



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 13
• Sección Primera	14 - 21
• Sección Segunda	21 - 28
• Sección Tercera	29 - 32
• Sección Cuarta	33 - 43
• Sala de Consulta	43 - 46
• Noticias Destacadas	47

Noticias destacadas

CONSEJO DE ESTADO ELIGIÓ A JOSÉ AGUSTÍN SUÁREZ ALBA COMO NUEVO MAGISTRADO DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

EDITORIAL

Con el fin de reafirmar el compromiso de esta Corporación en mantener el diálogo fluido y amable y la cooperación armónica con el Gobierno Nacional y demás esferas del poder público, el pasado 29 de junio, la Sala Plena del Consejo de Estado recibió la visita del señor Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, en atención a la invitación que esta misma Corporación le había cursado semanas atrás.

En el encuentro, que se llevó a cabo en horas de la tarde, se trataron importantes temas relacionados con la estructura y funcionamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre los cuales se destacan i) la importancia de esta Jurisdicción en el Estado democrático colombiano; ii) el aumento progresivo de la productividad en la Jurisdicción; iii) el desbalance de la participación de la Rama Judicial en el Presupuesto General de la Nación; iv) el desbalance del número de Jueces Administrativos por número de habitantes en el país; v) la importancia y necesidad de dar aplicación al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a partir del 2 de julio de 2012 y la importancia del papel del Gobierno Nacional en la aplicación de la Parte Primera de esta nueva codificación; aspectos respecto de los cuales, cabe resaltar, hubo gran receptividad del Gobierno Nacional, al tiempo que manifestó su compromiso inaplazable en atender de la mejor forma y en el corto tiempo, cada una de estas inquietudes.

Estamos seguros que como consecuencia de esta reunión y con las demás gestiones y actividades que en la actualidad se vienen desarrollando, podremos acercarnos mucho a más a ese gran anhelo de tener una Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ágil, oportuna, eficiente y de calidad para todos los ciudadanos.

Por otra parte, no podíamos dejar de registrar que la Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 28 de junio, eligió al doctor José Agustín Suárez Alba, como nuevo Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en reemplazo del doctor Hernando Torres Corredor, a quien le auguramos éxito en sus gestiones en pro del adecuado y correcto funcionamiento de nuestra querida Jurisdicción.

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 PLENA

1. Se declararon ajustadas a derecho, mientras produjeron efectos, las Resoluciones 1035 y 1036 de 19 de marzo de 2010

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, efectuó el control inmediato de legalidad de las Resoluciones Nos. 01035 y 01036 de 19 de marzo de 2010,

mediante las cuales se constituye el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se designa transitoriamente el administrador fiduciario del patrimonio autónomo, y se designan los miembros que conforman el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, respectivamente.

La Sala consideró ajustadas a derecho, mientras produjeron efectos, las mencionadas Resoluciones, mediante las cuales se reglamentó parcialmente el Decreto Legislativo 132 de 2010, por las siguientes razones:

“Análisis del articulado de la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010

El **artículo 1** sobre “*Constitución del patrimonio autónomo*”, se refiere de manera expresa a la constitución del patrimonio autónomo que a través del administrador fiduciario deberá recaudar, administrar y efectuar el giro directo de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud a las Empresas Promotoras de los Servicios de Salud o a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y a la Cuenta de Alto Costo, cuando corresponda. Frente a esta disposición no se encuentra reparo alguno de ilegalidad en la medida en que, el Ministerio de la Protección Social en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 1° del Decreto Legislativo 132 de 2010 constituyó un Patrimonio Autónomo que a través del administrador fiduciario recaudará, administrará y efectuará el giro a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado o a las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. Los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración fiduciaria necesarios para garantizar el manejo del patrimonio autónomo se pagarán en primera instancia, como lo señala el parágrafo 2 del artículo 1 del Decreto Legislativo, con cargo a los rendimientos financieros de estos recursos.

El **artículo 2**, sobre “*Recursos que conforman el patrimonio autónomo*”, señala los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud y que conforman el patrimonio autónomo que se constituye a través del mismo acto. Al respecto, tampoco encuentra la Sala reparo por ilegalidad de la norma en la medida en que, creado el Patrimonio Autónomo, el artículo 2 de la Resolución controlada se ocupa en definir los recursos que conforman el mismo, ajustándose para el efecto a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que modificó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993. El artículo 4 del Decreto Legislativo 132 de 2010 sobre “TRANSFORMACIÓN DE RECURSOS”, modificó a su vez el literal a) del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007.

El **artículo 3** sobre “*Lineamientos generales sobre la administración del patrimonio autónomo*”, establece que para la administración de los recursos que hacen parte del patrimonio autónomo habrá un estado de cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en el cual se registrarán los valores provenientes de los recursos que lo conforman, cuyos titulares son las entidades territoriales que deberán presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos. Como lo dispone la norma reglamentaria, el artículo 1° del Decreto Legislativo 132 de 2010 establece que en el Patrimonio Autónomo habrá una cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en la cual se registrarán los valores provenientes de los recursos que conforman el Patrimonio Autónomo, cuyos titulares son las entidades territoriales, es decir, se conserva la autonomía administrativa de dichas entidades territoriales, las cuales continuarán verificando el cumplimiento de los procesos de la administración y operación del Régimen Subsidiado (art. 2 Decreto Legislativo 132/10).

En el **artículo 4°** se crea el Comité de Administración del patrimonio autónomo, integrado por (i) Un representante del Despacho del Ministro de la Protección Social, ii) Dos representantes de la Secretaría General, iii) Un representante de la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud, iv) Un representante de la Dirección General Planeación y Análisis de Política, v) Un representante de la Dirección General de Financiamiento, y vi) Un representante del administrador fiduciario del patrimonio autónomo, quien asistirá con voz, pero sin voto. La norma desarrolla el artículo 1 del Decreto Legislativo 132 de 2010 en cuanto crea el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, y en este sentido el reglamento se sujeta a la norma reglamentada. Mediante la Resolución 1682 de 13 de mayo de 2010 el Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confiere el Decreto-ley 205 de 2003, ordenó la

liquidación inmediata del Patrimonio Autónomo administrado por la sociedad fiduciaria estatal Fiduciaria La Previsora S. A., constituido con fundamento en las estipulaciones contenidas en el Decreto Legislativo 132 del 2010 y dispuso que para los efectos previstos en dicha resolución, las instrucciones serán impartidas por los funcionarios que en su momento conformaban el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo.

En el **artículo 5°** se designa como administrador fiduciario a la Fiduciaria La Previsora S. A., hasta tanto se surta la adjudicación mediante el proceso de licitación pública. La norma se aviene a lo dispuesto en el Decreto que se reglamenta, en cuyo artículo 3° se dispuso que el Ministerio de la Protección Social podrá designar como administrador fiduciario del patrimonio autónomo a entidades fiduciarias o Consorcio Fiduciario con los que tenga un contrato vigente. Y en la parte motiva de la Resolución se indica expresamente que en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3° del mencionado decreto, se procede a designar a una de las entidades fiduciarias o consorcios fiduciarios con los que se tiene contrato vigente, para que transitoriamente actúe como administrador fiduciario del patrimonio autónomo y recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán. La transitoriedad en la designación será “hasta tanto se surta la adjudicación del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública”.

El **artículo 6** se ocupa de la vigencia del acto, aspecto frente al cual no se encuentra reparo alguno.

Del análisis del articulado del acto controlado observa la Sala que la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010 se aviene a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 132 de 2010. Y, en este orden de ideas, se tiene que el reglamento se ajusta a la norma reglamentada, sin encontrarse reparo alguno por ilegalidad del acto.

Análisis de la Resolución 1036 de 19 marzo de 2010

La Resolución 1036 de 19 de marzo de 2010 fue expedida en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 1035 de 2010. De acuerdo con este último acto, transitoriamente y hasta tanto se surta la adjudicación del proceso de licitación pública para seleccionar al administrador fiduciario del Patrimonio Autónomo, se designó a la Fiduciaria La Previsora S.A. FIDUPREVISORA S.A como administrador fiduciario y se creó el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo el cual se encuentra integrado por los funcionarios del Ministerio de la Protección Social detallados en el artículo 4 *idem*. La designación de dichos miembros se efectuó mediante la Resolución 1036 de 2010.

En este orden de ideas, como quiera que las Resoluciones 1035 y 1036 de 2010 se ajustan al Decreto Legislativo 132 de 2010, acto reglamentado, se concluye que en el presente asunto no hubo extralimitación en la potestad reglamentaria, y que en consecuencia, los actos objeto de estudio se encuentran conforme al ordenamiento jurídico frente al cual fueron analizados”.

[Sentencia de 31 de mayo de 2011, Rad. 11001-03-15-000-2010-00388-00\(CA\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

* Con aclaración de voto de los Consejeros: Mauricio Fajardo Gómez y Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

* Con salvamento de voto de los Consejeros: Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourt.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. Vulneración del derecho a la educación por impedirse el acceso a grados de preescolar en el Municipio de Pasto

En el presente asunto estableció la Sala si el Ministerio de Educación y el Municipio de Pasto vulneraron los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad de un menor de edad, en nombre de la cual se interpuso la acción de tutela, al negarle la posibilidad de cursar los grados de jardín, en razón de que no ha cumplido los cinco años de edad, que exige la ley para tal efecto.

En el caso concreto, tanto de los argumentos de la contestación de la demanda y de la impugnación, así como de la revisión de varias sentencias que versan sobre hechos idénticos, la Sala infirió que el Municipio de Pasto ha ampliado la cobertura en el servicio de educación y ha prestado dicho servicio a los menores de cinco años. En relación con la ampliación de la cobertura, el Consejo de Estado indicó que se vulnera el derecho a la educación de los menores al impedir el acceso a los grados de prejardín y jardín, cuando una institución educativa que durante largo tiempo ha prestado el servicio de educación en los niveles señalados decide intempestivamente impedir el acceso a los mismos. Para la Sala no existió razón que justifique la no apertura de inscripciones en el Jardín Infantil Piloto, para niños menores de cinco años, porque en virtud de las normas mencionadas venía ampliando la cobertura en educación preescolar, medida que en manera alguna puede ser regresiva so pena de vulnerar, como en efecto ocurrió, el derecho fundamental a la educación de los niños. En este sentido y reiterando su Jurisprudencia, la Sala consideró que en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental a la educación de un menor, comoquiera que la entidad territorial demandada generó la expectativa legítima de acceso al servicio de educación preescolar de aquél, expectativa que se vio defraudada cuando intempestivamente y con una medida regresiva decidió no permitir la matrícula de nuevos estudiantes, luego de ampliar la cobertura del servicio.

[Sentencia de 16 de junio de 2011, Exp. 52001-23-31-000-2011-00174-01\(AC\), MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

***Con aclaración de voto de la doctora María Claudia Rojas Lasso**

2. a) Procedencia de la acción de tutela frente a actos jurisdiccionales de superintendencias

La Sala coligió del recuento probatorio efectuado, que la actora inició en el año 2006 un proceso jurisdiccional ante la SIC para obtener la efectividad de una garantía, y desde ese momento hasta ahora se han presentado tantas irregularidades en su trámite como declaraciones de nulidad se quiera. En consecuencia, se pretendía dejar sin efectos sendas providencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, dictadas en ejercicio de la función jurisdiccional de que fue revestida por la Ley 446 de 1998 (Título IV, Capítulo 2, Art. 145 y s.), específicamente frente al tema de protección al consumidor.

A voces del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, los actos que dicten las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Esa disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que contra estas procede la acción de tutela, o bien las acciones contencioso administrativas, en el evento en que la Autoridad Administrativa actúe excediendo sus competencias jurisdiccionales. Como consecuencia de lo brevemente expuesto, la presente acción de tutela se

tornó procedente para determinar la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora.

b) Vulneración del debido proceso en trámite ante Superintendencia por mora injustificada y por inadmisión de demanda pese a cumplirse los requisitos de ley

No encontró razonable esta Sala la determinación de la SIC de inadmitir la demanda, pues era evidente que la actora inició el proceso a partir de un formato proporcionado por la Entidad, por ende, su contenido se ciñó a las exigencias que esta incluyó en el formulario correspondiente, que cotejado con el contenido del artículo 75 del C.P.C., cumple básicamente los requisitos de ley, a excepción de los fundamentos de derecho. En el recuento probatorio efectuado, se indicó que la actora anteriormente inició un proceso ante la Jurisdicción Ordinaria que fue anulado por el Tribunal Superior de Medellín, quien dispuso el envío de las diligencias correspondientes a la Superintendencia de Industria y Comercio para ser adjuntadas al trámite del proceso radicado No. 06-84803, por ende, no perderían su validez. En dicha documentación, se observó la demanda que otrora radicó, a través de apoderado, la actora, y que se repite, fue incorporada a la documentación del proceso adelantado por la Superintendencia. Lo anterior indicó, que si en gracia de discusión, la queja que inicialmente presentó la actora, por demás en formato proporcionado por la accionada, no cumplía los requisitos que esta echa de menos, bien pudo haber tomado la demanda que reposa de folio 1 a 11 del cuaderno 4, como escrito de queja, para subsanar las falencias que eventualmente observara. Y en cuanto al requisito que según la entidad no se incluyó sobre la indicación de si la pretensión es de carácter jurisdiccional, no se halló que tal requisito constituya una exigencia legal, pues bien puede la Entidad deducirla a partir de la solicitud. En ese orden, no tenía asidero alguno que luego de transcurrir más de 4 años de trámite con un sinnúmero de nulidades procesales, se haya optado por inadmitir y posteriormente, rechazar la demanda, por no reunir los requisitos legales. Fue evidente, al observar las continuas nulidades presentadas, que el proceso nunca se tramitó adecuadamente por la Entidad accionada, pues a juicio de los distintos despachos judiciales que actuaron a lo largo del trámite, los procedimientos específicos no se concretaron y ello desencadenó varias anulaciones que obligaron a rehacer el trámite y que en últimas, conllevaron una demora injustificada, lo que riñe con los postulados del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, máxime si se tiene en cuenta que el trámite se denomina verbal sumario, precisamente por su brevedad, y lleva ya más de 4 años, sin que se obtenga una decisión de fondo definitiva. No puede entonces la Administración en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, después de tantos años, impedir el acceso a un juicio justo a quien acudió confiado legítimamente en que se resolvería, a favor o en contra, la causa que le encomendó.

