “Tratado Constitutivo del Parlamento Andino”, ratificado por Colombia mediante la ley 47 de 1983. (...) En desarrollo del citado artículo 11, se

suscribió el “ACUERDO DE SEDE ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL PARLAMENTO ANDINO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA CENTRAL”. Colombia lo ratificó mediante la ley 94 de 1985. Su propósito fue “determinar los privilegios e inmunidades que el Gobierno de Colombia reconoce al Parlamento Andino como persona jurídica internacional, a los representantes de los Estados miembros y a los funcionarios”. (...) En marzo de 1996, los Estados Miembros del Pacto Andino firmaron, en Trujillo (Perú), el Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino, ratificado por Colombia mediante la ley 323 de 1996; las Partes convinieron en sustituir el Capítulo II del Acuerdo de Cartagena, para crear la Comunidad Andina y el Sistema de Integración Andino, reorganizando la estructura y el funcionamiento institucionales; incorporaron la normatividad ya reseñada respecto del Parlamento Andino y en las Disposiciones Transitorias convinieron que las elecciones por sufragio directo se deberían realizar en un plazo hasta de cinco años. (...) Los Protocolos adicionales suscritos en 1997, no han entrado en vigencia; Colombia tampoco los ha ratificado. (...) Sin embargo, en desarrollo del artículo 227 de la Constitución Política, y con el objeto de que los ciudadanos eligieran en forma directa y mediante el sufragio universal y secreto cinco representantes de Colombia al Parlamento Andino, el Congreso de Colombia expidió la ley 1157 de 2007, como norma transitoria que dejará de regir cuando se adopte el Régimen Electoral Uniforme. Por su parte el Parlamento Andino en sesión plenaria de agosto de 2006, aprobó por unanimidad el “reglamento general del Parlamento Andino” y lo adoptó mediante la decisión 1152 del 29 de agosto de 2006.”

b) Parlamento Andino: Concepto, funciones y características. Aplicación de calidades y régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los senadores de la República a los representantes de Colombia

“En este cuerpo normativo es constante la asimilación de los parlamentarios andinos a los miembros de los órganos legislativos de los Estados Miembros, en armonía con las características del Parlamento Andino definido como el órgano deliberante de la Comunidad Andina, creado como resultado de “la incorporación de los cuerpos legislativos nacionales en el proceso de integración regional”, y con funciones relacionadas con la actividad legislativa de los países miembros e inclusive de otros países para buscar su cooperación y para proponer medidas y sugerencias de aproximación de la legislación de los países miembros. Resaltan, además, los siguientes elementos: a) Desde su creación las Partes acordaron que se compondría de miembros elegidos por sufragio universal y directo; este mecanismo se supeditó a condiciones de tiempo y de acuerdos adicionales, y mientras ellas se daban, se involucró directamente a los órganos legislativos de los Estados Partes en la designación y sostenimiento de sus representantes; b) Los miembros del Parlamento Andino son “representantes de los pueblos de cada una de las Partes Contratantes”, de manera que conservan un vínculo con su Estado de origen, que excluye relación laboral o de servicios con el Parlamento Andino; c) En el caso de los Parlamentarios Colombianos, esa intención expresa de los Estados Partes está afianzada en el Acuerdo bilateral suscrito entre Colombia y el Parlamento Andino para regular los aspectos relativos a la sede en Bogotá, al excluirlos del régimen de funcionarios diplomáticos, con la única salvedad de las inmunidades que les pueden ser reconocidas mientras estén en reuniones que se realicen en un país miembro distinto de Colombia, según el artículo 11 del Tratado Constitutivo del Parlamento. La lectura de la ley 1157 de 2007 muestra su conformidad con los lineamientos establecidos en la normatividad andina, en cuanto equipara los parlamentarios andinos a los congresistas de los respectivos países; en este sentido se fundamenta la exigencia de que los representantes de Colombia en el Parlamento Andino tengan las mismas calidades de los Senadores de la República, y su sujeción al mismo régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.”

c) Remuneración y régimen de seguridad social de parlamentarios andinos. Vacío normativo sobre personal de apoyo

“Mientras entra en vigencia el “Protocolo adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes”, debe aplicarse la normatividad

interna. En consecuencia, con fundamento en el artículo 4º de la ley 1157 de 2007, en armonía con el numeral 4º del artículo 264 de la ley 5ª de 1992, deben adelantarse los trámites de modificación del presupuesto de la Rama Legislativa para incluir la partida presupuestal con cargo a la cual se pagarán los salarios y prestaciones sociales a que tienen derecho los representantes de Colombia en el Parlamento Andino, en las mismas condiciones reguladas por la ley para los Senadores de la República. No se encuentra fundamento ni en la normatividad Andina vigente en Colombia ni en la ley 1157 de 2007 para incluir gastos destinados a personal de apoyo. (...) El régimen salarial, prestacional y pensional del Parlamentario Andino que representa a Colombia en el Parlamento Andino es el mismo de los Senadores de la República de Colombia y en consecuencia, deben ser afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del congreso de la República para la atención de su seguridad social en salud y en pensiones.”

