



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 11
• Sección Primera	12 - 17
• Sección Segunda	18 - 26
• Sección Tercera	26 - 47
• Sección Cuarta	47 - 57
• Sección Quinta	57 - 60
• Sala de Consulta	60 - 66
• Noticias Destacadas	67

Noticias destacadas

ALBERTO YEPES BARREIRO SE POSESIONÓ ANTE EL PRESIDENTE JUAN MANUEL SANTOS COMO NUEVO MAGISTRADO DEL CONSEJO DE ESTADO

EDITORIAL

Para el Consejo de Estado resulta muy grato registrar que el pasado martes 7 de junio el doctor Alberto Yepes Barreiro se posesionó, ante el Presidente de la República, como Magistrado de la Sección Quinta de esta Corporación. Sea esta la oportunidad para vaticinarle éxitos en su labor, convencidos de que su representación y actividad fortalecerá y enriquecerá la Jurisdicción Contencioso Administrativa en todos sus aspectos.

También informamos a nuestros lectores que durante los pasados días 2 y 3 de junio, se llevó a cabo el tercer evento de difusión del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en esta oportunidad en el auditorio de la Universidad San Buenaventura, en la ciudad de Cartagena. Como ya es costumbre, la nutrida y entusiasta participación de la comunidad Cartagenera, así como la notable intervención de los H. Consejeros de Estado que nos acompañaron, hicieron que este seminario superara con creces las expectativas de los organizadores, al tiempo que, gracias a las antenas satelitales que se pusieron a disposición de las jornadas, las distintas conferencias pudieron observarse en directo, por teleconferencia, en los municipios de Barranquilla, Puerto Colombia, Sabanagrande, Soledad, Arjona, Carmen de Bolívar, Magangue, San Jacinto, Cereté, Montería, Planeta Rica, Sahagún, Tierralta, Santiago de Tolú, Sincé y Sincelejo, logrando de esta manera que la divulgación de este nuevo código alcance todos los rincones de la geografía nacional.

De nuevo gracias a las personas que con su compromiso y dedicación hicieron posible la realización de estas jornadas de trabajo, al tiempo que nos permitimos informar que el siguiente evento de difusión se llevará a cabo los días 16 y 17 de junio en la ciudad de Pasto.

Mauricio Fajardo Gómez
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 CONTENCIOSA

1. Se niega solicitud pérdida de investidura de la Representante a la cámara Victoria Eugenia Vargas Vives por no haber violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Para que se configure la pérdida de investidura de Congresista por la incompatibilidad de desempeño de cargo o empleo público o privado, éste debe ejercerse materialmente.

El Congresista está incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 180-1 de la Carta Política, cuando se demuestre el ejercicio de cualquier cargo, profesión u oficio que interfiera con su labor legislativa, sea por interposición de horarios o porque pueda dar lugar a conflicto de intereses o al tráfico de influencias, salvo las excepciones expresamente previstas por el legislador.

Sin embargo, en la interpretación de la causal de pérdida de investidura debe observarse un criterio material o sustancial, de manera que exista la incompatibilidad por el desempeño real y no meramente formal de la vinculación o el contrato de trabajo. De otro lado, el sólo hecho de figurar en otra actividad puede dar lugar a la censura disciplinaria cuando sea evidente el conflicto de intereses, el tráfico de influencias o el beneficio que reporta tal permanencia, en este caso, en un registro público de la cámara de comercio. En otras palabras, salvo las actividades expresamente enlistadas como permitidas, los Congresistas no pueden ejercer distintas a las propias de su calidad de Congresista, sean éstas públicas o privadas, remuneradas o no, con dependencia laboral o sin ella, dentro del horario fijado para sesionar o en su tiempo libre. Se repite, para decretar la pérdida de investidura de Congresista no basta con aparecer en el registro de la Cámara de Comercio, sino que es preciso realizar, cumplir o ejecutar de alguna manera funciones propias del mismo.

En el presente asunto se demostró con los certificados de existencia y representación legal de las empresas Luque Vargas Y Cia S. En C. S., Optiexpress Limitada, Ve Vargas Vives Y Cia S. En C.S., Victoria Vargas Y Cia S. En C. Y La Malagueta Limitada, que la demandada al momento de posesionarse como Congresista, figuraba ante la Cámara de Comercio como representante legal de esas empresas. (...) Conforme los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, y el criterio de la Corte Constitucional en la sentencia transcrita, la permanencia en el registro mercantil de la inscripción de un representante legal hace presumir que quien allí figure, ejerce las funciones. Sin embargo, como ya se indicó arriba, esta presunción, en materia sancionatoria, por la interpretación restrictiva que tiene en esa área, no es suficiente para efectos de decretar la pérdida de investidura, sino que, bajo un criterio material, debe probarse que, efectivamente se está ejerciendo las gestiones o funciones tendientes a los fines de la empresa o sociedad en la que se desempeña el cargo; de la misma forma, también debe probarse la influencia indebida que ejerce el parlamentario, por el sólo hecho de permanecer en el registro mercantil, en caso de que así lo fuera. Empero, la presunción de representación que en el Código de Comercio aparece, sirve para garantizar la responsabilidad en materia civil y comercial mientras que, para efectos de imponer la sanción de pérdida de investidura, como se ampliará más tarde, la inscripción comporta un elemento probatorio que hace presumir que la persona inscrita formalmente está ejerciendo el cargo, pero esta presunción es susceptible de ser infirmada mediante otras pruebas. En el presente asunto, la demandada, antes de posesionarse como Congresista, 20 de julio de 2010, renunció ante la respectiva Junta de Socios de cada empresa donde figuraba como representante legal, lo que indica su intención de no asumir las funciones en cada una de las sociedades antes mencionadas. Estas renunciaciones y las actas de aceptación emitidas por la Junta de Socios, fueron aportadas como pruebas a este proceso y no fueron tachados ni discutidos de falsos en la oportunidad procesal, con lo que se desvirtuó la presunción legal aludida. De lo anteriormente expuesto es evidente que la demandada, si bien aparecía como representante o gerente de las sociedades citadas, requisito que por sí sólo no configuraría la causal de pérdida de investidura, es claro que la segunda exigencia, esto es, la realización de gestiones o actividades relacionadas con el objeto social de las empresas, no fue demostrado en el plenario ni antes ni después de adquirir la condición de Congresista. Así las cosas, por lo antes dicho se descarta de plano el hecho de que la demandada esté incurso en una inhabilidad o prohibición que, eventualmente, implique algún reproche sancionatorio conducente a declarar la pérdida de investidura.

Conforme a lo expuesto la Sala Plena resalta las siguientes conclusiones: el Congresista está incurso en la causal de pérdida de investidura sólo cuando se demuestre el ejercicio de cualquier cargo, profesión u oficio que interfiera con su labor legislativa; en la interpretación de la causal de pérdida de investidura debe observarse un criterio material o sustancial, de manera que exista la incompatibilidad por el desempeño real y no meramente formal de la vinculación; debe ser evidente el conflicto de intereses, el tráfico de influencias o el beneficio que reporta por el sólo hecho de aparecer registrado en la Cámara de Comercio para que pueda dar lugar a la pérdida de la curul; la presunción del Código de Comercio de la representación es útil por efectos de publicidad y oponibilidad, pero en materia sancionatoria debe probarse, en aplicación del principio de la realidad frente a las formas, la actividad tendiente a la realización del objeto de la empresa o de la entidad; y, finalmente, dentro del proceso no se probó el ejercicio de alguna actividad dentro de las

sociedades comerciales en la que formalmente estaba inscrita la demandada, después de su posesión como Congresista.

[Sentencia de 24 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-00924-00\(PI\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

* Con aclaración de voto de los doctores Mauricio Fajardo Gómez, Martha Teresa Briceño de Valencia, Ruth Stella Correa Palacio, María Elizabeth García González, Enrique Gil Botero, Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, María Claudia Rojas Lasso. Con salvamento de voto de los doctores Susana Buitrago Valencia, Danilo Rojas Betancourt, Marco Antonio Velilla Moreno.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. Improcedencia de la acción de tutela para controvertir sanción a jurado de votación, por no concurrir a desempeñar sus funciones.

La Sección Primera consideró que ante la existencia de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela era improcedente para determinar si la Registraduría Nacional del Estado Civil, había conculcado los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del actor, con la imposición de la sanción por no concurrir como jurado de votación, en las elecciones presidenciales del año 2006.

El 23 de abril de 2007, la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución núm. 144, mediante la cual sancionó a los jurados de votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones en las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República celebradas el 28 de mayo de 2006, dentro de los cuales se encuentra el accionante. Posteriormente, mediante escrito de 28 de mayo de 2007, el accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución núm. 144 de 2007; el primero fue resuelto en oficio notificado al actor el 29 de agosto de 2007, en el sentido de confirmar el acto impugnado; y el Registrador Nacional del Estado Civil desató el recurso de apelación, también de manera confirmatoria, a través de la Resolución núm. 11750 de 14 de octubre de 2010, decisión que fue notificada al accionante el 9 de noviembre de 2010, es decir, que a partir del día siguiente empezaba a correr el término de 4 meses para el ejercicio oportuno de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos, y no la acción de tutela, debido a su carácter residual y subsidiario. Observó la Sala que la acción de tutela fue presentada el 9 de marzo de 2011, es decir, que aún se encontraba dentro del término para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el cual no asiste razón al actor en cuanto consideró que para ese momento la citada acción estaba caducada. Empero, lo que sí resultó evidente es que no se estaba en presencia de un perjuicio irremediable, de allí que la acción de tutela no era el medio idóneo para dirimir la controversia que planteó el actor y por ello confirmó la sentencia impugnada que denegó la acción.

[Sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2011-00144-01\(AC\), MP. ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ](#)

2. Vulneración de los derechos al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la función pública por realización de prueba no relacionada con el cargo, en concurso de méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil

Los actores se presentaron al concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional de Servicio Civil, una vez surtidas las etapas de la fase I, procedieron a adelantar los trámites necesarios para su participación en la fase II, en la cual se encontraron ante el hecho de que por solicitud de la Secretaría de Educación del Distrito, la Comisión, había asociado la prueba 136 al empleo 54573 que corresponde al de Profesional Universitario 219-18, a pesar de que por tratarse de un empleo con funciones de carácter misional de la Secretaría de Educación, se le ha debido relacionar con la prueba 85.

La Sala concluyó que los derechos fundamentales de los actores, concretamente el debido proceso y de igualdad, habían sido vulnerados. El primero, porque con fundamento en una hipótesis no contemplada en la norma, se les está imponiendo la realización de un examen que no se relaciona o que se relaciona sólo en parte con las funciones del empleo al que aspiran y el segundo, porque a los demás aspirantes, se les aplicó o aplicará una prueba que corresponde realmente con las funciones que van a desempeñar. Así mismo, dicha omisión se constituyó en una amenaza grave del derecho de acceso a la función pública. Por lo anterior, se ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cumplir con las previsiones del numeral 3, artículo 31 de la Ley 909 de 2004 modificado por la Ley 1033 de 2006. Para el efecto deberá aplicar a los actores la prueba con la que realmente se pueda apreciar su capacidad, idoneidad y adecuación al empleo al que aspiran con el fin de establecer si efectivamente pueden desempeñar las funciones del mismo. La obligación de cumplir la orden se radicó en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto la Ley le impone la función de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público, para lo cual debe velar por el logro de la finalidad de las normas de carrera administrativa, sin que le sea posible escudarse en las actuaciones de la Entidad territorial.

[Sentencia de 18 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2011-00646-01\(AC\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

3. a) Procedencia de la acción de tutela frente a actos académicos

En el caso concreto, el problema jurídico consistió en establecer si las actuaciones de la Universidad Nacional de Colombia, relacionadas con la aplicación de las normas contenidas en el Acuerdo No. 008 y No. 014 ambos de 2008, que consagran Estatuto Estudiantil y el Plan de Transición, respectivamente, dieron lugar a la trasgresión de los derechos y principios fundamentales invocados por el actor, en razón a la pérdida de la calidad de estudiante, por no contar con los créditos necesarios para culminar el plan de estudios de Ingeniería Industrial, al haberlos utilizados en un segundo programa, con el fin de obtener una doble titulación.

En primer lugar, la Sala precisó que las actuaciones de la Universidad Nacional censuradas podían catalogarse como actos académicos, frente a los cuales, la Jurisprudencia Contenciosa y de la Corte Constitucional han indicado que no son susceptibles de contradicción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, la Acción de Tutela se erigía procedente para analizar la trasgresión de los derechos fundamentales en torno a su contenido.

b) Reglamento interno universitario no puede restringir de modo injustificado, desproporcionado o arbitrario el derecho a la educación

En desarrollo del principio de autonomía universitaria, las Instituciones de Educación Superior estipulan su propio régimen o reglamento interno, el cual será aplicable a las distintas situaciones que surjan con ocasión de su actividad, tanto en el campo administrativo como en el disciplinario, sin embargo, esta atribución no es absoluta; se encuentra limitado por el derecho fundamental a la educación, en cuanto los requisitos y medidas en él contenidos, no lo restrinjan de modo

injustificado, desproporcionado o arbitrario. La vulneración se configuraría, en el caso de que analizados los requisitos a la luz de una situación particular, impidan u obstruyan su ejercicio, haciéndolo del todo nugatorio. La educación, en su dimensión de derecho-deber, dentro del propósito de asegurar las condiciones apropiadas para el desarrollo adecuado de las relaciones entre los miembros de la comunidad educativa, permite que se exija a sus titulares el cumplimiento de los reglamentos académicos y que se les impongan las sanciones derivadas de su inobservancia. No obstante, la jurisprudencia ha precisando que la imposición de sanciones o de medidas restrictivas resulta constitucionalmente admisible, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas al fin que persiguen, y su aplicación no conduzca a la negación de un derecho fundamental, en este caso, del derecho a la educación y de aquellos que le son afines y complementarios. Teniendo la educación el carácter de derecho fundamental, es claro que la inobservancia de las obligaciones académicas, disciplinarias o administrativas previstas en el reglamento, si bien pueden conducir a la imposición de las sanciones allí previstas, en ningún caso puede conllevar la afectación de su núcleo esencial.

c) Vulneración del derecho a la educación por sanción excesiva a estudiante. Se inaplica por inconstitucional y con efectos *inter partes* estatuto estudiantil de la Universidad Nacional

La Sala consideró que debía revocarse la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, pues si bien compartía lo relativo a que el Ente Universitario aplicó debidamente sus estatutos, considera que esta actuación desbordó el ámbito de su autonomía universitaria, al someter al estudiante a una consecuencia que corresponde a una carga desproporcionada, esto es, la pérdida de su calidad de estudiante, lo que de paso vulnera su derecho fundamental a la educación. Así, aunque en principio resultaba cierto que por un error el actor interpretó de una forma equivocada las normas que establecían la posibilidad de acceder a un segundo programa, y las que señalaban la forma de obtener y utilizar los créditos académicos, la sanción a que fue sometido por dicho error, es excesiva, en la medida en que entorpece o pone en riesgo la culminación de los estudios universitarios de un educando que se encuentra en la etapa final de su carrera, y que haciendo uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de libertad de profesión, pretendió enriquecer su nivel de conocimientos y formarse en diversos campos académicos e intelectuales, optando por un segundo título profesional. Por las anteriores razones, la Sala revocó el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó la protección deprecada, y en su lugar, amparó el derecho a la educación del actor, en razón de lo cual inaplicó por inconstitucional y con efectos *inter partes*, el numeral 4° del artículo 44 del Acuerdo No. 008 de 15 de abril de 2008, que establece como causal de pérdida de la calidad de estudiante, no disponer de un cupo de créditos suficiente para inscribir las asignaturas del plan de estudios pendientes de aprobación. Así mismo, ordenó a la Universidad Nacional de Colombia realizar las gestiones administrativas internas necesarias para retrotraer la situación académica del actor, al momento previo en que éste inscribió créditos en la carrera de Estadística, de manera que se le permita contar con el cupo de créditos necesarios para culminar el plan de estudios de Ingeniería Industrial.

[Sentencia de 5 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2011-00301-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

4. Vulneración del principio a la confianza legítima y de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, en concurso de meritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil al no permitir a concursante continuar en el proceso, tras declararse inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008. Inaplicación por inconstitucional de Circular 053 de 2009.

En el presente caso, la actora argumentó que se le vulneraron los derechos fundamentales invocados y los principios de la confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, al no brindársele la oportunidad de participar *nuevamente* en el concurso de méritos por el hecho de haberse inscrito en la fase II del mismo y no presentar la prueba escrita del 31 de mayo de 2009, la cual no realizó porque en el momento de su aplicación estaba vigente el Acto Legislativo 01 de 2008, según el cual a

la peticionaria le asistía el derecho a ser inscrita extraordinariamente en carrera administrativa, y debían suspenderse los concursos públicos para los cargos de carrera ocupados por provisionales antes del 23 de septiembre de 2004, dentro de los cuales se encontraba el que ocupaba la tutelista en provisionalidad durante de la vigencia del referido acto legislativo.

La Sala destacó que mediante sentencia del 14 de octubre de 2010, Rad. 2010-01593, se formuló el mismo interrogante, en atención a que se estaba bajo un caso con supuestos de hecho casi idénticos a los expuestos en esta oportunidad, el cual fue resuelto en el sentido de indicar que la entidad accionada desconoció los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad y el principio de la confianza legítima, al excluir a la demandante del proceso de selección por el hecho de no presentar la prueba del 31 de mayo de 2009, aunque aquélla tomó dicha decisión amparada en una norma de rango constitucional que se encontraba vigente para la fecha antes señalada.

En el caso concreto, se observó que durante la vigencia de la norma antes señalada, la accionante desempeñaba en provisionalidad el mismo cargo que venía ejerciendo desde 11 de agosto de 2004, motivo por el cual tenía la legítima expectativa de ser inscrita extraordinariamente en carrera administrativa, y por ende, que en ejercicio legítimo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y amparada en una norma constitucional, optó por no presentarse a la prueba del 31 de mayo de 2009. En ese orden de ideas, le asistió razón al Tribunal Administrativo del Magdalena que concedió el amparo solicitado, y que en garantía del derecho a la igualdad tuvo en cuenta el referido precedente, por lo que inaplicó por inconstitucional para el caso en concreto, el aparte de la Circular 053 del 27 de octubre de 2009 (aclarada por la Circular 054 del día 28 del mismo mes y año) de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con fundamento en el cual se le impidió a la demandante continuar en el proceso de selección, y le ordenó a aquélla adelantar las gestiones que fueran necesarias para que la actora pueda concursar en igualdad de condiciones a los aspirantes que se les permitió proseguir en el concurso público, como consecuencia de la expedición de la sentencia C-588 de 2009 de la Corte Constitucional.

[Sentencia de 6 de mayo de 2011, Exp. 47001-23-31-000-2011-00080-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

5. Vulneración de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción por falta de vinculación de terceros con interés directo en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

En el caso bajo estudio el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la decisión proferida el 20 de octubre de 2004, por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Cúcuta, mediante la cual se revocó una orden de lanzamiento de un predio ocupado por los actores, impartida el 26 de febrero de 2004. La decisión de revocatoria de la orden de lanzamiento fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 5 de febrero de 2010, de lo que se concluye que la orden de lanzamiento impartida el 26 de febrero de 2004, debía ejecutarse. Por lo anterior, resultó evidente que a los actores les asistía un interés directo en las resultas del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelantó ante el Tribunal accionado, y por tal razón, debieron ser vinculados al proceso a fin de ejercer su derecho de defensa y contradicción. Sin embargo, tal y como lo certificó el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, "...dentro de las actuaciones surtidas, arriba indicadas, no obra en el expediente auto o providencia que vincule a los señores ROSA ALEJANDRINA URIBE GUERRERO y JESÚS ANTONIO URIBE PICÓN dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho referenciada anteriormente". Así las cosas y comoquiera que los accionantes no fueron vinculados y mucho menos notificados de las decisiones proferidas dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resultó evidente que se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y contradicción pues "...recae en las autoridades judiciales o administrativas, la obligación de notificar o comunicar sus decisiones no solo a las partes, sino también a los terceros que tengan un interés jurídico en ellas, pues unos y otros son titulares del derecho al debido proceso y, por tanto, a todos se les debe brindar la oportunidad de expresar sus

opiniones, de presentar y controvertir las pruebas allegadas en su contra, y de recurrir, a través de los recursos previamente instituidos, las decisiones adoptas que le sean contrarias”.

En consecuencia, se declaró la nulidad del fallo de 5 de febrero de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y se ordenó a esa Corporación vincular al proceso ordinario a los actores, como terceros con interés directo en las resultas del proceso, para que ejerzcan su derecho de defensa y de contradicción.

[Sentencia de 16 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00090-00\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

6. La modificación de la oferta de empleos como consecuencia de la reestructuración de una entidad, no vulnera los derechos fundamentales

El actor consideró que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el Acuerdo 147 de 2010, está modificando en forma unilateral y arbitraria las condiciones iniciales previstas en el Acuerdo 106 de 2009, las cuales fueron cumplidas por él, dado que presentó y superó las pruebas de competencias laborales y ahora pretende la accionada imponer una nueva carga, como lo es presentar otra vez las referidas pruebas, ante la falta de oferta de empleo, lo que hace más gravosa su participación en relación con los demás concursantes.

En cumplimiento del artículo transitorio de la Ley 909 de 2004 y del artículo 10 del Decreto 2539 de 2005, la CNSC emitió varias circulares [007 y 12 de 2005, 19 de 2006 y 33 de 2007 en las que solicitó a los nominadores de las entidades y organismos del orden nacional y territorial información sobre los empleos de carrera que debían someterse a proceso de selección, específicamente su denominación, funciones, requisitos para desempeñarlos, competencias comunes a los empleos públicos y comportamentales. Esa información debía ser reportada a través del aplicativo dispuesto en la página web www.cnsc.gov.co denominado “Sistema de Información de empleos a concurso”, la cual podía ser modificada (incluir o retirar un cargo) o actualizada por los jefes de personal de cada entidad. Así, fue claro para la Sala que el reporte de los empleos en vacancia definitiva que debían ser provistos por concurso de méritos, así como la actualización de la información reportada, o la inclusión de un nuevo cargo o el retiro de uno ya reportado, le competía a cada entidad, de manera tal que la Comisión Nacional del Servicio Civil no era la responsable de que en algunos casos, como el del actor, no existiera oferta de empleo relacionado con el grupo temático que escogió. En virtud de lo indicado, se observó que si bien es cierto que las condiciones planteadas inicialmente en el Acuerdo 106 de 2009 fueron modificadas, tal circunstancia no obedeció a la voluntad caprichosa y arbitraria de la CNSC sino a circunstancias ajenas, tales como el inicio de procesos de reestructuración de las entidades públicas, según informó la entidad accionada, los cuales han limitado la oferta de empleos. En consecuencia, le asistió razón a la CNSC al indicar que la oferta de empleos vacantes definitivamente depende del reporte que realiza cada entidad. Al respecto, se entendió que si la entidad pública que participa como ofertante en la Convocatoria 001 de 2005 tenía cargos para proveerse por concurso pero posteriormente su planta de personal se modificó por un proceso de reestructuración y los cargos que inicialmente se ofertaron ya no existen, es razonable que proceda a retirarlos de la OPEC.

Por lo anterior, no advirtió la Sala una manifiesta vulneración de los derechos invocados por el actor, por el contrario con la expedición del Acuerdo 147 de 2010 se pretendió garantizar los derechos a la igualdad, debido proceso y de acceso a cargos públicos de los concursantes, que escogieron grupo temático y presentaron y superaron las pruebas de competencias laborales pero no les fue posible escoger un empleo específico asociado al mismo por no existir oferta. Así en dicho Acuerdo se les permitió escoger un nuevo grupo temático en el que exista oferta, de manera tal que una vez realizada la nueva elección queda sin efectos la escogencia inicial y los resultados obtenidos en la prueba de competencias funcionales, puesto que deberá aplicarse un nuevo examen relacionado con el eje temático. Los puntajes de la prueba de competencias comportamentales conservan su validez.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-02932-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

7. Procedencia del traslado de recluso para la protección de los derechos de los niños

La actora solicitó la protección de los derechos fundamentales de su nieta menor de edad a la igualdad y a tener una familia, presuntamente vulnerados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, al ordenar el traslado de su madre a un centro penitenciario ubicado en una ciudad distinta a la de su lugar de residencia.

La Ley 65 de 1993 es clara al establecer que el traslado de los internos, así como su ubicación en cualquiera de los centros carcelarios del país, es una facultad discrecional del INPEC, como se ha reconocido en amplia jurisprudencia constitucional; sin embargo, también se han incluido algunas excepciones a tal potestad, siempre y cuando se verifique la necesidad de proteger un interés superior, como la salud del recluso o los derechos de los niños, en atención a que estos gozan de protección reforzada de conformidad con el artículo 44 Superior. En consecuencia, si bien es cierto el argumento expuesto por la entidad demandada en el escrito de impugnación respecto a la existencia de otros medios de defensa judicial y la improcedencia de la acción de amparo para ordenar el traslado de un interno de un establecimiento carcelario a otro, también lo es que el interés superior de un menor y la garantía estatal de brindarle un ambiente idóneo para su desarrollo, hace procedente acceder, por la vía excepcional de la tutela, a ordenar el cambio de ciudad y establecimiento de reclusión. Así, en el asunto sub exámine, es necesario propender por la protección de los derechos fundamentales de la menor, quien está a cargo de su abuela, según la cual, no cuenta con los medios económicos necesarios para garantizar visitas periódicas por parte de la menor a su progenitora.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Exp. 17001-23-31-000-2010-00351-01\(AC\), MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ](#)

8. En vigencia de la ley 909 de 2004, la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad en un cargo de carrera debe motivarse

El actor pidió la protección de los derechos fundamentales del debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, que consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo del Cesar, al proferir la sentencia del 15 de julio de 2010, en la que confirmó la sentencia del 29 de abril de 2009, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar, que negó las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra la Universidad Popular del Cesar.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004, es decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, la desvinculación de un funcionario que ocupaba un cargo en provisionalidad no requería de acto administrativo motivado, es decir, no era necesario expresar las causas del retiro, pues se presumía que se expedía por razones del servicio. Esa fue la interpretación que esta Corporación le dio a la Ley 443 y su respectiva reglamentación. No obstante, con la expedición de la Ley 909 y sus reglamentos esta Corporación precisó que el régimen anteriormente expuesto fue modificado sustancialmente, pues se estableció una condición más favorable para los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, toda vez que el retiro del servicio de estos funcionarios debe hacerse mediante acto administrativo motivado. Como se ve, la desvinculación de un funcionario, en vigencia de la Ley 909, que se encuentra desempeñando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad exige de un acto administrativo motivado, es decir, el nominador debe expresar las causas del retiro. Además, para la aplicación de la Ley 909 no importa la fecha de vinculación del empleado sino la fecha del retiro del servicio.