[Sentencia de 30 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-03711-01\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

3. Declaratoria de insubsistencia de empleado en provisionalidad en cargo de carrera, debe motivarse bajo la ley 909. - Vulneración del debido proceso por defecto sustantivo en providencia judicial

Definió la Sala que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, al proferir la sentencia del 30 de julio de 2010, a través de la cual determinó que el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del actor, quien ocupaba como provisional un cargo de carrera administrativa, se había expedido conforme a la normatividad que regula la materia.

La Sala observó que, en efecto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que por tratarse de un empleado que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera administrativa sin estar inscrito en ella, el nominador podía hacer uso de su facultad discrecional y dar por terminado su nombramiento, sin que fuera necesaria la motivación de la decisión. Respecto de ello precisó, que como bien lo ha sostenido ésta Corporación en reiteradas ocasiones, la remoción de los empleados

que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no requiere ser motivada, pues tiene origen en la facultad discrecional que le asiste al nominador y se presume que se realizó en procura del buen servicio; sin embargo, éste criterio es aplicable únicamente a los casos que tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, esto es, 23 de septiembre de dicha anualidad, como quiera que en esta norma, se dejó claramente establecido que el retiro de los empleados de carrera, inclusive los nombrados en provisionalidad, deberá efectuarse mediante acto motivado.

Conforme a lo anterior, advirtió la Sala que si bien los empleados provisionales ostentan un fuero de estabilidad relativa en su cargo, lo cierto es, que la norma es enfática al señalar que su remoción debe materializarse mediante acto motivado, siendo inapropiado acudir a interpretaciones respecto de la misma.

De esta manera se tiene, que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al aplicar al caso bajo estudio un criterio que era pasible de ser extendido únicamente a los empleados provisionales retirados antes del 23 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 909, incurrió en defecto sustantivo, pues como se dijo, la norma es clara al exigir para este tipo de desvinculaciones, la motivación del acto, y así debió entenderlo el entonces *ad quem*. Así las cosas resultó evidente, que al omitir la aplicación de la plurimencionada norma, y al no presentar motivos razonables y suficientes para justificar otra posición, el Tribunal quebrantó el derecho fundamental al debido proceso del actor, lo que dio lugar a la protección mediante Acción de Tutela.

[Sentencia de 2 de junio de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2011-00558-00\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

4. En el Concurso de Meritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se vulneran los derechos fundamentales si se exige título de formación técnica en educación superior

La actora pretendía que se tuviera por válido el “certificado de aptitud ocupacional Técnico en Administración Financiera y Técnica”, para concursar por el empleo de Técnico Administrativo del Municipio de San Carlos de Guaroa, dentro la Convocatoria 001 de 2005 de la CNCS, teniendo en cuenta para tal efecto la Ley 1064 de 2006 y el Decreto 4904 de 2009, que regulan todo lo concerniente a la Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano, y que en su criterio la habilitaban para acreditar la formación académica requerida para ocupar el mencionado empleo.

Para la Sala, de acuerdo a la respuesta proferida por la CNCS a la reclamación presentada por la accionante, para el empleo al que a ésta aspira se requiere Título de Formación Técnico en Ciencias de la Administración y carrera afines, el cual pertenece a la educación superior. Sobre el particular estimó la Sala pertinente precisar, que dos de los niveles de la educación superior son los que se obtienen en instituciones técnicas profesionales e instituciones universitarias o escuelas tecnológicas (art. 35 de la Ley 115 de 1994), y que de acuerdo al artículo 25 de la Ley 30 de 1992, a los títulos que se obtengan en éstas deberá anteponerse las denominaciones “Técnico Profesional en...”, “Profesional en ...” o “Tecnólogo en...”. La Sala consideró que la anterior precisión es relevante, en tanto busca resaltar que los estudios aprobados en dichas instituciones pertenecen a la modalidad de la educación superior y no una distinta. Como antes se señaló, la accionante de acuerdo al certificado de aptitud ocupacional emitido por el Politécnico Agroindustrial, obtuvo el Título de “Técnico en Administración Financiera y Auditoria”, por lo que fue pertinente preguntarse si dicho título pertenece a la modalidad de la educación superior que es la exigida para el empleo que seleccionó dentro de la Convocatoria 001 de 2005. En criterio de la Sala la respuesta al anterior interrogante debió ser negativa, porque el referido título, según el diploma que la peticionaria presentó al concurso de méritos y al presente proceso, corresponde a la modalidad de “Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano”, que, expresamente fue distinguida por el legislador de la educación formal. En ese orden de ideas, el mencionado certificado no le permitía a la demandante acreditar la formación académica exigida para el empleo por el cual concursó, sostener lo contrario equivaldría a obviar la diferencia existente entre la educación formal (y dentro de ésta la superior) y la “Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano”.

[Sentencia de 22 de marzo de 2011, Exp. 50001-23-31-000-2010-00561-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

5. Competencia para modificar datos sistema de información de la INTERPOL

En el sub examine, se controvertió la competencia para modificar datos en el sistema de información internacional utilizado por Interpol. Esencialmente, el actor alegaba que los datos reportados por la Oficina de Interpol de Perú no son ciertos y le han ocasionado incomodidades recurrentes cuando viaja al exterior, dados los profusos controles de las autoridades de inmigración.

De conformidad con el numeral 5.4. del Reglamento sobre el tratamiento de información para la cooperación policial internacional, las fuentes de la información, como la Oficina Central Nacional del Perú, conservarán el control de los derechos de tratamiento de su información, en consecuencia, no puede ser borrada o modificada por la Oficina Central Nacional de Colombia, a cargo de la Policía Nacional. Al respecto, la Sala encontró que la Interpol cuenta con un organismo especializado en el control de la información reportada por las autoridades competentes de los países miembros. La Comisión de Control de Ficheros es una dependencia encargada de verificar que la información que obra en poder de la Secretaría General de la Interpol se obtiene, trata y conserva de conformidad con las normas de las que se ha dotado la Organización y con los objetivos que en ellas se establecen. A su vez, las disposiciones descritas se complementan con el artículo 1 del Reglamento sobre el Control de la Información y el Acceso a los Ficheros de INTERPOL, que estipula: “La Comisión comprobará que las normas y operaciones relativas al tratamiento de información de carácter personal por parte de la Organización, y en especial los proyectos de creación de nuevos ficheros o nuevos medios de difusión de este tipo de información, cumplen la reglamentación de la propia Organización en este ámbito y no vulneran los derechos fundamentales de las personas, previstos en el artículo 2 del Estatuto de INTERPOL donde se menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni los principios generales en materia de protección de datos”. Para facilitar el acceso de las personas y optimizar el tratamiento de las solicitudes, la Comisión estableció un formulario sugerido, que contiene las condiciones de admisibilidad de la petición y los demás requisitos formales. En concreto, el mecanismo expuesto es idóneo para controvertir la pertinencia y veracidad de la anotación hecha por la Oficina de Interpol del Perú. La solicitud de acceso a los ficheros es el medio que el actor puede emplear para ventilar la inconformidad que tiene por la anotación allí registrada. Máxime cuando cualquier modificación, bloqueo o destrucción de información de las bases de datos de interpol se realiza mediante procedimientos pormenorizadamente regulados en sus estatutos. Sin embargo, las autoridades colombianas no pueden desconocer la obligación que tienen con los ciudadanos y, por lo tanto, la Sala estimó pertinente que, para garantizar que la inquietud del accionante sea resuelta por la Comisión de Control de Ficheros de la Interpol, la entidad accionada asesore y acompañe al accionante en este proceso.

[Sentencia de 31 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2011-00260-01\(AC\), MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ](#)

6. a) Llamamiento a calificar servicios en el régimen de carrera de las Fuerzas Militares

Mediante el ejercicio de la presente acción la parte actora pretendía la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la defensa y de acceso a la administración de justicia que, a su juicio, fueron vulnerados por parte del Tribunal Administrativo de Santander al proferir la sentencia de segunda instancia del 12 de agosto de 2010, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Dicha providencia revocó la sentencia de 30 de junio de 2009 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga, que había accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, las negó.

De la lectura de la sentencia que se cuestiona por esta vía, encontró la Sala que el Tribunal, para adoptar su decisión, se limitó a señalar, con apoyo jurisprudencial, que el ejercicio de la facultad discrecional, cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo esta sujeto a que se verifique que el actor, al momento de ser llamado, acumulaba un tiempo mayor a 15 años y además que hubiera un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo que se encontró acreditado en el proceso. Con respecto al sistema especial de las Fuerzas Militares, la Corte Constitucional en diversas ocasiones lo ha avalado y ha considerado que en razón a la finalidad de su configuración, el régimen de carrera de sus funcionarios posee cierta flexibilidad, lo que justifica el uso de la facultad discrecional. Empero, dicha potestad no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente, su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia, cual es precisamente el objetivo para el que fueron instituidas las Fuerzas Militares. La figura del llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares se encuentra regulada por los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 del 2000. El llamamiento a calificar servicios no es una simple forma de desvinculación laboral ni tampoco una sanción, como quiera que dicha percepción implicaría, en el primer caso, la vulneración de los artículos 25 y 53 de la Constitución al no haber una justificación distinta al tiempo de servicio y sin beneficio de la pensión y, en el segundo, la transgresión al artículo 29 de la Constitución Política, debido a la carencia de razones definidas por la ley y a la ausencia de un debido proceso. La decisión en torno al llamamiento a calificar servicios, se enmarca en un proceso donde está inserto el uso de una facultad discrecional de determinados órganos de las Fuerzas Militares, sin embargo, los actos administrativos que se expidan en virtud de dicha facultad deben estar encaminados al mejoramiento del servicio y es, a la parte demandante, a quien le corresponde demostrar que la autoridad administrativa, en ejercicio de sus facultades, persiguió finalidades diferentes.

b) Vulneración del debido proceso por defecto fáctico en providencia judicial

Encontró la Sala que el Tribunal demandado no hizo la correspondiente valoración de las pruebas, que le permitiera a esa Corporación establecer el presunto vicio de falsa motivación y desviación de poder en la expedición del acto administrativo atacado y determinar si el mismo estuvo encaminado a un fin diferente que el mejoramiento del servicio. Fue claro para la Sala que el Tribunal accionado debió estudiar, - como lo hizo el a quo-, las pruebas que se encontraban en el proceso con el fin de establecer si la decisión de retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios se apartaba de los parámetros de moralidad, eficiencia y disciplina que deben ser tenidos en cuenta por la Administración para tomar las decisiones relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal. En este punto, el Tribunal accionado no tuvo en cuenta que la discrecionalidad esta compuesta por dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico. Así mismo, esta Corporación ha señalado que los actos de retiro del servicio activo, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que se demostrare en juicio, conforme al inciso 2º del artículo 84 del C.C.A., que se infringieron las normas en que debían fundarse o fueron expedidos irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, demostración que se propuso realizar en este caso el ahora actor pero debido a la omisión del Tribunal accionado en valorar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, no le fue posible hacerlo.

Se tiene de todo lo anterior que dentro del proceso, el Tribunal accionado debió, con apoyo del acervo probatorio que se encontraba en el mismo, determinar si la Resolución Ministerial No. 0405 de 29 de mayo de 2003, se expidió con desviación de poder como causal de anulación de dicho acto administrativo. En este punto, es del caso recordar que si bien el juez, en virtud de la autonomía e

independencia judicial, goza de un margen importante de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, también es cierto que esa discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad ni con la absoluta libertad en la apreciación judicial de la prueba, pues el juez, en cuanto está sometido a la Constitución y a la ley, debe seguir las pautas generales de apreciación probatoria extraídas tanto de la misma norma como de la experiencia jurídica general. Es decir, la arbitrariedad judicial, el voluntarismo del juez, el poner la subjetiva apreciación de los hechos por encima de una realidad objetiva y de una interpretación racional de la norma, está proscrito. En lo que aquí interesa, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil manda a que el Juez aprecie las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, aunque el juez es autónomo para valorar los medios probatorios aportados al proceso como instrumentos para lograr la certeza judicial, esta función está limitada por el deber de apreciar razonablemente la prueba. Con fundamento en lo anterior, para la Sala, la omisión en valorar las pruebas por parte del Tribunal accionado configuró una vía de hecho notoria, que vulneró el derecho fundamental al debido proceso del actor.

c) Defecto por falta de motivación de providencia judicial. El desconocimiento del principio de congruencia vulnera el derecho al debido proceso

Además de lo anterior, consideró la Sala que la providencia motivo de censura, materializa también un defecto por falta de motivación, como quiera que el Tribunal fundamentó su decisión en una precaria argumentación basada en que “el ejercicio de la facultad discrecional cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo está sujeto a un requisito de carácter procedimental”, sin embargo, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que cuando se trata de la mencionada figura, el Juzgador debe apreciar, entre otros aspectos, el alcance de las calificaciones del servicio y las anotaciones positivas en el folio de vida del demandante y su relación con la decisión del retiro del servicio del mismo, apreciación decisiva que como quedó claramente establecido, no llevó a cabo el Tribunal. Al respecto se recuerda que la falta de pronunciamiento en la sentencia atacada sobre un aspecto decisivo y fundamental, desconoce el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y constituye un yerro judicial, que trasgrede el derecho fundamental del debido proceso.

[Sentencia de 10 de febrero de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-01239-00\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. a) Improcedencia de la acción popular frente a tratados internacionales

Con el ejercicio de la presente acción, el demandante pretendía la protección de los derechos e intereses colectivos al Patrimonio Público y a la moralidad administrativa, presuntamente vulnerados por la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, tras considerar que la entidad no ejerce los actos tendientes a obtener, en razón al uso de su espacio aéreo, los recursos a los que habría lugar, en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas.

En primer lugar la Sala puntualizó que se prevé un control jurisdiccional de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, función que en cumplimiento del artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política, está en cabeza de la Corte Constitucional, quien debe ejercerla dentro de los seis días siguientes a la sanción de la Ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar la respectiva ratificación o el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. Esta Corporación en diversas oportunidades ha indicado que,

en atención a la forma en que está regulado a nivel constitucional y legal el trámite de los tratados internacionales y en consideración a los controles jurídicos y políticos que existen para verificar su conveniencia y constitucionalidad, no hay lugar a que por vía de la acción popular se cuestione su eventual incidencia en el desconocimiento de derechos colectivos.