[Concepto 2015 de 8 de julio de 2010, MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con Oficio 23671 de 14 de julio de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia](#)

2) Áreas metropolitanas no pueden celebrar contratos interadministrativos con municipios que las integran para intermediación de bienes y recursos

El ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del Director del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, consultó a la Sala sobre la viabilidad de que esa Área Metropolitana celebre contratos interadministrativos de colaboración con los municipios que la integran para el desarrollo de proyectos.

La Sala contestó negativamente a la pregunta y, en sustento, profundizó en la naturaleza jurídica de las áreas metropolitanas, su régimen de contratación, las diferencias con las asociaciones entre entidades públicas, la finalidad de los convenios interadministrativos de cooperación y el contrato interadministrativo de enajenación de bienes de entidades públicas con la Central de Inversiones, CISA.

a) Naturaleza jurídica de las áreas metropolitanas

“Actualmente las Áreas Metropolitanas son entidades administrativas dotadas de personería jurídica de derecho público, lo que les permite ser sujeto de derechos y contraer obligaciones, con autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridades y régimen especial. Dicho régimen es el previsto en la Constitución Política y la ley 128 de 1994.”

b) Régimen de contratación de las áreas metropolitanas. El gerente es la autoridad en materia contractual

“La sujeción por parte de las Áreas Metropolitanas al régimen contractual público, es ratificada en diferentes apartes de la ley 128, existiendo así plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 25, arriba transcrito. (...) Por su parte el artículo 18 establece que el Gerente del Área Metropolitana es empleado público del Área, será su representante legal y su elección corresponderá a la Junta Metropolitana. Y el 19, referente a las funciones del Gerente dispone que a éste le compete “...4. Celebrar los contratos necesarios para la administración de los servicios, la ejecución de obras metropolitanas y, en general, para el buen desempeño y cumplimiento de las funciones propias del Área, con sujeción a lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a las autorizaciones, límites y cuantías que le fije la Junta Metropolitana...”. No cabe duda, entonces, que las Áreas Metropolitanas son entidades estatales para efectos de los contratos en que sean parte, se sujetan al régimen contractual público previsto en la ley 80 de 1993, y en las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, en concordancia con las disposiciones especiales para ellas previstas en la ley 128 de 1994.”

c) Las áreas metropolitanas no están facultadas para celebrar contratos interadministrativos con municipios que la integran para intermediación de bienes y recursos. La intermediación de bienes y servicios es una actividad comercial autorizada excepcionalmente a algunas entidades públicas

“Lo expuesto lleva a afirmar que del ámbito funcional atribuido por la Constitución Política y la ley 128 de 1994 a las Áreas Metropolitanas no puede derivarse que tales entidades administrativas estén facultadas para la actividad de intermediación de bienes y recursos con los municipios que la integran. Así las cosas, en atención a lo dispuesto en el literal c) numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, puede sostenerse que la celebración de contratos interadministrativos entre las Áreas Metropolitanas y los municipios que la integran, cuyo objeto consista en la intermediación para la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles, o la intermediación de recursos financieros, no hace parte del “objeto” de tales entidades y, por lo mismo, no están permitidos por esa ley. Ello significa que si el Área Metropolitana o el municipio que la integra tiene la necesidad de adquirir o enajenar un bien, o conseguir recursos financieros, debe acudir a las normas de la leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y a aquellas que las modifiquen o reglamenten, siguiendo el procedimiento que las mismas señalan para la celebración del contrato correspondiente. (...) Ciertamente, la potestad de adquirir los bienes necesarios para el cumplimiento de sus funciones o enajenar los propios y utilizar su producto o rendimiento, no puede entenderse como una autorización a la Áreas Metropolitanas para realizar una intermediación de bienes, es decir, adquirir para posteriormente enajenarlos o entregarlos a cualquier título. En efecto, del ámbito funcional previsto para las Áreas Metropolitanas claramente se establece que su actividad no es adquirir bienes para luego, vía convenios o contratos interadministrativos, dotar a los municipios. En este sentido, es pertinente recordar que la intermediación de bienes y servicios es una típica actividad comercial, según el artículo 20 del Código de Comercio, y que sólo excepcionalmente las entidades estatales cumplen tal cometido mediante instituciones o sociedades expresamente autorizadas por ley para tal fin, como sería el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta, tanto en el nivel nacional como territorial.”

d) Diferencias entre áreas metropolitanas y asociación entre entidades públicas. Formas legales de constitución de asociaciones entre entidades públicas. Requisitos para la constitución de áreas metropolitanas