En el caso concreto, en Resolución 2088 del 2 de septiembre de 2005, el Rector de la Universidad Popular del Cesar declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Profesional

Especializado, código 3010, grado 20, adscrito a la Vicerrectoría Administrativa de la Universidad Popular del Cesar y que es de carrera administrativa. Es claro que el retiro del actor fue en vigencia de la Ley 909 de 2004. Por lo tanto, el Tribunal demandado debió analizar la legalidad de la Resolución 2088 del 2 de septiembre de 2005 bajo la regulación de la mencionada ley. De la lectura de la sentencia del 15 de julio de 2010, se infiere que el Tribunal demandado, como bien lo dijo en el escrito de impugnación, analizó el caso bajo esa Ley. Sin embargo, la interpretación que le dio fue diferente. En efecto, sobre ese particular dijo que “(...) La falta de motivación del acto acusado, alegada por la parte demandante, y sustentada bajo el precepto contenido en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no tiene sustento jurídico valedero por cuanto la disposición alegada regula la competencia reglada del retiro de los empleos de carrera, siendo respecto de estos que se exige la motivación, norma no aplicable para nombramientos provisionales que no contemplan tal exigencia.”. En consecuencia, para la Sala fue claro que en la sentencia cuestionada se incurrió en un defecto sustantivo por indebida interpretación de la norma aplicable.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-01347-01\(AC\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

ACCIONES POPULARES

1 a) Vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública y al acceso a los servicios públicos, por incumplimiento de las normas de accesibilidad a discapacitados en el sistema de Transmilenio

El actor pretendía el amparo de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, los cuales estimó vulnerados debido a que los buses alimentadores de Transmilenio S.A., carecen de rampas que faciliten el acceso de personas con discapacidad.

Los vehículos destinados a la prestación del servicio público de transporte masivo en las rutas alimentadoras, deben cumplir con los parámetros establecidos en la Norma Técnica Colombiana NTC-4901-1. Respecto al espacio para discapacitados en sillas de ruedas, esta norma, en el numeral 3.1.8.85 señala que “se debe ubicar en el primer cuerpo y lo más cercano a la puerta de acceso un espacio destinado, diseñado y marcado específicamente para discapacitados en silla de ruedas. Esta área debe tener un espacio mínimo de 900 mm por 1.400 mm y el eje de simetría de la silla debe ser paralelo con el eje longitudinal del autobús. También debe haber pasamanos en este espacio para facilitar la entrada y salida y deben contar con un sistema de comunicación con el conductor (por ejemplo, un timbre). La persona discapacitada en la silla de ruedas debe viajar firmemente asegurada por medio de un mecanismo que esté anclado a un elemento estructural del autobús. El mecanismo debe tener un sistema sencillo y rápido de operar y que permita utilizar el área como un espacio libre cuando no use por discapacitados”.

Así las cosas, no era atendible el argumento de la empresa Transmilenio S.A. al señalar que no está obligada al cumplimiento de los artículos 13 y 20 del Decreto 1660 de 2003 por haber sido suspendida transitoriamente la vigencia de la Resolución 3636 de 2005, pues la Resolución 5515 de 2006 ordena seguirse a lo dispuesto por la Norma Técnica NTC 4901-1 que también contempla una serie de medidas tendientes a garantizar el adecuado acceso de personas con discapacidad o movilidad reducida. Tampoco es de recibo el argumento según el cual Transmilenio S.A., al ser una empresa que administra la infraestructura por donde transitan los vehículos, no está obligada al cumplimiento de las normas de accesibilidad, pues los artículos 5° y 34 del Decreto 1660 de 2003 señalan lo siguiente. “las empresas o entes encargados de la administración y operación de los Terminales de

Transporte Terrestre, de las estaciones de Metro, de trenes de pasajeros y de transporte masivo urbano, de los puertos, terminales, muelles, embarcaderos, o similares de transporte fluvial y marítimo y los aeropuertos que no cumplan con lo establecido en la presente norma, en cuanto a la señalización y adecuación apropiada de sus instalaciones para el desplazamiento de personas con discapacidad, serán sancionadas con multa que oscilan entre cincuenta (50) y cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes”.

Lo anterior dio cuenta de que aun cuando desde el año 2002 presuntamente se vienen adelantando medidas para garantizar la accesibilidad al sistema de transporte público (incluido aquel prestado por Transmilenio), transcurridos 9 años, aún no ha sido posible aumentar en un porcentaje significativo el número de rutas alimentadoras que faciliten a las personas discapacitadas hacer uso adecuado del principal sistema de transporte masivo de Bogotá. Situación que indudablemente afecta los derechos colectivos invocados por el actor popular, y en consecuencia debe llevar a que se adopten las medidas necesarias para superarla. Es inexcusable que a la fecha la población discapacitada no tenga acceso a todos los buses alimentadores de Transmilenio, pues es claro que para el año 2008, y tras un incremento gradual de cobertura, en razón del 20% anual, fijado desde el año 2002, el 100% de estos vehículos debía haber sido acondicionado para suplir las necesidades de esta población vulnerable. La Sala advirtió a las entidades demandadas que deben cumplir en estricto rigor lo establecido en la Ley 361 de 1997 y en el Decreto 1660 de 2003, en aras de garantizar los derechos de la población discapacitada.

b) Procedencia del incentivo económico en acción popular pese a la entrada en vigencia de la ley 1425 de 2010. Aplicación de la ley en el tiempo

En cuanto al incentivo, la Sala reiteró, que no obstante que mediante la Ley 1425 de 2010 (29 de diciembre) fueron derogados los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, en el caso sub examine la ley posterior no era aplicable, pues su aplicación se enmarca dentro de las excepciones a la aplicación inmediata de la ley procedimental, consagradas en los artículos 164 de la Ley 446 de 1998 y 40 de la Ley 153 de 1887, coligiéndose entonces que únicamente podría habersele dado aplicación a la ley posterior, por indicación expresa del legislador respecto de su retroactividad. La jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de sus diferentes Secciones, se ha pronunciado señalando el principio de irretroactividad de la ley la cual rige hacia el futuro y precisando que las normas procedimentales son de orden público y de aplicación inmediata, “con la excepción prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, respecto de los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, evento en el cual los procedimientos aplicables para hacer efectivas las normas sustanciales son las vigentes en la época en que estos se adelanten (...)”. En el mismo sentido, se pronunció esta Sección en sentencia de 19 de julio de 2007 y la Sala Plena de la Corporación en providencia 7 de junio de 2005 de la misma Consejera Ponente, al decidir, con base en idénticos fundamentos normativos, que era imperativo resolver todos los recursos extraordinarios de súplica que hubieren sido interpuestos antes de la entrada en vigencia de la Ley 954 de 2005, bajo los presupuestos consagrados en el artículo 194 del C.C.A., es decir, cumpliendo los requisitos de forma y de oportunidad allí señalados, y que estos deberían decidirse en la forma consagrada en la ley vigente a la fecha de interposición del recurso, esto es, en el artículo 194 del C.C.A., modificado por el artículo 57 de la Ley 446.

De lo expuesto, encontró la Sala que procedía reconocer el incentivo al actor, toda vez que la acción popular interpuesta el 24 de febrero de 2006 por el actor, fue, sin lugar a dudas, determinante para la protección de los derechos colectivos invocados. Las pruebas demostraron la diligencia debida del actor popular, en aras de obtener la protección de los intereses colectivos invocados en la demanda, lo cual explica que el Tribunal haya concedido el incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

[Sentencia 26 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2006-00376-01\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

2. El Departamento del Huila y el Municipio de Neiva han cumplido con la normativa ambiental en la adquisición de áreas de importancia estratégica para el recurso hídrico

Con el ejercicio de la acción popular, los demandantes, pretendían la protección de su derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, en virtud de lo anterior, solicitaban que los Municipios de Neiva y Rivera y el Departamento del Huila compraran sus predios localizados en el área rural de estos Municipios con el fin de obtener la recuperación de las quebradas El Mico, La Zanja, San Miguel, San Bartolo, Motilón, La Plata y otros afluentes que tienen sus nacimientos en la mencionada zona.

Procedió la Sala a establecer si, en virtud del programa de recuperación y de protección del recurso hídrico adoptado por el Departamento del Huila y los Municipios de Neiva y Rivera, los predios ubicados en la Vereda “Las Colinas” son susceptibles de ser adquiridos por los entes territoriales demandado. Se precisó que tanto el Departamento de Huila como los Municipios de Neiva y Rivera, en razón de lo estipulado en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, incorporaron al Plan de Ordenamiento Territorial las disposiciones encaminadas a obtener las áreas de importancia para el recurso hídrico por encontrarse en ellos los afluentes directos de los acueductos, lo anterior con la finalidad de convertirlos en reservas ecológicas y ambientales. No obstante, se advirtió que tal y como se evidenció en las pruebas que reposan en el expediente, la adquisición de predios por parte de los entes territoriales no aplica para todas las propiedades que se encuentren rodeadas por quebradas o riachuelos. En efecto, quedó demostrado que para que proceda la adquisición es necesario que las quebradas abastezcan a los principales ríos o caudales es decir, que constituyan fuente de agua para el acueducto Municipal y que, además los predios estén ubicados precisamente en los nacimientos de dichos afluentes. Por otra parte, se precisó que la adquisición de predios, además requiere de la elaboración de un plan de diseño, es decir, que cada ente territorial debe elaborar de acuerdo con sus necesidades ambientales un proyecto de adquisición en el que se priorice la compra de las propiedades de acuerdo con la incidencia que tengan en las descontaminación de las quebradas, cuencas y ríos. En cumplimiento de los requisitos señalados, encontró la Sala que los Municipios demandados crearon su proyecto de adquisición de predios, en el cual determinaron la compra sólo de aquellas propiedades ubicadas en la parte alta y media de las montañas, en razón a que en ellas se encuentran los nacimientos de las quebradas que vierten sus aguas en el río “Las Ceibas”, el cual es el principal objeto de descontaminación del Municipio de Neiva.

Se advirtió que la quebrada ubicada en el predio “Manzanares” de propiedad del señor Reinaldo Losada Barreto solo abastece del agua a algunas fincas colindantes pero, no incide de manera directa en la prestación del servicio de agua potable en el Municipio de Rivera. Así las cosas, para la Sala fue claro que el mencionado predio no cumple con los requerimientos señalados por el Plan de Ordenamiento Territorial y por tanto, se consideró que el Municipio no estaba obligado a adoptar las medidas de adquisición sobre dicho predio. Con fundamento en lo anterior, la Sala estimó que no se encontró probado en el expediente que los predios relacionados por los demandantes ubicados en el Municipio de Neiva deban ser considerados zona de importancia para la recuperación del recurso hídrico. Por último, la Sala precisó que todo lo anterior reveló que los Municipios de Neiva y Rivera y el Departamento del Huila han venido observando su obligación de velar, preservar y conservar los recursos hídricos de la zona, puesto que han tomado medidas para que en los presupuestos de las diferentes vigencias se cuente con los rubros necesarios con miras a la adquisición de terrenos.

[Sentencia de 12 de Mayo de 2011, Exp. 41001-23-31-000-2004-01156-01\(AP\), MP. MARÍA ELIZABETH GRACIA GONZÁLEZ](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. A pesar de ser los signos PUMA (mixto) y PUMA (nominativo) idénticos, se ordena la concesión del registro de la marca mixta PUMA por distinguir productos diferentes a los de la marca PUMA (nominativa) y por no existir entre ellos conexión competitiva

Se demandan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de las cuales se declaró fundada la oposición presentada por la sociedad INVERSIONES DEL PILAR LTDA., y se negó el registro de la marca PUMA MIXTA, para distinguir productos de la clase 3ª internacional

Extracto: Se observa así que los signos enfrentados están conformados por la expresión PUMA, esto es, por una sola e idéntica palabra. Se advierte que la misma no es una expresión genérica, descriptiva o evocativa en relación con los productos que cada uno busca distinguir (clases 3ª y 5ª), ni guarda relación directa o indirecta con tales productos, luego no puede considerarse genérica o de uso común respecto de esos productos de las clases 3 y 5, sino que en tales marcas se usa con un sentido caprichoso o de fantasía, de allí que deben confrontarse ambos signos en su integridad. Como quiera que son idénticas en sus aspectos visuales y auditivos, como quiera que son iguales en su escritura y en su fonética, se hace irrelevante toda otra consideración sobre las reglas de comparación de las marcas enfrentadas, más cuando se han asumido como marcas nominativas, pues la semejanza entre ellas salta a la vista por la identidad anotada (...) Se observa que al comparar los productos de la clase 3, con los que distingue la marca opositora (Comprendidos en la clase 5ª), se aprecian notorias diferencias entre ellos, las cuales se van a reflejar de manera importante en los diferentes aspectos de la conexidad competitiva. En efecto, si bien puede haber coincidencia en los canales de comercialización respecto de los productos farmacéuticos con los que se quieren distinguir con la marca solicitada, en cuanto a los demás hay una alta probabilidad de que van a ser diferentes, toda vez que se ve como pueda resultar adecuado ofrecer perfumería en sitios donde se expendan productos veterinarios, emplastos, materiales para empastar dientes e improntas dentales. Por otra parte, la perfumería tiende a ofrecerse separadamente en establecimientos o estantes especializados, como quiera que si se ofrecen en grandes tiendas o supermercados, usualmente se ofrecen en secciones separadas, igualmente especializadas. Muy rara vez se ofrecen productos como perfumería, aceites esenciales y lociones capilares, junto a productos veterinarios, dietéticos para niños y enfermos, etc. Tampoco se evidencia relación ni complementariedad entre ellos, pues se pueden utilizar, y de hecho se usan o se consumen de manera independiente y separada. No están sujetos a la necesidad de ser utilizados o consumidos en conjunto, ni fungen como partes que den origen o se fusionen en un producto final. En efecto, es claro que la finalidad de los productos escogidos por la actora tienen un carácter suntuario, en la medida en que buscan satisfacer necesidades suntuarias de sus consumidores como las de lucir bien y causar buena impresión en las relaciones interpersonales; mientras que los de la clase 5 cumplen funciones de higiene y de medicamento o recuperación de la salud. Justamente, por tener finalidades claramente diversas no son sustituibles o intercambiables entre sí para cumplir la misma finalidad. (...) Tampoco guardan complementariedad, toda vez que unos no necesitan de los otros para su consumo o uso, ni se ve que haya motivos para que los consumidores juzguen que deban consumirlos o usarlos, en conjunto. De otra parte, los consumidores, entendidos como quienes adquieren los productos en los sitios de distribución, tienden también a ser diferentes, toda vez que los de la clase 3 que ha seleccionado la actora, no son tan diversos como los de la otra, e incluso son más selectivos (...) mientras que los de la clase 5 tienen un grupo mucho más heterogéneo y, si se quiere, universal, pues todos los consumidores adquieren medicamentos o productos farmacéuticos (...) En estas condiciones, cualquier coincidencia que se pueda dar en el uso de los medios de difusión resulta irrelevante por cuanto esta similitud eventual queda inadvertida por fuerza de las diferencias anotadas.

[Sentencia del 17 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2004-00390-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. Se niega la pérdida de investidura de Concejal al establecerse que su intervención en la discusión y aprobación del Plan de Desarrollo 2008-2011, no constituye violación del régimen de conflicto de intereses por ausencia de interés directo e inmediato

Se solicitó que se decretara la pérdida de investidura del Concejal MIGUEL ANDRÉS POVEDA DORADO del Municipio de Cajicá para el período constitucional 2008-2011, por violación del artículo 48.1 de la Ley 617 de 2000, al haber incurrido en conflicto de intereses porque a pesar de pertenecer en calidad de Presidente al Consejo de Administración de COOTRANCAJICÁ, entidad del sector transporte que opera en ese municipio, y en la cual tiene afiliados dos (2) vehículos, participó activamente en la discusión y aprobación del Acuerdo mediante el cual se adoptó el Plan de Desarrollo Municipal 2008-2011, formulando algunas consideraciones relacionadas con la organización del sector transporte y la construcción del Terminal de Transportes.

Extracto: La Sala observa que en el plenario aparece debidamente acreditado que el día 31 de mayo de 2008, el Concejal POVEDA DORADO intervino de manera activa en la discusión y aprobación en segundo debate del Proyecto de Acuerdo N° 11 -, "*Plan de Desarrollo 2008-2011 Cajicá de pie, el cambio es con todos*", sin haberse declarado impedido para ello, a pesar de ostentar la condición de miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa de Transportadores de Cajicá COOTRANCAJICÁ LTDA., en la cual tenía afiliados dos vehículos de su propiedad, tal como lo declaró al momento de tomar posesión de su cargo como Concejal del precitado Municipio (...) Si se analiza con detenimiento la intervención realizada por el Concejal demandado, se advierte en ella la reafirmación de la necesidad de adoptar medidas encaminadas a organizar la prestación del servicio público de transportes en el municipio de Cajicá, mediante la construcción de un Terminal de transportes, la regulación de las rutas y horarios y la realización de unos estudios técnicos encaminados a la adopción del plan vial de transporte urbano y rural, todo lo cual se proyecta en beneficio de la comunidad. A juicio de la Sala, la sola referencia a esos temas, no significa que la intervención del Concejal POVEDA DORADO haya estado inspirada en el mezquino propósito de defender intereses particulares, directos e inmediatos, o los de terceros, de su cónyuge o de los parientes mencionados en el artículo 70 de la Ley 136 de 1994, es decir, que haya abogado por intereses distintos a los de la comunidad. Si bien podría llegar a pensarse que por su condición de transportador tenía un interés directo, particular y concreto en el resultado de los debates y en la aprobación del Plan de Desarrollo, lo cierto es que la organización de ese servicio y la construcción de un Terminal de transportes a partir de los estudios de factibilidad que se ordenó adelantar, son asuntos de innegable interés general, en cuanto atañen a todos y cada uno de los habitantes del municipio, incluyendo al propio demandado y a la Cooperativa a la cual pertenece. En virtud de lo anterior, el interés que en este caso le asiste a la comunidad en general, se confunde con el interés particular del Concejal demandado y con el del mencionado ente asociativo, situación que se subsume en el supuesto consagrado en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 (...) En ese orden de ideas, en tratándose de la aprobación de un plan de desarrollo que se limitaba simplemente a definir unos objetivos y adoptar unas estrategias orientadas al mejoramiento del "Sector vial vehicular" en el municipio de Cajicá, las cuales debían concretarse posteriormente mediante la realización de unos estudios de factibilidad y de la contratación y ejecución de unas obras de infraestructura, se concluye que el eventual beneficio que podría reportar el demandado de la aprobación de dicho acuerdo no tenía realmente un efecto directo ni inmediato.

[Sentencia del 17 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-15-000-2010-01610-01\(PI\). MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Pérdida de Investidura.](#)

3. a) Debe enjuiciarse es la decisión adoptada por el Comité de Evaluación de Sistemas Especiales de Importación - Exportación, de no autorización de la prórroga de 12 meses

solicitada para demostrar el cumplimiento de los compromisos de exportación correspondientes al Programa Plan Vallejo y no el oficio por medio del cual se comunicó.

La sociedad TRESFILADOS DE LA COSTA LTDA., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó el oficio expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por medio del cual se comunica la decisión del Comité de Evaluación de Sistemas Especiales de Importación-Exportación, en sesión núm. 001 de 21 de febrero de 2002, de no autorizar la petición de prórroga de doce (12) meses para la demostración del cumplimiento de los compromisos de exportación correspondientes al Programa de Sistemas Especiales de Importación-Exportación (Plan Vallejo) de Materias Primas; y los oficios con las cuales se resuelven los recursos de reposición y apelación.

Extracto: Advierte la Sala que no asiste razón a la actora en cuanto a que el Oficio núm. 2-2002-007870 de 7 de marzo de 2002, careciera de motivación, pues, conforme lo señala ella misma en la demanda, a través de tal oficio se le está comunicando la decisión adoptada en sesión núm. 001 de 21 de febrero de 2002, por el Comité de Evaluación de Sistemas Especiales de Importación - Exportación, relativa a la no autorización de la prórroga de 12 meses solicitada para demostrar el cumplimiento de los compromisos de exportación correspondientes al Programa Plan Vallejo. De tal manera que la voluntad de la Administración no se hizo explícita o manifiesta en el Oficio acusado, sino en la referida sesión de que dio cuenta el mismo y que, por ende, debió ser enjuiciada. Ahora, del texto de los Oficios núms. 2-2002-041765 y 2-2003-08198, acusados, cuyo texto ha quedado transcrito, vislumbra la Sala que la razón por la cual se le negó a la actora su prórroga solicitada para los períodos 1997 y 1998, obedeció a que para tales períodos la demandante había obtenido prórrogas por 41 meses y 30 meses, respectivamente, es decir, que la actora no se hacía acreedora a la prórroga, pues contó con un término superior a seis años, que supera con creces el de 12 meses solicitado para acreditar las exportaciones, lo cual no hizo. Por tal razón, la actora, en lo que atañe a los actos que aquí impugna, no ha controvertido las motivaciones que tuvo la Administración para su expedición.

b) Es potestativo del Comité de Evaluación de Sistemas Especiales de Importación - Exportación invitar a sus sesiones a los usuarios o abstenerse de hacerlo

Extracto: Considera la Sala que el hecho de que no se hubiera convocado a la actora a la Sesión núm. 001 de 21 de febrero de 2002, en la que se adoptó la decisión de no autorizar la prórroga que, como ya se dijo, no corresponde al acto acusado, y es la que verdaderamente contiene la manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos, no puede tomarse como una arbitrariedad, puesto que conforme se lee en el artículo 116 de la Resolución núm. 1860 de 1998, modificado por el artículo 48 de la Resolución núm. 1964 de 2001, transcrito, es potestativo del Comité de Evaluación de Sistemas Especiales de Importación - Exportación invitar a sus sesiones a los usuarios o abstenerse de hacerlo. Además, no se advierte imperativo alguno para que el Ministerio demandado tuviera que, forzosamente haber concedido la prórroga. Igualmente, estima la Sala que independientemente de que la actora hubiera demandado en acción de reparación directa por los daños que la Administración le pudo haber causado, ello per se no crea un nexo causal con la negativa de la prórroga para la demostración del cumplimiento de los compromisos de exportación correspondientes a los años 1997 y 1998, habida cuenta de que, como lo señalaron los actos administrativos que respondieron el recurso de apelación, ya se habían concedido prórrogas desde el 18 de agosto de 1998 al 31 de diciembre de 2001, tiempo más que razonable para que la empresa cumpliera sus obligaciones y la Administración, de conformidad con las normas transcritas en manera alguna estaba obligada a conceder prórrogas indefinidamente. En consecuencia, como lo consideró el a quo, la desviación de poder no se configura en este caso, pues tal fenómeno tiene ocurrencia cuando el funcionario ejerce sus atribuciones con miras a lograr un fin distinto al contemplado en la Ley y al expediente no se allegaron elementos de convicción que demostraran que la entidad demandada hubiera expedido los actos acusados con tal propósito.

[Sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp. 08001-23-31-000-2003-02033-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. a) El término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debe contarse a partir de la fecha en la cual se desfijó el edicto (28 de marzo de 2001) porque el administrado no puede sufrir las consecuencias de los errores en que incurrió la administración al no desfijarlo cuando correspondía (2 de marzo de 2001)

La sociedad Transportadora de los Andes -SOTRANDES S.A.-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó las resoluciones expedidas por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. por medio de las cuales le impuso como sanción una multa equivalente a 42 SMLMV; y resolvió el recurso de reposición.

Extracto: El apoderado del Distrito Capital propuso la excepción de «caducidad de la acción» porque la Resolución 1286 de 2000 (20 de noviembre) que resolvió el recurso de reposición contra el acto principal, esto es la Resolución 606 de 2000, fue notificada por edicto el cual fue desfijado el 28 de febrero de 2001, lo que significa que para el 26 de julio de 2001, fecha en que se presentó la demanda, la acción se encontraba caducada. Observa la Sala el informe de 29 de octubre de 2001, suscrito por el Coordinador del Grupo de Transporte Público de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., con el cual informó que *“la Resolución No. 606 de fecha de 2 de agosto de 2000 mediante la cual se decidió de fondo la investigación administrativa adelantada en contra de la empresa SOCIEDAD TRANSPORTADORA DE LOS ANDES S.A. SOTRANDES, quedó debidamente ejecutoriada el día 28 de febrero de 2001”*. Por otra parte, la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., mediante Oficio de 18 de mayo de 2001, informó que la Resolución 606 de 2 de agosto de 2000 quedó en firme con el Edicto 057, el cual fue fijado el 19 de febrero de 2001 y desfijado el 28 de marzo del mismo año, quedando la misma ejecutoriada en esta fecha. Ante la falta de coincidencia respecto de la fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución 606 de 2000 (2 de agosto), el Consejero conductor del proceso dictó un auto para que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. certificara *“en qué fecha quedó en firme la Resolución 606 de 2 de agosto de 2000”*. (...) No obstante la anterior respuesta, la Sala teniendo en cuenta que los informes aducidos anteriormente se soportan en la copia simple del Edicto 057, en el cual la fecha de desfijación del mismo se encuentra enmendado a mano, no es posible atribuirle valor probatorio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil. Es un hecho que la Resolución 1286 de 2000 (20 de noviembre) fue notificada por edicto, circunstancia que no discuten las partes. (...) Visto lo anterior y teniendo en cuenta que aun cuando el Edicto debía desfijarse el 2 de marzo de 2001, la entidad demandada le concedió un término superior, esto es, hasta el 28 de marzo de 2001, razón por la cual la Sala tomará esta fecha para contar el término de caducidad de la acción, pues el administrado no puede sufrir las consecuencias de los errores en que incurrió la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. El ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está condicionado a que la demanda se presente dentro del término de caducidad establecido en el artículo 136-2 del C.C.A., que es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agotó la vía gubernativa. Entonces, para el 26 de julio de 2001, fecha de la presentación de la demanda, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se encontraba caducada.

b) Caducidad de la facultad sancionatoria

Extracto: Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse *“impuesta la sanción”*, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009, que *“la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos*

de la vía gubernativa”. Asimismo sostuvo que “los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado”. Es, pues, claro, que en los términos del artículo 38 del C.C.A., la Administración debe ejercer la acción encaminada a sancionar personalmente al autor de la infracción administrativa, dentro de los tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho. En consecuencia, a partir de esa fecha la Administración cuenta con tres (3) años para proferir la resolución sancionatoria y notificarla al sancionado, independientemente de la interposición de los recursos. En ese orden de ideas, observa la Sala que la Resolución 606 de 2000 (2 de agosto) fue notificada por edicto, el cual fue desfijado el 21 de septiembre de 2000. De conformidad con el artículo 45 del C.C.A., la notificación por edicto se entiende surtida al día siguiente de la desfijación, esto es, el 22 de septiembre de 2000. Entonces, los tres (3) años con que contaba la Administración para proferir la decisión de fondo o el acto sancionatorio transcurrieron a partir de la fecha en la que se produjeron las órdenes de comparendo. En consecuencia, si las órdenes de comparendo tuvieron ocurrencia con posterioridad al 22 de septiembre de 1997, para la época en que se produjo la notificación de la Resolución 606 de 2000, esto es el 22 de septiembre de 2000, la facultad de la Administración se encontraba en tiempo, y respecto de las órdenes de comparendo impuestas con anterioridad a esa fecha (22 de septiembre de 1997), dicha facultad se encontraba caducada puesto que había transcurrido más tiempo, frente a los 3 años que establece el artículo 38 del C.C.A.