En razón a lo anterior, se precisa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no tiene competencia para adoptar decisiones en relación con las determinaciones que se han implementado en el ámbito internacional, específicamente, en lo estipulado en el Tratado de Chicago de 1944, aprobado por la Ley 12 de 23 de octubre de 1947, pues la decisión allí acatada fue competencia exclusiva y excluyente del Presidente de la República por ser el encargado de dirigir las relaciones diplomáticas y de celebrar los tratados o convenios internacionales. De lo expuesto, queda claro que el juez en la acción popular no está facultado para modificar los acuerdos celebrados en el Tratado de Chicago, de tal manera que, no le es factible, en caso de que considerara vulnerados los derechos colectivos invocados, ordenar que sea Colombia la que suministre los servicios aeronáuticos en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, para las aeronaves que sobrevuelan a más de 19.000 pies de altura, pues la pretensión del servicio le fue otorgada en virtud de la soberanía estatal a los Estados Unidos y con posterioridad a la República de Panamá.

b) El control ejercido por la República de Panamá sobre el espacio aéreo de San Andrés, no vulnera el derecho al patrimonio público

Se encontró probado que la República de Panamá ejerce actividades de control en el espacio aéreo colombiano ubicado en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, en razón a la suscripción del Tratado de Chicago entre las Naciones partes Colombia-Panamá. Con la suscripción del mencionado Tratado se pretendió mantener el control del tránsito de las aeronaves por el espacio aéreo Colombiano con cargo a la República de Panamá, toda vez que, en ese entonces, Colombia no contaba con los soportes tecnológicos que le permitiera prestar un adecuado servicio aeronáutico. Es de anotar que por la prestación del servicio resulta exigible el cobro de unas tarifas a las empresas aeronáuticas que circulen por el espacio aéreo colombiano, lo cual genera la obtención de recursos a favor de la República de Panamá, y tal y como quedó demostrado en los documentos allegados por la Aeronáutica Civil, los servicios requeridos por las aeronaves que vuelan a niveles superiores FIR sobre el mar caribe, son ofrecidos desde diferentes centros a saber: (I) centro de control de Barranquilla; (II) centro de control de Panamá, (III) centro de control Kingston y (IV) del centro de control CENAMER y le corresponderá la prestación del servicio a cualquiera de ellos dependiendo del área que sea sobrevolada. Por consiguiente, encuentra la Sala que estando especificados los centros de control y determinados los espacios de acción de cada organismo, los mismos están facultados en razón al servicio prestado para ejercer el cobro de las tarifas aeronáuticas. Desde esta perspectiva, advierte la Sala que, en virtud del Tratado Internacional de Chicago, Panamá es la Nación autorizada para recibir los recursos que se generen por el tránsito de las aeronaves en el espacio aéreo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, que sobrevuelan a más de 19.000 pies de altura. En consecuencia, se considera que no existe, en razón a la prestación del servicio por Panamá, detrimento patrimonial para Colombia, toda vez que no puede pretenderse que la Nación solicite el reconocimiento de los recursos cuando no es la encargada de suministrar el servicio aeronáutico. (...)Lo anteriormente expuesto, impone a la Sala resaltar que no se evidenció la vulneración del patrimonio público, pues Colombia no está facultada para obtener los recursos alegados por el accionante, pues no suministra servicios de protección y apoyo al vuelo. Así las cosas, se tiene que como no se le presta ningún servicio a las aeronaves que sobrevuelan a más de 19.000 pies de altura no se puede pretender que la Nación recaude los recursos provenientes de las tarifas que para tal fin se han fijado, pues no se le ha generado ningún tipo de derecho.

[Sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp. 88001-23-31-000-2005-00011-01\(AP\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ](#)

2. Vulneración del derecho al medio ambiente sano por instalación de vallas publicitarias irregulares en el municipio de Cali

Las pretensiones del actor se encaminaban al amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al goce de un ambiente sano, al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y a la defensa del patrimonio público, que estimó violados por la instalación ilegal de vallas publicitarias en la ciudad de Santiago de Cali.

Advirtió la Sala que METROVÍA S.A. y la Alcaldía de Santiago de Cali violaron el derecho colectivo al medio ambiente sano, pues la primera contraviene lo dispuesto en el artículo 3 literal c) de la Ley 140 de 1994, ya que instaló publicidad en la Calle 5ª con Carrera 5ª de Santiago de Cali; y la segunda incumple con las obligaciones fijadas a su cargo en los artículos 11 y 12 de la misma Ley, pues no adelantaron actuaciones administrativas oficiosas para impedir la proliferación de vallas publicitarias irregulares que contaminan visualmente la ciudad. Conforme a lo establecido en los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, es deber del Estado, a través de las distintas entidades que desarrollan sus funciones, proteger la diversidad e integridad del ambiente y prevenir y controlar los factores que lo deterioran. Empero, el concepto de medio ambiente sano, no alude únicamente al deterioro de la flora, fauna, atmósfera, y de los recursos hidrológicos, entre otros, sino también hace referencia a la contaminación visual, que puede perjudicar el espacio público, la integridad del medio ambiente, y la calidad de vida de los habitantes del país. Como todo derecho, el medio ambiente sano no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por los derechos de las personas que pueden entrar en conflicto con él. En efecto, la vida en comunidad exige el respeto por los derechos ajenos, la prohibición de su abuso, y la limitación razonable de los mismos, de tal manera que deben ponderarse para evitar que se anulen. En tal contexto, en el presente caso, deben armonizarse, de un lado, el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y, de otro, los derechos individuales de la libre iniciativa privada, a usar la propiedad privada, y a aprovechar los medios masivos de comunicación.

[Sentencia de 16 de junio de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2003-00555-02\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

3. Amenaza de los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, a la moralidad administrativa y al patrimonio público, por negligencia en la vigilancia sobre la destinación de recursos para preservación las cuencas hidrográficas

El actor interpuso demanda de acción popular en contra del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Contraloría General de la República, al considerar que dichas entidades no han verificado el cumplimiento de la inversión forzosa establecida en el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. Dicha disposición establece que todo proyecto que involucre el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales deberá destinar el 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica.

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, la Sala coincide con el Tribunal en señalar que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no ha cumplido a cabalidad con la obligación relativa a la vigilancia, seguimiento y control de la efectiva ejecución de la inversión forzosa prevista en el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993. En este sentido, se reitera que dicha disposición establece a cargo de todo proyecto que involucre el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales la obligación de destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. Además, conforme a lo previsto en los artículos 2, 43, 49, 50 y 52 de la ley 99 de 1993, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial le corresponde la función de otorgar licencias ambientales en relación con las actividades de explotación minera y de

hidrocarburos y, por consiguiente, la competencia para ejecutar todas las medidas tendientes a lograr el efectivo cumplimiento de las obligaciones que allí se establecen. Al respecto es preciso resaltar que si bien el referido Ministerio ha incluido la obligación de destinar dicho 1% del total de la inversión en la mayoría de las licencias otorgadas a las empresas de hidrocarburos relacionadas en la primera parte de esta providencia, en la mayoría de los casos las labores de vigilancia, seguimiento y control de dicha inversión ha sido parcial e insuficiente.

En consecuencia, en opinión de la Sala la negligencia en el seguimiento y control por parte de la autoridad ambiental ante el incumplimiento de la referida obligación a cargo de las empresas de hidrocarburos beneficiarias de las licencias ambientales, constituye una seria amenaza a los derechos colectivos al medio ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. (...) Sin embargo, a juicio de la Sala, además de la puesta en peligro de los derechos colectivos señalados, la morosidad e incumplimiento de la obligación establecida en el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 a cargo de los beneficiarios de las licencias ambientales y la falta de seguimiento efectivo por parte de la entidad ambiental, también amenazan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. En efecto, de conformidad con el acervo probatorio recaudado, en el asunto *sub judice* resulta evidente que la insuficiencia en el seguimiento y control sobre la inversión forzosa establecida en el parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993, desconoce abiertamente las obligaciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al respecto, a la vez que defrauda las expectativas de la comunidad en relación con la eficiente administración y prioritaria inversión de los recursos destinados al mantenimiento de elementos integrantes del patrimonio público tales como las fuentes hídricas. Asimismo, la falta de seguimiento de tal obligación lesiona gravemente los intereses de la comunidad relativos a la preservación y recuperación de bienes indispensables para la vida humana y la sostenibilidad del ecosistema, así como el derecho colectivo a que se desarrollen programas preventivos que eviten la causación de graves daños y perjuicios para la comunidad derivados de fenómenos naturales catastróficos.

[Sentencia de 8 de junio de 2011, Exp. 25000-23-26-000-2005-01330-01\(AP\); MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA](#)

4. a) Vulneración a la moralidad administrativa por atribución de cobro coactivo a particulares por medio de contrato de prestación de servicios y por irregularidades e imprecisiones en la liquidación del mismo

El actor ejerció la acción popular, en contra del Municipio de Neiva y de la Firma Unión Temporal Asesorías Jurídicas, especializadas y consultorías, con motivo de la celebración del contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, al permitir una asunción ilegal de la función de jurisdicción coactiva y pactar un valor exorbitante correspondiente al 10% de lo recaudado.

Para la Sala, la entidad demandada vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, como quiera que mediante la celebración del contrato No. 0023 de 2003 se desplazaron funciones o competencias que, de acuerdo con lo afirmado en los apartes precedentes, no podía ser objeto de atribución a particulares por ser contentivas del ejercicio mismo de la soberanía del Estado y tener las características de irrenunciables e indelegables. Mediante este comportamiento, no se veló por el cumplimiento de los parámetros éticos que deben caracterizar las decisiones de las autoridades públicas, toda vez que se permitió un vaciamiento de las atribuciones o potestades encomendadas a la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Neiva y se pretermitió la necesidad de adecuar su estructura para el correcto adelantamiento de la labor de cobro coactivo de las multas y comparendos que se le adeudaban. Al tratarse del ejercicio de prerrogativas públicas estas no podían ser atribuidas utilizando el procedimiento descrito en la Ley 489 de 1998 y mucho menos a través de un contrato de prestación de servicios, las razones que soportan esta afirmación ya se han expuesto. De otro lado, se demostró en el proceso que el contrato No 0023 de 2003 fue liquidado por las

irregularidades e imprecisiones detectadas en su ejecución, esta circunstancia podría llevar a sostener que la Sala se encuentra ante un hecho superado y por tanto ante una carencia actual de objeto que evitaría que el juez popular se pronunciara. Sin embargo, aún cuando ya no tenga sentido la asunción de medidas como la suspensión o declaratoria de nulidad del negocio jurídico en mención, lo cierto es que el análisis realizado se justifica por dos motivos: 1. La necesidad de delimitar el alcance del derecho en el supuesto de hecho concreto, para que no vuelvan a presentarse casos iguales a los que desataron la presente controversia judicial, y; 2. La constatación de posibles irregularidades en el desarrollo del contrato y por ende la afectación del patrimonio público, que ameritan la orden de compulsar copias a los organismos de control para que adelanten los procedimientos propios de su competencia.

b) Vulneración del derecho colectivo al patrimonio público por irregularidades en contrato estatal

Este derecho colectivo es la potestad y expectativa que se radica en cabeza de los asociados, de esperar que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado, estén adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado constitucional y legalmente, de tal forma que sean asignados según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, y con criterios de eficiencia y rectitud. La Corporación, acerca del contenido y alcance del derecho objeto de análisis, en oportunidad previa puntualizó: “Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales... El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico...” El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido. En el caso objeto de estudio se denota que la gestión del patrimonio público adelantada por la Secretaría de Tránsito no se hizo obedeciendo a los principios de eficiencia y transparencia, de hecho la celebración y ejecución del contrato No. 0023 de 2003, de acuerdo con lo demostrado en el proceso, permitió que se presentarán las siguientes irregularidades: 1. Falta de claridad en la forma como se cancelaron algunas de las obligaciones al contratista; 2. Vaguedad e imprecisión respecto de la forma como se fijó el valor del negocio jurídico; 3. Una posible lesión del erario del municipio, pues la coexistencia del contrato con el convenio Interadministrativo celebrado con la Federación Colombiana de Municipios ocasiona que se cancele un 20% de lo recaudado por concepto de multas y comparendos, y; 4. La falta de planificación al no prever con anticipación la forma de cancelar las obligaciones a favor del contratista, ocasionando que se comprometieran vigencias fiscales futuras.

[Sentencia de 8 de junio de 2011, Exp. 41001-23-31-000-2004-00540-01\(AP\), MP. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Se decreta la pérdida de la investidura de Concejal porque dentro de los 12 meses anteriores a su elección su hermano se desempeñaba como representante legal de una asociación que tiene el carácter de entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios

Se solicitó que se decretara la pérdida de investidura del Concejal RAÚL NOPE LADINO del Municipio de Anapoima para el período constitucional 2008-2011, por haber incurrido en la causal prevista en el artículo 40 numeral 4° de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 55 numeral 2° de la Ley 136 de 1994, por cuanto su hermano, el señor MANUEL ANTONIO NOPE LADINO, durante el año anterior a la fecha de su elección, fungió como representante legal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL ACUEDUCTO REGIONAL LA MESA - QUIPILE - ANAPOIMA - DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, encargada de la prestación del servicio público domiciliario de acueducto en algunas veredas de los precitados municipios.