“La Sala estima que la asociación entre entidades públicas prevista en la norma está dada para una materia genérica diferente a la regulación especial que la Constitución y la ley 128 de 1994 prevén para las Áreas Metropolitanas. En efecto, el artículo 95 es una autorización general para que las entidades públicas se asocien entre sí, propósito que se materializa a través de dos instrumentos: i) celebración de convenios administrativos de cooperación, o ii) conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. A su vez, las Áreas Metropolitanas si bien tienen un sustrato asociativo, corresponden a un vínculo que se da exclusivamente entre municipios o distritos con características especiales previstas en la ley 128 de 1994, según se ha explicado, y por lo mismo, no corresponden al tipo asociativo que regula la ley 489 de 1998. Se agrega a las anteriores diferencias que la forma de materializar el propósito asociativo regulado en el artículo 95 en nada corresponde a la manera como se constituyen las Áreas Metropolitanas. En efecto, un Área Metropolitana no se constituye ni mediante convenio administrativo de cooperación, ni mucho menos es una persona jurídica sin ánimo de lucro tal como quedó expuesto en el punto 1 de este concepto. Ciertamente, el artículo 5 de la ley 128 establece que para constituir un Área Metropolitana se requiere de: i) iniciativa (radicada en los alcaldes de los municipios interesados, la tercera parte de los concejales de dichos municipios o el 5% de los ciudadanos que integran el ceso electoral de los mismos); ii) proyecto de constitución, el cual será entregado a la Registraduría Nacional del Estado Civil para su difusión; iii) consulta popular; el proyecto se someterá a consulta entre los habitantes de los municipios, y si es aprobada, iv) se protocolizará su conformación mediante instrumento elevado ante notario público. Lo expuesto permite afirmar que, respecto de la materia regulada, el artículo 95 de la ley 489 de 1998 no es aplicable a la organización, constitución y funciones previstas para las Áreas Metropolitanas,

comoquiera que éstas se rigen por un régimen especial y, en todo caso, su constitución no implica el nacimiento de una persona jurídica sin ánimo de lucro.”

e) Finalidad de los convenios interadministrativos de cooperación

“Se habla de cooperación porque la entidad pública celebra el convenio cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas. Es en el anterior contexto que puede entenderse la finalidad de los mencionados convenios, los cuales abarcan “el cumplimiento de funciones administrativas o prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo”, según lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998. Este límite material, como se explicó en el punto anterior, no es más que la reiteración para el caso concreto del principio de legalidad.”

e) Contrato interadministrativo con CISA para enajenación de bienes de entidades públicas. Las áreas metropolitanas pueden enajenar bienes de su propiedad por contrato interadministrativo con CISA

“A pesar de lo anterior, la Sala encuentra que exclusivamente para la enajenación de bienes de propiedad de las entidades estatales, se han establecidos mecanismos que eventualmente permitirían la celebración de contratos interadministrativos. (...) Los artículos 8 y 24 de dicho decreto materializan las condiciones y forma en que se podrá celebrar con CISA S.A. el correspondiente contrato interadministrativo, incluyendo la posibilidad de que mientras se desarrolla el proceso de enajenación o se perfecciona la entrega de los bienes, la entidad enajenante entregue en administración los bienes a CISA, para que ésta se encargue de realizar todas las actividades propias de la administración, saneamiento, mantenimiento y recuperación de los bienes en contraprestación del reembolso de los gastos directos y de una comisión. En la actualidad, la Central de Inversiones S.A. - CISA, es una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sujeta en sus actos y contratos al régimen del derecho privado. (...) Es claro que CISA está habilitada para adquirir toda clase de bienes que sean de propiedad de entidades públicas de cualquier naturaleza o nivel (nacional o territorial) o de organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución y en la ley. Entonces si el interés del Área Metropolitana o un municipio integrante de ésta es enajenar bienes de su propiedad, la ley 1150 y el decreto reglamentario 4444 de 2008 lo autoriza para acudir directamente a CISA S.A. con el fin de proceder en tal sentido, previa celebración del contrato interadministrativo correspondiente, en los términos que en cada caso se pacten.”

[Concepto 1982 de 25 de marzo de 2010. MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Autorizada su publicación con Oficio 22889 GAA 0422 de 7 de julio de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia.](#)

3) Restricciones de contratación en campaña electoral que establece la ley de garantías se aplican a asociaciones entre entidades públicas

El ministro del Interior y de Justicia consultó a la Sala sobre la aplicabilidad de las restricciones contempladas en los artículos 32 y 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, la llamada ley de garantías electorales, a las entidades territoriales y a las asociaciones entre entidades públicas, cuando se trata de elecciones presidenciales, aún de aquellas sin la participación como candidatos del Presidente y el Vicepresidente de la República en ejercicio.