[Sentencia del 7 de abril de 2011. Exp. 25000-23-24-000-2001-00790-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

5. Negada la pretensión de nulidad del Decreto 2772 de 2005 “Por el cual se establecen las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden Nacional y se dictan otras disposiciones”.

Se demandó, en acción de nulidad, el Decreto 2772 de 10 de agosto de 2005, porque a juicio del demandante es del resorte exclusivo del Congreso establecer las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden Nacional; y porque las facultades otorgadas por el Congreso al Presidente de la República para reglamentar la Ley 909 de 2004, habían expirado al momento de expedirse el acto acusado.

Extracto: Solicita la parte actora la nulidad total del Decreto Reglamentario núm. 2772 de 10 de agosto de 2005 (...) se deduce que su expedición se efectuó con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 5° del Decreto 770 de 2005. Además, del texto de la norma acusada (...) advierte la Sala (...) como ya se dijo, que el Gobierno actuó con fundamento en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política para expedir el Decreto reglamentario 2772 de 2005, y por las normas legales que expresamente indican la necesidad de regular una determinada ley, que en este caso fue el artículo 5° del Decreto Ley 770 de 2005, que simplemente desarrolló el ejecutivo, el cual reglamenta el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, que le otorgó entre otras facultades, la de “...expedir normas con fuerza de ley que contengan: (...) 3.- El sistema de funciones y requisitos aplicable a los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial que deban regirse por la presente ley” (...) el Gobierno Nacional como legislador extraordinario no se faculta así mismo para legislar sobre la materia, sino depende de los criterios señalados en este caso, tanto en la Ley 909 de 2004 como en el Decreto Ley 770 de 2005, los cuales son leyes ordinarias, como lo indica el Ministerio Público. Tampoco tiene éxito la argumentación del demandante relativa a que el Ejecutivo se excedió en el tiempo de seis meses que le había otorgado el legislador para promulgar el Decreto 2772 de 2005, “con lo cual usurpó las competencias del Congreso de la República”, toda vez que la potestad reglamentaria no se agota, pues no tiene limitaciones temporales, en virtud de que es una facultad constitucional no sujeta al tiempo cuya finalidad es hacer posible la aplicación de las leyes (...)

Igualmente, sostiene el demandante que la expedición del Decreto 2772 de 2005 constituye una ampliación temporal indebida de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 909 de 2004, lo cual tampoco es de recibo dicha aseveración, en virtud de que el acto acusado no se fundamenta en tales facultades sino en la potestad reglamentaria general concedida al ejecutivo por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el cual se expidió dentro de los presupuestos previstos en el Decreto Ley 770 de 2005. En conclusión, la norma acusada, no es contraria a lo dispuesto en los artículos 4º, 29, 150 numeral 10, 189 numerales 10 y 11 de la Constitución Política, toda vez que la expedición del Decreto Reglamentario 2772 de 2005, obedece a las facultades conferidas por la Constitución al Ejecutivo para reglamentar.

[Sentencia del 7 de abril de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00288-00. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

6. El Registrador puede hacer las correcciones en cualquier momento para que el registro refleje la verdadera situación jurídica del inmueble / La función registral implica una valoración jurídica previa para determinar si la inscripción del título es legalmente admisible y la naturaleza jurídica del acto para su ubicación en la clasificación y columnas pertinentes

En acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demanda el acto administrativo emanado por el Registrador de Instrumentos Públicos de la Seccional de Itzmina, Chocó, con el cual se corrige la naturaleza jurídica de unas inscripciones en unos folios de matrícula inmobiliaria y se inscribe en éstos una extinción de dominio decretada por el INCORA.

Extracto: Del contenido de las normas de registro (Artículos 7, 10, 27, 35, 39, 40 y 82 del Decreto 1250 de 1970), se deduce que para que el registro refleje la verdadera situación jurídica del inmueble, el Registrador puede hacer las correcciones en cualquier momento; y conforme se precisó en la sentencia de 23 de octubre de 2003 (Expediente núm. 5611, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), que reiteró el fallo de 11 de noviembre de 1999 (Expediente núm. 4106, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa, Actora, Gloria del Carmen Rengifo Padilla), el estudio que corresponde efectuar a las Oficinas de Registro, en modo alguno significa que su actividad sea meramente mecánica o automática, despojada de toda valoración jurídica respecto del acto a registrar sino que, por el contrario, ellas están habilitadas por la ley para efectuar una valoración jurídica previa a la anotación respectiva, con miras a determinar precisamente “Si la inscripción del título” es “legalmente admisible”, según preceptúa el artículo 37 del Decreto Ley 1250 de 1.970, así como determinar la naturaleza jurídica del acto con miras a su ubicación en la clasificación y columnas pertinentes (artículo 25 ibídem) y, si procede su registro, según los términos del artículo 52 ibídem, de modo que la anotación se debe hacer según los resultados de dicha valoración, que se supone tiene lugar en la etapa de “calificación”, que es una de las cuatro etapas del procedimiento de inscripción descritas en el artículo 22, ibídem. Entonces el Registrador de Instrumentos Públicos Seccional Itzmina, al disponer en el acto acusado la inserción en la 6ª columna “falsa tradición”, del folio de Matrícula Inmobiliaria N° 184-0005670, lo hizo teniendo en cuenta que el título antecedente del inmueble era una posesión y no el dominio pleno y por tanto ajustó la tradición a la realidad jurídica, de la manera como lo ordenan las disposiciones que regulan el procedimiento de corrección del registro de instrumentos públicos.

[Sentencia del 31 de marzo de 2011. Exp. 27001-23-31-000-2003-00457-02. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. El Gobierno Nacional no tiene la facultad para modificar el régimen de personal de un Organismo Administrativo del orden Nacional, mediante la modificación de Estatutos de la entidad, puesto que el régimen laboral esta contenido en la ley.

Situación fáctica: El problema jurídico por resolver, consiste en definir, si el Presidente de la República a través de Decreto Presidencial proferido en virtud del numeral 16 del artículo 189 de la Carta Política, y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, tenía competencia para modificar el régimen de personal del Banco Cafetero sometido al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, remitiéndolo a la regulación estatutaria.

En relación con la noción de estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa, cabe recordar que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, comprende la determinación de los siguientes aspectos: denominación, naturaleza y régimen jurídico, sede, integración de su patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración, forma de integración y designación de sus titulares, y el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos. Se trata pues, de un concepto integral que fusiona en su conjunto elementos funcionales, administrativos, financieros y jurídicos". "En el análisis de exequibilidad sobre el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional indicó que en los numerales a, e, f, j, k, l, y m, trazó los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno puede modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los demás organismos del orden Nacional, contenido que le ha dado el rango jurídico de norma marco o cuadro. "Visto lo anterior, y reparando de manera particular en los criterios que facultan al Gobierno para modificar la estructura de los organismos administrativos del orden Nacional entre otros, se extraña el principio que orienta la modificación del régimen laboral de los empleados, de contera que, cualquier reforma sobre este aspecto, debe ser autorizada por Ley, de lo que concluye la Sala que no podía el Presidente de la República por medio del Decreto 092 de 2000, remitir la aplicación del régimen de personal a los estatutos, por tanto habrá que declarar la nulidad del aparte demandado, advirtiendo si, que el régimen laboral aplicable es el contenido en la Ley, de acuerdo a la exposición que se hizo en esta providencia en el acápite correspondiente al régimen laboral".

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2006-00086-00\(1477-06\) y 11001-03-25-000-2007-00044-00\(0980-07\) MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de Nulidad.](#)

2. Los miembros del Consejo Superior de la Carrera Notarial pueden realizar directamente las entrevistas programadas a los aspirantes del Concurso de Notarios, por no tener prohibición legal

Situación fáctica: El problema jurídico por resolver, se encamina a determinar si los Acuerdos Nos. 72 y 75 de 18 de septiembre y 4 de octubre de 2007, son violatorios del artículo 29 de la Carta Política, el Decreto 3454 de 2006 y la Ley Orgánica 588 de 2000; al realizar los miembros del Consejo Superior de la Carrera Notarial la entrevista de los aspirantes a notarios, de manera directa y no por delegación.

El Consejo Superior es el máximo administrador de la Carrera Notarial, por ende, era su obligación adelantar desde el punto de vista técnico e instrumental, los concursos, directamente o a través de universidades legalmente establecidas, como lo señala la Ley 588 de 2000. La entrevista, como las demás pruebas, era un mecanismo de selección, por tanto, tal y como lo dispuso el artículo 10 del Decreto 3454/06, era una obligación consustancial a su función, por consiguiente, podía ser ejercida de manera personal e indelegable por sus miembros, o tenían la viabilidad para desprenderse

temporalmente de ella mediante delegación o contratación. Distinto es, que en la norma que reglamentó el concurso, se hubiera dispuesto una prohibición respecto de la integración del jurado para las entrevista y allí se hubiesen incluido a los miembros del Consejo Superior Notarial. La entrevista directa por parte de los miembros del Consejo Superior a los aspirantes cumplió con el fin esencial de la misma, dado que esta permite un contacto directo y una percepción personal del entrevistador con el entrevistado; lo que evidencia el acatamiento de los principios de la función pública tal y como lo dejaron expreso en la motivación de los Acuerdos cuestionados. Finalmente, en lugar de ir en detrimento del concurso -fuera de algunas modificaciones temporales en el cronograma-, la asunción directa de la entrevista por parte de los miembros del Consejo Superior de la Carrera Notarial fue una garantía para los aspirantes, dada su experiencia, conocimiento y alto perfil. Para terminar, tampoco está demostrada la violación al procedimiento, porque los Acuerdos demandados designaron los jurados para cada nodo notarial con anticipación, dando cumplimiento al artículo 10 del Decreto 3454 de 2006, lo que denota que respetaron el marco fijado por la Ley 588 de 2000 y su Decreto Reglamentario, lo que conduce a concluir que al no encontrar vulneración a las normas indicadas por el actor, ni violación al debido proceso, la Sala negará las pretensiones.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2007-00119-00\(2235-07\) MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de Nulidad.](#)

3. Al ser revocada en segunda instancia una sentencia proferida por el a quo en la que accede a las pretensiones de la demanda, es necesario en la parte resolutive revocar los numerales que ordenaron el restablecimiento del derecho a favor del actor, para así evitar la ambigüedad y asegurar la eficacia del fallo.

Situación fáctica: Corresponde a la Sala decidir sobre la solicitud de corrección de la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia; petición que resulta improcedente con fundamento en lo dispuesto por el artículo 310 el C.P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.

Se estima que el fallo proferido expresa razonadamente y de modo inequívoco el conjunto de normas aplicables al caso en estudio y su interpretación, seguida de una valoración de las pruebas que soportan la decisión, razón por la cual debe concluirse que en principio cumple con los requerimientos contenidos en los artículos 170 del C.C.A y 55 de la Ley 270 de 1996 y demás concordantes, así como con las exigencias constitucionales derivadas del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues, se reitera, en la misma se resolvieron, razonada y fundadamente, todos los asuntos planteados por las partes. No obstante, en la parte resolutive solo se aludió a los numerales relacionados con la nulidad de los actos administrativos, sin referirse al restablecimiento del derecho. Naturalmente que si se negó la pretensión de nulidad de los actos por los que la Procuraduría General de la Nación dispuso una sanción, ésta se mantuvo como acto administrativo imperativo y por lo mismo no da lugar a ningún restablecimiento del derecho, pues éste es consecuencial a la declaración de nulidad, luego negada ésta no hay lugar a dicho restablecimiento.

[Adición de sentencia de 30 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2004-05678-02\(2137-09\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

4. a) Consolidación de Jurisprudencia, respecto de las controversias por sanciones disciplinarias que implican la suspensión temporal del cargo, la competencia radica en el Consejo de Estado en única instancia, para conocer los procesos de acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Situación fáctica: El proceso de la referencia se encuentra al Despacho para decidir si el Consejo de Estado es competente en única instancia para conocer del asunto que ahora discurre por la Corporación.

No sobra reiterar que en la providencia de 4 de agosto de 2010, ya el Consejo de Estado había tratado el tema de la competencia para conocer en única instancia de las demandas contra los actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias de destitución; no obstante, en esta ocasión es del caso dar alcance a dicha providencia para consolidar la jurisprudencia en la materia, y determinar que la competencia que asume esta Corporación en sanciones disciplinarias administrativas, no solo se limitan a las destituciones, sino también, a las suspensiones en el ejercicio del cargo, siempre y cuando provengan de autoridades del orden nacional. Lo anterior por cuanto de conformidad con el inciso segundo del artículo 134 E del C.C.A., en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no se podrá prescindir de la estimación razonada de la cuantía so pretexto de renunciar al restablecimiento, norma perfectamente aplicable tratándose de actos que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio, los cuales generalmente tendrán efectos económicos independientemente de que el interesado los reclame o no. En consecuencia, la Sala complementa el auto de 4 de agosto de 2010, en el sentido de determinar que los actos administrativos del orden nacional relacionados con sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio, esto es, destituciones y suspensiones en el ejercicio del cargo, con o sin cuantía serán de competencia del Consejo de Estado en única instancia. Según lo antes considerado, la Sala, con el fin de resolver el problema jurídico planteado y definir la regla de competencia para el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales se controviertan sanciones disciplinarias administrativas que impliquen suspensión en el ejercicio del cargo, acomete el análisis que el presente caso amerita. De acuerdo con la línea del precedente judicial desarrollado por la Sección, en aplicación de lo previsto en el numeral 13 del artículo 128 del CCA., modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales se controviertan sanciones disciplinarias administrativas proferidas por autoridades nacionales, que impliquen retiro temporal del servicio, están asignados en única instancia al Consejo de Estado.

b) Salvamento de voto del Doctor Luís Rafael Vergara Quintero

Al ser de competencia del Consejo de Estado el conocimiento en única instancia de los procesos de las sanciones disciplinarias que implican la destitución o suspensión del cargo, se limitaría el acceso a la administración de justicia y se violaría el principio de la doble instancia.

Tal como lo manifesté cuando me separé de la decisión adoptada por la Sección Segunda en Auto del 4 de agosto de 2010, reitero las razones por las que me separo de la posición mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia, al determinar que la competencia que asume esta Corporación en sanciones disciplinarias administrativas, “no solo se limita a las destituciones, sino también, a las suspensiones en el ejercicio del cargo, siempre y cuando provengan de autoridades del orden nacional”. Al arrogarse el Consejo de Estado el conocimiento de todos los asuntos que tienen que ver con sanciones de carácter disciplinario desconoce el principio fundamental a la doble instancia a que tiene derecho toda persona que se crea lesionada con un acto administrativo que impone una sanción; en otras palabras, el proceso en única instancia de esta Corporación coarta la posibilidad de un recurso ordinario o de una segunda revisión por parte de otra autoridad judicial, lo que constituye un retroceso en materia de garantías procesales y sin explicación jurídica que lo justifique. Igualmente, si como se deduce del auto que antecede, cualquier empleado público de provincia, que haya sido sancionado a lo largo y ancho del país, para promover demanda contenciosa tiene obligatoriamente la necesidad de ventilar su asunto en la sede del Consejo de Estado en la Capital del país y constituir un apoderado radicado en esta ciudad, ello -de entrada- representa una limitación al acceso a la administración de justicia y encarecimiento de sus costos por una centralización de la justicia en esta materia.

[Sentencia de 18 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2010-00020-00\(0145-10\) MP. VICTOREE HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

5. Por no aportar oportunamente al proceso elementos de juicio que permitiera demostrar las funciones desempeñadas por la demandante, exigir requisitos distintos del empleo en caso de incorporación, no otorgar el derecho de opción y proveer el cargo con personal en provisionalidad, se declara la nulidad del acto administrativo expedido por el Departamento Administrativo de Planeación que suprimió el empleo por reestructuración de la planta de personal y se ordena el reintegro de la actora.

De acuerdo con el material probatorio aportado al expediente, es claro que aun cuando existían vacantes definitivas en los cargos de Profesional Universitario 3020 grado 13, la demandante no fue incorporada, éstos fueron provistos con personal en provisionalidad, con claro desconocimiento de sus derechos de carrera, y con violación de las normas que regulaban su situación de aforada. No desconoce la Sala que, en la misma fecha en la que se hicieron los nombramientos en provisionalidad, esto es, 30 de enero de 2004, la Subdirectora de Recursos Humanos le informó a la demandante que su empleo había sido suprimido y que debía optar entre la indemnización y la incorporación, sin embargo, tal situación no tiene la virtualidad de purgar la ilegalidad del acto acusado. En relación con el argumento según el cual las funciones que venía desempeñando la demandante son distintas, de las asignadas al Profesional Universitario 3020-13, para el cual se exige el título de Contador Público, se observa que la entidad no aportó oportunamente al proceso elemento de juicio que permitiera determinar las funciones que desempeñaba Delsy Matiz Cifuentes en la planta anterior. Además, es preciso tener presente que el artículo 40 de la Ley 443 de 1998 dispone: Artículo 40°. - Efectos de la incorporación del empleado de carrera a las nuevas plantas de personal. A los empleados que hayan ingresado a la carrera previa acreditación de los requisitos exigidos al momento de su ingreso, no podrá exigírseles requisitos distintos en caso de incorporación o traslado a empleos iguales o equivalentes. La violación a lo dispuesto en el presente artículo será causal de mala conducta, sancionable disciplinariamente sin perjuicio de las demás responsabilidades legales. Siendo así, la entidad demandada no podía exigir a la actora que acreditara requisitos distintos de los que ya había demostrado para desempeñar el cargo de Profesional Universitario 3020 grado 13 y por consiguiente ha debido proceder a su reincorporación.

[Sentencia de 17 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2004-04050-02\(1591-10\) MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

6. Los empleados públicos de la Rama Judicial y del Ministerio Público tienen derecho a permanecer en el servicio hasta cumplir la edad de retiro forzoso, aún cuando hayan acreditado los requisitos para la pensión de jubilación, por estar cobijados por el régimen de transición.

Situación fáctica: El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad del Decreto 932 de 31 de mayo de 2004 expedido por el Procurador General de la Nación, por medio del cual retiró del servicio al señor José Enrique González Urrego, del cargo de Asesor, Código 1AS, grado 19 de la Procuraduría Primera Distrital por tener reconocida la pensión de jubilación, con fundamento en la facultad otorgada a la Administración en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

De acuerdo con las anteriores previsiones, los empleados públicos de la Rama Judicial y del Ministerio Público tienen derecho a permanecer en el servicio hasta cumplir la edad de retiro forzoso, aún cuando hayan acreditado los requisitos para la pensión de jubilación, sin que la Administración pueda de forma válida disponer el retiro por dicha causal, pues ella debe operar cuando el empleado voluntariamente haya tomado la determinación de separarse del servicio. En consecuencia, una vez se cumplen los presupuestos establecidos por el legislador, y se crea una situación jurídica concreta en la cual se hace el servidor beneficiario de una pensión de jubilación, no existe una razón de derecho para que una ley posterior, como lo es la Ley 797 de 2003 en este

caso, se aplique de manera retroactiva con el fin de desmejorar su situación, contrariando de manera directa el artículo 4° de la Constitución Política.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2004-07980-01\(2323-07\) MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.](#)

7. Se decreta la nulidad de los artículos 2,3 ,5 ,7 parágrafo 1 y 21 del Decreto 2900 de 2005, por el cual se reglamenta el Decreto Ley 790 de 2005 que estableció el Sistema Específico de Carrera Administrativa en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en consideración:

a) La prórroga del nombramiento en encargo y en provisionalidad excede la facultad reglamentaria

Cuando en los apartes demandados contenidos en los artículos 2,3,y 5 del Decreto 2900 de 2005, el Ejecutivo consagró un término de duración superior a seis (6) meses para la provisión temporal de empleos, nombramiento en encargo o en provisionalidad, excedió su potestad reglamentaria, en cuanto incluyó una disposición nueva no consignada en la normatividad que reglamenta, pues, como quedó demostrado, tanto en ésta, Decreto N° 790 de 2005, específicamente en su artículo 23, como en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, el término fijado para tales designaciones es de seis (6) meses. Se concluye entonces que, en razón de que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al establecer un término adicional para la provisión temporal de empleos, el cual no está previsto en la norma que reglamenta, Decreto Ley 790 de 2005, es el caso declarar la nulidad de los apartes demandados,

b) La facultad para la realización de pruebas generales previas a la convocatoria por el Consejo Administrativo del Sistema Específico de Carrera y el señalar las Entidades de apoyo para la aplicación y evaluación, excede la potestad reglamentaria

Partiendo de la base de que la norma con fuerza de ley (D.790/05), expidió la reglamentación contentiva del Sistema Específico de Carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de la AEROCIVIL, la función del Ejecutivo no estaba dirigida a repetir ni incluir reglamentaciones diferentes a las adoptadas por el Legislador extraordinario, como evidentemente lo hizo, pues si bien es cierto el artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005, determinó, como en la norma reglamentada, que el proceso de selección o concurso comprendía la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el período de prueba (art. 17 D. 790/05), también lo es que en su parágrafo 1° la norma demandada incluyó una nueva disposición, para atribuirle al Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera la facultad de aplicar, previa convocatoria, unas pruebas generales y en su parágrafo 2° señaló las Entidades en las que podía apoyarse para su aplicación y evaluación. Las razones expuestas son suficientes para concluir que el Jefe del Ejecutivo excedió su potestad reglamentaria, al establecer para los aspirantes a ocupar cargos en la AEROCIVIL, la aplicación de pruebas generales a efecto de evaluar sus aptitudes, habilidades o conocimientos, en la medida en que tales pruebas generales no estaban previstas en la norma que reglamenta (Decreto Ley 790 de 2005), razón por la cual es el caso declarar la nulidad de los parágrafos 1° y 2° del artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005.

c) El otorgar Puntaje adicional a los participantes del proceso de selección inscritos en carrera administrativa vulnera los principios de libre concurrencia y de igualdad

La Sala observa que el precepto reglamentario que se analiza (art. 21 D. 2900/05) desconoció la normatividad general que rige los procesos de selección en la AEROCIVIL (D. 790/05), específicamente el principio consagrado en el artículo 16 literal b del Decreto 790 de 2005, al

otorgar un puntaje adicional a un grupo concreto de participantes en los concursos, cual es el que se encuentra inscrito en la Carrera Administrativa; dicho porcentaje proveniente de la última calificación que obtuvieron en la evaluación de desempeño del empleo del que son titulares, que a su vez introduce un elemento discriminatorio para los participantes que no pertenecen a la Carrera Administrativa, porque resultan evaluados en condiciones de desigualdad que además de contrariar la norma reglamentada, también contraría el artículo 13 de la Constitución Política.

[Sentencia de 17 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2005-00220-01\(9547-05\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ PÁEZ. Acción de nulidad](#)

8. El liquidador de una entidad pública es competente para declarar insubsistente a empleada de libre nombramiento y remoción por ser titular de la facultad nominadora

Establecer si el acto de insubsistencia se encuentra viciado por falta de competencia al expedirse por el liquidador de la entidad.

El mismo Decreto 1790 de 2003 le asignó al liquidador la facultad de eliminar los cargos vacantes y suprimir aquellos que no fueran necesarios para adelantar el proceso de liquidación. Si bien el cargo ejercido por la actora no fue considerado dentro de los antes mencionados por cuanto en concepto del liquidador era necesario para efectos de asesoramiento jurídico y consulta, este subsistió durante el proceso de liquidación, sin que ello impidiera que en el liquidador en un momento dado, pudiera prescindir de sus servicios, en aras del buen servicio. De tal suerte que el Liquidador tenía atribuidas las mismas funciones que ejercía en su momento el Gerente de la entidad en liquidación, por lo que también poseía la titularidad de la facultad nominadora. Igualmente, es el artículo 10 del Decreto 1790 de 2003, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 254 de 2000 (régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional) el que establece que todos los actos del liquidador que por su naturaleza constituyan el ejercicio de sus funciones administrativas, son considerados actos administrativos y gozan de la presunción de legalidad que a ellos se atribuye. De tal suerte que el acto por medio del cual declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora, mantiene la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo, en la medida en que no se logró demostrar su ilegalidad.

[Sentencia de 10 de febrero de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2004-04141-01\(1725-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

9. No obligatoriedad de realizar un estudio técnico para la reforma de la Planta de Personal en las entidades públicas con anterioridad a la vigencia de la Ley 443 de 1998

Determinar la procedencia del reintegro al cargo que ocupaba la demandante del cual fue retirada por supresión del cargo

Corporación, de solicitar mediante auto para mejor proveer el estudio técnico que precedió el proceso de restructuración del Distrito de Barranquilla, dirá la Sala que si bien es cierto, que la realización de estudios técnicos sobre reformas de plantas de personal constituye una práctica sana en cuanto permite adelantar dicho proceso con la racionalidad y cuidado que demanda este aspecto de la gestión pública no lo es menos, que las normas vigentes al momento en que se suprimió el cargo de la demandante, esto es la Ley 27 de 1992 y el Decreto 1223 de 1993, no contemplaban la realización de los estudios técnicos como una exigencia para reformar las plantas de personal de las entidades públicas. Bajo estos supuestos, la falta de elaboración de un estudio técnico previo al proceso de restructuración al que fue sometido el Distrito de Barranquilla, no afectó la legalidad del citado proceso en tanto que sólo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 443 de 1998, la elaboración del citado documento, se convirtió en una exigencia para reformar las plantas de personal de las entidades del sector público.