Extracto: Independientemente de que la Asociación que preside MANUEL ANTONIO NOPE LADINO, haya sido constituida como una entidad privada sin ánimo de lucro y del hecho de que distribuya o no agua potable a los usuarios del acueducto veredal, la Sala considera que dicha Asociación ostenta el carácter indiscutible de Entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, pues tal como lo reconoce en sus escritos el propio apoderado del demandado y lo ratifican los diferentes testimonios recabados en la etapa probatoria, es claro que dicha entidad realizaba actividades relacionadas con la captación, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte de agua, todas las cuales, al tenor de lo preceptuado por el artículo 14.22 de la Ley 142 de 1903, constituyen razón más que suficiente para predicar que las actividades son constitutivas del servicio público domiciliario de acueducto. Adicionalmente, es preciso considerar que mediante acta calendada el 27 de mayo de 2007, se constituyó dicha Asociación como una entidad sin ánimo de lucro, que tenía dentro de su objeto social, “Dotar de agua potable y efectuar la adecuada recolección de aguas residuales de cada una de las viviendas que cubre el sistema de acueducto y alcantarillado, asumiendo la administración, operación y mantenimiento de estos servicios a través de un administrador o de quien disponga la Asamblea General.” y que posteriormente, mediante acta de fecha 17 de julio de 2006, se introdujo una modificación en los estatutos, en donde se establece como objetivo de la Asociación el de “Dotar del servicio de acueducto a cada uno de los predios (inmuebles) que cubre el sistema de acueducto, asumiendo la operación y mantenimiento de estos servicios a través de la Junta Directiva, un administrador o de quien disponga la Asamblea General..” (...) la modificación en comento en vez de desvirtuar el carácter de entidad prestadora del servicio público de acueducto, lo que viene es precisamente a confirmarlo. Resulta claro para la Sala que la mencionada asociación ha venido distribuyendo “agua no apta para el consumo humano” a más de 400 usuarios residentes en predios veredales de la Región del Tequendama, mediando el pago de una tarifa, así haya sido en forma intermitente y discontinua. En lo concerniente al hecho de que la Asociación estuviese prestando el servicio público de acueducto a sus usuarios sin contar con una concesión de aguas y sin la autorización de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de la Comisión Reguladora de Agua, de los municipios de la región, ni de ninguna otra autoridad del Estado, no puede ser utilizado como argumento para señalar que la Asociación no tuviese el carácter de entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, pues el hecho de estar operando un servicio público al margen de la legalidad no puede ser invocado como excusa para justificar el hecho de que el señor RAÚL NOPE LADINO haya violado el régimen de inhabilidades, al postular su nombre como candidato al Concejo Municipal de Anapoima y al tomar posesión del cargo, a sabiendas de que su hermano fungía como Presidente y representante legal de la Asociación que él mismo había presidido en el pasado. (...) es asimismo oportuno poner de relieve que la Asociación ha recibido el apoyo financiero del Departamento de Cundinamarca y de los municipios de la región para el desarrollo de las obras de infraestructura del sistema de acueducto regional.

[Sentencia del 28 de abril de 2011. Exp. 25000-23-15-000-2010-02234-01\(PI\). MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Pérdida de Investidura.](#)

2. Las Asambleas Departamentales pueden revestir pro tempore al Gobernador de facultades para crear Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica

Se demandan, en acción de nulidad, las expresiones “facúltase al gobernador del Meta o a quien éste delegue para”; “crear”, y “unidades administrativas especiales”, contenidas en el parágrafo 1° del artículo 45 de la Ordenanza núm. 473 de 14 de noviembre de 2001, expedida por la Asamblea del Departamento del Meta, “por la cual se fija el Presupuesto Básico Anual del Departamento”, para la vigencia correspondiente al 2002”; el Decreto 327 de 2002, expedido por el Gobernador del Meta, “Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación Pública del Departamento del Meta”; y el Decreto 328 de 2002, expedido por el citado Gobernador, pro el cual se establece el manual de funciones de la referida Unidad Administrativa Especial.

Extracto: El artículo 300, numeral 7, de la Constitución Política, consagra que corresponde a la Asamblea Departamental, entre otras facultades, crear establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. De igual manera, el numeral 9, ibídem, la autoriza para revestir pro tempore al Gobernador de facultades precisas para ejercer funciones de las que le correspondan, entre las cuales está, como ya se dijo, la creación de establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. Ahora, el meollo de la controversia gira en torno de determinar si pese a que la Carta Política en su artículo 300, numeral 7, no alude a las Unidades Administrativas Especiales, éstas pueden ser objeto de creación o no a nivel territorial. Para dilucidar el asunto, es menester tener en cuenta lo siguiente: De conformidad, con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la unidad administrativa especial sin personería jurídica es un organismo o entidad del sector central, y la unidad administrativa especial con personería jurídica, lo es del sector descentralizado por servicios. No obstante que en dicha norma se afirma que las dos clases de Unidades integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, dicha disposición debe estudiarse en forma armónica y coordinada con otras normas de la Ley 489, verbigracia los artículos 7°, 68, parágrafo 1° y 82 (...). Al revisar el Decreto Departamental núm. 327 de 2002 la Sala observa que a través del mismo y en cumplimiento de la Ordenanza acusada, particularmente del parágrafo 1° del artículo 45, el Gobernador del Departamento del Meta creó la unidad administrativa especial para proyectos y contratación pública del departamento, dotándola de personería jurídica. Ello significa que dicha entidad es equivalente a un establecimiento público pues, como quedó visto, el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del Orden Nacional se aplica a las entidades territoriales; dentro de las entidades descentralizadas se encuentran las unidades administrativas especiales con personería jurídica; y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, son equivalentes en su régimen jurídico a los establecimientos públicos. Luego, si las Asambleas Departamentales están facultadas para crear establecimientos públicos del orden Departamental, no existe impedimento constitucional ni legal alguno para crear y, por ende, revestir pro tempore al Gobernador para que cree unidades administrativas especiales que, al haber sido dotada, como en este caso, de personería jurídica es asimilable a aquellos.

[Sentencia del 28 de abril de 2011. Exp. 50001-23-31-000-2007-01098-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

3. a) En la ejecución de obras en los puertos los criterios de proporcionalidad y prioridad son complementarios porque el Estado puede ejecutar inversiones en una cuantía proporcional a la que paga cada puerto a título de retribución y al mismo tiempo puede priorizar la inversión, ejecutando primero las obras que considere más urgentes

Se cuestiona, en acción de nulidad, el Decreto 1587 de 19 de mayo de 2004, “*Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991, modificado por el artículo 1º de la Ley 856 de 2003*”, porque, a juicio del demandante, el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria y violó el artículo 1º de la Ley 856/03 reglamentado, ya que el criterio de priorización en la ejecución de los recursos provenientes de la contraprestación pagada por los puertos marítimos a la Nación prevista en la norma demandada contradice el criterio de proporcionalidad establecida en la norma legal reglamentada.

Extracto: La norma legal reglamentada (Artículo 7 de la Ley 1 de 1991) establece un criterio según el cual el Gobierno Nacional a través de INVÍAS debe ejecutar en cada puerto las obras y servicios que allí se describen en una proporción igual a la contraprestación portuaria a su cargo, y la norma reglamentaria establece un criterio de priorización en la ejecución de dichos recursos. El demandante afirma que los conceptos de proporcionalidad y prioridad se contradicen y para demostrarlo recurre a un criterio de interpretación gramatical de las normas en estudio que funda en el significado que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua le atribuye al vocablo prioridad: “1) f. Anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden. 2. f. Anterioridad o precedencia de algo respecto de otra cosa que depende o procede de ello”; y proporcionalidad: “1. f. Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.” Este criterio sirve para demostrar que “proporcionalidad” y “prioridad” son conceptos diferentes, pero no para demostrar que son contradictorios. El mandato de que la ejecución de los recursos que se perciban por concepto de contraprestaciones se haga en proporción igual al valor de la contraprestación aportada por cada puerto, contenido en el parágrafo 3º del artículo 7º de la Ley 1/91, no está en oposición con el mandato del Decreto Reglamentario 1587/04 acusado, según el cual “INVÍAS o quien haga sus veces, priorizará la ejecución de las obras de que trata la mencionada ley, teniendo en cuenta el programa de gastos aprobado y la oportunidad para contratar y comprometer dichos recursos”. Porque una cosa es el monto de los recursos y otra la forma de ejecutar las obras en orden a la necesidad que es lo que significa priorizar. Aplicado al caso en estudio, el concepto de proporcionalidad está referido a la forma de distribución de los recursos que se deben ejecutar y que consiste en asignarle a cada puerto la misma cantidad que aporta a título de contribución. Y el criterio de prioridad se refiere al orden en que esos recursos deben ejecutarse y a la primacía que se debe dar a algunos en el tiempo respecto de otros. Tal como afirmó la parte demandada, los criterios señalados pueden complementarse, y para demostrarlo basta con señalar que el Estado puede ejecutar inversiones en los puertos en una cuantía proporcional a la que éstos pagan a título de retribución por el uso de por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y el uso de la infraestructura allí existente; proporción que puede obtenerse dentro de un lapso determinado, que, cabe anotar, el decreto acusado no establece expresamente. Al mismo tiempo, se puede priorizar la inversión, ejecutando primero las obras que considere más urgentes. De acuerdo con la interpretación que el actor hace del artículo 1º de la Ley 856/03, la totalidad de los recursos en estudio deben invertirse simultáneamente en cada puerto en la medida en que las sociedades portuarias paguen sus contribuciones; y la proporcionalidad debe lograrse en cada vigencia fiscal. Ese significado no es el que resulta de la interpretación gramatical de dicho artículo, de la que se declara partidario el actor, pues en parte alguna de su texto se dispone la ejecución simultáneamente de todas las obras que resulten necesarias en los puertos y tampoco señala un término dentro del cual deba cumplirse la proporcionalidad en dicha ejecución. Tampoco puede sustentarse la interpretación del actor en la intención del Legislador, manifestada en el trámite de expedición de la Ley que, por el contrario, la contradice. (...) Luego, la intención que inspiró la ley no fue la invertir año por año, en pequeñas obras de cada puerto el valor de las contraprestaciones que éstos pagaran, como supone el demandante, sino por el contrario, permitir la ejecución de obras de gran magnitud e importancia, para lo cual era necesario recurrir a procesos de planificación serios que imponen la priorización de las obras a que se refiere el decreto demandado. En todo caso, insiste la Sala que el tiempo durante el cual debe lograrse la ejecución proporcional de que trata la ley no está señalado expresamente en la norma demandada y por ello no cabe suponer que sea en el curso de una vigencia fiscal, como afirma el demandante, o de diez años como pretende la parte demandada.

b) La ejecución de los recursos provenientes de contraprestaciones portuarias se debe ajustar a los lineamientos establecidos en el plan de expansión portuaria formulado por el Ministerio de Transporte y las políticas fijadas por el CONPES

Extracto: Para la Sala no es de recibo el argumento del actor según el cual la norma demandada contradijo el artículo 1° de la Ley 856/03 porque estableció requisitos no previstos en éste para priorizar la ejecución de los recursos en estudio, tales como su aprobación en el programa de gastos de INVÍAS y la oportunidad para contratar y comprometer dichos recursos, así como el ajuste de dicha ejecución a los lineamientos establecidos en el plan de expansión portuaria formulado por el Ministerio de Transporte y las políticas fijadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES. Para la Sala este argumento no es de recibo porque si bien los requisitos previstos en el Decreto demandado para la ejecución de los recursos de que trata no están previstos expresamente en el artículo 1° de la Ley 856/03; lo cierto es que los decretos reglamentarios no tienen que reproducir el texto de las leyes reglamentadas y pueden proferir legítimamente disposiciones nuevas a condición de que ellas no contradigan dichas leyes y estén orientadas a su cumplida ejecución. Los requisitos previstos en la norma reglamentada no sólo no lo contradicen sino que además, sirven a los fines de su cumplida ejecución. En este punto conviene reconocer que el artículo 1° de la Ley 856/03 no es una norma aislada y que ella debe interpretarse sistemáticamente con las demás contenidas en la Ley 1/91 que la primera modificó - Estatuto Nacional de Puertos Marítimos-, que permanece vigente. Así, el artículo 1° de dicho estatuto estableció los principios generales a que debía someterse la actividad portuaria y dispuso que “En desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada, estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, de acuerdo con esta Ley.” Y autorizó la constitución de “sociedades portuarias oficiales, particulares y mixtas” para “construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios, o muelles y para prestar todos los servicios portuarios, en los términos de esta Ley”. El artículo 2° instituyó los planes de expansión portuaria (...) Vistas las normas anteriores no cabe duda de que la condiciones a que el decreto acusado somete la priorización de los recursos provenientes de las contraprestaciones portuarias no vulneran la ley reglamentada, en primer término, porque imponen el respeto a los programas de gastos aprobados por INVÍAS, disposición que reitera el principio de legalidad del gasto previsto tanto en la Carta Política como en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación (Ley 38/89 y disposiciones que la modifican); y porque la obligación de atender la oportunidad para contratar y comprometer dichos recursos es un imperativo mínimo de la planificación y racionalización de la actividad portuaria a cargo del Estado previsto en el artículo 1° de la Ley 1/91. Por otra parte, el deber de ajustar la ejecución de los recursos a los lineamientos establecidos en el plan de expansión portuaria formulado por el Ministerio de Transporte constituye en realidad un desarrollo del artículo 2° de la Ley 1/91 que asigna al Ministerio de Obras Públicas la competencia de presentar dichos planes al CONPES para su aprobación, cada dos años, y de establecer en ellos “Las inversiones públicas que deben hacerse en actividades portuarias, y las privadas que deben estimularse” y “Las inversiones públicas que se hagan (...) se ceñirán a tales planes”. La sujeción de la ejecución de los recursos examinados a las políticas adoptadas por el CONPES también figura expresamente en el artículo 2° comentado. Así pues, las condiciones previstas por la norma demandada para priorizar la ejecución de las inversiones públicas en puertos financiadas con las prestaciones que pagan las sociedades portuarias, no contravienen los mandatos del artículo 1° de la Ley 856/03, sino que permiten su cumplida ejecución en armonía con otras disposiciones del Estatuto de Puertos Marítimos (Ley1/91), particularmente los artículos 1° y 2°.

[Sentencia del 5 de mayo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00064-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad.](#)

4. Se declara la nulidad de los actos de registro de las marcas DEUTSCHE TELEKOM en las clases 16, 38 y 42 de la Clasificación Internacional de Niza al existir similitud gráfica, fonética y

conceptual con la marca TELECOM (previamente registrada) y conexión competitiva entre los servicios y productos que ambas distinguen

Se demandan las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedieron a DEUTSCHE TELEKOM A.G., el registro de las marcas DEUTSCHE TELEKOM en las clases 16, 38 y 42 internacional.