La Sala contestó:

“1. a) Efectivamente, tratándose de elecciones presidenciales en las cuales no se presenta como candidato el Presidente de la República ni su Vicepresidente, las restricciones a la vinculación a la

nómina estatal y a la contratación pública, contempladas en los artículos 32 y 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, tienen plena aplicación así: las del artículo 32 a las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, las del artículo 33 a todos los entes del Estado, en las dos expresiones anteriores están comprendidas las entidades territoriales, y las del párrafo del artículo 38 específicamente a las entidades territoriales. b) Tales restricciones son aplicables a las entidades territoriales no solamente para las elecciones de carácter territorial sino también para las de carácter nacional. 2. Las mencionadas restricciones se aplican: a) A la asociación entre entidades públicas. b) A las asociaciones entre entidades públicas que quieren asociarse con personas jurídicas sin ánimo de lucro, conforme al artículo 355 de la Constitución y normas reglamentarias. c) A la asociación entre entidades públicas que desea asociarse con personas jurídicas privadas, mediante la celebración de convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignados por la ley, conforme al artículo 96 de la ley 489 de 1998. 3. Efectivamente, las restricciones a la suscripción de contratos y convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, se aplican ya sea que éstos se proyecten celebrar entre entidades del nivel territorial exclusivamente o con la participación de organismos o entidades del nivel nacional.”

[Concepto 2011 de 10 de junio de 2010. MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Autorizada la publicación con Oficio 22891 de 7 de julio de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia](#)

NOTICIAS DESTACADAS

ELEGIDOS MAGISTRADOS PARA OCHO DE LAS NUEVE
VACANTES DEL CONSEJO DE ESTADO

Gracias a una ardua labor de la Sala Plena, que realizó deliberaciones extraordinarias con el fin de designar de manera oportuna a personas íntegras, juristas de reconocida experiencia y con intachable hoja de vida, el Consejo de Estado en dos memorables sesiones eligió a seis nuevos magistrados. En la del 15 de julio, a los doctores Jaime Orlando Santofimio Gamboa y a Hernán Andrade Rincón; en la del 27 de julio, a los doctores Olga Valle de De La Hoz, Stella Conto Díaz Del Castillo, Danilo Alfonso Rojas Betancourth y María Elizabeth García González.

Sumando a estas seis elecciones, las dos recientes de los doctores Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez y Augusto Hernández Becerra, se completan ocho de las nueve vacantes que estaban disponibles en la Corporación.

Olga Valle de De La Hoz, Magistrada de la Sección Tercera

Es abogada de la Universidad La Gran Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y en Gerencia Pública de la UDES.

Actualmente es Magistrada del Tribunal Administrativo del Cesar, cargo que ocupa desde 1986. También se desempeñó como Juez Promiscuo de Menores, Juez Penal del Circuito y Juez Penal Municipal.

Fue catedrática de Constitucional Colombiano en la Universidad Antonio Nariño.

Stella Conto Díaz Del Castillo, Magistrada de la Sección Tercera

Es abogada de la Universidad de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Comercial en la Universidad de los Andes, en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana y en Docencia Universitaria de la Universidad del Rosario.

Se ha desempeñado como Magistrada Auxiliar de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional, Directora del Área de Derecho Civil y del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, Juez Municipal y Juez del Circuito. Además, tiene una amplia experiencia docente.

Dentro de sus publicaciones se encuentran “Derecho Inmobiliario”, “Derechos de las personas con limitaciones mentales” y “El registro como forma de protección de la propiedad”.

Danilo Alfonso Rojas Betancourth, Magistrado de la Sección Tercera

Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, en Instituciones Jurídico - Políticas, Derecho Público y Magister en Derecho de la Universidad Nacional.

Se ha desempeñado como Abogado Consultor del PNUD, Abogado Consultor de la Oficina del Alto Comisionado, Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Nacional, Abogado Auxiliar del Consejo de Estado, Director Técnico del Ministerio del Interior, Director de la revista Pensamiento Jurídico y Relator del Consejo de Estado. Cuenta con una amplia experiencia docente.

Algunas de sus publicaciones son “Hermenéutica y Principios Rectores de la Ley”, “Manual de Texto jurídico”, “Sistema de Derechos Humanos” y “Artículos sobre Derecho”.

María Elizabeth García González, Magistrada de la Sección Primera

Abogada de la Universidad Libre, especialista en Derecho Procesal de la misma universidad.

Actualmente es Magistrada Auxiliar de la Sección Primera del Consejo de Estado, cargo que ocupa desde 1991. Anteriormente se desempeñó como Secretaria Académica del Consultorio Jurídico de la Universidad Libre, donde además fue catedrática de Práctica Forense.

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