[Sentencia de 7 de abril de 2010, Exp. 08001-23-31-000-1998-01454-01\(1778-10\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

10. La notificación de la sustitución del permiso sindical es obligación del sindicato respectivo. Vacancia por abandono del cargo de empleada cuyo permiso sindical se sustituyó en otro funcionario al no reintegrarse al servicio

Observa la Sala que a la Universidad del Atlántico no le asistía obligación alguna de notificar a la demandante el contenido del Oficio de 18 de octubre de 2000, suscrito por el Presidente y Secretario General del Sindicato ASPROINSPES, pues no fue proferido por ésta, sino por el Ente sindical al cual pertenecía la accionante; a más de lo anterior según la demandante para esa época era miembro de la Junta Directiva del mismo, y por lo tanto, como debió participar en la toma de esa decisión, tenía pleno conocimiento de que su permiso sindical había sido revocado. Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, para la Sala resulta probado que la demandante al momento de la declaración de vacancia por abandono del cargo, no gozaba de permiso sindical remunerado, dado que fue la Junta Directiva del Sindicato ASPROINSPES, que el 18 de octubre de 2000 le comunicó al Jefe de la Oficina de Recursos Humanos que el permiso sindical remunerado era sustituido a otro funcionario, razón por la cual la funcionaria se encontraba en el deber legal de concurrir al lugar donde habitualmente prestaba el servicio docente (Instituto Pestalozzi), al no hacerlo durante más de tres (3) días seguidos conforme lo establecido en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, se configura la causal de abandono del cargo.

[Sentencia de 30 de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2002-02382-01\(1913-08\), MP BERTHA LUCÍA RAMÍREZ PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

11. Se niega inclusión de la prima técnica reconocida a un empleado del nivel territorial para efecto de liquidar las cesantías definitivas, por cuanto, la administración no fijó los parámetros de asignación en su oportunidad y sólo son beneficiarios los empleados del orden nacional, una vez declarada la nulidad del acto que hizo extensiva dicha prestación en el orden territorial, razón por la cual su reconocimiento carece de justa causa, lo que no puede desconocerse por la presunción de legalidad que se atribuye al acto administrativo.

La administración no tuvo en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas del actor factores efectivamente devengados por éste.

El demandante no tenía derecho a la prima técnica, por cuanto el Hospital Sandiego de Cereté no adoptó, mientras tuvo la oportunidad de hacerlo, los criterios para su asignación. Tampoco tendría derecho el actor a la prima técnica los años previos a su retiro, porque mediante providencias de 23 de agosto de 1995, 25 de octubre de 1995 y 19 de marzo de 1998, esta Corporación suspendió y anuló, respectivamente, el artículo 13 del decreto reglamentario 2164 de 1991, normativa que hacía extensiva esta prerrogativa a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados. Lo anterior, porque la intención del legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional. Concluido y corroborado con el recuento anterior que el demandante no tenía derecho a la prima técnica, es ilógico que éste se escude únicamente en el pago ilegal que se efectuó de ese emolumento y de otras acreencias (disponibilidades y viáticos), el cual fue reprochado disciplinariamente, para obtener la reliquidación de las cesantías definitivas. Para la Sala es absurdo fundar unas pretensiones sobre un derecho obtenido por medios ilegales, por cuanto el efecto justo que se persigue debe tener una causa, igualmente, justa. De otro lado, si bien es cierto, como lo indicó el a-quo, que la prima técnica es un factor de salario para la liquidación de las cesantías (artículo 45 del decreto 1045 de 1978), también lo es que no se puede desconocer, en aras de respetar la presunción de legalidad de un acto administrativo inexistente en este caso, que esa acreencia no ingresó al patrimonio del actor con arreglo a la ley.

[Sentencia de 26 de enero de 2011, Exp. 23001-23-31-000-2000-02309-01\(0154-07\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

12. a) Por prevalencia del derecho sustancial se estudia la legalidad del acto demandado aportado en copia simple, a pesar de ser una obligación a cargo del demandante el aportar copia hábil, en consideración que el juez de primera instancia puede solicitarla de oficio y la entidad demandada no cuestionó su autenticidad

La Sala procedió a verificar la manera como se aportaron los actos administrativos demandados, pudiendo constatar que las Resoluciones No. 33571 del 24 de octubre de 2005 “Por la cual se niega una reliquidación pensional con base en la Ley 4 de 1982” y No. 09091 del 27 de diciembre de 2005 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”, se anexaron al expediente en copia simple Esta presentación en copia simple, no puede ser suplida en esta instancia, más sin embargo, a pesar de que ésta es una obligación que le compete cumplir al demandante, no puede pasarse por alto que el juez de conocimiento en el auto admisorio tiene la facultad de solicitar a la entidad la remisión de los documentos en copia hábil y que esta orden, de no ser cumplida, puede reiterarse hasta antes de que el proceso ingrese al despacho para fallo, con el único objetivo de evitar sentencias inhibitorias. Adicional a lo anterior, se precisa que la entidad demandada teniendo la posibilidad de controvertir la autenticidad de los actos demandados no lo hizo, sino que por el contrario al contestar la demanda se refiere a ellos analizando su contenido y la decisión negativa del derecho reclamado, por lo cual para esta Sala, dado que se trata de un derecho pensional, debe para el caso, efectuarse el análisis de legalidad en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, sin que con esta decisión se estén desconociendo los preceptos que obligan a la presentación en copia hábil de los actos cuya legalidad se controvierte.

b) Se niega reajuste especial de pensión de jubilación de Procurador Judicial ante tribunal, por cuanto el Decreto 1359 de 1993 sólo consagró dicho beneficio a favor de los ex magistrados de Altas Cortes.

La Sala precise que para el caso específico del actor, su edad pensional era 50 años dado que le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto 1848 de 1968 concordante con el artículo 13 del Decreto 546 de 1971. La pensión de jubilación judicial cuando está sometida al régimen citado debe, en consecuencia, liquidarse conforme a esa normatividad que, en este caso, corresponde al art. 6° del Decreto 546 de 1971 que determinó los requisitos fundamentales para el derecho a la pensión de jubilación, edad y tiempo de servicio, y estableció su valor como el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio. Y, al respecto, conviene anotar que la asignación mensual para estos efectos comprende no solo el salario básico del cargo, sino todos los factores reconocidos y pagados en el mes como retribución del servicio, a la vez que aquellos que se adquieren proporcionalmente por el trabajo en el mes, salvo los excluidos por ley para esta finalidad. Consecuente con lo anterior, la normatividad que el actor pretende se le aplique para la reliquidación de su derecho, no lo cobija, de una parte porque como ya se dijo y se repite, la norma vigente para el momento en que adquirió el derecho pensional, era el Decreto - Ley 546 de 1971; y de otra, porque el cargo que desempeñaba para el momento en que operó el retiro del servicio era el de Procurador Regional, cargo que no se enlista en el Decreto 1359 de 1993 para hacerse merecedor al reajuste en el porcentaje reclamado que se aplica a los ex Magistrados de Altas Cortes en razón a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y calidades exigidas para el desempeño.

[Sentencia de 28 de abril de 2011, Exp. 73001-23-31-000-2006-01286-01\(1083-09\) MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

13. La prima especial de servicio no es factor de liquidación de la asignación de retiro a partir de la expedición del Decreto 10 de 1993

La prima especial de servicios regulada a través del Decreto 873 de 1992, perdió vigencia desde la expedición del Decreto 10 de 1993 que de manera expresa derogó el Decreto 873 por lo tanto no era procedente que la entidad pagadora reconociera ni incluyera este rubro como factor para liquidar las prestaciones sociales del actor en ejercicio de su actividad. Claramente los artículos 5 y 6 del Decreto 10 de 1993, estipularon que la prima de que trata dicha norma, reemplaza en su totalidad y deja sin efecto cualquier otra prima a que tengan derechos los funcionarios a que se refiere el Decreto, con excepción de la prima de navidad y haciendo derogatoria expresa de las disposiciones contrarias, en especial el Decreto 873 de 1992. Consecuente con lo expuesto se tiene que la prima que reclama la actor como no pagada a pesar del derecho a percibirla desde el momento en que fue ascendido al grado de General, tuvo vigencia hasta diciembre de 1992, por lo cual y como el ascenso se produjo con posterioridad a la derogatoria expresa de la norma que reguló dicha prima especial, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 1993, la entidad no podía reconocerla y pagarla en la forma que solicita el actor desde el 2001 cuando mediante Decreto fue ascendido al grado de General.

[Sentencia de 28 de abril de 201, Exp. 25000-23-25-000-2005-08668-01\(1520-08\) MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se declara la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de un particular, respecto de quien se precluyó la investigación penal, tras establecerse que el sindicato no cometió el delito que se le imputaba.

Síntesis del caso: Sindicato del delito de secuestro extorsivo de un menor de edad, un particular estuvo privado de la libertad entre el 11 de julio de 1996 y el 29 de octubre de 1997, momento en el cual quedó en libertad al haberse precluido la investigación penal que se seguía en su contra.

a. El deber constitucional de la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos que revistan características de un delito, no se discute en los eventos de determinar su responsabilidad por privación injusta de la libertad, con fundamento en el artículo 414 del C.P.P.

Extracto: “(...) la jurisprudencia de la Corporación no desconoce el deber constitucional que tiene la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos que revistan las características de un delito, así como de tomar las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal al proceso, sin embargo, tal como se expuso en el acápite anterior, dado el régimen de responsabilidad aplicable al caso, no es determinante establecer si la medida se adoptó en cumplimiento del deber constitucional señalado y con el lleno de los requisitos previstos para tal efecto, esto es, si fue legal, por cuanto en estos casos la responsabilidad se predica de lo antijurídico del daño padecido, mas no de la ilegalidad de la conducta desplegada por la entidad demandada y, como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, en los eventos en los que lo injusto de la privación de la libertad devenga de alguno de los supuestos previstos en el ya derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el daño siempre será antijurídico, porque la persona que debió padecerlo no estaba en el deber jurídico de soportarlo y, por lo tanto, deberá ser indemnizada.”

b. El argumento de que la detención preventiva es una carga que todo ciudadano debe soportar contraviene las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

Extracto: “Se precisa igualmente, que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en las normas internacionales de protección a los Derechos Humanos y en nuestra Constitución Política. Cuando se produce la exoneración del sindicado, por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, la privación de la libertad resulta siempre injusta, puesto que quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar.”

c. No se configura culpa grave por parte del demandante al supuestamente omitir denunciar ante las autoridades el ilícito.

Extracto: “Se argumentó por parte del apelante que el señor Sánchez Serrano incurrió al menos en una culpa grave al no denunciar en su oportunidad el ilícito y de otra parte haber contribuido como cómplice del hecho punible, por lo que en su sentir se exoneraría de responsabilidad a la demandada, situaciones que no están demostradas en el proceso y que para nada se refiere el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional en la providencia que precluyó la investigación. La parte apelante le da una interpretación distorsionada al artículo 414 del C. de P.P., puesto que la norma lo que determina es que no habrá lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad, si la detención preventiva se causó por dolo o culpa grave y para nada hace referencia a la obligación de denunciar la comisión de posibles hechos punibles que tenga conocimiento. En la misma providencia se indicó que no se encuentra reparo a la decisión de precluir la investigación en favor de Sánchez Serrano por el delito de falso testimonio, por cuanto se lo vinculó al proceso por medio de indagatoria y en ningún momento se le recibió declaración bajo la gravedad del juramento; luego al estar libre de este gravamen no estaba obligado a decir la verdad.”

[Sentencia de abril 27 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1998-01051-01 \(21140\). MP.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

2. Se declara la responsabilidad del Estado por la muerte de un paciente del Instituto de Seguros Sociales, quien no recibió la adecuada e integral atención médica.

Síntesis del caso: El 27 de marzo de 1997 un particular acudió a la clínica Maridíaz del I.S.S. de la ciudad de Pasto (Nariño), con un cuadro de dolor en el pecho y en el brazo izquierdo. En el referido centro asistencial la atención a él brindada fue deficiente, en tanto no se le practicaron los exámenes idóneos para llegar a un diagnóstico y tratar así la afección; incluso, fue dado de alta pese a no encontrarse en mejores condiciones de salud, por lo cual debió volver horas más tarde, oportunidad en la que tampoco fue debidamente atendido y en consecuencia falleció.

a. En materia de responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados en razón de la prestación del servicio médico asistencial, la prueba indiciaria cobra especial relevancia, dadas las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en este tipo de casos.

Extracto: “Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal. Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de

Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (...). En consonancia con lo anterior, esta Corporación estimó procedente que los sujetos procesales, en juicios en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por razón del despliegue de actividades médicas, procuren la demostración de la existencia del nexo causal entre éstas y el daño irrogado a los demandantes a través de la prueba indiciaria (...).”

b. La prestación inadecuada e indebida del servicio médico asistencial puede entenderse como denegación en la atención y constituye una falla del servicio.

Extracto: “La Corporación encuentra igualmente la existencia de la deprecada falla en el servicio, por cuanto se probó en el proceso que la atención médica suministrada al paciente fue inadecuada en el sentido de que se dispuso su salida del centro hospitalario, no obstante que no se había recuperado completamente de las dolencias que lo aquejaban y además no se había determinado, de manera concreta, cuál era la patología que presentaba. (...) De conformidad con lo expuesto, la Sala estima que la prestación del servicio médico-asistencial suministrado por la entidad demandada al paciente fue indebido -e incluso denegado-, dado que se dispuso su salida del centro asistencial, no obstante que no había recuperado su salud y, lo que es peor, con desconocimiento de cuál era la patología que presentaba, todo lo cual comporta una evidente falla en el servicio, por virtud de la cual el I.S.S., sí está llamado a responder patrimonialmente.”

c. Es un deber de las instituciones prestadoras de salud el elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas.

Extracto: “La Sección Tercera de la Corporación se ha pronunciado insistentemente respecto de la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, aspecto que no fue tenido en cuenta en este caso por la entidad demandada, comoquiera que dentro del historial clínico de la víctima no se detalló su salida del centro hospitalario ni mucho menos las razones que llevaron a tal determinación por parte del personal médico, omisión que constituye una inobservancia a lo dispuesto en la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud (...)”

[Sentencia de abril 27 de 2011. Exp. 52001-23-31-000-1998-00157-01 \(19192\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

3. Se declara la responsabilidad del Estado de forma concurrente con el hecho de la propia víctima, por las lesiones padecidas por un particular, derivadas de los disparos con armas de dotación oficial, efectuados por miembros de la Policía Nacional.

Síntesis del caso: El 7 de enero de 1993, en horas de la noche, en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), efectivos de la Policía Nacional dispararon sus armas de dotación oficial de forma desproporcionada en contra de un particular, quien momentos antes había accionado imprudentemente un arma de fuego, al parecer, con el propósito de ahuyentar a posibles ladrones.

a. Riesgo excepcional como título de imputación aplicable en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con armas de dotación oficial.

Extracto: “(...) debe privilegiarse la aplicación de títulos de imputación objetiva por razones jurídicas, de equidad y de solidaridad. De acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Sala, es necesario que en el expediente se pueda establecer la existencia de los elementos indispensables para proceda a declararse la responsabilidad extracontractual de la administración pública fundada en el título objetivo del riesgo excepcional, cuando se trata del uso de armas de dotación oficial, o de actividades en las que se utilicen las mismas. Dichos elementos, según el precedente, son: a) la

existencia del daño o lesión patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado (o determinable), que se ocasiona a uno o varios individuos; b) que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial, por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones, y; c) la relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma como elemento que denota peligrosidad, salvo que se demuestre alguna causa eximente de responsabilidad, por ejemplo, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, “cuyo advenimiento determinará la imposibilidad de imputar o atribuir jurídicamente el resultado dañoso a la accionada, que no a destruir el nexo, el proceso causal o la relación de causalidad que condujo a la producción del daño”.

b. El hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad o como concausa del daño.

Extracto: “Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (...) Tal como se manifestó anteriormente, el acervo probatorio relacionado da cuenta de que en la noche del 7 de enero de 1993, en la ciudad de Cúcuta, el señor Valentín José Oliveros Cuellar sufrió lesiones como consecuencia de disparos que le propinaron agentes de Policía, mientras éstos se encontraba en servicio activo y utilizando para ello el arma de fuego que les había sido suministrada como parte de su dotación. Ahora bien, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el referido daño por cuya indemnización se reclama, a partir del examen detallado de los medios probatorios es posible concluir que el mismo acaeció de la conducta imprudente, agresiva e irresponsable de la propia víctima, la cual provocó y propició la reacción por parte de los uniformados, con las consecuencias ya conocidas. Es esto lo que induce a que la Sala, más allá de la causalidad como fundamento, a construir como precedente la necesidad de hacer tanto un análisis fáctico, como un análisis empírico que permita dilucidar con un juicio de valor la posibilidad de imputar o atribuir la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la administración pública demandada, de manera que el análisis no sólo se remita a la discusión de la carga de prueba, sino a la necesidad valorar conjunta y conglobadamente los elementos fácticos, jurídicos, probatorios y filosóficos que permitieron dilucidar el título de imputación aplicable al caso en concreto.”

b. Test de proporcionalidad a efectos de la tasación de perjuicios morales.

Extracto: “Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”. Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es

otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.”

[Sentencia de mayo 9 de 2011. Exp. 54001-23-31-000-1994-08654-01 \(19976\). MP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

* Con salvamento de voto del doctor Enrique Gil Botero

4. Se absuelve de responsabilidad al Estado por la actividad de la Administración de Justicia, al encontrarse acreditada -respecto de un posible error judicial- la culpa exclusiva de la víctima y, porque se estableció que el proceso judicial -supuestamente causante del daño alegado- se adelantó en un plazo razonable.

Síntesis del caso: Se demandó la responsabilidad del Estado administrador de justicia, en atención a que se habría omitido efectuar el control de legalidad de la forma y contenido de una demanda instaurada dentro de un proceso laboral, el cual concluyó 3 años y 5 meses después con la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, al no haberse agotado la vía gubernativa antes de la presentación de la demanda, requisito de prejudicialidad para la reclamación de los derechos laborales de los servidores públicos en sede judicial.

a. Sólo las decisiones carentes de una justificación o argumentación jurídicamente atendible pueden considerarse incursas en error judicial.

Extracto: “El error jurisdiccional fue definido en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 como “aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”. (...) Al resolver sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial, esta Corporación se ha planteado el problema de fondo que supone el concepto de error y la pretensión de corrección, con el hallazgo de la única respuesta correcta y ha concluido que ésta no es más que una aspiración y que, por lo tanto, pueden resultar igualmente válidas varias respuestas, incluso contradictorias, cuando todas ellas están justificadas, son coherentes, razonables y jurídicamente atendibles, pero si alguna de ellas no goza de esos atributos la misma será errónea. (...) Como antes se señaló, sólo las decisiones carentes de una justificación o argumentación jurídicamente atendible pueden considerarse incursas en error judicial. No se configura dicho error cuando frente a un caso concreto, se da una solución jurídica razonable, de la que, sin embargo, otro juez pueda disentir con razones igualmente válidas. (...) En el caso concreto, considera la Sala que la decisión definitiva adoptada en el proceso laboral, no constituye un error judicial, porque se fundamentó en normas jurídicas ineludibles, conforme a las cuales para la reclamación judicial de los derechos laborales de los servidores públicos, se requiere que en forma previa la Administración decida sobre la reclamación que formule el trabajador, en aplicación de los principios del privilegio de lo previo y la legalidad del gasto público.”

b. Si el interesado no cumple las cargas que impone el proceso judicial, se configura la culpa de la víctima.

Extracto: “Hay culpa grave de la víctima cuando el interesado no cumple las cargas que impone el proceso, tales como el agotamiento previo de la vía gubernativa. Una omisión en tal sentido se constituye en la causa eficiente del daño que el mismo padece al no poder acudir ante la jurisdicción. Sólo al interesado le es imputable en tales eventos el resultado adverso a sus intereses, porque ese resultado se genera por su incuria, al haber desaprovechado la oportunidad que el ordenamiento jurídico le concede de acudir ante la autoridad que expidió el acto para interponer los recursos administrativos a que hubiera lugar. (...) A juicio de la Sala, el actor incurrió en culpa grave por no haber dado cumplimiento a la reclamación previa ante la entidad pública, en la forma prevista en la ley. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, ha de entenderse que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima.”

c. Responsabilidad del Estado por el indebido funcionamiento de la Administración de Justicia, en relación con las dilaciones injustificadas en los procesos judiciales.

Extracto: “En cuanto al indebido funcionamiento de la Administración de Justicia y concretamente, en relación con las dilaciones injustificadas, asunto relevante para el caso concreto, cabe señalar que la Constitución ha consagrado el derecho a una pronta justicia. En efecto, el artículo 29 de la Constitución de 1991 establece como garantía del debido proceso, el trámite sin dilaciones injustificadas y el 228 ibídem consagra los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial, al disponer que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. (...) En la Ley 270 de 1996 se estableció esta modalidad de responsabilidad del Estado como residual, con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos a consecuencia de la función jurisdiccional, que no constituyen error jurisdiccional o privación injusta de la libertad, por no provenir de una decisión judicial. (...) En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados de una demandada que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla.”

[Sentencia de mayo 11 de 2011. Exp. 08001-23-31-000-1999-02324-01 \(22322\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

5. Se confirma la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual la Administración terminó unilateralmente un contrato de prestación de servicios, al prosperar el cargo de falsa motivación.

Síntesis del caso: El alcalde del municipio de Chimá (Córdoba), mediante Resolución No. 060 de 1999, terminó unilateralmente un contrato de prestación de servicios y para tales efectos alegó, de forma genérica, razones de servicio y de orden público sin precisar en qué consistían las mismas.

a. Requisitos para la terminación unilateral del contrato estatal por parte de la Administración y eventos de procedencia.

Extracto: “En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una faculta exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe

estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto. Y en lo que tiene que ver con los eventos, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista. 4) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. En los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º del mencionado artículo 17, la entidad pública contratante podrá continuar la ejecución del contrato con el garante de la obligación. La misma norma autoriza a la entidad para disponer medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.”

b. Falsa motivación de los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual.

Extracto: “La falsa motivación es una causal de nulidad autónoma de impugnación de los actos administrativos. De esta forma fue consagrada en el artículo 84 del C.C.A. al disponer que toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración cuando “(...) infrinjan las normas en que deberían fundarse (...) cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”. El control jurisdiccional de los actos administrativos permite detectar cuándo la administración, sin atender los fines que se le han encomendado y del contenido que debe dar a todas sus actuaciones, los expide sin que medie un motivo legal que los respalde o con fundamento en razones falsas o inexactas. Cabe anotar que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y de veracidad, de acuerdo con las cuales se entiende su sujeción al ordenamiento y la certeza de los hechos sobre los cuales descansan, presunción esta indispensable para su ejecución y que impone a quien pretende desconocerlos la carga de desvirtuar su obligatoriedad. (...) De igual forma se ha dicho por la jurisprudencia que la falsa motivación, “(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad”. (...) En conclusión, la falsa motivación se presenta cuando los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas o porque el autor del acto le ha dado a los hechos un alcance que no tienen. Por otro lado, habrá ausencia de motivación por falta de fundamentos de hecho en la manifestación de voluntad de la administración y violación directa de la ley cuando hay falta de aplicación o interpretación de la ley, indebida aplicación o interpretación errónea.”

c. Mecanismos alternativos de solución de conflictos surgidos con ocasión de la actividad contractual.

Extracto: “El artículo 68 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, podrán acudir al empleo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en esta normativa, así como a la conciliación, a la amigable composición y a la transacción, entre otros. La solución del conflicto a través de la transacción tiene como fundamento el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues las partes involucradas son quienes determinan el alcance del acuerdo a que lleguen, hacen renunciaciones recíprocas, solventan sus diferencias y buscan por este medio la extinción de la obligación.”

[Sentencia de abril 6 de 2011, Exp. 23001-23-31-000-1999-00291-00 \(19483\), MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES](#)

6. La Sala de la Sección Tercera - Subsección A., declaró responsable a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad, de la que fue víctima un ciudadano en la ciudad de Cali - Valle del Cauca

Síntesis del caso: El 16 de agosto de 1996, un grupo de agentes del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, realizaron un operativo en el centro de la ciudad de Cali, con el propósito de dismantelar una banda de falsificadores de documentos públicos y privados, arrojando como resultado la captura de 18 personas, entre las que se encontraba un ciudadano que portaba una arma de fuego, según los miembros de la fuerza pública, el salvoconducto era falso. Posteriormente la Fiscalía General de la Nación, ordenó la preclusión de la investigación penal a favor del sindicado y ordenó su libertad en razón que se comprobó su inocencia. El ciudadano estuvo retenido por espacio de 16 días.

a. La representación judicial de la Nación, en los casos en los cuales se discuta la responsabilidad del Estado, por hechos imputables a la administración de justicia, corresponde a la Fiscalía General de la Nación

Extracto: “Es menester señalar que para la fecha de presentación de la demanda, la representación judicial de la Nación, en los casos en los cuales se discutía la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia, estaba a cargo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, entidad que fue debidamente notificada y representada. No obstante lo anterior, la Sala en reiterada jurisprudencia ha señalado que si bien es cierto la Fiscalía General de la Nación pertenece a la Rama Judicial, también lo es que esta entidad goza de autonomía administrativa y presupuestal, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución. Corolario de esa autonomía es que las condenas que se profieran contra la Nación, por las actuaciones realizadas por la Fiscalía, deberán ser cumplidas o pagadas con el presupuesto de ésta.”

b. En el presente caso, para la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por detención injusta, se aplicará lo dispuesto en la ley 270 de 1996, por ser la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos

Extracto: “Previo a analizar los supuestos de responsabilidad aplicables al caso concreto, es necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por razón de la detención injusta de la libertad a la cual fue sometido el señor Fredy Fernando Lerma Cobo, desde el 16 de agosto de 1996 hasta el 2 de septiembre de ese año, de manera tal que se evidencia que los hechos que se someten a conocimiento de la Sala ocurrieron en vigencia de la Ley 270 de 1996.”

c. Cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política

Extracto: “En reiterada jurisprudencia se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad, es decir que después de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, se configura un evento de detención injusta. Lo anterior en virtud de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución Política.”

d. Código de Procedimiento Penal, artículo 414. Criterios de interpretación y aplicación. Líneas jurisprudenciales

Extracto: “La Sala en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, la jurisprudencia se ha desarrollado en distintas direcciones, como en anteriores oportunidades se ha puesto de presente”

e. Código de Procedimiento Penal, artículo 414. Criterios de interpretación y aplicación. Primera línea jurisprudencial

Extracto: “Una primera línea jurisprudencial podría calificarse de restrictiva, bajo el entendido de que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.”

f. Código de Procedimiento Penal, artículo 414. Criterios de interpretación y aplicación. Segunda línea jurisprudencial

Extracto: “Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.”

g. Código de Procedimiento Penal, artículo 414. Criterios de interpretación y aplicación. Tercera línea jurisprudencial

Extracto: “Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, que implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del in dubio pro reo.”

h. La presunción de inocencia, como categoría constitucional, debe ser desvirtuada

Extracto: “La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, y por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado. (...) Ciertamente, el señor Fredy Fernando Lerma Cobo fue exonerado de responsabilidad penal mediante la resolución No 045 del 31 de julio de 1997, mediante la cual se declaró la preclusión de la investigación porque en el proceso penal finalmente se encontró acreditado que “la conducta a él endilgada era atípica”. Así las cosas, es evidente que la circunstancia descrita constituye un evento determinante de privación injusta de la libertad, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculado el demandante, siempre mantuvo intacta la presunción de inocencia que lo amparaba y que el Estado, a través de la entidad ahora demandada, jamás le desvirtuó.”

i. El Estado es responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables. Artículo 90 de la Constitución Política

Extracto: “Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado.”