Extracto: Respecto a los aspectos de identidad o semejanza entre las marcas en conflicto, no cabe la menor duda que entre las marcas “DEUTSCHE TELEKOM” cuestionada y “TELECOM” existen semejanzas gráficas, fonéticas y conceptuales que permiten afirmar que con el registro de la primera de las nombradas, se estaría violando el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486, pues la palabra TELECOM o TELEKOM, es la esencial y básica en ambas marcas, y el término DEUTSCHE de la cuestionada no es un elemento distintivo frente a la marca registrada, ya que dicho término en español significa “Alemana”. Es por ello, en que en el idioma alemán o “deutsch”, la República Democrática Alemana, se escribe: “DEUTSCHE DEMOKRATISCHE REPUBLIK = DDR”. En efecto, la palabra TELECOM o TELEKOM, empleada en las denominaciones de las marcas en conflicto, constituye el centro de atención, por tratarse del elemento diferenciador, básico y esencial de la marca de la actora, que con respecto a la demandada sólo difiere en la letra C, la cual en nuestro idioma se pronuncia idénticamente a la letra K. (...) Esta Sala ha reiterado que los dos elementos que se requieren para el análisis de la confundibilidad entre marcas, son: i) que exista identidad o semejanza ortográfica o visual, fonética y conceptual, ya analizada y ii) que los signos en disputa tengan una relación directa o indirecta con los productos o servicios que distinguen. En el presente caso, el sector de mercado en el que pretende explotar sus marcas la Empresa DEUTSCHE TELECOM, son los mismos de las empresas NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM EN LIQUIDACIÓN y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en su calidad de licenciataria, en las clases 16, 38 y 42 de la Clasificación Internacional de Niza, lo cual sin duda alguna permite afirmar que existe conexión competitiva entre los mismos. En este orden de ideas, puede concluirse que además de la similitud gráfica, fonética y conceptual observada entre los signos en disputa existe conexión competitiva entre los servicios y productos que ambos distinguen. Por lo tanto, el permitir la coexistencia de ambas marcas, generaría confusión para el público consumidor, al inducirlo a error por el hecho de estimar que el titular de la marca “TELECOM” tiene un nuevo signo en el mercado identificado con la denominación “DEUTSCHE TELEKOM”. Adicionalmente, las marcas en conflicto al distinguir los mismos productos y servicios, emplean idénticos medios de publicidad y de comercialización, factores que refuerzan aún más el concepto de confundibilidad. Por otra parte, en cuanto a los artículos 9° y 10 de la Decisión 486, citadas por el Tribunal de Justicia Andino, es pertinente anotar, que el titular de la marca TELECOM, viene utilizando dicha denominación por más de cincuenta años y, es sabido en Colombia que TELECOM fue la única empresa que prestó el servicio de telecomunicaciones en el territorio nacional por muchos años, lo que ha generado que el consumidor identifique automáticamente la expresión TELECOM con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Colombia, tal como lo anota el Agente del Ministerio Público, o sea, que es anterior al registro en Alemania de la marca cuestionada. Por consiguiente este cargo no tiene vocación de prosperar.

[Sentencia del 12 de mayo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00362-00. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

5. Pérdida de investidura de Concejal: Negada al establecerse que el contrato de arrendamiento que celebró con el municipio fue antes de su elección.

Se solicitó la pérdida de la investidura del Concejal ROBINSON RESTREPO del municipio de Restrepo (Valle del Cauca), elegido para el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007, porque suscribió el 2 de octubre de 2002 con el Municipio un contrato de arrendamiento de un inmueble para el funcionamiento de una guardería o jardín infantil, el cual tuvo vigencia, según el demandante, hasta el 31 de diciembre de 2003.

Extracto: La elección de Concejales para el período 2004-2007 se llevó a cabo el 26 de octubre de 2003 y el contrato en comento se celebró el 1o. de octubre de 2002, lo que pone de manifiesto que, en principio, el período inhabilitante estaría comprendido entre el 26 de octubre de 2002 al 26 de octubre de 2003, por lo que, por ende, no se configura la causal alegada. Estima la Sala que si bien es cierto que en la cláusula cuarta del citado contrato se señala como vigencia del mismo la duración “el tiempo de la Administración del señor Alberto Cardona Gordillo”, que lo fue del 1o. de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2003, según certificación visible a folio 22, también lo es que el Concejal demandado con la contestación de la demanda allegó copia auténtica del Decreto 080 de 7 de octubre de 2002, a través del cual la Alcaldía de Restrepo dio por terminado, de manera unilateral, el contrato de arrendamiento, documento que no fue tachado de falso por el actor en el momento procesal oportuno, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto de 25 de agosto de 2010, que ordenó tenerlo como prueba, de conformidad con lo señalado en el artículo 289 del C. de P.C., por lo que su duración fue de sólo 7 días, esto es, por fuera del período inhabilitante. Ahora, aceptando, en gracia de discusión, que el Concejal demandado intervino en la celebración del citado contrato de arrendamiento en favor de un tercero, pues no hay prueba que así lo demuestre, tampoco estaría incurso en la causal alegada por el demandante, dado que el contrato de arrendamiento suscrito por la Administración con el señor Diego Fernando Solano Caicedo se efectuó el 7 de octubre de 2002, documento que obra a folios 57 y 58 del expediente, que al igual que el Decreto 080 de 2002, no fue tachado de falso por la parte demandante. De otra parte, estima la Sala que si bien el señor Robinson Restrepo aparece cobrando y recibiendo el valor de los cánones de arrendamiento de los meses de enero y febrero de 2003, no por ello se puede predicar que el contrato lo celebró a través de un tercero en beneficio personal, pues a folio 59 del expediente obra un escrito, de 13 de febrero de 2003, mediante el cual el señor Diego Fernando Solano Caicedo, como promitente comprador del inmueble objeto del contrato de arrendamiento, lo autorizó para el efecto, de conformidad con la promesa de compraventa, pruebas estas que tampoco fueron tachadas ni redargüidas de falsas e inexistentes por el aquí demandante dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

[Sentencia del 12 de mayo de 2011. Exp. 76001-23-31-000-2010-00909-01\(PI\). MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Pérdida de Investidura.](#)

6. Ineptitud de la demanda: Al no demandar todos los actos de la vía gubernativa / El acto que resuelve el recurso de reposición debe ser objeto de demanda

El señor CHU HSING CHIU, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 50633 de 1994, por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó el registro de la marca mixta “TOP GEAR” para la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza; y 25676 de 2000, que decidió el recurso de apelación, interpuesto como subsidiario del recurso de reposición, contra la referida resolución 50633.

Extracto: En el caso sub examine, el actor demandó la Resolución núm. 50633 de 21 de diciembre de 1994, con la cual la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio niega el registro de la marca “TOP GEAR” por considerar que presenta similitudes con el signo mixto “L.A GEAR” registrado a favor de la sociedad L.A GEAR INC., para distinguir productos comprendidos en la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza, y la Resolución núm. 25676 de 29 de septiembre de 2000, mediante la cual la Superintendente Delegada para la Propiedad Industrial resuelve el recurso de apelación interpuesto por el actor, confirmando la Resolución impugnada. De lo anteriormente expuesto, se infiere que el actor omitió demandar el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, es decir, la Resolución núm. 006308 de 28 de febrero de 1997, incumpliendo en esta forma con lo previsto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, al no integrar en las pretensiones de la demanda la totalidad de los actos definitivo y los confirmatorios de la decisión de denegar el registro de la marca “TOP GEAR”. En consecuencia, la Sala deberá abstenerse de realizar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la

demanda y, en su lugar proferirá un fallo inhibitorio, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Sentencia del 12 de mayo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2001-00157-01. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

7. a) Acción de nulidad: Improcedencia cuando la decisión de nulidad genera un restablecimiento automático del derecho derivado de pretensiones de la demanda con alcance subjetivo y concreto. Acto que impone multa.

La Universidad Surcolombiana, en ejercicio de la acción de simple nulidad, solicitó la nulidad de la Resolución N° 0139 del 14 de septiembre de 1999, por medio de la cual la Dirección Territorial de Trabajo y Seguridad Social del Tolima le impuso una multa por la suma de \$23.646.000 más los intereses legales, por violación a normas del Sistema General de Riesgos Profesionales.

Extracto: La resolución 0139 de 1999 aquí demandada define expresamente una situación jurídica individual, subjetiva o particular en la persona jurídica denominada Universidad Surcolombiana, por lo tanto constituye un acto administrativo particular o subjetivo, cuyos efectos jurídicos afectan directa y exclusivamente los intereses o derechos de esa persona jurídica. De allí que las pretensiones de la demanda tengan fundamentos y alcances concretos y subjetivos, ya que la anulación de dicho acto implicaría consecuencias a favor de la parte actora cuando se adoptara tal decisión, en la medida en que ésta genera el restablecimiento automático del derecho de la accionante, ya que en ese momento, la multa impuesta quedaría sin piso alguno, desaparecería, de suerte que si no hubiese sido cancelada, no habría lugar a hacerla efectiva, por cuanto el título correspondiente habría dejado de existir. No puede cobrarse obligación alguna sin el título que la contiene. Extinguido el título, se extingue la obligación. Si hubiere sido pagada por la actora, su monto tendría que ser restituido, en razón a que la anulación de los actos administrativos retrotrae jurídicamente las situaciones al estado anterior a la expedición del acto anulado, de allí el restablecimiento automático del derecho que en esos casos se da. De modo que es evidente que la acción bajo la cual debió asumirse y examinarse la demanda, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que las resultas del proceso podían ir mucho más del simple y único fin de salvaguardar la mera legalidad del acto administrativo impugnado, toda vez que son inescindible su existencia y la suerte de la situación jurídica subjetiva y concreta que el mismo contiene.

b) Caducidad: Presupuesto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Extracto: Al interpretarse la demanda como de nulidad y restablecimiento del derecho, como en efecto lo es, cabe examinar el presupuesto de oportunidad de la acción procedente, en tanto se trata de un presupuesto de procedibilidad de la misma. En ese orden, se observa que la resolución acusada fue notificada por edicto desfijado el 10 de noviembre de 1999, por ende el término de caducidad de 4 meses previsto en el artículo 136, numeral 2, del C.C.A., corrió a partir del día siguiente, hasta el 11 de marzo del año siguiente. Pero la demanda fue presentada el 29 de abril 2003, es decir, después de vencido con creces el referido término, de donde es notoria la caducidad de la acción, situación que al parecer fue la que condujo a la actora a utilizar la opción de hacer aparecer la acción como de simple nulidad, pese a su clara improcedencia y a sus aspiraciones y la posibilidad jurídica de obtener un beneficio de la eventual anulación solicitada. Incluso, si en gracia de discusión se hiciera caso omiso de la aludida notificación por edicto en razón a que la actora desvirtuara su validez, dado que alega no haber recibido la previa citación para la notificación personal, se encuentra una circunstancia que en ese evento constituiría notificación por conducta concluyente, a partir de la cual también estaría caducada la acción, cual es la de presentación de la solicitud de lo que denominó recurso extraordinario de REVOCACION DIRECTA, que como es sabido no revive los términos para ejercer las acciones contenciosas administrativas (artículo 72 del C.C.A.). Esa solicitud la presentó el 20 de marzo de 2002, luego el término de caducidad correría a partir del día siguiente, de modo que se habría vencido el 21 de julio del mismo año 2002, mientras que como atrás se anotó, la demanda fue presentada el 29 de

abril de 2003, mucho después de vencidos los 4 meses señalados en el artículo 136 del C.C.A. Por consiguiente, en cualquiera de ambas circunstancias, aparece ocurrida la caducidad de la acción realmente procedente según lo ha develado la Sala, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo el ropaje de la acción de simple nulidad; de allí que la Sala deba declarar probada de oficio la correspondiente excepción, y confirmar la decisión inhibitoria del a quo, pero razones distintas a las expuestas por él, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

[Sentencia del 28 de abril de 2011. Exp. 73001-23-31-000-2003-00873-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se niega la nulidad del aparte “La publicación de obras en áreas del Derecho se acreditará con el certificado de registro de la obra expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor” del literal g) del artículo 5° del Decreto Reglamentario 3454 de 2006 dictado por el Gobierno Nacional, dado que al ser expedido se hizo uso de la potestad reglamentaria para regular la forma de probar la autoría de dichas obras.

La Sala debe responder al pedido de que la norma sea retirada del ordenamiento jurídico, pues según la opinión del demandante ella desconoce reglas de orden superior. Como quedó visto precedentemente, no es cierto que el reglamento haya excluido otras formas de probar la autoría de una obra jurídica, por el contrario, entonces dentro de las opciones interpretativas plausibles, la Sala se inclina por mantener el acto administrativo que, se repite, buscando una mayor seriedad resaltó en toda su dimensión el valor demostrativo de una certificación de orden oficial, como es la que expide la Dirección Nacional de Derechos de Autor, alternativa probatoria que no riñe con la norma reglamentada, sino que realiza el afán del Reglamento expedido por otorgar la mayor seriedad y credibilidad a un proceso en que está comprometida la confianza pública. En el caso concreto, y atendidos los perfiles del cargo de Notario y la trascendencia social de su función, si el Gobierno Nacional abundó en rigores para asegurar la seriedad del proceso, con ello no violó la potestad reglamentaria. Esta posición del Consejo de Estado, expresa la tendencia tradicional que se inclina por restringir la invalidación de los actos de la administración, y por ese camino mantener la presunción de legalidad y acierto que acompaña a todas las manifestaciones de la administración, en este caso, del Decreto Reglamentario 3453 de 3 de octubre de 2006, que parcialmente ha sido demandado. De esta manera se insiste, se preserva la presunción de legalidad y acierto que ampara los actos de la administración, de modo que si no hay una abierta contradicción entre el acto administrativo reglamentario y las normas de orden superior, sino que es posible su armonización, deberá descartarse la nulidad propuesta y salvar la norma jurídica, que entre otras cosas busca rodear de seguridades y garantías un proceso de enorme trascendencia social, como que en él va involucrada la función notarial, depositaria por excelencia de la fe pública. Así, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 “las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes.”, y como se ha pedido la exclusión del ordenamiento de una parte del Decreto demandado, el examen arroja que en verdad su texto no contraría el ordenamiento superior, pues no consagró que la única manera de acreditar la creación de una obra jurídica, fuera el certificado expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, exigencia que para el caso en estudio el ejecutivo determinó como medio demostrativo del referido requisito. Es posible entonces una lectura alternativa del Decreto que permite aplicar de mejor manera la presunción de legalidad y acierto, dejando a salvo la norma demandada.