[Sentencia de 27 de abril de 2011. Exp. 76001-13-31-000-1997-25148-01 \(20.749\). MP.: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

7. La Sala de la Sección Tercera - Subsección B., declaró administrativa, extracontractual y patrimonialmente, por la lesión sufrida por un ciudadano, durante un amotinamiento ocurrido en la Penitenciaría Nacional de Popayán

Síntesis del caso: El 21 de marzo de 1997, en la Penitenciaría Nacional San Isidro de la ciudad de Popayán, internos de los patios 2 y 4, iniciaron una huelga de hambre para protestar por las condiciones de reclusión y por el tratamiento dado por el personal de custodia y seguridad a la población reclusa y a las visitas. Las directivas del centro carcelario, funcionarios del Inpec, delegados del Ministerio Públicos y representantes de los reclusos, se reunieron con el fin de superar la situación. Mientras se adelantaban las negociaciones se desató un fuerte enfrentamiento entre el personal de custodia y la población reclusa que dejó 5 internos muertos, 18 heridos, 10 guardianes lesionados, y cuantiosos daños materiales. Entre los lesionados se encontraba el demandante, quien fue herido, con arma de fuego, en el muslo izquierdo.

a. Valoración de la prueba trasladada, cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil

Extracto: “Los testimonios y declaraciones que obran en el proceso disciplinario, adelantado por la Procuraduría General de la Nación, así como en el proceso penal, adelantado por la Fiscalía Segunda Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Popayán, no pueden valorarse por el Consejo de Estado debido a que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil para el traslado de pruebas, toda vez que no fueron practicados a petición o con audiencia de la parte demandada, y tampoco fueron objeto de ratificación dentro del proceso contencioso administrativo. Se exceptúa de lo anterior los documentos públicos que se encuentren debidamente autenticados, en los términos del artículo 254 del C.P.C. y los informes técnicos y peritaciones de entidades oficiales, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 del mismo ordenamiento.”

b. Daños causados a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de detención, se aplica el régimen de responsabilidad objetivo. Aplicación de la teoría del daño especial

Extracto: “En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable por daños causados a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de detención, el Consejo de Estado ha señalado que es de carácter objetivo, teniendo en cuenta que estas personas se encuentran bajo la vigilancia, custodia y protección del Estado y que, por razón del encarcelamiento, no están en capacidad plena de repeler por sí mismos las agresiones o ataques perpetrados por agentes estatales, por otros reclusos o por terceros particulares. (...) La responsabilidad surge de la aplicación de la teoría del daño especial, pues se parte de la premisa de que las afectaciones a la vida o a la integridad

personal de los reclusos, sin que medie el incumplimiento de una obligación administrativa, no puede considerarse un efecto esperado de la detención, es decir, una carga soportable por quienes se encuentran privados de la libertad.”

c. Causa extraña como eximente de responsabilidad

Extracto: “Nada obsta para que en este tipo de situaciones opere la causa extraña como eximente de responsabilidad, siempre que se encuentren demostrados todos y cada uno de sus elementos constitutivos. Sin embargo, es preciso puntualizar que cuando se trata de lesiones o muertes causadas por los propios reclusos a otros reclusos, en principio, no tendrá cabida la causal de exclusión de responsabilidad, consistente en el hecho de un tercero. Es más, en estos casos, ni siquiera podría hablarse de una concurrencia de causas, puesto que el carácter particular de la relación de especial sujeción implica que el Estado debe proteger al interno de atentados contra su vida e integridad personal cometidos por el personal de custodia o vigilancia estatal, por terceros ajenos a la administración e, incluso, por otros detenidos.”

d. El incumplimiento del deber de cuidado, custodia y vigilancia de los reclusos por parte de las autoridades, constituye una falla del servicio

Extracto: “Cuando las autoridades que tienen a su cargo el cuidado, custodia y vigilancia de los reclusos incurren en acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio, la responsabilidad patrimonial del Estado tendrá que ser declarada con base en este título jurídico de imputación, y no en el de daño especial. Dicho en otros términos, esto significa que no en todos los eventos en lo que se causen daños a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de reclusión hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad de daño especial pues, en cualquier caso, será necesario determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de sus obligaciones legales y constitucionales. De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales el actor resultó lesionado, esto es, mientras se encontraba bajo la custodia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, se concluye que el daño es jurídicamente imputable a la administración pues, desde un punto de vista objetivo, el Estado tenía la obligación de garantizar la seguridad del señor Orlando Beltrán Rodríguez, esto es, de protegerlo contra actos que pudieran poner en riesgo su vida o su integridad personal.”

c. Procedencia del reconocimiento de daño emergente consolidado y futuro a favor del sindicato. Ante la inexistencia de la prueba que permita cuantificar el perjuicio, procede la condena en abstracto y su liquidación a través de incidente

Extracto: “Respecto del daño emergente, consolidado y futuro, la Sala encuentra que, existiendo prueba de que el demandante sufrió una lesión en su muslo izquierdo a consecuencia de un disparo de arma de fuego, es razonable presumir que tuvo y tendrá que incurrir en gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos, lo cual -pese a lo dicho por el juez de primera instancia- no fue objetado ni desvirtuado por el apoderado judicial del INPEC. No obstante lo anterior, se observa que en el proceso no reposa prueba que permita la cuantificación del perjuicio estudiado, razón por la cual se condenará en abstracto, y se ordenará que éste sea liquidado a través de incidente, de acuerdo con el procedimiento definido en el Código de Procedimiento Civil, y de conformidad con las fórmulas establecidas para ello en la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se allegarán las pruebas que den cuenta de los gastos causados a esa fecha y de los necesarios a futuro.”

d. Improcedencia del reconocimiento de lucro cesante consolidado a favor de un sindicato

Extracto: “La Sala no accederá al reconocimiento del lucro cesante consolidado en razón a que, al momento en que ocurrieron los hechos, el señor Beltrán Rodríguez se encontraba privado de la libertad, sindicado de los delitos de homicidio, hurto, secuestro simple, concierto para delinquir,

porte ilegal de armas y daño en bien ajeno, lo cual hace presumir que no se encontraba desarrollando ninguna actividad productiva de carácter permanente.”

e. Improcedencia del reconocimiento de lucro cesante futuro y consolidado a favor de un condenado

Extracto: “En relación con el lucro cesante futuro, la Sala considera que, en principio, habría lugar a su reconocimiento en razón a que no existe prueba de que el señor Orlando Beltrán Rodríguez -quien al momento de los hechos ostentaba la calidad de sindicado- haya sido condenado a una pena privativa de la libertad y, en consecuencia, se encuentre inhabilitado para desarrollar en el futuro una actividad productiva. Aceptar lo contrario, esto es, que por el solo hecho del encarcelamiento no hay lugar al reconocimiento de este perjuicio, sería violatorio del principio constitucional de presunción de inocencia y del derecho de igualdad, pues conllevaría a dar a los sindicados exactamente el mismo tratamiento que se da a los condenados, respecto de quienes el Consejo de Estado sí ha considerado que no procede el reconocimiento del lucro cesante futuro ni consolidado.”

f. Procedencia del reconocimiento de perjuicio por alteración a las condiciones de existencia

Extracto: “En cuanto al perjuicio fisiológico deprecado, hoy denominado por la mayoría de la Sala perjuicio de alteración a las condiciones de existencia, se decretará en favor de Orlando Beltrán Rodríguez, la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia. Esto en consideración a que, si bien no es posible establecer la gravedad de la lesión padecida, sí puede inferirse razonablemente -con fundamento en la historia clínica y las pruebas testimoniales practicadas- que la afectación del nervio ciático, y el dolor que ello apareja, incide en el estado de salud del demandante y restringe o, al menos, dificulta el desarrollo de las actividades rutinarias o placenteras para cualquier ser humano, como caminar, bailar o practicar algún deporte.”

[Sentencia de 14 de abril de 2011. Exp. 19001-23-31-000-1997-05005-01 \(20.587\). MP. DANILO ROJAS BETANCOURT. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

8. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar culpable de los perjuicios ocasionados con motivo de la lesión cerebral producida a niño de 2 años, cuando se encontraba en el hogar infantil “La Campanita” de madres comunitarias de la entidad

Síntesis del caso: Desde el 1º de febrero de 2000, ingresó un menor de 2 años al hogar infantil “La Campanita” de madres comunitarias del ICBF, donde permanecía desde las 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., hora en que era recogido por su madre. En ese hogar infantil el quedaba sometido al cuidado de las madres comunitarias del ICBF quienes debían velar por su salud física y desarrollo integral. El 21 de febrero de esa anualidad, el infante ingirió una chupa de las que se adhieren a las paredes, mientras permanecía en las instalaciones del hogar infantil “La Campanita”. A pesar de los intentos del personal de la institución no se logró extraer el objeto que fue engullido por el niño, razón por la cual fue trasladado a un centro médico. El cuerpo extraño ingerido por el menor le causó una obstrucción respiratoria que impidió el paso de oxígeno al cerebro, lo que le originó un daño irreversible a nivel neuronal por la muerte de tejidos. En consecuencia, el niño no puede caminar, hablar, sentarse, y tiene que ser atendido en las funciones fisiológicas básicas como ir al baño y comer, entre muchas otras.

a. Sistema de Bienestar Familiar. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Regulación

Extracto: “En Colombia desde la ley 7 de 1979, se estableció el Sistema de Bienestar Familiar entendido como un servicio público a cargo del Estado, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. En ese

ordenamiento, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (establecimiento público), con competencia a nivel nacional. De otro lado, es posible que el ICBF celebre o suscriba una clase de negocio jurídico especial con particulares -fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro o con personas de elevada solvencia moral- denominado contrato de aportes, con la finalidad de que esos sujetos privados de manera armónica con el Estado, colaboren en la prestación del servicio de Bienestar Familiar.”

b. Naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes

Extracto: “Esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes, en los siguientes términos: (...) Es factible que entre la administración de un hogar comunitario y el ICBF medie un contrato estatal de aportes, sin que esta circunstancia mute o transforme el servicio que se presta, es decir, el público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política, tanto así que el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 89 de 1988, precisó de forma enfática que: “El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.”

c. Finalidad de los Hogares Comunitarios

Extracto: “En esa perspectiva, los hogares comunitarios están constituidos con el aval, intervención y supervisión del ICBF, y tienen como finalidad la atención de necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de estratos sociales menos favorecidos. En consecuencia, bajo la mencionada figura se acerca a las familias y vecinos de una determinada zona, para que con el apoyo del ICBF, se vinculen al Sistema de Bienestar Familiar y, por lo tanto, promuevan la protección y efectividad de los derechos fundamentales de los niños y niñas que requieran servicios de nutrición, salud y protección.”

d. Lineamientos técnicos y administrativos de los Hogares Comunitarios”

Extracto: “el ICBF no sólo establece los parámetros administrativos, operativos y financieros de los hogares comunitarios, sino que tiene la potestad de ordenar su cierre, conforme a los criterios delineados en el Acuerdo 50 de 1996 (...) Conforme a la citada normativa resulta incuestionable que al margen de la existencia de personería jurídica, autonomía administrativa, operacional y financiera de los entes encargados de la administración de los hogares comunitarios, el ICBF se encuentra vinculado con su funcionamiento y supervisión, al grado tal que es el encargado de autorizar su creación, ejerce el respectivo control e inspección sobre los mismos, e incluso puede llegar a ordenar su cierre cuando concurren circunstancias que den lugar a ello. Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la impugnación, como quiera que están orientados a desconocer la íntima o estrecha conexión que ejerce el establecimiento público demandado frente a los hogares comunitarios, máxime si éstos se integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar que se encuentra principalmente a cargo de esa entidad, y que propende por la promoción y protección de las garantías esenciales de los niños y niñas del país. En consecuencia, si bien el programa de hogares comunitarios es ejecutado de manera directa por la comunidad en la cual se localiza aquél, no es posible desconocer la labor que ejerce el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, al precisar en situaciones similares a las que acá

se juzgan. (...) Así mismo, la Sala se ha ocupado de eventos en los que se juzga la responsabilidad del ICBF por la afectación a la integridad psicofísica -y de manera concreta la integridad sexual- de niños ubicados en hogares sustitutos en cumplimiento de una medida de protección”

e. Legitimación en la causa por pasiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Extracto: “la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios -inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria- al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos. Por lo tanto, mal hace la institución demandada, dada la relevancia del servicio público que se presta en los hogares comunitarios, en invocar de manera velada una falta de legitimación en la causa por pasiva cuando la ley, la jurisprudencia y toda la actuación administrativa que reposa en el proceso apuntan a demostrar lo contrario, esto es, que el ICBF es el primer llamado a afrontar si de los supuestos fácticos que se juzguen, en cada caso concreto, se genera responsabilidad patrimonial por la existencia de un daño antijurídico que le sea imputable.

f. Madres comunitarias, agentes privados en ejercicio de un servicio público

Extracto: “Las madres comunitarias no tienen ningún tipo de vínculo legal o contractual laboral con el instituto demandado, no puede desconocerse que son agentes privados en ejercicio de un servicio público en principio a cargo del Estado, en el que éste ejerce una exigente y permanente inspección sobre las condiciones de seguridad y protección en que se hallan los niños o niñas que reciben la atención en los hogares comunitarios, en aras de materializar las garantías esenciales contenidas en el artículo 44 superior”

g. Existencia y delimitación del daño antijurídico causado

Extracto: “El daño antijurídico está probado pues existe una lesión a la integridad psicofísica de Sebastián (demandante principal) que repercute en la afectación de varios derechos fundamentales, patrimoniales e inmateriales de los cuales es titular, y una afrenta a la órbita subjetiva o emocional de su progenitora y hermanas, quienes no sólo han sufrido por la condición en que éste se encuentra, sino que además se han vinculado -particularmente la madre- de manera activa a su rehabilitación (...) En ese contexto, la lesión se tiene por establecida, así como su carácter personal, cierto y antijurídico, pues tanto Sebastián como su madre y hermanas no estaban en la obligación de soportar las consecuencias negativas que se desprenden de las graves afectaciones psicofísicas que padece aquél, en virtud del desafortunado suceso ocurrido dentro del hogar comunitario denominado “La Campanita”.

g. Régimen de responsabilidad aplicable

Extracto: “Si bien la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio, es lo cierto que el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.”

h. Servicio de bienestar social. Aplicación de la teoría del daño especial y el derecho de daños

Extracto: “Es precisamente esa disposición la que se incorpora al derecho de daños para darle un específico contenido y alcance al servicio de bienestar social, razón por la que cualquier daño irrogado a niños o niñas cuando están bajo la custodia de ese servicio público esencial es imputable, prima facie, bajo los postulados del daño especial, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas. Así lo sostuvo de manera reciente esta Subsección al precisar que la responsabilidad por los daños padecidos por menores en centros de rehabilitación o resocialización era objetiva (...) La anterior perspectiva se refuerza aún más en el caso concreto, pues del acervo probatorio no se desprende la existencia de una falla del servicio a cargo del ICBF, menos en relación con el deber de control y vigilancia que ejerce sobre los hogares comunitarios, como quiera que no se acreditó la forma en que llegó el objeto extraño a las manos del menor lesionado y ni siquiera la naturaleza o material del mismo. En consecuencia, la lesión antijurídica deviene imputable a la entidad demandada porque en ejercicio de una actividad legítima y lícita se irrogó un daño especial y anormal que, se itera, desborda la igualdad ante las cargas públicas.”

h. Adopción de medidas de justicia restaurativa, por la vulneración de derechos fundamentales a niño de 2 años, a quien se le ocasionó lesión cerebral

Extracto: “Se advierte que en el caso concreto el daño ha tenido una evidente significación en la esfera de los derechos fundamentales del niño Sebastián Rojo Jiménez, razón por la que se impone la adopción de medidas de justicia restaurativa que restablezcan el núcleo de las garantías esenciales a favor de aquél, así como la dimensión objetiva del derecho fundamental a la integridad psicofísica de los niños y niñas en Colombia. Sobre el particular, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en una reciente providencia en la que se puntualizó (...) Por lo tanto, conforme al precedente, y una vez constatada la gravedad de la lesión de los derechos a la salud y a la integridad psicofísica en los ámbitos subjetivo y objetivo, se adoptarán las siguientes medidas de justicia restaurativa que deberán ser ejecutadas por el ICBF.”

[Sentencia de 9 de mayo de 2011. Exp. 05001-23-31-000-2001-01546-02 \(36.912\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

9. La Sala de la Sección Tercera - Subsección B., declaró nula la parte del artículo 1 de la Resolución número 001 de 1 de agosto de 1991, expedida por Instituto Nacional de Radio y Televisión que adjudicó los programas de Informativo Noticiero en la licitación pública número 001 de 1991 e inaplicó, solo para esta decisión, el pliego de condiciones en los apartes relativos a los programas de informativo noticiero, concretamente los numerales 1. a) y 3.a, A.1, del literal B del capítulo III; del numeral 4 del literal C del capítulo V; del numeral 3 del literal D del capítulo V, de los numerales 1.2 y 2 del literal A del capítulo VI y el literal B del capítulo VI.

Síntesis del caso: El Consejo Nacional de Televisión del Instituto Nacional de Radio y Televisión expidió la Resolución número 01 de 1 de agosto de 1991, mediante la cual se adjudicaron los espacios de informativo noticiero, a Prego Televisión Ltda., Noticiero Veinticuatro Horas S.A., Compañía de Medios de Información Ltda.-C.M.I. Televisión, Nacional de Televisión y Comunicaciones-N.T.C. Ltda., Datos y Mensajes S.A., Telestudio Ltda., Programar Televisión S.A., T.V. 13 Ltda., Criptón S.A. y Globo Televisión Ltda. Intervisión S.A., para el período transcurrido entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1997. La sociedad Intervisión S.A. ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que declare nula la resolución, por la expedición irregular del acto administrativo acusado, por falta de competencia y solicitó a título de restablecimiento del derecho el pago de los perjuicios ocasionados, en la modalidad de lucro cesante y daño emergente.

a. Improcedencia del estudio de excepciones no resueltas por el tribunal de instancia, porque se puede empeorar la situación del apelante único. Código Contencioso Administrativo - Artículo 164

Extracto: “Reprocha el señor apoderado de la parte actora, al sustentar el recurso y echa de menos en la sentencia de primera instancia, un pronunciamiento del juez a quo que resuelva las excepciones, a su parecer y del apoderado de la demandada, debidamente probadas. Cabe precisar, para el efecto que, en términos del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, no procede en segunda instancia avanzar sobre el estudio de las excepciones no resueltas en la primera, pues este pronunciamiento en sí mismo puede agravar la situación del único apelante en este caso.”

b. Alcance de la calificación obtenida en el Registro de Proponentes

Extracto: “Conforme al material probatorio es dable sostener que cuando Intervisión S.A. se presentó al proceso licitatorio portaba en el Registro de Proponentes una calificación de 896 puntos sobre 1.000 posibles, obtenida por la evaluación de su experiencia y aspectos técnicos, económicos, operativos y contractuales; y puede afirmarse que la misma ostentaba una situación jurídica consolidada respecto del Registro, dados los alcances licitatorios establecidos en los artículos 14 y 39 de la Ley 14 de 1991. (...) La inscripción en el Registro de Proponentes, al tenor de los artículos 45 del Decreto 222 de 1983 y 1 de la Resolución 01 de 1989, habilitaba a quien obtuvo la inscripción, por este solo hecho, a participar en procesos licitatorios y a ver reflejada la evaluación ya obtenida en la calificación con fines de adjudicación. Aspecto este reglamentado por el Decreto 1266 de 1991, en el sentido de disponer que el 30% de la evaluación de la oferta para noticiero correspondería a lo valorado en el Registro de Proponentes. Previsión que, si bien le restó objetividad a la proyección, no vulneró la capacidad consolidada de los inscritos, pues el Decreto 222 de 1983 y la Ley 14 de 1991 no fijaron porcentajes, ni avanzaron sobre la incidencia de la evaluación propia del Registro en el ámbito de la calificación de las ofertas. Tampoco a la proyección de la calificación previa, prevista en el Decreto 1266 de 1991, se le puede endilgar el desconocimiento de la buena fe que ampara las relaciones entre el Estado y la sociedad demandante, en el ámbito del proceso licitatorio 01 de 1991, si se considera que la entidad fijó las reglas licitatorias con antelación a la apertura del proceso y las mantuvo incólumes a lo largo del mismo, hasta la adjudicación final.”

c. El pliego de condiciones de la Licitación Pública número 01 de 1991, violó el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 1266 de 1991, reglamentario de la Ley 14 de 1991. Razón por la cual deberá inaplicarse

Extracto: “En este proceso no se demanda la nulidad del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 1991, sin embargo, confrontando simplemente éste con el numeral 2 del artículo 2° del Decreto 1266 de 1991, reglamentario de la Ley 14 de 1991, se concluye que el pliego violó abiertamente esta normatividad superior, por cuanto, lejos de aplicar factores objetivos, lo que el Instituto Nacional de Radio y Televisión-Inravisión hizo fue dotar a la proyección de la calificación que obraba en el Registro de Proponentes, determinante de la calificación de las propuestas para informativo noticiero con fines de adjudicación, de criterios eminentemente cualitativos y subjetivos. (...) Siendo ello así, la Sala inaplicará el pliego de condiciones, en lo relativo a la licitación y adjudicación de programas de informativo noticiero, por razón de que los factores allí establecidos, determinantes de la calificación de la calidad y el contenido de las propuestas para estos espacios, desconocen las normas superiores que los sustentan.”

d. La calificación de la propuesta. Aplicación de criterios cualitativos no cuantitativos

Extracto: “Demostrado que la actora no ostentaba el derecho a trasladar el puntaje del Registro a la calificación de su propuesta, fuera del marco que debía fijar el pliego de condiciones, resta considerar los criterios aplicables para la calificación de las propuestas. De acuerdo con los artículos 30 y 33 del Decreto Extraordinario 222 de 1983, aplicable por remisión de los artículos 37 y 39 de la

Ley 14 de 1991, las propuestas se deben evaluar rigurosamente con los criterios establecidos en el pliego de condiciones, tales como el precio, el plazo, la calidad, el cumplimiento en contratos anteriores, la solvencia económica, la capacidad técnica y la experiencia, organización y equipo de los oferentes, todos ellos de naturaleza objetiva. En igual sentido, el Decreto 1266 de 1991 mandó que el 70% de la calificación total de las propuestas para noticiero debe corresponder a la evaluación de la calidad y el contenido “(...) con base en los precisos factores objetivos que especifique el pliego de condiciones”. Los criterios de imparcialidad, libertad de expresión, preeminencia del interés público sobre el privado, pluralidad de la información, función social de los medios de comunicación y derecho de rectificación, a los que el pliego de condiciones asignó el mayor puntaje de la calificación de las propuestas para noticiero, son abstracciones que expresan valores cualitativos, definidos en la Ley 14 de 1991 como fines y principios que rigen la concesión del servicio público de televisión, que difícilmente se pueden cuantificar y que, por esa misma razón, otorgan un amplísimo margen de discrecionalidad a los evaluadores”

e. El pliego de condiciones no afectó el interés de la entidad demandante para ofertar la adjudicación de un espacio de opinión

Extracto: “Frente a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada para hacer al Estado responsable patrimonialmente de los daños antijurídicos, debe establecerse, si hesitación, que éstos efectivamente se produjeron. No discute esta Sala la nulidad del pliego de condiciones ya resuelta por esta Corporación, pero de ello no se sigue la causación del daño que el actor endilga a la entidad accionada. Por el contrario, la realidad probatoria demuestra que la restricción derivada de dicho pliego no afectó el interés de la entidad demandante, quien concurrió al proceso licitatorio sin controvertir la legalidad del mismo, enfocada directa y exclusivamente a obtener un espacio noticioso, circunstancia que parece haber cambiado, al asistir al fracaso de sus intereses licitatorios. (...) Habiéndose establecido que el pliego de condiciones no afectó el interés de la entidad demandante para ofertar la adjudicación de un espacio de opinión, se sigue que el cargo por violación del artículo 38 de la Ley 14 de 1991 se debe despachar desfavorablemente.”

f. Inexistencia de la causa para reclamar los perjuicios, como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación

Extracto: “La prevalencia del ordenamiento jurídico superior exige que para la licitación y adjudicación de los programas de informativo noticiero, incluidos en la Licitación Pública No. 01 de 1991 de Inravisión, no se apliquen los criterios manifiestamente ilegales establecidos en el pliego de condiciones y una vez producida la nulidad del acto de adjudicación, como consecuencia de la excepción de ilegalidad, éste desaparece jurídicamente del ordenamiento vigente. Siendo imposible jurídicamente licitar y adjudicar los programas de informativo noticiero con los pliegos de condiciones que rigen la Licitación Pública No. 01 de 1991 adelantada por Inravisión, por ser ilegales los criterios determinantes de la calificación de las propuestas para esos espacios, se concluye que no existe la causa de los perjuicios reclamados en la pretensión subsidiaria de la demanda y, en consecuencia, no hay lugar a ordenar el reconocimiento de perjuicios como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación que se dispondrá en esta providencia.”

[Sentencia de 9 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1996-07624-01 \(14.851\). MP.: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO](#)

10. Se declara administrativa y patrimonialmente responsable al Departamento de Cundinamarca, como consecuencia de un accidente de tránsito donde falleció un ciudadano, cuando se desplazaba a la ciudad de Bogotá, en una volqueta adscrita a la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca

Síntesis del caso: El día 6 de enero de 1995, se accidentó una volqueta adscrita a la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, el vehículo era conducido por un funcionario al servicio de la

entidad, quien cumplía labores atinentes al servicio oficial, al momento del accidente se desplazaba a la ciudad de Bogotá una vez terminada la semana de labores en el campamento del Guavio, en dicho accidente resultó muerto el acompañante.

a. Acreditación del daño antijurídico

Extracto: “El señor Helberth Ariel Martínez Pulido, falleció el día 7 de enero de 1995, como consecuencia de trauma cráneo encefálico severo, más Bronco aspiración de sangre, esto se puede constatar con la copia auténtica del registro civil de defunción obrante a folio 1 cuaderno 2 del expediente; así mismo con el Protocolo de Necropsia practicado a Helberth Martínez Pulido, en el Hospital “San Antonio” de Chía, el cual arroja como conclusión lo siguiente: “1. Mecanismo de muerte: Asfixia mecánica. 2. Causa de muerte: Trauma cráneo encefálico severo, más Bronco aspiración de sangre. 3. Manera de muerte: Probablemente por accidente de tránsito”. (...) De conformidad con lo probado en el presente proceso, en el caso concreto se encuentra que el día 6 de enero de 1995, la volqueta de placas OJF-442, volqueta adscrita a la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, conducida por el señor Juan Isidro Garavito Beltrán, funcionario al servicio de ese Municipio, se accidentó cuando se desplazaba a la ciudad de Bogotá, una vez terminada la semana de labores en el campamento del Guavio; como consecuencia de dicho accidente murió el señor Helberth Ariel Martínez Pulido”

b. Imputación del daño antijurídico a la entidad demandada

Extracto: “Establecida la existencia de un daño antijurídico, cierto, e indemnizable, sufrido por los demandantes, que constituye el primero de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso verificar el segundo: la imputación de ese daño al Estado. El art. 90, inc. 1º de la Carta Política, exige -en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado-, que los daños antijurídicos sean “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, con lo cual se refiere al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica. De allí que elemento indispensable -aunque no siempre suficiente- para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero. En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño. (...) De lo expuesto se concluye, que el contexto fáctico en el cual tuvieron ocurrencia los hechos objeto de la demanda que aquí se examina, se encontraba inequívocamente ligado a la actividad de la Administración, como quiera que el señor Helberth Ariel Martínez Pulido estaba cumpliendo labores atinentes al servicio oficial y el vehículo utilizado para tal efecto, así como la conducción del mismo, se encontraban bajo la guarda de la entidad demandada. Igualmente, está demostrado que en cumplimiento de dichas funciones públicas y como consecuencia de la realización de una actividad peligrosa, como es la conducción de vehículos automotores, resultó muerto Helberth Ariel Martínez Pulido.”

c. Aplicación del régimen de carácter objetivo, cuando el daño es producido por realización de actividades peligrosas - conducción de vehículos automotores

Extracto: “Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. ” Sin embargo, ha sostenido también la Sala que el Estado para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.”

d. Configuración de la falla del servicio debido al estado de embriaguez del conductor

Extracto: “Partiendo de los hechos demostrados dentro del proceso, en el caso sub examine, se configuró una falla en el servicio debido al estado de ebriedad del conductor. Es del caso anotar que “tales infracciones administrativas por parte del conductor vinculan al ente demandado respecto del daño por cuya indemnización se demandó y, en consecuencia, generan para el mismo la consiguiente obligación de repararlo, toda vez que la conducta o actividad del funcionario estaba determinada o encaminada a la prestación del servicio público y se enmarca dentro de las funciones propias del cargo del cual estaba investido”.

[Sentencia de 13 de abril de 2011, Exp. 25000-23-26-000-1995-01573-01 \(18.787\). MP.: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

11. La Sala de la Sección Tercera - Subsección C., declaró la nulidad de las resoluciones 249 de 25 de noviembre de 1992, expedida por Indumil, mediante la cual se declaró la realización de un riesgo que ampara la póliza No. 14-11-53 7614 y ordenó hacer efectiva la garantía correspondiente y de la número 007 de 18 de enero de 1993, que rechazó el recurso de responsión interpuesto

Síntesis del caso: Entre INDUMIL y United Scientific Instruments Ltda. - representada en Colombia por la sociedad Servicios Múltiples de Comercio Exterior - SECOMEX LTDA., se celebró el contrato número 5-089/91, cuyo objeto fue el suministro de 20.836 granadas de 60 mm. El contratista hizo entrega de las granadas, previa verificación técnica efectuada en Corea. Posteriormente, se presentaron accidentes letales con personal del ejército por la manipulación de las granadas, por tal razón INDUMIL ordenó la realización de unas pruebas técnicas arrojando como resultado fallas funcionales, de eficacia y calidad; en vista de lo anterior INDUMIL expidió la resolución número 249 de 25 de noviembre de 1992, mediante la cual se declaró la ocurrencia del riesgo amparado por calidad del producto y ordenó liquidar el contrato, contra esta decisión la parte demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado mediante resolución número 007 de 1993, porque no se indicó la dirección del recurrente.

a. Procedencia de la acción contractual cuando se demanda el acto administrativo que declara un siniestro

Extracto: “La posibilidad que tiene la compañía de seguros de demandar el acto administrativo que declara la ocurrencia de un siniestro ha sido considerada en varias ocasiones, en los últimos años, por la Sección Tercera. La conclusión a la que llegará en este proceso será la misma que se viene sosteniendo, esto es, que la acción que se debe ejercer es la contractual, no la de nulidad y restablecimiento del derecho, con la consecuencia que esto tiene sobre diversos aspectos del proceso, muy particularmente lo relativo a la caducidad de la acción. (...) Y es que la decisión administrativa que declara el siniestro bien puede ser contractual o postcontractual, dependiendo del momento en que ocurra y se declare el mismo. En esta medida, el acto termina siendo contractual, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico, y concretamente de una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aún después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías.”

b. Las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales deben estar regidas por el derecho fundamental al debido proceso. Constitución Política - Artículo 29

Extracto: “la Sala ha considerado, cada vez con más decisión y argumentos, que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales también están regidas por el derecho fundamental al debido proceso -art. 29 CP.-, en virtud del cual se debe garantizar a los afectados con una decisión el derecho a defenderse adecuadamente, es decir, en los términos de las garantías mínimas que contempla este derecho (...) se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas

contractuales por disposición constitucional -art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas. (...) es indiscutible que el debido proceso también aplicaba a la actuación que adelantó la administración para declarar el siniestro de la póliza.”

c. El derecho fundamental al debido proceso. Ley 1437 de 2011

Extracto: “al poco tiempo de proferirse esta providencia se expidió el nuevo Código Contencioso Administrativo -ley 1.437 de 2011-, que inspirado en la Constitución Política, y en el lamento general que demandaba la actualización del procedimiento administrativo al derecho fundamental al debido proceso, dispuso en el art. 3 que, efectivamente, debían considerarse todos los principios en dichas actuaciones. (...) la nueva normativa, que entrará a regir el 2 de julio de 2012 -art. 308-, pone el ordenamiento jurídico administrativo a tono con la Constitución Política, concretamente en lo que tiene que ver con las actuaciones ante la administración, porque la reivindicación del art. 29 CP., convertido en principio rector de estos procedimientos, marca un hito en el tratamiento legal de la materia. Incluso, la no reformatio in pejus, de más difícil aceptación y adaptación por parte de la administración, y también de la jurisprudencia, ha sido ratificada en esta norma, para evitar dudas al respecto.”

d. La transgresión al derecho fundamental del debido proceso, debe ser invocada por el titular

Extracto: “Un aspecto que cuestionó el actor tiene que ver con el hecho de que al contratista no se le hizo parte de la actuación administrativa que condujo a la declaración del siniestro. Concretamente, considera que no se le informó de la existencia del procedimiento y menos de la práctica de las pruebas técnicas con fundamento en las cuales se declaró que las granadas no cumplían las exigencias de calidad mínima para ser manipuladas con seguridad. (...) la Sala no compartirá la posición planteada por el actor, por las siguientes razones: De un lado, porque el derecho que aduce violado no es el debido proceso suyo, sino el del contratista, y la Sala entiende que por tratarse de un derecho subjetivo, característico de los derechos fundamentales, su trasgresión debe ser invocada por el titular, en este caso la sociedad extranjera contratante. En este horizonte, no es posible discutir la validez de un acto administrativo por violación al derecho al debido proceso de otro sujeto de la actuación administrativa, cuando este no es quien impugna la decisión.”

e. La resolución que rechazó el recurso de reposición, vulneró el derecho fundamental al debido proceso. Aplicación prevalente del derecho sustancial sobre el procedimental

Extracto: “La Sala considera, en forma coincidente con el Ministerio Público, que la decisión de INDUMIL vulneró el derecho al debido proceso, porque la resolución número 007 del 18 de enero de 1993 rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, por infringir normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse. Dos argumentos apoyan este criterio. De un lado, la aplicación prevalente del derecho sustancial sobre el procedimental -art. 228 CP.-, que exige otorgarle preeminencia al derecho constitucional al debido proceso sobre la disposición del CCA. que establece que este requisito debe satisfacerlo el recurso, so pena de su rechazo. En efecto, una interpretación exegética, como la que adoptó la entidad, repulsa al ordenamiento jurídico, porque es desproporcionado que una simple exigencia formal dé al traste con un derecho de mayor rango, sacrificándolo injustificadamente. (...)el rechazo del recurso de reposición o de apelación, sin causa justificada, riñe con la garantía constitucional del debido proceso, porque limita hasta su probable anulación las posibilidades de defensa del ciudadano, frente a una decisión que esencialmente es cuestionable por el afectado”

f. Violación de los principios integrantes del derecho al debido proceso

Extracto: “la demandada violó el derecho al debido proceso del actor, representado bajo la figura de tres de sus principios integrantes: i) el derecho a impugnar la decisión desfavorable; ii) el derecho de defensa y iii) el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertir las allegadas en su contra. (...) Para la Sala, entonces, no queda duda que el derecho de defensa se desconoció con la actuación de la demandada (...) la Sala también concluye que la misma actuación administrativa vulneró el derecho a presentar pruebas y a solicitar y controvertir las allegadas en su contra, porque con el recurso se aportaron medios documentales y también se solicitó un peritazgo, con los cuales el interesado esperaba convencer a INDUMIL de la posición que sostendría el -no se olvide que sólo desde allí iba a ser escuchado-. En ninguna otra ocasión del procedimiento la compañía de seguros tuvo esta oportunidad, de ahí el celo con que debe valorarse el rechazo fútil del recurso de reposición que ejercitaba esta garantía del debido proceso.”

g. Acto administrativo complejo constituido por dos o más voluntades que conforman una misma decisión. Cuando una decisión se integra por varios actos administrativos se deben demandar todos, so pena que la demanda sea inepta

Extracto: “resulta determinante lo que establece el inciso tercero del art. 138 CCA.: “Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.” En estos términos, surge el denominado acto administrativo complejo, constituido por dos o más voluntades que conforman una misma decisión, uno de cuyos ejemplos -no el único- es la decisión que se integra por los actos que se expiden con ocasión de la vía gubernativa. Por esta razón es que la norma acabada de citar dispone que cuando una decisión se integra por varios actos administrativos, se deben demandar todos, so pena de que la demanda sea inepta. Aplicadas estas ideas al caso concreto, se encuentra que la afectación a los derechos de defensa, impugnación de la decisión condenatoria y controversia probatoria -art. 29 CP.- le impidió al actor cuestionar la decisión inicial, viciando de nulidad la actuación administrativa, y esto conduce a declarar la nulidad de las resoluciones No. 249 de 1992 y No. 007 de 1993, porque ambas se integran en una misma voluntad, porque recogen las actuaciones y los actos de trámite que desarrollaron el procedimiento administrativo, además de que por sí mismas adoptaron decisiones independientes pero pertenecientes al mismo trámite”

g. Declaratoria de nulidad de los actos administrativos, por violación al debido proceso

Extracto: “Para la Sala no pasará desapercibido que el “simple rechazo” de un recurso de la vía gubernativa, que por motivos baladíes fue desechado -rindiéndosele culto a la forma sobre la sustancia (art. 228 CP.)-, merece el máximo reproche que el control judicial puede ejercer -la nulidad de la decisión-, sin que sea menester desorientarse pensando en que posiblemente la administración tenía razón en la decisión de fondo, porque es claro, desde hace siglos, que no basta tener la razón para que el Estado pueda actuar de cualquier manera cuando declara los derechos y menos si impone cargas u obligaciones. (...) En otros términos, no le es dable al juez administrativo abstenerse de corregir una situación claramente ilegal que compromete al debido proceso, en un caso concreto, pensando en que en esa situación el actor carece del derecho sustantivo de fondo para su protección. Una actitud semejante no haría más que legitimar, a largo plazo, y para cualquier evento, también concreto y futuro, todo género de violaciones al derecho al debido proceso por parte del Estado. (...) En estos términos, la Sala considera que los actos son nulos porque se violó el derecho al debido proceso del actor, quien por cierto tampoco fue hecho parte en la actuación administrativa previa, pese a que el CCA. exige vincular a todo aquél que pueda resultar afectado con una decisión administrativa -art. 28 CCA.-. Como consecuencia de esta decisión, y a título de restablecimiento del derecho -en los términos de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda-, la Industria Militar no podrá cobrar al actor el monto de la póliza, y en caso de haberlo

hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia debe reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.”

[Sentencia de marzo 30 de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1993-08569-01 \(20.917\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) Las entidades territoriales tienen la facultad para regular el régimen exceptivo independientemente que lo llamen exención, exclusión o no sujeción o simplemente tratamientos preferenciales

Se analiza si los apartes del artículo 8° y del párrafo primero del artículo 22 del Acuerdo Municipal 19 de 1993 violan los artículos 338 de la Carta Política, 39 de la Ley 14 de 1983 y 7 del Decreto Reglamentario 3070 de 1983. Para el efecto, abordará el estudio de la autonomía fiscal de las entidades territoriales, en general, y, en particular, para regular el Impuesto de Industria y Comercio, concretamente, para fijar obligaciones formales como la de “presentar la declaración de ICA”.

Extracto: El legislador, por una parte, restringe la autonomía que las entidades territoriales tienen para decretar exenciones o tratamientos preferenciales sobre sus impuestos territoriales. Siendo que el constituyente de 1991 prohibió que fuera por ley que se fijaran exenciones o tratamientos preferenciales sobre los impuestos territoriales, se podría llegar a la conclusión de que el artículo 38 de la Ley 14 de 1983 contraviene el artículo 294 de la Carta Política, pues, si el legislador no puede decretar exenciones o tratamientos preferenciales sobre impuestos territoriales, tampoco puede restringir a las entidades territoriales a que ejerzan esta potestad que les fue dada en la Constitución sin limitaciones de ningún orden. En el mismo sentido, el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 consagra un mandato de prohibición a las entidades territoriales para que no graven ciertas actividades o a ciertos sujetos, mandato que tales entidades acatarían, ora absteniéndose de gravar tales actividades o tales sujetos en los acuerdos municipales o distritales, ora exonerando, excluyendo o no sujetando al impuesto esas actividades y a esos sujetos en los acuerdos u ordenanzas. Lo cierto es que, en vigencia de la Constitución Política de 1991 y, concretamente, del artículo 294, para la Sala, la Ley 14 de 1983, en cuanto a la potestad de las entidades territoriales para fijar exenciones o tratamientos preferenciales debe interpretarse de manera amplia, pues, a diferencia de la potestad para fijar los tributos, la potestad para conceder exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales es plena para estas y restringida para la Ley. Ahora bien, la potestad de exonerar o de establecer tratamientos preferenciales puede implicar que las autoridades territoriales consideren que una actividad o sujeto determinado son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio pero a una tarifa de 0% (exención), o que esas actividades que son generadoras del impuesto de industria y comercio no lo causan por determinadas circunstancias (exclusión) o que hay actividades que simplemente no califican como industriales, comerciales o de servicios y, por tanto, no están sujetas al impuesto. Como el mandato de prohibición del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 implica que las entidades territoriales se abstengan de regular como actividades o sujetos gravados los enunciados en ese artículo, puede ser que los acuerdos municipales simplemente no regulen “*las prohibiciones*”, pero lo cierto es que, en cumplimiento de ese mandato de prohibición, las entidades territoriales han regulado esas actividades, en unas oportunidades denominando las actividades como exentas, en otras como excluidas, en otras, como no gravadas o en otras no sujetas y, en el peor de los casos, confundiendo la calidad de sujeto no responsable del impuesto con actividad no gravada con el mismo. Independientemente de lo anterior, para la Sala es claro que una entidad territorial tiene la potestad para “*exonerar*” o establecer “*tratamientos preferenciales*” y, así mismo, para regular, a efectos de ejercer los controles respectivos, los aspectos referentes a las obligaciones formales que se deriven del régimen de exención o de los tratamientos

preferenciales. En esa medida, como la Ley 14 de 1983 definió las actividades industriales, comerciales y de servicios de manera genérica, y abrió la posibilidad, incluso, para que las entidades territoriales graven actividades “análogas” a las ya definidas en la Ley 14, es razonable interpretar que el legislador quiso, en atención al mandato de prohibición, que las entidades territoriales regulen un régimen de exención, de exclusión o de no sujeción para los casos de los literales a), b), c) y e) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983. En consecuencia, en estos eventos, para la Sala es pertinente que los acuerdos municipales o distritales regulen el régimen exceptivo, independientemente que lo llamen de exención, de exclusión o de no sujeción o simplemente de tratamientos preferenciales y, por lo tanto, está bien que prevean los sujetos que gozan de ese régimen, las condiciones en que se puede gozar de ese régimen y las obligaciones que se les asigna a los beneficiarios para probar que, en efecto tienen derecho a gozar del régimen exceptivo. Ahora bien, tratándose de la regulación de la prohibición prevista en el literal d) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, como la prohibición se hizo en consideración a los sujetos que desarrollan determinado objeto social, podría interpretarse que en estos eventos, el legislador quiso que las entidades territoriales consideraran como sujetos no responsables del impuesto a los sujetos enlistados en ese literal, pues, independientemente de la actividad que realizan, por el sólo hecho de ser *establecimientos educativos públicos, entidades de beneficencia, culturales y deportivas, sindicatos, asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, partidos políticos y hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud*, tales sujetos, *per se*, no deberían contraer ninguna obligación ni de tipo sustancial, ni de tipo formal.

b) Las entidades territoriales pueden fijar obligaciones formales como la de “presentar la declaración de ICA” para las entidades excluida del impuesto

Extracto: Para el demandante la obligación formal de declarar que previó la norma demandada viola el artículo 338 de la Carta Política, concretamente, el principio de reserva de ley, por cuanto obliga a personas “excluidas” o “amparadas con una prohibición del impuesto de industria y comercio” a presentar la declaración tributaria. La Sala considera que los apartes del artículo demandado no violan el artículo 338, pues, tal como se precisó, este artículo establece la potestad del Congreso de la República, de las asambleas departamentales y de los concejos municipales y distritales para fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. El artículo 8 demandado no está fijando ninguno de los elementos del tributo, simplemente está precisando en qué condiciones los sujetos que consideren que realizan una actividad no gravada o exenta deben informarle esa situación al municipio demandado, esto es, la autoridad tributaria. Por otra parte, leído el Acuerdo Municipal 019 de 1993, se puede apreciar que en el capítulo I, el municipio reguló las actividades gravadas con el impuesto de industria y comercio de forma semejante a la prevista por la Ley 14 de 1983. En efecto, el artículo 1° señaló el objeto del tributo y el hecho imponible. En tanto que los artículos 2° a 5° establecieron las actividades comerciales, industriales y de servicios que están sometidas a dicho impuesto. Conforme se precisó, ese mandato de prohibición podría implicar una innegable restricción de la facultad que tienen las entidades territoriales para conceder exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de su propiedad. Por eso, la Sala precisó que esa norma se interpretaría acorde con la Constitución Política de 1991 y, concretamente, con el artículo 294, en el sentido de entender que las entidades territoriales tienen potestad amplia para fijar exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales y, por ende, pueden regular las obligaciones formales de los sujetos responsables del ICA, en cualquiera de las situaciones que las entidades territoriales graven, exoneren, excluyan o no sujeten ciertas actividades industriales, comerciales o de servicios. Para la Sala, el Municipio de Cucunubá simplemente ejerció la facultad constitucional prevista en el artículo 294 de conceder la exención del ICA a las actividades que el artículo 39 de la Ley 14 1983 le prohibió gravar. En ese entendido, el Municipio de Cucunubá también estaba facultado para regular, mediante el artículo 8° demandado, la presentación de la declaración del impuesto de industria y comercio a los sujetos beneficiarios del régimen exceptivo. Fuera de lo anterior, hay que decir que la declaración del impuesto de industria y comercio permite a la autoridad tributaria verificar si el sujeto pasivo realiza exclusivamente actividades exentas o si también realiza actividades comerciales, industriales

o de servicios gravadas. La exigencia de presentación de la declaración tributaria encuentra razón de ser en el hecho de que, sólo así, la administración puede identificar cuál es el valor que el contribuyente detraerá de la base gravable del impuesto de industria y comercio. Y, además, esa declaración le permite determinar si se trata de productos nacionales efectivamente exportados. Fuera de lo anterior, hay que decir que el párrafo cuestionado no desconoció el artículo 4° del Decreto 3070 de 1983, pues la exigencia de presentar la declaración tributaria, junto con el formulario único de exportación y el certificado de la administración de aduana, en la que se certifique que los productos salieron del país, es oponible a los contribuyentes que realizan actividades gravadas con el impuesto de industria y comercio, así sea que tales actividades estén exentas, en virtud de la norma local. En consecuencia, como no hay violación de las normas superiores invocadas en la demanda, se impone también revocar la nulidad del párrafo en cuestión.

[Sentencia de 7 de abril de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2006-00562-01\(16949\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

2. a) El valor probatorio de la contabilidad depende de que ésta sea llevada en la forma ordenada por la Ley

Se estudia la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2000, adicionando ingresos e impuso sanción por inexactitud.

Extracto: El Decreto 2649 de 1993, especifica los principios contables generalmente aceptados, así como también el conjunto de conceptos y reglas que se deben observar al registrar los datos contables de un ente económico. Es así que los registros en los libros y los soportes deben guardar la debida correspondencia, habida cuenta que la contabilidad constituye un todo indivisible e integral. Dentro del proceso de determinación es tal la importancia de la contabilidad, que es el punto de referencia para que la Administración Tributaria pueda establecer las circunstancias frente al desarrollo de la actividad mercantil del comerciante, en esa medida, si el comerciante esta obligado a llevarla de manera completa y fidedigna, resulta entendible que si los registros en ella contenidos no prueban su actividad, no se le asigna valor probatorio en caso de verificación tributaria. Observa la Sala que la contabilidad de la sociedad Cable Unión de Occidente S.A. no refleja la situación fiscal y económica del negocio, razón suficiente para no tenerla como prueba idónea para desvirtuar las modificaciones realizadas por la Administración Tributaria. En estos términos no puede aplicarse lo determinado por el artículo 772 del Estatuto Tributario en cuanto a la capacidad probatoria de la contabilidad a favor del investigado, al quedar demostrado el incumplimiento de las normas contables y de los artículos 773 y 774 ibídem. La simple lectura de las normas permite establecer la existencia de condicionamientos para que la contabilidad del demandante constituya prueba a su favor y, entre ellos que sea llevada en debida forma, lo cual implica que la falta de atención y cumplimiento de los requisitos establecidos por el Gobierno Nacional hace que la misma, no tenga valor probatorio alguno. En consecuencia, el valor probatorio de la contabilidad, depende de que esta sea llevada en la forma ordenada por la Ley, que cumpla los requisitos consagrados en el Decreto 2649 de 1993 y en el Estatuto Tributario, sin cuya observancia no puede considerarse válida para justificar los hechos que por este medio probatorio procura probar.

b) El contribuyente tiene la carga de la prueba para desvirtuar la renta presuntiva por consignaciones en cuentas bancarias y de ahorro

Extracto: El artículo 755-3 del Estatuto Tributario dispone que la carga de la prueba la tiene el contribuyente, con el fin de desvirtuar los indicios graves establecidos por la Administración Tributaria en su contra. En el presente caso, el demandante señaló que el funcionario de la DIAN omitió la realización de una labor importantísima al interior de la investigación como era la conciliación bancaria que le permitía establecer con precisión los ingresos mensuales y en especial

las cuentas objeto de la presunción bancaria. La anterior afirmación no es acertada, en tanto que la prueba para demostrar lo contrario debe ser aportada por el investigado y no solicitada por él al ente fiscal toda vez que en el proceso tributario se ha establecido que la carga de la prueba recae sobre quien impugna el acto administrativo dictado por la Administración Tributaria, cualquiera sea su contenido. El demandado debía probar en las instancias procesales los hechos que desvirtuaran la adición de ingresos, esto es, el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide. El demandante se limita a negar los hechos, sin aportar otros. La anterior situación, aunada a las irregularidades en la contabilidad, constituye un indicio grave en contra del contribuyente. Así las cosas, para la Sala no es acertada la solicitud presentada en el recurso de reconsideración, en cuanto que la Administración Tributaria debía efectuar un cuadro comparativo de la conciliación de las cuentas bancarias, ya que la carga de la prueba era del demandante, quién debía probar la no existencia de los hechos que se presumen, por consiguiente, trasladar la carga de la prueba es toda una equivocación.

c) No es causal de nulidad los errores de transcripción en las liquidaciones oficiales

Extracto: Cuando la Administración Tributaria detecta un yerro dentro de las etapas de determinación o discusión puede corregirlo, sin que se enmarque dentro de las causales de nulidad del artículo 730 del Estatuto Tributario. en cuanto que los valores indicados en el requerimiento especial y el valor final propuesto en la liquidación oficial presentan inconsistencias, no le asiste razón al demandante, pues los valores son los correctos, y se obtuvieron como resultado del análisis de las cuentas bancarias activas que no se encontraron registradas en la contabilidad, simplemente hubo un error de transcripción, que fue subsanado en la Liquidación Oficial de Revisión, cuando señala el valor correcto en la suma de \$ 722.746.939. Este hecho no constituye irregularidad para declarar la nulidad de la actuación, pues cuando la Administración Tributaria detecta un yerro dentro de las etapas de determinación o discusión puede corregirlo, sin que se enmarque dentro de las causales de nulidad del artículo 730 del Estatuto Tributario.

d) Solo podrían ser valorados por la Administración sin el requisito de la autenticidad los documentos de fecha cierta cuando la contabilidad goce de veracidad y exactitud en los valores declarados. Reiteración jurisprudencial

Extracto: Señala el demandante que en su decisión, la Administración no aplicó lo dispuesto por el Decreto 2150 de 1995, mediante el cual se prohíbe a las autoridades administrativas exigir autenticación en los documentos. El Decreto citado suprime y reforma normas, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Entre las supresiones se encuentra la prohibición para exigir los documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente. Lo anterior significa, que no es posible con base en el Decreto 2150 de 1995 exigir documentos autenticados, pero no se puede dejar de lado lo dispuesto por el artículo 767 del Estatuto Tributario. Según la norma, para que un documento privado, tenga valor probatorio, debe presentarse previamente ante notario público o ante otra autoridad administrativa, y sólo será legítimo a partir de la fecha en que conste dicha presentación. De acuerdo con los documentos aludidos por el demandante, a través de los cuales pretende probar unos hechos que fueron desvirtuados con la inspección tributaria, cruce de información con terceros, diligencia de registro en las instalaciones de la empresa y con el informe de la Fiscalía General de la Nación, la Sala considera que solo podrían ser valorados por la Administración sin el requisito de la autenticidad cuando la contabilidad goce de veracidad y exactitud en los valores declarados, para el caso en el impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2000, es decir constituya medio de prueba fehaciente. No obstante, como quiera que en el caso concreto no puede predicarse la idoneidad de la contabilidad, correspondía al demandante cumplir con las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil

[Sentencia del 7 de abril de 2011. Exp. 66001-23-31-000-2005-00798-01 \(16622\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. Se presenta silencio administrativo positivo en materia tributaria cuando se notifica legalmente el acto mediante el cual se resuelve el recurso de reconsideración extemporáneamente

Se decide si existió silencio administrativo positivo, en razón a que la Resolución N° 024 de 2004, conforme se falló el recuso de Reconsideración, fue notificada fuera del término que tenía la Administración Departamental, petición que no fue analizada, ni denegada en la sentencia materia de litis.