[Sentencia de 6 de abril 2011, Exp. 11001-03-25-000-2008-00079-00\(2431-08\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de Nulidad.](#)

2. La prima de riesgo a pesar de no constituir factor salarial debe incluirse en la liquidación de la pensión de jubilación de un detective del Departamento Administrativo de Seguridad, puesto que el Decreto 1848 de 1969 ordena la liquidación pensional en el promedio de los salarios y primas de toda especie.

A pesar de que las normas citadas expresamente excluyeron la prima de riesgo como factor salarial, de la lectura del artículo 1° del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, norma aplicable al caso *sub lite*, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del Orden Nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3° y los que lo adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a los que este Decreto establece. Lo anterior evidencia, que si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es, que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante. La prima de riesgo fue concebida para ciertos funcionarios -entre esos los detectives del D.A.S.- que por el ejercicio de la función se encontraban más expuestos al peligro, por tanto, les fue cancelada la prima en forma habitual y periódica y como contraprestación directa del servicio, presupuestos que desdibujan el concepto *per se* de la citada prima para convertirla en salario.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2007-00249-01\(0953-10\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. La Sala revoca la sentencia proferida por el *a quo* que negó la pretensiones de la demanda y se declara inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, para que así la demandante pueda cuestionar nuevamente los actos demandados - dado que no opera el fenómeno de la caducidad de la acción - en procura de la realización del derecho a la reliquidación a la cual aspira, puesto que no demandado el acto administrativo que le negó dicho derecho.

Si bien existen sentencias de esta Corporación que soportan la decisión adoptada por el *a quo*, lo cierto es que en el sub examine no resulta acertada la negativa frente a las pretensiones de la demanda, por cuanto ello sesgaría un derecho que eventualmente asiste a la parte accionante de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales que han abordado el tema de los factores base de liquidación de la pensión gracia y que en este caso se niega por ausencia del mismo- tesis bajo la cual se impondría la negativa indisoluble de las pretensiones incoadas - sino porque media un acto administrativo que habilitó ilegalmente una reliquidación pensional y no fue cuestionado dentro de la acción subjetiva ejercida, decisión que bajo los efectos de la cosa juzgada impediría que el beneficiario de las pensión gracia cuestionara nuevamente los actos aquí demandados en procura de la realización del derecho a la reliquidación a la cual aspira, razón por la que en estos casos se impone para el Juzgador la decisión inhibitoria, que permite entratándose de asuntos relativos a derechos pensionales frente a los cuales no operan el fenómeno de la caducidad, un nuevo cuestionamiento judicial del derecho, convocando los actos que necesariamente deben ser objeto de la decisión de legalidad en aras de la definición del derecho.

[Sentencia de 18 de mayo de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2006-02409-01\(1282-10\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. La conciliación prejudicial no debe exigirse antes de cuando entro en vigencia el Decreto 1716 de 2009 que reglamento el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en aquellos procesos donde se debaten derechos transables de carácter de inciertos y discutibles.

La posición de la Sala referente a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio. De lo anterior se concluye que el asunto sometido al trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es susceptible de conciliación, pues de la pretensión señalada se desprende claramente que se trata de un acto de naturaleza particular, de contenido económico, sobre el cual era posible llegar a un acuerdo, es decir, el acto demandado tenía un contenido patrimonial y ha debido intentarse un acuerdo entre las partes. No obstante lo anterior, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue instaurada antes de la expedición del Decreto 1716 de 2009, por medio del cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 del mismo año, pues de la lectura del expediente se infiere que aquella fue presentada el 27 de enero de 2009 mientras que el referido decreto fue expedido el 14 de mayo de 2009. En efecto, frente a la disposición contenida en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, que condiciona la existencia de la conciliación prejudicial como requisito para demandar a que los asuntos “sean conciliables” y ante la falta de reglamentación de la misma no era posible pedir su cumplimiento, el juez debió dar trámite a la demanda, que vale la pena mencionar, fue presentada dentro del término de caducidad. Exigirlo antes de que se hubiera regulado su operatividad, manejo, procedimiento, se constituye en una actuación violatoria del debido proceso, derecho que debe prevalecer en toda actuación tanto administrativa como judicial.

[Auto de 7 de abril de 2011, Exp. 20001-23-31-000-2009-00139-01\(1561-09\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. Los trabajadores oficiales que se consideraron empleados públicos después de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, no son beneficiarios de la Convención Colectiva suscrita el 1° de noviembre de 2001 entre el ISS y Sintraseguridadsocial, dado que no es un derecho adquirido.

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia. La prorrogación automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero derecho adquirido a que se prorrogara el término de la convención. Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra la accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento. Por lo anterior, no es viable avalar la interpretación del Tribunal y tampoco la de la Corte Constitucional sostenida en la Sentencia T-1166 de 2008, pues a la luz de lo expuesto por la misma Alta Corporación en las Sentencias de Constitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, la protección deriva del concepto amplio de derecho adquirido.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 05001-23-31-000-2008-00067-01\(0673-10\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. Se declara nulidad del acto de retiro del servicio, expedido por la Gobernación de Cundinamarca, por vulnerar el derecho preferencial que le asiste al empleado de carrera para ser incorporado por reestructuración de la entidad frente al empleado que desempeña un cargo en provisionalidad, y por aplicar el derecho de opción, escoger entre la reincorporación a cargo

equivalente o la indemnización, el cual sólo opera cuando el cargo desempeñado por el empleado de carrera ha sido efectivamente suprimido

Se demanda la nulidad del acto retiro del servicio por supresión del cargo, por considerar que vulnera el mejor preferencial de reincorporación como empleado de carrera del demandante

En los eventos de supresión de empleos por modificaciones en la planta de personal, los empleados públicos escalafonados tienen derechos preferenciales cuando dentro de la nueva planta permanezcan cargos similares ocupados por empleados en provisionalidad, o para ocupar aquellos que se creen dentro de los seis (6) meses siguientes en la entidad. La Sala encuentra que efectivamente tal como lo plantea el actor, y lo demuestran las certificaciones que obran en el plenario, para el momento de la incorporación existían cargos de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 03 (antes Auxiliar Administrativo Código 5550 Grado 09) ocupados en provisionalidad, lo que comporta una clara violación al derecho preferencial de los empleados de carrera administrativa. Ciertamente hubo una disminución cuantitativa de los cargos de la planta de personal pero no de la totalidad de los cargos. Sin embargo, no es de recibo que dentro de los que quedaron, algunos fueran ocupados por personas no escalafonadas en carrera administrativa y que por supuesto tenían menor derecho de permanencia que el actor. Así las cosas, debe manifestar la Sala que con dicha actuación se violaron las normas constitucionales y legales que protegen la carrera administrativa, esto es, lo establecido en el artículo 25 de la Constitución Política, la Ley 443 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 1568 y 1572 de 1998, pues efectivamente estas normas establecen la opción de escoger entre la reincorporación a un cargo equivalente o la indemnización, cuando hay supresión efectiva del cargo de la persona en carrera. Sin embargo, en el sub júdice es bien diferente la situación fáctica, pues los cargos no fueron suprimidos en su totalidad, sino que solamente se disminuyó su número, quedando cargos iguales al que ejercía el actor y en el que fueron nombradas personas en provisionalidad.

[Sentencia de 18 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2000-05593-02 \(1118-06\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

7. Por ser competencia del representante legal de la entidad la facultad de nombramiento y remoción del Jefe de la Oficina de Control Interno, se declara nulidad del acto de insubsistencia tácita expedido por el Presidente de la República al nombrar su reemplazo en la Superintendencia de Servicios Públicos, inaplicando por ilegalidad el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000

Por considerar que no es competencia del Presidente de la República el nombramiento del jefe del control interno en las entidades públicas, se demanda el acto de nombramiento de reemplazo de la demandante.

El nombramiento del Jefe de Control Interno le corresponde al Representante Legal de la Entidad donde se vaya a proveer el empleo, razón por la cual, el Presidente de la República no tenía la facultad para nombrarlo y en consecuencia tampoco de retirarlo. Además es necesario tener en cuenta que el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política consagra taxativamente los servidores que debe nombrar sin que se incluya al Jefe de Control Interno. Con al acervo probatorio arrimado al expediente, quedó demostrado que la demandante fue nombrada por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución No. 001516 de 6 de junio de 1996, en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno, Código 0125, Grado 20 y que el Presidente de la República por Decreto No. 1669 de 13 de agosto de 2001, la declaró insubsistente tácitamente, al efectuar un nombramiento en su reemplazo. El Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001 (acto acusado), se expidió con fundamento en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2539 de 2000, norma última que fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de octubre de 2008, por considerar que no es competencia del Presidente efectuar el nombramiento del Jefe de Control Interno de las Entidades y Organismos de la

Rama Ejecutiva del Orden Nacional. En esas condiciones, en el *sub-judice* se inaplicará el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, en consecuencia el acto acusado (Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001) que declaró insubsistente tácitamente a la demandante deviene nulo por falta de competencia, por lo que se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda y se ordenará el reintegro de la accionante con las consecuencias económicas a que hubiere lugar.

[Sentencia de 24 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2002-00923-01\(1012-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

8. En la liquidación definitiva de cesantías de Oficiales y Suboficiales se debe computar el tiempo de suspensión de funciones, por conservar la calidad de miembros activos de las Fuerzas Militares

Establecer si el demandante tiene derecho a que en su liquidación definitiva de cesantías se le tenga en cuenta el tiempo en que estuvo suspendido del servicio, por la medida de aseguramiento que le fue impuesta

El artículo 190 del Decreto 1211 de 1990 y el artículo 95 del Decreto 1790 de 2000, son claras cuando disponen que al Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que se le suspenda de sus funciones, durante el tiempo de la suspensión seguirá percibiendo las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. Así las cosas, es diferente la situación del miembro de la Fuerza Militar que es suspendido a la de aquél que es separado, pues en la primera el militar sigue siendo miembro activo de la Fuerza como quiera que continúa percibiendo el 50% del salario básico y las primas que devengaba al momento de la sanción. En la segunda, se considera por fuera del servicio, pues sólo tiene derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de los servicios prestados hasta el momento de la separación absoluta, y si es separado temporalmente, el tiempo en que permaneció separado, en virtud de una condena con pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, no puede considerarse como servicio activo y en ese orden no tiene derecho a recibir sueldos, primas ni prestaciones sociales pagaderas por el Ministerio de Defensa (Artículo 179 del Decreto 1790 de 2000). Por eso, resulta lógico que el tiempo en que permaneció suspendido el actor se tenga en cuenta para efectos prestacionales una vez sea retirado o separado del servicio, según sea el caso, pues como ya se dijo, se presume que el Militar suspendido se encuentra en servicio activo como quiera que no sólo está devengando parte del salario, que dicho sea de paso es, en sentido lato, toda retribución que se recibe por el trabajo realizado, sino porque además, puede que se necesite de sus servicios en labores que no impliquen mando ni manejo de bienes o dineros distintos de los estrictamente necesarios para el desarrollo de la tarea asignada, a voces del artículo 127 del Decreto 1211 de 1990 y 98 del 1790 de 2000. Así las cosas, es claro para la Sala que los tiempos en que permaneció suspendido el actor pueden computarse para efectos de reliquidar sus cesantías, pues aun en ese evento se considera en servicio activo.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2003-05454-01\(1854-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

9. Se niega reliquidación de pensión de jubilación por reintegro al servicio, por no encontrarse dentro de los cargos de excepción consagrados en la Ley 171 de 1961

Determinar si la actora tiene derecho o no a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta los salarios percibidos en el cargo de Subdirectora del Departamento Administrativo de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca, devengados con posterioridad a la fecha a partir de la cual le fue efectivamente reconocida la pensión de jubilación

La demandante en la alzada pretende se dé aplicación a lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto No. 786 de 26 de marzo de 1993, según el cual las excepciones a la prohibición de reintegrar personas jubiladas al servicio público perdieron eficacia, porque están derogadas tácitamente las normas que consignaban el impedimento. Para la Sala, tal aspiración resulta improcedente dado que la Corte Constitucional en sentencia C-331 de 22 de marzo de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, estableció que la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 4° de la Ley 171 de 1961, porque los mandatos allí contenidos no resultan incompatibles con ella, dado que lo relativo a la reincorporación del pensionado al servicio público y al derecho a la revisión de la pensión no fue objeto de regulación en aquélla. Revisado el acervo probatorio allegado al expediente, la Sala considera claro que la demandante se vinculó como empleada del Departamento de Cundinamarca el 19 de mayo de 1997, cuando ya ostentaba la calidad de pensionada (22 de julio de 1996) y conforme a la normatividad que se analizó, no tiene derecho a la revisión de su pensión de jubilación en los términos del artículo 4° de la Ley 171 de 1961, dado que el cargo de Subdirectora del Departamento Administrativo, Código 076, Grado 02, de la Subdirección de Pensiones y Cesantías, dependencia del Departamento Administrativo de Talento Humano, no es útil para la reliquidación de la pensión por no estar dentro de las excepciones consagradas en la Ley.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2004-03617-01\(0148-09\) MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

10. Se niega reconocimiento de pensión gracia por constituir causal de mala conducta el abandono del cargo, que ocasionó la exclusión del escalafón docente y la destitución, lo cual no varía por el hecho de haber cumplido, con posterioridad, la sanción de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, y el docente hubiera prestado nuevamente el servicio

Precisar si la solicitud de reconocimiento de una pensión gracia formulada por el demandante reúne los requisitos previstos por la Ley 114 de 1913, teniendo en cuenta su exclusión del escalafón docente y consecuente destitución, al haber incurrido en falta disciplinaria por abandono del cargo

La Ley 114 de 1913 en su artículo 4 establece, entre otros requisitos, para que proceda el reconocimiento de la citada prestación pensional la buena conducta de los docentes en el ejercicio de sus funciones. Sobre este particular, el Decreto 2277 de 24 de septiembre de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, establece en su artículo 46 las causales de mala conducta e ineficiencia profesional en la actividad docente. El hecho de que la investigación disciplinaria adelantada en contra del señor Pedro Pablo Jiménez Moreno hubiera comprobado el abandono de su cargo, como docente, y en consecuencia solicitado su exclusión del escalafón docente y destitución del cargo, a juicio de la Sala constituyen hechos de tal gravedad que claramente afectan la prestación del servicio docente. Así las cosas, la conducta sancionada al actor, esto es, el abandono del cargo, claramente constituye causal de mala conducta, debidamente comprobada, de tal gravedad que como quedó visto ameritó no sólo la imposición de la exclusión del escalafón docente y la destitución del cargo sino también, la inhabilidad por el término de un año para el ejercicio de funciones públicas. En relación con el argumento de la parte demandante según el cual el actor volvió a prestar sus servicios como docente del Distrito Capital, con posterioridad a la sanción de destitución que le fue impuesta, dirá la Sala que, de acuerdo con Resolución No. 0012 de 5 de febrero de 1991, el abandono del cargo en que incurrió el señor Pedro Pablo Jiménez Moreno ocurrió durante el período comprendido entre el 31 de marzo y el 6 de junio de 1986, lapso que hace parte de los 20 años de servicios que hoy pretende acreditar para obtener el reconocimiento y pago de la pensión gracia, lo cual no varía por el hecho de haber cumplido, con posterioridad, la sanción de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

[Sentencia de 12 de mayo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-08901-01\(2045-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

11. La solicitud de la renuncia a funcionario de dirección, manejo o confianza no afecta la legalidad del acto, pues con ella se busca evitar la declaratoria de insubsistencia, y el buen desempeño del cargo no impide a la administración hacer la solicitud en mención.