Extracto: De los artículos 732 y 734 del Estatuto Tributario se desprende que en relación con el silencio administrativo positivo, la ley fiscal condiciona la decisión favorable a las pretensiones del contribuyente, a la comprobación de la ocurrencia de dos hechos a saber: a. Que el recurso se interponga en debida forma, esto es con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos para el efecto, en el artículo 722 del Estatuto Tributario y, b. Que transcurra el término de un año, sin haber sido resuelto. En relación con el segundo evento, la Sala ha sido reiterativa en considerar que, la decisión a la que se refiere la norma, es la notificada legalmente, dentro de la oportunidad legal, pues no de otra manera puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, éste no produce los efectos jurídicos correspondientes, por lo tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado. Considerar que la decisión a la que se refiere la ley es el simple acto administrativo sin notificación, contraría la finalidad del silencio administrativo positivo, que pretende garantizarles a los contribuyentes que las reclamaciones se decidan cumplidamente. Así las cosas, si bien la fecha de expedición de la Resolución N° 024 fue el 17 de diciembre de 2004, probado se encuentra en el proceso que su notificación solo se efectuó por Edicto, el 28 de enero de 2005, más allá del término fijado legalmente para que la demandada cumpliera su deber de notificar. Por tanto, no es de recibo la afirmación del demandado en el sentido de que como la Resolución se expidió dentro del término esto es el 15 de diciembre de 2004, el recurso se resolvió dentro de la oportunidad legal, ya que los artículos 734 y 731 incluyen la notificación, como quiera que es a partir de esa actuación que el acto administrativo produce efectos jurídicos. En suma, si la notificación se realiza por Edicto, como ocurrió en el presente caso, se entiende surtida al vencimiento del término de la fijación del Edicto, como lo establece el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, o sea el 28 de enero del 2005, fecha en la que se notificó extemporáneamente, dando origen al silencio administrativo positivo.

[Sentencia de 19 de mayo de 2011. Exp. 73001-23-31-000-2005-01185-01\(17434\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. Los ingresos percibidos por las empresas extranjeras por el servicio de televisión prestado desde el exterior no son de fuente nacional

Se analiza si proceden, como deducción, los gastos pagados al exterior sin haberles efectuado retención en la fuente para el beneficiario de los mismos.

Extracto: El Acuerdo 32 de 1998 de la Comisión Nacional de Televisión, por el cual se reglamenta el servicio de televisión satelital define en su artículo 2 la televisión satelital como aquella que permite a los habitantes del territorio nacional la recepción, para uso exclusivo e individual, de señales de televisión transmitidas, emitidas, difundidas y programadas desde el extranjero, a través de segmentos especiales (satélites) de difusión directa, hasta los equipos terminales de recepción individual. La Ley 182 de 1995 no describe los aspectos técnicos del funcionamiento de la televisión por cable y satelital; sin embargo, el Ministerio de Comunicaciones en escrito dirigido al Director General de la DIAN el 6 de marzo de 2003. Cabe anotar que los conceptos del Ministerio de Comunicaciones y de la Comisión Nacional de Televisión, aunque no son obligatorios (artículo 25 del Código Contencioso Administrativo) para este asunto, brindan elementos de juicio para determinar el funcionamiento técnico de la televisión por cable y satelital, lo que permite dilucidar dónde se

presta este tipo de servicio de televisión. Con base en las pruebas que están en el expediente, la sociedad, por medio de los contratos suscritos, adquiriría una licencia limitada y no exclusiva para exhibir, durante la vigencia del contrato, un servicio de programación, apoyado por anunciantes, de entretenimiento general, mediante televisión por cable y/o SMATV, MATV, MDS o MMDS u otros sistemas de distribución en el territorio. Según los términos y condiciones, el concedente en el exterior transmitía el servicio mediante un satélite de comunicaciones adecuado y el operador adquiriría y mantendría una estación receptora del satélite adecuada para recibir el servicio y lo transmitiría simultáneamente a su recepción sobre una base continua. De acuerdo con lo anterior, y como lo ha reconocido la DIAN, Alpevisión S.A. distribuye en el país el servicio de televisión internacional que es prestado por las entidades extranjeras desde el exterior, por lo tanto, conforme con los conceptos técnicos aludidos, se trata de un servicio de televisión internacional, que se origina en el exterior y desde allí se presta o ejecuta, luego, los ingresos que reciben las empresas extranjeras no son de fuente nacional, como igualmente se concluyó en los pronunciamientos aludidos. Ello, porque no es un servicio prestado en Colombia, independientemente de que llegue al país, pues, lo que determina el lugar de prestación del servicio de televisión satelital o por cable es donde se origina y desde donde se ejecuta. Además, según el artículo 24 del Estatuto Tributario, los servicios que constituyen ingresos de fuente nacional son los prestados en el país, no desde el exterior, como sucede con la televisión internacional satelital o por cable, aunque la señal de televisión llegue finalmente a cada hogar en Colombia. A su vez, concluir que la televisión satelital o por cable internacional se presta en Colombia porque finalmente llega al país, significa desconocer la definición de televisión satelital, dada en el Acuerdo 32 de 1998 de la Comisión Nacional de Televisión, en el sentido de que es aquella que permite a los habitantes del territorio nacional la recepción, para uso exclusivo e individual, de señales de televisión transmitidas, emitidas, difundidas y programadas desde el extranjero, a través de segmentos especiales (satélites) de difusión directa, hasta los equipos terminales de recepción individual. Lo anterior, porque llevaría a la conclusión de que la televisión satelital se presta en Colombia por el solo hecho de que aquí se reciba, sin tener en cuenta que la señal se transmite, emite, difunde y programa desde el exterior, lo cual es aplicable igualmente para el caso de la televisión por cable. Dado que los ingresos que recibió la sociedad del exterior no provenían de la prestación del servicio de televisión en Colombia, sino de la prestación de un servicio ejecutado desde el exterior, los pagos efectuados a dicha sociedad no estaban gravados con el impuesto sobre la renta (artículo 12 del Estatuto Tributario), por lo que no debían ser objeto de retención en la fuente por ese concepto ni por remesas. De acuerdo con lo anterior, no procedía, en consecuencia, el desconocimiento de las deducciones por gastos efectuados al exterior, toda vez que no era exigible el requisito de acreditar la consignación del impuesto retenido a título de renta y remesas, porque para la empresa extranjera beneficiara del pago, lo pagado no constituía renta gravable en Colombia, conforme con los artículos 24, 121, 123 y 419 del Estatuto Tributario.

[Sentencia del 19 de mayo de 2011. Exp. 41001-23-31-000-2004-01239-01\(17252\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. La solicitud de acumulación presupone la existencia de procesos en trámite pendientes de fallo

Se establece la procedencia de la reducción de la tarifa del impuesto de timbre respecto de los contratos de cuantía indeterminada, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 519 del Estatuto Tributario, modificado y adicionado por el artículo 72 de la Ley 1111 del 2006

Extracto: La acumulación de procesos fue prevista en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, como una facultad jurisdiccional que opera a solicitud de parte y que, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal, busca el estudio conjunto de las pretensiones elevadas en dos o más procesos especiales de igual procedimiento, o en dos o más ordinarios, siempre que se encuentren en la misma instancia y que, tratándose de los segundos, dichas pretensiones se hayan podido integrar en una misma demanda, el demandado sea el mismo, y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos. A su vez, el artículo 82 ibídem avala la acumulación de

pretensiones, cuando quiera que se cumplan tres requisitos fundamentales, a saber: que el juez sea competente para conocer de todas (sin embargo, pueden acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía); que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Bajo esta perspectiva legal la solicitud de la DIAN estaría dotada de razones sustanciales de no ser porque el pasado 3 de marzo se profirió sentencia en el proceso 110010327000200800042 00 (exp. 17443), y el 7 de abril en el proceso 11001032700020080002500 (17315), M. P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, a los cuales se pide que se acumule el presente. Dichas providencias, sin duda alguna, impiden que se ejerza la facultad otorgada por el evocado artículo 157, comoquiera que ésta presupone la existencia de procesos en trámite, pendientes de fallo, precisamente con el fin de que puedan resolverse a través de una misma sentencia que, además de agilizarlos, evite decisiones contradictorias para las causas de idéntico origen. Dentro de esa dinámica, la solicitud de acumulación in examine carece de objeto y, por tanto, está llamada a rechazarse, lo cual se dispondrá junto con la decisión de fondo que habrá de dirimir el presente juicio de legalidad, pues es ello lo que imponen los principios procesales de celeridad, economía y eficacia, frente a la inmutabilidad del hecho cierto que dejó sin objeto la solicitud, se repite, el fallo de mérito en uno de los procesos sobre los cuales recae.

b) Los fallos de simple nulidad tienen efectos erga omnes con carácter absoluto y oponible

Sin duda alguna, dicha decisión anulatoria constituye cosa juzgada erga omnes con carácter absoluto y oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, en los términos del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, porque se adoptó mediante providencia de fondo debidamente ejecutoriada, en la que la jurisdicción tuvo la oportunidad de estudiar la causa petendi juzgada en esta oportunidad. Como tal, ha dicho la Sala que dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de sentencia en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica; y en acciones de simple nulidad no se condiciona a requisitos especiales de procedencia como sí se hizo en el caso de las acciones de reparación directa, contractuales y de cumplimiento (inc. 3). En consecuencia, corresponderá estarse a lo resuelto en la sentencia referida (la del 3 de marzo del 2011) que hizo desaparecer del mundo jurídico al Concepto No. 064693 del 7 de julio del 2008, y en tal sentido se impartirá la orden respectiva.

[Sentencia del 19 de mayo de 2011. Exp. 11001-03-27-000-2008-00027-00\(17317\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)

6. a) El auto de archivo de la DIAN es un acto definitivo susceptible de control jurisdiccional

Se decide si procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Auto de Archivo, expedido dentro del proceso de fiscalización.

Extracto: El análisis que motivó la decisión de archivo permite a la Sala concluir que, efectivamente, es un acto definitivo susceptible de control jurisdiccional, además, como lo indicó la Sala en la sentencia mencionada, el acto fue expedido por el Jefe de la División de Liquidación que “*en esencia, tiene a su cargo la expedición de los actos definitivos de determinación de los impuestos y sanciones*”, conforme al artículo 691 del Estatuto Tributario que dispone que el jefe de la unidad de liquidación tiene competencia para proferir las ampliaciones a los requerimientos especiales; las liquidaciones de revisión, corrección y aforo; la adición de impuestos, y demás actos de determinación oficial de los impuestos, anticipos y retenciones; la aplicación y reliquidación de las sanciones allí señaladas. En efecto, dentro del proceso de determinación del impuesto, una vez respondido el requerimiento especial, como ocurrió en este caso, la División de Liquidación de la DIAN tiene 6 meses para proferir el acto con el que da por terminada la etapa investigativa, que bien puede ser con: (i) el auto de archivo, que implica la firmeza de la declaración privada, o (ii) la liquidación oficial de revisión. Por lo tanto, el auto de archivo adquiere una connotación de acto

definitivo porque con él se cierra definitivamente la investigación del respectivo periodo o año gravable y, en consecuencia, la Administración no puede iniciar un nuevo trámite respecto de este.

Sentencia del 10 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2002-00825-01 (17036) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

7. a) Procede la deducción por destrucción de inventarios también para mercancías diferentes a los medicamentos aplicable tanto a comercializadores como a productores siempre que se prueben los requisitos de las expensas necesarias

Se establece si del valor total del Costo de Ventas declarado por la demandante, es procedente desconocer la suma de \$2.186.184.658, que corresponde al costo generado.

Extracto: Es necesario advertir también, que aunque la jurisprudencia transcrita hacía referencia a medicamentos, nada impide que en casos en que los inventarios correspondan a otro tipo de mercancías, no se pueda aplicar estos criterios, de acuerdo con lo que se pruebe en cada caso. Igualmente, debe precisarse que el criterio de la Sala es aplicable tanto a comercializadores como a productores, pues en ambos casos, dependiendo del tipo de bienes, pueden estar sometidos a disposiciones de tipo sanitario que los obliga a destruir los activos movibles por razones de deterioro, vencimiento, desuso, etc., y lo mismo puede ocurrir en sectores donde la destrucción de inventarios ocurre por tratarse de una práctica mercantil usual, razón por la que no resulta procedente la distinción que realiza la demandada en relación con la actividad que desarrolla el contribuyente respecto de los productos dados de baja. Pues bien, de acuerdo con el criterio expuesto es claro que, si bien se puede admitir el valor de los activos movibles que fueron retirados por vencimiento o destrucción como “expensa necesaria”, se debe demostrar, en cada caso, que el hecho ocurrió en el respectivo año gravable, que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta y que es necesario y proporcionado a esa actividad.

b) Es deducible la parte utilizada de la provisión para mercancía dada de baja cuando se prueba su afectación con la destrucción de la mercancía

En relación con la *provisión para mercancía dada de baja*, se advierte que la demandante ha sostenido que la provisión ha sido tratada como un gasto no deducible y que sólo cuando se produce realmente la destrucción del inventario devuelto o vencido es que se afecta la cuenta de la provisión, momento en el que es deducible fiscalmente. Sin embargo, en los actos acusados, la DIAN rechazó la provisión por mercancía dada de baja por valor de \$94.169.146 registrada en la cuenta 61.20.45.57, porque es una provisión que dentro del ordenamiento fiscal no es posible tenerla como costo ni como deducción, pues sólo son provisiones aceptadas fiscalmente las establecidas en los artículos 112, 145 y 146 E.T. Además, la Administración indicó que sobre este valor “*la sociedad no presenta soporte como tal, por cuanto se registra un valor estimado de la mercancía que se va a dar de baja o que se va a llevar a pérdida en devoluciones, posteriormente se traslada o se cancela. En este caso la cuenta a diciembre 31 de 2001 presenta un saldo débito por \$94.169.146*”. Si bien, en principio, el manejo contable que expone la demandante para la provisión es aceptable, de las pruebas allegadas al proceso se observa que en vía gubernativa BMS aportó el movimiento de la cuenta 61.20.45.57 glosada por la DIAN, sin que pueda establecerse con certeza la forma en que se descargaba el valor de las destrucciones, pues el listado simplemente relaciona varios tipos de medicamentos de los que se anota “AJUSTE RESERVA ESPEC.” o “AJUSTE RESERVA P. INV”, y al frente diferentes valores que totalizan el rechazado por la demandada, esto es, \$94.169.146, pero ni el movimiento de cuenta ni ningún otro documento detalla el Acta de Destrucción o las “notas de transferencia” con las que se descargaron los productos de la provisión. Como se advierte, ninguna de las pruebas permite concluir la existencia de una provisión afectada por la destrucción real de mercancía dada de baja en el año gravable 2001, ni mucho menos justifica el valor que ha sido discutido por la DIAN. Aunque, se reitera, el manejo de la provisión que en teoría explica la demandante es perfectamente viable, las pruebas no permiten establecer que lo solicitado como

costo sea la *utilización de una provisión* constituida para inventarios dados de baja y que esta haya sido castigada por la suma cuestionada por la DIAN. En todo caso, se advierte que el castigo con el valor de lo destruido simplemente disminuye la provisión, pero eso no lo hace deducible, no solo por tratarse de una provisión contable que no figura entre las deducibles fiscalmente, sino porque al hacer efectiva la destrucción de mercancías provisionadas, lo único que se hace es reducir la provisión. En consecuencia, la Sala acepta como costo los valores correspondientes a la mercancía dada de baja por destrucción y pérdida en devoluciones, pero rechaza, por las razones antes explicadas, lo solicitado como utilización de la provisión de mercancía dada de baja.

[Sentencia del 19 de mayo de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2005-05317-01 \(17875\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

* Salvamento de voto de la Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

8. a) El hecho generador de la participación en plusvalía es el cambio en los usos del suelo y un mayor aprovechamiento del mismo y no la licencia de urbanismo o construcción

La Sala debe establecer si el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, por el cual se adoptó el Plan Parcial denominado La Magdalena, ubicado en la localidad de Kennedy, constituyó el hecho generador de la participación en plusvalía

Extracto: El Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, por el cual se adopta el Plan Parcial denominado La Magdalena, ubicado en la localidad de Kennedy, señaló en el artículo 25 “PARTICIPACIÓN DEL DISTRITO EN PLUSVALÍAS: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 468 a 470 del Plan de Ordenamiento Territorial, y el capítulo IX de la Ley 388 de 1997, el presente plan parcial constituye una zona con efecto plusvalía, por cuanto se cambia la clasificación del suelo, incorporándolo a suelo urbano. Encuentra la Sala que el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, configura el hecho generador de la participación en plusvalía, toda vez que constituye una decisión administrativa que establece una acción urbanística de las que trata el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, “*un cambio en los usos del suelo y un mayor aprovechamiento del mismo*”. Además esa acción urbanística esta contenida en un instrumento que desarrolla el plan de ordenamiento territorial, como es el plan parcial, en el que, de manera expresa, se consagró que constituía una zona con efecto plusvalía, por cuanto se cambió la clasificación del suelo, incorporándolo a suelo urbano. Con fundamento en lo expuesto se desvirtúa la afirmación del demandado, según la cual si bien la Administración Distrital de acuerdo con la Ley 388 de 1997 tenía la posibilidad autorizar usos y edificabilidades a través de un plan parcial, en las disposiciones del decreto en mención no aparece la definición de autorizaciones específicas, mientras que, se reitera, el plan parcial si es demostrativo de la decisión administrativa contentiva de la acción urbanística. Y no puede tenerse, como se reclama por la demandada, que el hecho generador de la participación en plusvalía sea la autorización específica, que en este caso consistiría, a su juicio, en la licencia de urbanismo o construcción, toda vez que el legislador de manera taxativa definió el hecho generador de la participación de la plusvalía en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, y se demostró que en el *sub judice* el plan parcial cumplía con los presupuestos consagrados en la precitada norma, aunado a que la ley en mención hace referencia a la solicitud de licencia de urbanización o construcción en el artículo 83 pero para la exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía, lo que presupone la existencia de cualquiera de los hechos generadores de que trata el artículo 74 *ib.*

b) En virtud del principio de irretroactividad para la liquidación de la plusvalía en el Distrito Capital el hecho generador debe darse después de la entrada en vigencia del Acuerdo que la haya adoptado

Fijado el hecho generador en el asunto en análisis (expedición del Decreto 298 de 2003), debe precisarse si existió vulneración al principio de irretroactividad tributaria al liquidarse el efecto plusvalía con la Resolución 220 de 2004, teniendo en cuenta que el Concejo de Bogotá, en ejercicio

de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 82 de la Constitución Política, 73 y siguientes de la Ley 388 de 1997, 101 de la Ley 812 de 2003, el Decreto Nacional 1599 de 1998, el artículo 12 numerales 1 y 3 del Decreto 1421 de 1993, estableció las normas para la aplicación de la participación en plusvalía con el Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003, publicado en el Registro Distrital 3017 de diciembre 30 de 2003.

Extracto: La Constitución Política en su artículo 363 así consagra el principio general de la irretroactividad tributaria “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.” Específicamente sobre el principio de irretroactividad y el hecho generador, esa Corporación señaló que: “En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa. Y en razón del principio de irretroactividad, la ley que impone un impuesto no puede aplicarse a hechos generadores ocurridos antes de su vigencia.” Es decir, que en virtud del principio de irretroactividad, para la liquidación del efecto plusvalía en el Distrito Capital, el hecho generador debe darse después de la entrada en vigencia del Acuerdo 118 de 2003, por cuanto la Ley 388 de 1997, como se mencionó anteriormente, indicó que “Los Concejos Municipales y Distritales establecerán mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios”. Como quiera que el hecho generador de la participación en plusvalía, en el asunto en examen, acaeció con la decisión administrativa contenida en el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, y que a esa fecha no se había expedido el Acuerdo para la aplicación de dicho tributo en el Distrito Capital, la Administración no podía entrar a liquidar el efecto plusvalía aplicando disposiciones contenidas en el Acuerdo 118 de 2003, como lo determinó el *a quo*.

[Sentencia del 24 de marzo de 2011 Expediente 25000-23-27-000-2004-02074-01\(17083\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO.](#)

9. La obligación de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales se evidencia a partir del certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio

Se determina si la sociedad está obligada al pago de la sanción por no suministrar información en medios magnéticos, referente a los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales, que establece el artículo 631-1 del Estatuto Tributario, correspondiente al año gravable 1999.

Extracto: Conforme al artículo 631-1 del Estatuto Tributario: “Para efectos de control tributario, a más tardar el treinta (30) de junio de cada año, los grupos económicos y/o empresariales, registrados en el Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio, deberán remitir en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos, en la forma prevista en los artículos 26 a 44 de la Ley 222 de 1995 y demás normas pertinentes. El incumplimiento de la obligación prevista en el presente artículo dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 651 del Estatuto Tributario”. La Sala en sentencia del 11 de diciembre de 2008, exp. 16367 C.P. Héctor J. Romero Díaz, precisó que, conforme al artículo 631-1 del Estatuto Tributario, la obligación de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales se demuestra a través del certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio, razón por la cual, contrario a lo afirmado por la apelante, la DIAN no tenía que recurrir a medios de prueba adicionales para determinar que la demandante estaba obligada a presentar la información objeto de sanción. La sociedad demandante presentó la solicitud de inscripción de la situación de control en el registro mercantil ante la Cámara de Comercio de Barranquilla el 19 de noviembre de 1997, y ésta lo materializó el 20 del mismo mes y año. Tal registro estuvo vigente entre el 20 de noviembre de 1997 y el 12 de marzo de 2002, fecha en la cual la Cámara de Comercio de Barranquilla, a solicitud de la sociedad demandante, lo

eliminó. La información solicitada corresponde al año gravable 1999, razón por la cual la Administración Tributaria sancionó a la sociedad actora conforme al artículo 651 del Estatuto Tributario, tomando como base los ingresos netos declarados en el año gravable 1999, determinado la sanción máxima, establecida en el artículo 866 del Estatuto Tributario, en \$182.400.000. Observa la Sala que, toda vez que el registro correspondiente estuvo vigente durante el período a sancionar, la DIAN procedió legalmente a imponer la sanción cuestionada, teniendo en cuenta que el artículo 631-1 ib, estableció como fecha límite el 30 de junio de 2000 para suministrar la información requerida. Respecto al argumento de la sociedad apelante, según el cual le corresponde a la Administración la carga de la prueba para demostrar los supuestos fácticos de la sanción impuesta, reitera la Sala que, conforme al artículo 631-1 del Estatuto Tributario, la obligación de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales se evidencia a partir del certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio, razón por la cual, contrario a lo afirmado por la apelante, la DIAN no tenía que recurrir a medios de prueba adicionales para determinar que la demandante estaba obligada a presentar la información objeto de sanción.

[Sentencia del 23 de febrero de 2001. Exp. 08001-23-31-000-2003-01899-01 \(17465\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO.](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Negativa de la nulidad de la elección del Rector de la Universidad de La Guajira (Carlos Arturo Robles Julio)

La Sección Quinta revocó la sentencia de primer grado, negó la pretensión anulatoria de la elección del Rector de la Universidad de la Guajira por cuanto encontró acreditado el requisito de experiencia exigida a los candidatos y confirmó la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda al contener pretensión anulatoria contra acto de trámite.

Los demandantes consideraron que la elección del Rector de la universidad era anulable por dos razones: a) el elegido no acreditó la experiencia profesional administrativa o docente universitaria por un lapso no inferior a cinco años; y b) la convocatoria violó el plazo previsto en los estatutos universitarios.

La Sala hizo referencia a la normativa aplicable a los entes universitarios departamentales, para concluir que el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente las normas que regulan las entidades públicas del orden nacional. Abordó el estudio de la convocatoria desde el contenido del artículo 83 Constitucional (principio de la buena fe), para aplicarlo al tema de la acreditación de la experiencia profesional administrativa por parte de los candidatos, la cual encontró probada por parte del demandado e implicó la revocatoria de la sentencia de primera instancia que accedió a anular el acto de elección. Finalmente, la Sala interpretó la disposición sobre plazo de expedición de la convocatoria.

a) Régimen aplicable a los entes universitarios autónomos departamentales

La sentencia consideró que los regímenes de las entidades territoriales y de las entidades del orden nacional no son aplicables a los entes autónomos universitarios del orden departamental y que, por ende, la elección de sus directivos se enmarca dentro del Estatuto General de la Universidad, la convocatoria y las distintas resoluciones que dicte la universidad. La argumentación de la Sala fue la siguiente:

“...esta Sala destaca que el Decreto 758 de 2005 ‘establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que

se regula por la Ley 909 de 2004'. En su art. 1° ratifica su ámbito de aplicación cuando señala que "el presente decreto establece el sistema de nomenclatura, clasificación de empleos, de funciones y de requisitos generales de los cargos de las entidades territoriales. A su turno, el Decreto 2772 de 2005 'establece las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones". De igual manera, su artículo 1° precisa el ámbito de aplicación en los siguientes términos: 'La descripción de las funciones y requisitos generales que se establecen en el presente decreto, regirá para los empleos públicos pertenecientes a los (...) Entes Universitarios Autónomos,... del Orden Nacional (...)'

Con base en lo anterior, es claro que le asiste razón a la Universidad de La Guajira y al demandado en cuanto que estas normas, que fundamentaron la decisión del a quo, no son aplicables al presente caso. Porque el Decreto 758 de 2005 rige para los empleos de las entidades territoriales que dentro de la estructura del Estado ostentan categoría diferente a la de los entes universitarios autónomos en la cual se ubica la Universidad de La Guajira, luego la elección del Rector de ésta, en manera alguna está regida por dicho decreto.

A similar conclusión se llega en cuanto al Decreto 2772 de 2005 porque, como quedó expuesto, éste aplica para los entes universitarios autónomos del orden nacional y de conformidad con el artículo 2° del Acuerdo 025 de 1996, Estatutos Generales, la Universidad de La Guajira es un ente universitario autónomo del orden departamental..[con el] régimen de autonomía que tienen las universidades oficiales, no cabe duda de que, dentro de cualquier proceso de consulta o de elección de directivos, es, en principio, el Estatuto General de la Universidad el que se convierte en el derrotero de dicho proceso y, por consiguiente, es la disposición a cumplir por todos los involucrados. Seguida de éste están el acto de convocatoria y las diferentes resoluciones que sobre el particular dicte la respectiva universidad... ”.

b) Los requisitos de experiencia y su acreditación deben estar contenidos en la convocatoria o en las normas que la regulan, so pena de transgredir el artículo 83 de la Constitución Política.

La Sala adoptó como referente normativo la convocatoria, con el fin de verificar cuáles requisitos de experiencia solicitó la Universidad y la forma como exigió a los candidatos su acreditación. Reiteró que es contrario al principio de la buena fe exigir requisitos y formas de probar diferentes a las contenidas en la convocatoria o en las normas que la regulan. La consideración hecha por la Sección fue la siguiente:

“La convocatoria a un concurso o a un proceso de elección constituye el marco jurídico y el derrotero que rige el trámite pertinente a partir del cual los aspirantes deciden participar en la selección de un empleo o cargo público. La conformación y el contenido de esos actos y la aplicación de la regulación que se establezca por el órgano electoral, deben honrar el principio constitucional previsto en el artículo 83 de la Constitución Política según el cual ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas’. Por ello, contradice este mandato superior que impone a las autoridades públicas actuar de buena fe en sus relaciones con los particulares que ellas sorprendan a los participantes con reglas o exigencias que no se adoptaron desde el comienzo de la convocatoria. Tales reglas son la ley del concurso, para el presente caso, ‘la ley’ del proceso electoral.

La convocatoria 003 de 2009 dejó claro que los aspirantes debían demostrar la experiencia de la siguiente forma: a) La docente, con certificaciones que expidan las Universidades acreditadas ante el Ministerio de Educación Nacional; b) La administrativa, con las constancias respectivas.

Por lo tanto, como nada se precisó en la convocatoria ni tampoco se señala en los Estatutos respecto a que las constancias para acreditar experiencia profesional administrativa debieran

registrar un determinado y específico contenido, carece de fundamento legal sostener que las que aportó el demandado no eran válidas. Considerarlo así implica contrariar el artículo 84 superior según el cual ‘Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio’, y quebranta el principio de confianza legítima de quienes atendidos a los parámetros de la convocatoria y a las reglas que señalan los Estatutos, acreditaron experiencia administrativa con certificaciones y constancias que dan cuenta, únicamente, de la clase de empleo y del tiempo por el cual lo ejercieron. Por otra parte, tampoco existe en nuestro ordenamiento jurídico norma general aplicable a las universidades del orden departamental que determine la forma como debe expedirse y allegarse la comprobación de la experiencia en el campo administrativo.

Que los Estatutos establezcan en los términos como lo estime razonable el Consejo Superior de la Universidad los requisitos para ser Rector, máxima autoridad administrativa del ente universitario, tiene su origen o deviene de la autonomía universitaria que según el artículo 28 de la Ley 30 de 1992 se reconoce a las universidades que entre otras potestades se traduce en la atribución para designar sus autoridades administrativas las cuales, acorde con lo que dispone el artículo 57 ibidem en el régimen de las universidades estatales u oficiales comprende la organización y elección del personal administrativo....

Entonces, cuando no es reglado el contenido del documento acreditante, como ocurre en el presente caso, resultan suficientes las certificaciones y las constancias que se alleguen, si dan cuenta de la trayectoria del candidato en la clase del ejercicio laboral específico requerido, y hagan constar el lapso en el que éste se cumplió, que en el evento en estudio, consiste en experiencia profesional administrativa por cinco años....Además, tratándose del juicio de nulidad contra el acto que declara una elección, producto del desarrollo de una convocatoria y de unas reglas dispuestas y aplicadas en igualdad de condiciones para todos los aspirantes, la presunción de legalidad de tal decisión no puede ser desvirtuada con fundamento en alegaciones sobre apreciaciones de carácter interpretativo que exceden el alcance de las exigencias estatutaria y de la convocatoria pues no solo representaría contrariar el principio pro homine (que coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Corte Constitucional, sentencia T-284/06), que ampara el derecho del elegido, sino también lesionar ‘el legítimo derecho a elegir’ que ejerció la autoridad electoral”.

c. La extemporaneidad en la expedición de la convocatoria debe tener incidencia en la afectación de los derechos fundamentales de los participantes.

La Sala ponderó los aspectos temporal y finalista de la norma contenida en la convocatoria, al considera que si bien en el artículo 28, la Universidad exigió dos meses de antelación para la expedición de la convocatoria y que ésta no cumplió estrictamente con este plazo, encontró que la norma no previó el efecto de ese incumplimiento y que de todos modos la convocatoria logró su finalidad, en tanto el proceso de votación, escrutinio, conformación de la terna y designación del Rector universitario transcurrió sin contratiempos. La *ratio* de la decisión fue del siguiente tenor:

“Aunque objetivamente es verdad que ni entre el 11 de marzo de 2009 (fecha de la convocatoria) y el 18 de abril del mismo año (fecha en que se eligió la terna de la cual se designó Rector), ni entre el 11 de marzo de 2009 y el 4 de mayo siguiente (fecha en que se terminaba el periodo del rector) median dos meses sino un lapso inferior, ocurre que ante la claridad y precisión plenas de que adolece el artículo 28 estatutario respecto a lo que en estricto sentido ha de entenderse por “dos (2) meses de anticipación”, es decir, que existe vacío respecto a cuál el alcance real de esta exigencia ya que no se señala con 2 meses de anticipación a qué situación, la hermenéutica de este requisito no puede interpretarse únicamente bajo el criterio temporal.

En este orden de ideas, podría incluso llegar a pensarse en una tercera interpretación y es la que corresponde a que la invitación o convocatoria debe hacerse **dentro** de los dos meses anteriores a la

elección o al vencimiento del período. Esta tercera opción de entendimiento de tal requisito presenta coherencia con lo que dispone el parágrafo del mismo artículo 28 de los Estatutos que señala para el evento de renuncia o de remoción del rector que se designará un rector encargado y se “convocará a elecciones en un plazo máximo de dos (2) meses”.

Así, bajo esta óptica, no es posible asegurar, con carácter definitivo, que la intención que el Consejo Superior plasmó en el artículo 28 de los Estatutos haya sido establecer un tiempo mínimo para convocar a la elección de la terna de la que se designaría Rector. Porque también tiene cabida la posibilidad de que el propósito pretendido con el señalamiento del término de los dos (2) meses de anticipación corresponda a la finalidad de establecer ese período como el tiempo máximo para llevar a cabo el pertinente trámite de elección.

Aunado a lo anterior, establecer cuál fue la incidencia que en el trámite de elección representó el hecho de que la Universidad no atendiera, bajo la interpretación del Tribunal, con la anticipación exigida la convocatoria para la conformación de terna, impone que se analicen también otros factores, especialmente, si el cronograma que adoptó este ente en la convocatoria, fue razonable y si la invitación cumplió o no el propósito para el cual se expidió....La convocatoria a elecciones que ahora se acusa de ilegal, cumplió con la finalidad para la cual fue expedida, como quiera que el proceso de inscripciones según se aprecia se llevó a cabo sin contratiempos al igual que el de votaciones, de escrutinios, de adopción de la terna y el de designación....

Es reiterativa la jurisprudencia cuando considera que el sólo desfase de términos no constituye en sí mismo, para todos los casos, vicio que anule el acto, si tal inconsistencia no va acompañada con haber incidido en afectar derechos fundamentales de los participantes.

Entonces, por no encontrar acreditado tampoco este segundo cargo, se impone que la sentencia apelada se revoque en su integridad”.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Exp. 44001-23-31-000-2009-00094-01; 4001-23-31-000-2009-00095-01 y 44001-23-31-000-2009-00096-01 \(acumulados\).](#) Sala de Conjuces: Dras. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Dolly Pedraza de Arenas.

* Con salvamento de voto del Consejero doctor Mauricio Torres Cuervo

SALA DE CONSULTA

1. Procedimiento para suplir falta temporal por suspensión del Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá

El ministro del Interior y de Justicia consultó a la Sala respecto del procedimiento que debe seguir el Presidente de la República para designar Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá por falta temporal del titular, teniendo en cuenta la normatividad vigente, el procedimiento de integración de una terna de candidatos por parte del mismo partido o movimiento político del titular, y la eventual inhabilidad de quien se desempeña como Secretaria del Despacho del Alcalde para ser designada en su reemplazo.

La Sala realizó el estudio del marco jurídico de las inhabilidades del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá, precisó que los secretarios de despacho de la alcaldía están inhabilitados para reemplazar al Alcalde Mayor porque ejercen autoridad política y administrativa.

Advirtió sobre las consecuencias disciplinarias para quien designe, postule o intervenga en la postulación de una persona inhabilitada.

Por último, precisó que la terna se debe componer siempre de tres (3) candidatos plenamente habilitados para ejercer el cargo al cual se postulan.

Dice el concepto:

a) Inhabilidad de los secretarios del despacho para ser designados en reemplazo del Alcalde Mayor por falta temporal de éste

“Al respecto se constata en primer lugar que los secretarios del despacho de los alcaldes ejercen autoridad política en virtud de la regla contenida en el artículo 189 de la ley 136 de 1994...”

“En segundo lugar se encuentra que los secretarios del despacho del alcalde ejercen autoridad administrativa en el campo de su respectiva competencia, por cuanto la ley les ha asignado, junto con los alcaldes, la facultad de dirección administrativa, de acuerdo con el artículo 190 de la ley 136 de 1994...”

b) Procedimiento para reemplazar al Alcalde Mayor de del Distrito Capital de Bogotá

“En resumen, la falta absoluta del Alcalde Mayor se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 323 de la Constitución, y la falta temporal por suspensión se suple de acuerdo con los artículos 51 y 52 del decreto 1421 de 1993, de acuerdo con los cuales la suspensión del Alcalde Mayor da lugar a designar, en su reemplazo, a una persona del mismo partido o movimiento político del titular.”

c) Inhabilidad de candidato de la terna

“Como bien puede apreciarse, no puede tomarse a la ligera la existencia de una inhabilidad en quien ha sido postulado para desempeñar un destino público, pues puede implicar falta disciplinaria gravísima no solo para quien, advertido de esa posibilidad, designe, sino también para quien “postule o intervenga en la postulación” de una persona inhabilitada.

Es claro, por consiguiente, que la terna se debe componer siempre de tres (3) candidatos plenamente habilitados para ejercer el cargo al cual se postulan, ya que si uno o dos de ellos presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad o impedimento legal para ser nombrado en el cargo, la terna se desintegra. Esta anomalía no es indiferente para la ley, que la sanciona severamente a efecto de que se respete la exigencia de que la terna propuesta por los postulantes no solo cumpla con requisitos de forma, sino que materialmente esté integrada por tres candidatos idóneos para desempeñar el cargo respectivo.”

[Concepto 2058 de 25 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2011-00028-00. MP. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO DE 26 DE MAYO DE 2011](#)

2. Período y elección de Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación de Salud

En respuesta a la consulta del Ministro de la Protección Social respecto de la posibilidad de reelección de los comisionados expertos que integran la primera Comisión de Regulación en Salud, así como el procedimiento para la reelección de los subsiguientes comisionados y la necesidad o no de que al culminar su período continúen en ejercicio mientras no se designe su reemplazo, la Sala analizó las normas que regulan la materia y concluyó que no es posible la reelección de los primeros comisionados expertos, pero sí lo es, y por una sola vez, la de los siguientes comisionados. Señaló

que el período de los comisionados expertos no es institucional y por ello deben permanecer en sus cargos al vencimiento de sus períodos mientras no se haya designado a quienes deban reemplazarlos.

a) Creación, naturaleza y funciones de la Comisión de Regulación en Salud

“El 9 de enero de 2007 se expidió la Ley 1122 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Su objeto, según el artículo 1 de la ley, es realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin “se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.”

Una de tales modificaciones fue la creación de la Comisión de Regulación en Salud, que aparece regulada en los artículos 3 a 8 de la referida ley. A dicha Comisión se le dio naturaleza de unidad administrativa especial con personería jurídica adscrita al Ministerio de la Protección Social.

(...)

La creada Comisión de Regulación reemplazó al antiguo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que según el artículo 3 en cita, pasó a tener funciones asesoras y consultivas de la propia Comisión y del Ministerio de la Protección Social. Cabe resaltar que si bien se le dio personería jurídica, su autonomía no es la propia de otros órganos constitucionales autónomos, dado que la nueva Comisión sigue formando parte de Rama Ejecutiva del Poder Público y que sus miembros son nombrados directamente por el Presidente de la República, de acuerdo con el procedimiento que se señala más adelante.

A la Comisión le fue adscrita una Secretaría Técnica (art.6) y se estableció su forma de financiación (art.8); además, se le asignaron funciones centrales dentro del Sistema General de Salud, tales como definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud, el listado de medicamentos que harán parte de los Planes de Beneficios, el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada régimen, el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio, los criterios para establecer los pagos moderadores, el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, etc. (art. 7).

b) Conformación de la Comisión de Regulación en Salud

“Ahora bien, en cuanto a la conformación de la Comisión, el artículo 4 de la Ley 1122 estableció que a ella pertenecerán los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público y 5 Comisionados Expertos de dedicación exclusiva designados por el Presidente de la República, pero provenientes de ternas enviadas por organizaciones privadas relacionadas con el sector de la salud ...

Como se observa, a pesar de que la designación de los miembros de la Comisión corresponde al Presidente de la República, la ley fortalece el valor constitucional de la participación ciudadana (art. 2 C.P.), permitiendo que sean las Universidades, los centros de investigación en salud y en economía en salud, las asociaciones de profesionales en salud y los usuarios del servicio, los que propongan directamente a las personas que formarán parte, como Comisionados Expertos, de la Comisión de Regulación en Salud.”

c) El régimen de los Comisionados y su posible reelección por una sola vez

“El régimen de los comisionados expertos se encuentra regulado fundamentalmente en el artículo 5 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece que el periodo de los Comisionados es de 3 años; permite su reelección por una vez (en estricto sentido su redesignación, pues no se trata como tal de una elección sino de un acto de designación o nombramiento que hace discrecionalmente el Presidente de la República de las ternas que recibe para tales efectos); los excluye de las disposiciones que regulan la carrera administrativa; señala su régimen de inhabilidades e incompatibilidades; fija los requisitos para desempeñar el cargo; y, en el párrafo final transitorio, determina un periodo diferencial para los primeros cinco comisionados expertos...”

Como se observa en el párrafo transitorio, la ley reguló de manera especial y separada la conformación y periodo de los primeros comisionados de regulación en salud. Según dicho párrafo, la ley estableció para ellos periodos diferenciados de 1, 2 y 3 años, de manera que en adelante sus sucesores no tendrán periodos coincidentes sino escalonados. La Comisión se verá entonces permanentemente renovada y su funcionamiento muy posiblemente no se afectará cuando se produzca el cambio periódico de alguno de sus miembros.”

d) Reelección de los primeros comisionados

“Las reglas de interpretación previstas en el Código Civil indican que cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de buscar su espíritu (art.27) y que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso natural de las mismas (art.28). Además, que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que entre ellas exista coherencia y armonía (art.30).

Siguiendo estas reglas de interpretación, encuentra la Sala que si reemplazar significa “sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces”, y más concretamente, “suceder a alguien en el empleo, cargo o comisión que tenía o hacer accidentalmente sus veces”, debe entenderse entonces que simplemente el legislador optó por la sustitución de esos primeros cinco comisionados por otros nuevos, forzando así una primera renovación de la Comisión. Pero además, refuerza lo anterior, el hecho de que el párrafo transitorio señale particularmente que ese reemplazo deberá hacerse de acuerdo con los criterios de selección del “artículo anterior”, esto es del artículo 4 de la misma ley, en el cual no se hace referencia alguna a la reelección, sino, exclusivamente, a las ternas originadas en las listas de elegibles conformadas mediante concurso público de méritos.

Por tanto, la fórmula utilizada por el legislador en el párrafo transitorio del artículo 5 no permite la reelección de los primeros cinco comisionados expertos, pues al haber señalado que (i) al “vencimiento” de sus periodos (ii) se proveerá su “reemplazo” (iii) conforme al artículo 4 de la Ley (listas de elegibles), excluyó esa posibilidad.”

e) El uso de las listas de elegibles para la elección de Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación en Salud

“Aunque la norma no lo señale, es claro que conforme a los principios que orientan la realización de los concursos públicos de méritos, las referidas listas deben ser ordenadas según los puntajes obtenidos por los participantes (de mayor a menor) y que, por lo mismo, las ternas serán conformadas con las personas que hayan obtenido las mayores calificaciones del respectivo concurso según su mérito.

Recibidas las ternas por el Ministerio de la Protección Social, éste las organizará y entregará al Presidente de la República, quien podrá escoger discrecionalmente a cualquiera de los ternados, de cualquiera de las listas y sin sujeción a ningún orden en particular (art.9).

Ahora bien, conforme dispone el mismo artículo 7 arriba transcrito, las respectivas listas tienen una vigencia de 3 años, lo que significa que durante ese tiempo deben cumplir su vocación natural de proveer candidatos para elaborar las ternas de elegibles requeridas para reemplazar a los comisionados expertos que se retiren de la Comisión, conforme lo establece el artículo 10 del mismo decreto...

Para la Sala, el hecho de que este artículo 10 se refiera al uso de las listas vigentes en caso de vacancias definitivas producidas “antes del vencimiento” de los respectivos periodos, no significa que no se puedan utilizar también, estando vigentes (art.7), para proveer las ternas necesarias para la elección de los comisionados expertos que habrán de reemplazar a quienes, en razón de su periodo particular de 1, 2 o 3 años, deben dejar la Comisión de Regulación en Salud.

Por una parte, porque si la lista está vigente no habría razón para exigir un nuevo concurso, pues ello iría en contra de los principios de eficiencia y economía de la función administrativa, los cuales permean este sistema de selección de candidatos realizados por las organizaciones privadas de conformidad con la ley; de otro lado, tampoco habría una razón válida para desconocer la expectativa de los integrantes de las listas vigentes, como quiera que su inscripción está basada en la superación de un concurso de méritos y la acreditación de unas calidades determinadas que conservan su vigencia (estudios, experiencia, entrevista).”

f) Posibilidad de permanencia en el cargo de los comisionados expertos al vencimiento de su periodo.

“Ahora, volviendo al caso consultado, la Sala observa que el periodo de los Comisionados Expertos de la Comisión de Regulación en Salud no es institucional, porque no se trata de “cargos de elección” (art.125 C.P); en efecto, como se aclaró en la primera parte de este concepto, el acceso al cargo de Comisionado no proviene, en estricto sentido, de un acto de elección, pues si bien hay una escogencia entre las diversas ternas enviadas por las organizaciones habilitadas para el efecto, la autoridad que los designa es unipersonal (el Presidente de la República). Adicionalmente, el Decreto Reglamentario 2277 de 2008 señala expresamente que los periodos de dichos comisionados son individuales y no institucionales, con lo que se zanja cualquier duda al respecto.

Por tanto, la Sala concluye que al no haber una regla especial de reemplazo temporal de los comisionados expertos mientras se designa a los titulares de dichos empleos, los mismos deben permanecer en su cargo al vencimiento de su periodo, con todos los efectos legales, mientras no se haya ocupado del mismo quien deba reemplazarlos (num. 17- art. 34, Ley 734/2002).”

[Concepto 2032 de 29 de octubre de 2009, Exp. 11001-03-06-000-2010-00095-00. MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. LEVANTADA LA RESERVA LEGAL CON OFICIO 00150118 de 26 de mayo de 2011.](#)

3. Conflicto de intereses en la contratación de la Administración Pública.

El Ministro de Transporte consultó a la Sala respecto del eventual conflicto de intereses planteado por el contratista concesionario de una obra pública respecto de quien podría ser su interventor como resultado del concurso de méritos que para tal fin adelanta la entidad estatal contratante.

La Sala consideró que en el asunto en estudio no se tipifica una regla objetiva, justa, clara y concreta; tampoco se identifican las conductas que en sí mismas permitan definir el conflicto de intereses.

En el concepto quedaron consignados los siguientes argumentos en respaldo:

a) De los pliegos de condiciones

“... los pliegos de condiciones, en cada caso, se constituyen en la ley de la licitación o del concurso de méritos de que se trate, porque además de incorporar y desarrollar las reglas que definen la selección objetiva del contratista, también delimitan el contenido y el alcance del negocio jurídico que habrá de celebrarse; por ende, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento para la entidad estatal contratante, para los oferentes y para el futuro contratista.”

b) El conflicto de intereses

“Esta figura no está definida de manera general en la ley; se prevé en disposiciones de carácter especial, como el régimen de los congresistas o de los concejales o el régimen disciplinario de los servidores públicos; o se enuncia, junto con las inhabilidades, las incompatibilidades y los impedimentos, en el régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas.

(...)

En cambio, el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de intereses, como lo explicó esta Sala en el concepto del 10 de agosto del 2006 respecto de la ley 80 de 1993; concepto que sigue siendo pertinente porque tampoco la ley 1150 del 2007 tocó el tema.

La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

En la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, al igual que ocurre con las inhabilidades y las incompatibilidades y, por ende, la jurisprudencia tiene dicho que “su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.”

La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones....

... las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos para regular el conflicto de intereses deben tipificar las acciones u omisiones que lo generen, en forma tal que los hechos o situaciones que se invoquen como causales del conflicto puedan ser evaluados en sí mismos, esto es, objetivamente, y no queden sujetos al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate. A lo cual ha de agregarse que esas cualidades de la regla permitirán que, desde el inicio del proceso contractual, los interesados estén en condiciones de decidir libremente su participación.

Aplicando los anteriores criterios a la regulación del conflicto de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate. Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen.”

c) Conflicto de intereses en el pliego de condiciones del Concurso de Méritos SEA-CM-002 DE 2010

“Así pues, se da el significado de conflicto de intereses a “una situación que puede afectar la imparcialidad del interventor”.

Observa la Sala, en primer término, que la expresión “aquella situación”, es abstracta, carece de concreción, no representa ninguna acción u omisión concreta, ni identifica hecho alguno, esto es, no “tipifica” la conducta o la circunstancia de la cual derivaría el efecto sancionatorio o restrictivo propio del conflicto de intereses.

En segundo término, las palabras “que impida o pudiere impedir... tomar una decisión imparcial”, expresan que en una situación dada es tan factible esperar un efecto en la conducta del interventor, como esperar que tal efecto no se dé. Vale decir que la definición permite considerar situaciones que carecen de certeza en sí mismas, esto es, da cabida a consideraciones y circunstancias subjetivas, que por consiguiente, darán lugar a apreciaciones de igual naturaleza.

Los dos elementos enunciados [tipicidad y objetividad], hacen concluir que la definición del conflicto de intereses adoptada en el pliego de condiciones del concurso de méritos SEA-CM-002 DE 2010, es ambigua, y conduce a admitir distintas interpretaciones, tanto en la calificación del efecto previsto como en la apreciación de los hechos o conductas en los que podría encontrarse configurado el conflicto.

Dicho de otra manera, la falta de tipicidad y de objetividad en los elementos constitutivos de la definición adoptada, tiene como consecuencia ineludible, la subjetividad en la presentación y en la evaluación de una pretendida situación generadora de conflicto de intereses.

En estas condiciones, la definición en estudio no garantiza la selección objetiva del contratista y entonces en ella no puede fundamentarse la exclusión de los participantes en el concurso de méritos.

(...)

En estas condiciones, la definición en cuestión es inaplicable porque, de hacerlo, se afectaría, sin la menor duda, la objetividad en la valoración de los proponentes, con lo cual su permanencia o exclusión del proceso contractual quedaría dependiendo de las apreciaciones de quienes presentan los hechos y de quienes los valoran.”

[Concepto 2045 de 23 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-06-000-2011-00001-00. MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con oficio 201111302009001 de 4 de mayo de 2011.](#)

NOTICIAS DESTACADAS

ALBERTO YEPES BARREIRO SE POSESIONÓ ANTE EL PRESIDENTE JUAN MANUEL SANTOS COMO NUEVO MAGISTRADO DEL CONSEJO DE ESTADO

En el Salón Gobelinos del Palacio de Nariño, tomó posesión como Magistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado el Doctor Alberto Yepes Barreiro, quien entra a suplir la vacante del Doctor Filemón Jiménez Ochoa, quien se desempeñó en ese cargo hasta diciembre de 2010.

El doctor Yepes Barreiro es Abogado y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, donde está cursando la Maestría en Responsabilidad Contractual.

Fue Director del Programa de Derecho, Coordinador de la Especialización en Derecho Público y Coordinador Veedor ante la Universidad Nacional de la Universidad Surcolombiana en Neiva; se desempeñó como Secretario Académico de la Universidad del Rosario, Asistente Administrativo de la Cámara de Representantes, Revisor de Documentos de la Contraloría General, Abogado Asistente del Departamento Jurídico de Nestlé, Abogado Consultor, Asesor Jurídico y Litigante.

En el campo académico el Doctor Yepes ha sido catedrático en importantes universidades como Nuestra Señora del Rosario, Politécnico Grancolombiano, Externado de Colombia, Antonio Nariño y Nacional de Colombia, entre otras.

CONSEJO EDITORIAL

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente
GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Marco Antonio Velilla Moreno
Presidente Sección Primera
Víctor Hernando Alvarado A.
Presidente Sección Segunda
Enrique Gil Botero
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Mauricio Torres Cuervo
Presidente Sección Quinta
Augusto Hernández Becerra
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoria Consejo de Estado

Coordinación General

- **Hugo Álvarez Rosales**
Secretario Privado 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 **2011**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escríbanos a: boletin@consejodeestado.gov.co