Se pretende la anulación de la Resolución No. 2729 de 29 de agosto de 2006, proferida por la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se le aceptó la renuncia al cargo de Fiscal Auxiliar de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, por cuanto, esta dimisión, no surgió espontáneamente sino que fue producto de la petición del nominador.

El hecho de que la renuncia hubiese sido solicitada por el nominador corresponde a una potestad del mismo quien puede decidir darle la oportunidad al empleado de tener una salida decorosa del cargo de libre remoción, pues formal y socialmente se considera inadecuada la declaratoria de insubsistencia de los empleados de los altos cargos. Bajo estos supuestos, respecto de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción tanto en el régimen general como en el de la Fiscalía, que tienen similares previsiones, la solicitud o insinuación de renuncia a los funcionarios o empleados que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza no afecta la legalidad de los actos de retiro. Dicha facultad obedece a la oportunidad que la ley le otorga a los nominadores de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos y porque estos cargos son excepcionales, en la medida en que en ese ente prevalece el sistema de carrera, que es la regla general, conforme a la Ley 938 de 2004. Para la Sala, conforme a su hoja de vida se deduce que la demandante era una empleada idónea que cumplía con las funciones de su cargo, como que en múltiples ocasiones fue encargada como Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. No obstante estas condiciones subjetivas, no impiden que la administración pueda, como lo hizo, solicitarle la renuncia para evitar declarar insubsistente su nombramiento.

[Sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2007-00090-01\(2194-08\). MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

12. Se niega nulidad del acto que suspende en el ejercicio del cargo a jefe de recursos humanos, pues, el no tramitar la calificación de invalidez de varios empleados públicos, para el reconocimiento de la respectiva pensión, antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal, vulnera lo establecido en el artículo 23 del decreto 2463 de 2001

La legislación reconoce el hecho de la incapacidad por enfermedad como una situación administrativa que, si bien exonera al servidor estatal de la prestación del servicio, no se entiende como solución de continuidad de la relación laboral o contractual para ningún efecto; así mismo, reconoce beneficios asistenciales y económicos hasta por 180 días de incapacidad, con derecho a pensión de invalidez en caso de no haber lugar a la rehabilitación. El manual único para la calificación de la invalidez, está contenido en el decreto 692 de 1995, el cual se aplica “a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general”. Para efecto de dicha calificación, las administradoras de fondos de pensiones y riesgos profesionales deben remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal (artículo 23 del decreto 2463 de 2001). El anterior recuento permite evidenciar que desde que iniciaron, de forma continua, las incapacidades de las empleadas reseñadas trascurrió un tiempo considerable que supera ostensiblemente los términos previstos en la ley para definir este tipo de situaciones. La falta de definición oportuna de la situación jurídica, ocasionada en gran medida en la consecución tardía de los respectivos dictámenes de invalidez, trajo además otras complicaciones de índole administrativo, pues las aludidas servidoras al permanecer en nómina por interregnos excesivos de incapacidad, como si no estuvieran “excusadas” del servicio, percibieron salarios y emolumentos propios de la prestación directa del servicio, que debieron ser recuperados a través de reconocimientos por parte del Instituto de Seguros Sociales y de Colfondos, de retroactivos pensionales y de descuentos en la liquidación de las prestaciones sociales definitivas. Si bien es

cierto que el actor requirió a las interesadas para que tramitaran la calificación de invalidez respectiva, también lo es que, para ese momento, él era conecedor de que las incapacidades de cada una de ellas ya superaban el tope máximo señalado por la ley. Por todo lo anterior es claro que el actor, quien en su calidad de Jefe de División de Talento Humano de la época, tenía a su cargo el manejo de los procedimientos de administración de personal y de liquidación de nóminas, no logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste a las resoluciones que lo sancionaron disciplinariamente.

[Sentencia de 22 de mayo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2007-00270-01\(2631-08\) MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO: Acción de nulidad y restablecimiento](#)

13. Se ordena el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, por considerar la Sala que la existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades

Debe la Sala precisar si entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ejecutor del contrato, y el demandante existió un vínculo laboral y como consecuencia de ello si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo, y en cumplimiento de los contratos de prestación de servicios suscritos con el PNUD

La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores. Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde este se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio. La remuneración fue percibida por el actor, con dineros del PNUD en virtud del convenio suscrito por éste y el órgano ejecutor, en el presente caso la UAEAC; no obstante con las funciones que se asignaron al actor se desconfiguró la finalidad del Convenio pues no era mero asesor o consultor sino que ejerció los cargos de Inspector de Aeronavegabilidad II e Inspector Operativo, con funciones que eran propias de empleados públicos de la entidad. Conforme a lo destacado en precedencia se evidencia que la situación del actor se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios, por cuanto se acreditaron todos los elementos constitutivos de la relación laboral y, además, aparece demostrado que el servicio personal del demandante se ejercía cumpliendo funciones de los empleados públicos que ostentaban el mismo cargo y que de igual forma seguía ordenes impartidas del Jefe de la Oficina de Control y Seguridad en calidad de superior jerárquico inmediato quien le impartieron órdenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, vale decir, el elemento subordinación, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de contratos de prestación de servicios se ocultó una relación laboral entre las partes, de tal manera que no queda duda acerca del desempeño laboral del demandante en las mismas condiciones que lo realizaban los empleados de planta de la entidad demandada, pues incluso debía cumplir un horario de trabajo para realizar la inspección a las empresas y talleres para que obtuvieran el certificado de operaciones y funcionamiento.

[Sentencia de 15 de junio de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2007-00395-01\(1129-10\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Falla del servicio por desproporción en el uso de la fuerza pública

La parte actora ejerció acción de reparación directa, para que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por la muerte de su hijo, como consecuencia de las lesiones con arma de fuego provocada por agentes de la Policía, quienes le dispararon sin justificación alguna, en un parque del municipio de Sabaneta, Antioquia.

Conforme a lo debidamente acreditado, se tiene que la víctima era un enfermo mental, quien actuando de forma irracional y desequilibrada, y armado con un machete, fue abordado por agentes de la Policía Nacional, para que devolviera el machete y en respuesta les arrojó una piedra que golpeó en la espalda de uno de los policiales. El agente, reaccionó disparando. A efectos de establecer si se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resultó imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, y así establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión. En el caso concreto, el agente de la policía que le disparó al señor Toro Berrío hizo un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, lo que configuró una falla del servicio, pues se vulneró su derecho a la vida, que sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia, en consecuencia, concluyó la Sala, se le debía imputar a título de falla del servicio a la entidad demandada el daño antijurídico y por lo tanto, debía responder patrimonialmente.

[Sentencia de 22 de junio de 2011, Exp. 05001-23-25-000-1995-00048-01\(20716\), MP. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

2. a) Los centros de atención psiquiátrico especializado asumen la posición de garante respecto de la vida e integridad del paciente. Responsabilidad de institución psiquiátrica por omisión en las medidas de seguridad que permitieron fuga de un paciente

La víctima estaba diagnosticada como un paciente psiquiátrico con episodio sicótico agudo, esquizofrenia simple, esquizofrenia paranoide y personalidad sicopática, lo que generaba en él episodios de agresividad, conductas de manipulación y de inestabilidad psicomotora. Fue ingresado a una institución hospitalaria, de donde debido a la falta de protección, custodia y vigilancia, huyó en múltiples ocasiones, razón por la cual sus familiares tenían que buscarlo y ubicarlo en el lugar que se encontrara para, de nuevo, acompañarlo hasta la clínica. La última ocasión en que se evadió de la institución, apareció muerto, días después.

En el caso concreto, no es posible predicar la existencia de una causa extraña o eximente de responsabilidad, toda vez que, el daño es imputable en el plano fáctico o causal y jurídico a la entidad hospitalaria demandada. Y si bien se podría afirmar que la muerte fue producida por un tercero ajeno a la institución clínica, lo cierto es que ésta había asumido posición de garante respecto de la protección de la vida e integridad del paciente, es decir que la omisión resulta equiparada a la causación material del daño. Es decir, que en el plano objetivo y jurídico el daño resulta atribuible a la entidad hospitalaria porque se encontraba compelida a evitar su producción.

El daño resulta imputable al hospital demandado porque: i) para el momento de los hechos tenía posición de garante, de tal forma que debió evitar el resultado, para lo cual ha debido adoptar todas las medidas de seguridad, protección, custodia y vigilancia que fueran idóneas para evitar que un paciente con las características de Luis Ernesto pudiera evadirse de la institución mental, sin llegar al punto de imponerle restricciones clínicas (v.gr. medicamentos) o físicas que desconocieran su

dignidad humana, simplemente instrumentos de seguridad adecuados que impidieran al paciente fugarse, y ii) porque se incumplió la obligación de seguridad que rige para toda institución hospitalaria, sea de atención general en salud o psiquiátrica.

b) Obligación de seguridad de centro de atención psiquiátrico

El deber de protección -incluida la obligación de seguridad y protección del paciente- era exigible a la entidad demandada, al grado tal que no le era posible exonerarse invocando el hecho determinante y exclusivo de la víctima, pues la misma no podía autodeterminarse, lo que impide atribuir o radicar el daño en su propio comportamiento.

c) Falla del servicio por omisión en el deber de vigilancia y custodia de paciente psiquiátrico

No es posible endilgar o radicar en cabeza de un tercero la generación del daño, comoquiera que para el instante de los hechos resultaba previsible para la demandada la generación del daño, entonces la causa adecuada o determinante del resultado no es otra diferente a la proyección de la falla del servicio en el iter o recorrido causal que dio al traste con la vida del paciente, quien entregó -a través de sus representantes legales- su cuidado y protección a cargo de la entidad hospitalaria, y no simplemente el tratamiento de la patología de base. En el asunto sub examine, deviene incuestionable que la Administración Pública Sanitaria debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el paciente se fugara o evadiera, pues conocía perfectamente el riesgo que esa circunstancia generaba para el propio paciente y para la sociedad, de allí que al haber omitido el cumplimiento irrestricto de la obligación de seguridad y, de manera concreta, de vigilancia y custodia, se configuró una falla del servicio atribuible a la demandada.

Así las cosas, la entidad demandada no debió circunscribir su actuación a la atención clínica y médica del señor Luis Ernesto Vargas, sino que era preciso adoptar las medidas de seguridad y protección necesarias que impidieran que éste abandonara por su propia voluntad o incluso de manera subrepticia el centro hospitalario, máxime si se tenía conocimiento del peligro aparejado a su patología de base. En ese orden de ideas, se confirmará la decisión apelada porque el daño antijurídico irrogado a los demandantes resulta imputable a la entidad hospitalaria, la cual tenía pleno conocimiento del peligro que representaba Luis Ernesto para sí mismo y para terceras personas, motivo por el cual resultaba inexorable, se insiste, que se hubieran implementado medidas adicionales e idóneas de seguridad, protección, vigilancia y cuidado que hubieren impedido su evasión del centro hospitalario y, por ende, su muerte.

d) Medida de justicia restaurativa: Garantía de no repetición

Con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998), la Sala decretará una garantía de no repetición con la finalidad de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados, para lo cual ordenará que el Hospital Mental Rudesindo Soto E.S.E., diseñe y desarrolle, en el término máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de este fallo, un sistema idóneo y eficiente de seguridad que -con garantía de los derechos fundamentales de los enfermos- impida que los pacientes psiquiátricos catalogados como peligrosos o riesgosos, puedan evadirse o fugarse de las instalaciones del centro hospitalario. La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino al Tribunal de primera instancia, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

[Sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp. 54001-23-31-000-1997-02164-01\(19977\), MP. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ](#)

3. Término para declarar la caducidad de un contrato administrativo

En el presente caso, la parte actora pretendía que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 1427 de 25 de abril de 1989 y 1973 de 8 de junio del mismo año, por las cuales la entidad accionada

declaró la caducidad del Contrato No. DC-1-01-87 y que se liquidara y se ordenara la indemnización de perjuicios, toda vez que consideraba que la entidad demandada había incurrido en desviación de poder y falsa motivación.

En sentencia de 20 de noviembre de 2008, la Sala señaló que la declaratoria de caducidad sólo procede en vigencia del contrato y fundamentada exclusivamente en el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, que incida de manera grave en la ejecución de las obras e impida continuar con el objeto contractual. En consecuencia, en el presente caso la Sala reitera el planteamiento expuesto en la sentencia de 20 de noviembre de 2008 para concluir que la declaratoria de caducidad por fuera de la vigencia contractual, en cuanto innecesaria para la realización de los derechos e interés generales comprometidos en la extinguida vinculación, precisamente por su finalización, extralimita las potestades sancionatorias de la Administración. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual. Ahora bien, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Sociedad Aljor S.A., convinieron en que la sociedad entregaría el laboratorio de bioseguridad LIMV terminado, el 20 de mayo de 1988, es decir 365 días después de suscrita el acta de iniciación de la obra a que se refiere el contrato CD-1-01-87, pero luego de sucesivos contratos adicionales la entrega debía ocurrir el 13 de mayo de 1989. Siendo así y en consideración a que el Instituto contratista declaró la caducidad del contrato el 25 de abril de 1989, huelga concluir que la entidad actuó en oportunidad, es decir en el ámbito de sus potestades exorbitantes

b) Caducidad del contrato por incapacidad financiera del contratista

La entidad demandada fundó su declaratoria de caducidad en las causales establecidas en los literales e) y f) del artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983 y las pruebas allegadas al plenario encuentra debidamente fundamentada la decisión. Efectivamente, conforme lo disponen los literales e) y f) del artículo 62 del estatuto contractual entonces vigente, las entidades públicas podían dar por terminados los contratos por incapacidad financiera del contratista o incumplimiento, ya fuere por inejecución de obligaciones laborales o embargos, siempre que los hechos permita suponer consecuencias negativas sobre la debida ejecución del contrato. El Instituto Colombiano Agropecuario ICA, además de señalar las causales antes relacionadas, fundamentó su decisión en los documentos y testimonios que obran en el proceso, los cuales permiten afirmar que la sociedad contratista incumplió repetidamente el pago de sus obligaciones labores hasta el punto de propiciar que sus trabajadores suspendieran en más de una ocasión las labores encomendadas; fue sujeto de embargos judiciales y se abstuvo de suministrar los elementos y el personal necesario para realizar los trabajos a su cargo. Lo anterior porque así lo indican los informes no desmentidos, del interventor, del asesor jurídico de la entidad y del Comité de obra dirigidos al Gerente y al mismo contratista. (...) Todo lo anterior dio lugar a que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA con sobrada motivación, porque lo acontecido así lo indicaba, hubiese considerado la incapacidad financiera del contratista y optado por declarar la caducidad del contrato, en los términos establecidos en el literal e) del artículo 62 de Decreto Ley 222 de 1983. No puede en consecuencia argüirse falsa motivación para impetrar su nulidad, porque las Resoluciones 1427 y 1973 de 1985 se fundaron debidamente y, en este sentido, la sentencia de primera instancia, en cuanto despacho el cargo desfavorablemente habrá de confirmarse.

Igual suerte corre el cargo de desviación de poder alegado por la parte actora, toda vez que no se probó que el móvil de la entidad haya sido uno distinto al propio de la caducidad, en cuanto, declarada la terminación, la entidad convino con Seguros del Estado S.A. la terminación de la obra, consiguiendo así la ejecución del objeto contractual.

c) Cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, se deben indicar los motivos de ilegalidad

Respecto del convenio y de su liquidación, se comparte el concepto del Ministerio Público. La vista fiscal echa de menos los cargos por vicios del consentimiento, dado el carácter bilateral de los mismos y aún más, a juicio de la Sala, en cuanto la sociedad actora cedió su posición contractual a la Aseguradora, sin condicionamiento, dando lugar a que ésta asuma la calidad de contratista respecto de la ejecución de la obra a ella inicialmente contratada, adolece de falta de interés para invocar la nulidad de los acuerdos suscritos entre la cesionaria y la contratante cedida. Sabido es que los contratos son ley para las partes, como quiera que de ellos surgen vínculos que no traspasan la esfera de los contratantes y conocido se tiene que estos pueden retirarse cediendo su posición, salvo que no les estuviere permitido hacerlo. Siendo así y habiéndose retirado Aljor S.A. del contrato CD-1-01-87 suscrito el 29 de enero de 1987, nada puede aducir sobre el Convenio de Subrogación surgido con posterioridad a su retiro y resulta ajena a su liquidación, así la considere contraria a sus intereses. (...). La Sala puntualiza que, al no haber indicado el motivo de ilegalidad de los actos bilaterales, cuya nulidad se pretende, no puede avocar conocimiento de fondo sobre el asunto.

c) Excepción de contrato no cumplido en contratos estatales

La sociedad Aljor S.A. asegura que el Instituto demandado, en cuanto incumplió con la entrega del anticipo, con los pagos de las actas de avance de obra y demoró los planos y especificaciones técnicas, dio lugar al incumplimiento que le endilga a la contratista, actuando por fuera de la regla que rige los contratos bilaterales, según la cual el contratante cumplido no puede verse compelido por cuenta del incumplimiento del otro, prevista en el artículo 1609 del Código Civil. La jurisprudencia de la Sala ha admitido la aplicación en las controversias surgidas en el ámbito de la contratación estatal de la excepción de contrato no cumplido que invoca la actora, con algunas reservas o exigencias. Es oportuno precisar que, si bien de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria a favor del contratante cumplido, para invocar en caso de incumplimiento del otro la resolución o la satisfacción de lo convenido con indemnización de perjuicios, en materia de contratos estatales no resulta posible demandar de la entidad pública dicha satisfacción, puesto que el artículo 87 del C.C.A. no prevé sino la declaratoria de incumplimiento, con la consecuente indemnización de perjuicios. Siendo así y comoquiera que la actora no logró demostrar en el plenario grave e injustificado incumplimiento de la administración, en tanto que ésta demostró de manera contundente el suyo, conforme al artículo 1546 del Código Civil, huelga concluir que la sociedad no puede hacer uso de la excepción contractual que invoca.

d) Notificación del acto administrativo que declara la caducidad del contrato.

En lo que tiene que ver con la notificación de la Resolución 1427 de 25 de abril de 1989, el artículo 64 del Decreto 222 de 1983 prevé la notificación de la declaratoria de caducidad, cuando no resulte posible surtirla personalmente, mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional con inserción de su parte resolutoria. Figura en el expediente que mediante comunicación escrita el Instituto Colombiano Agropecuario ICA puso a la sociedad Aljor S.A. al tanto de la expedición de la Resolución 1425 del 25 de abril de 1989 y se conoce que procedió a publicar el aviso, a que alude la norma antes transcrita, en el diario El Espectador, en la edición del 12 de mayo de 1989. De manera que las afirmaciones de la parte actora, sobre el proceder indebido de la entidad demandada no son de recibo, porque, sin perjuicio de lo expedita y garante de los derechos de defensa y contradicción de la notificación personal, lo cierto es que ésta no se adelantó porque el representante legal de la Sociedad Aljor S.A. no concurrió al llamado. Mal puede, en consecuencia, dolerse de la publicación, más aún cuando la notificación así realizada cumplió con su objetivo, cual era dar a conocer la decisión al interesado directo y ser oponible a terceros.

[Sentencia de 10 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-26-000-1991-07182-01\(16856\), MP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) La indemnización pagada mediante sentencia judicial por pérdida de mercancía no es deducible por no ser una expensa necesaria

Se resuelve si la inspección tributaria decretada suspendió el término para notificar el requerimiento especial; de ser éste oportuno, si en la actuación se dio aplicación al principio de correspondencia y si son procedentes las deducciones solicitadas por la demandante.

Extracto: La demandante pretende que se acepte como expensa necesaria deducible el pago de la indemnización ordenada mediante sentencia judicial que la encontró responsable de un hecho antijurídico, esto es, el incumplimiento de un contrato que se verificó en la pérdida de la mercancía entregada para su transporte. La indemnización pagada es la compensación o la forma de resarcir el daño causado y si bien en el ordenamiento legal está previsto que el transportador es responsable de la destrucción o pérdida o avería de la carga entregada para su transporte, no puede confundirse con los gastos o expensas necesarias para la actividad de transporte aéreo de carga. Aceptar lo pretendido por el contribuyente sería admitir que en el servicio que presta la contribuyente es preciso la ocurrencia permanente de hechos antijurídicos como el incumplimiento del contrato de transporte para que, una vez determinada su responsabilidad, se le ordene y pague por los perjuicios causados y entender que de éste hecho se deriva en porcentaje de la renta, lo cual riñe con el ordenamiento legal.

b) El impuesto de pesas y medidas y la sobretasa bomberil es complementario del impuesto de industria y comercio en Barranquilla y por tanto es deducible del impuesto de renta

Cabe destacar que la administración, tanto en la liquidación de revisión como el acto que resolvió el recurso gubernativo, aceptó que el gravamen que se impone por pesas y medidas y la sobretasa bomberil “son complementarios del impuesto de industria y comercio ...” y así también lo consideró el juzgador de primera instancia. Dado que el impuesto por pesas y medidas y la sobretasa bomberil en ese municipio, son complementarios del impuesto de industria y comercio y, por ende, hacen parte integral de este impuesto autorizado por el legislador como deducible y así lo aceptó la demandada, en el caso, es procedente dar aplicación al principio general de Derecho, según el cual, “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Dado que el legislador señaló cuáles son los impuestos deducibles y, la jurisprudencia fijó el alcance de la norma, en el sentido de entender que, el impuesto de industria y comercio es uno junto con sus complementarios, el de avisos y tableros y, en el caso, tienen el mismo carácter el de pesas y medidas y la sobretasa bomberil, deben seguir la misma suerte de aquél, por lo que hay lugar a reconocer los pagos efectuados por este concepto, como deducción; además, es un gasto normal en la prestación del servicio de transporte aéreo, es decir, que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de la contribuyente.

c) Para que proceda la deducción por aportes voluntarios del contribuyente se debe acreditar que se trata de una contribución del empleador para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez

La demandante insiste en que, conforme al artículo 126-1 del Estatuto Tributario, son deducibles los aportes que efectúen los empleadores a los fondos de pensiones, sin que esté condicionada a la identificación y abono en cuenta del trabajador en el fondo de pensiones o a la adquisición de derechos pensionales, requisito previsto en el Decreto 163 de 1997, derogado por el Decreto 841 de 1998, que al exigirlo viola el artículo 338 de la Constitución Política e impide la aplicación del parágrafo segundo del artículo 126-1, introducido por la Ley 488/98 (art. 4); además que incurre en aplicación indebida de la Ley 100/93 y del Decreto Reglamentario 692 de 1994. En principio, de la simple lectura del artículo 126-1 del E.T., se podría afirmar que todo aporte que efectúen los

empleadores a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías, son deducibles en el periodo en que se realicen. Sin embargo, debe advertirse que este artículo dispone el tratamiento fiscal de los aportes que se efectúen a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, regula la deducibilidad de los aportes y la retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta tanto de los aportes obligatorios como de los voluntarios; además, ha sido objeto de reglamentación, como lo expresó el demandante. En efecto, el Decreto 163 de 1997, en el parágrafo del artículo 14, condicionó la deducibilidad de los aportes que efectúen los empleadores a los fondos de que trata el Decreto 2513 de 1987, a la circunstancia de que le sean abonados en cuenta al trabajador, al cumplir determinados requisitos. Esta condición fue objeto de demanda en acción de nulidad, sustentada en que la norma superior autoriza la deducción sin condiciones y esta Corporación la encontró ajustada a derecho, contra lo afirmado por la apelante quien sostiene que era ilegal. No obstante, como él mismo lo indicó, el Decreto fue derogado expresamente por el artículo 24 del Decreto 841 de 1998 que reglamentó parcialmente el Estatuto Tributario y la Ley 100 de 1993 en los aspectos tributarios relacionados con el Sistema General de Seguridad. Conforme a la normativa citada, los aportes voluntarios de los empleadores a los fondos de pensiones se entiende que se efectúan en cumplimiento del acuerdo celebrado con el fin de garantizar el pago de un capital o de una renta temporal o vitalicia por causa de vejez, invalidez, viudez u orfandad, a las personas en cuyo favor se suscribió. Así, efectuado por parte del empleador un aporte voluntario en virtud del plan de pensiones que haya celebrado, se entiende que debe tener la información correspondiente a los partícipes o beneficiarios a quienes debe abonarse, pues, conforme al inciso 3 del artículo 126-1 ib., es considerado como ingreso no constitutivo de renta y ganancia ocasional, hasta el porcentaje allí previsto y sujeto al requisito de permanencia señalado en la ley; mientras que el empleador o patrocinador que lo pagó obtiene el derecho a su deducibilidad. En el caso, la contribuyente consignó a favor del Fondo de Pensiones Colseguros S.A., aportes por un total de \$1.000.000.000, según los comprobantes de egreso 0014255 de 22 de diciembre de 2003 y 0014263 del 28 de diciembre de 2003, sin que exista elemento de prueba que acredite que cumplió los requisitos del artículo 126-1 del Estatuto Tributario. En efecto, el valor pagado por la contribuyente al Fondo de Pensiones Colseguros S.A. no encaja en la previsión de la norma que hace viable el beneficio, porque si bien es un “aporte voluntario” de la contribuyente, no se demuestra que tenga el carácter de contribución “del empleador” para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez, que da derecho a las personas, en cuyo favor se haya celebrado de percibir una prestación en la forma prevista en la ley, que puede consistir en el pago de un capital o de una renta temporal o vitalicia por causa de vejez, invalidez, viudez u orfandad. Carácter que se podía acreditar con la identificación de los partícipes a favor de quienes consignó dichos aportes y demás requisitos previstos en la ley, por tal razón no se encuentra demostrada la procedencia de la deducción en los términos del artículo 126-1 del E.T. En cuanto a la deducibilidad de los aportes a cargo del empleador se ha entendido que, “se sigue la regla prevista en el Estatuto Tributario que admite la depuración de la renta con la deducción de las erogaciones y gastos realizados en el año o período gravable, en tanto sean necesarios, proporcionados y tengan relación de causalidad con la actividad productora de renta y se satisfaga el cumplimiento de exigencias como la práctica de la retención en la fuente. La realización de las deducciones en general está ligada al concepto de período fiscal y deben solicitarse en el período en que se causen contablemente, aun cuando no se haya realizado el pago.”

[Sentencia de 5 de mayo de 2011. Exp. 08001-23-31-000-2008-00465-01\(17888\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. a) Los pactos entre particulares producen hechos económicos que tienen efectos tributarios que no son negociables ni transigibles

Se decide si operó la firmeza de la liquidación privada. De no prosperar este cargo, se deberá analizar si procede la adición de ingresos por ventas; si procede la adición de ingresos por rendimientos financieros; si son procedentes las deducciones por devoluciones dadas de baja y

destrucción de materiales, por intereses pagados, por amortización de intangibles y otras deducciones; y si se ajustó a derecho la imposición de la sanción por inexactitud.

Extracto: El contrato de cuentas en participación es un contrato en virtud del cual dos o más personas comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos solo en su nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida (artículos. 507 y ss. C.Co.). En este contrato hay un socio que es el gestor, que se considera único dueño del negocio frente a terceros, mientras que los demás partícipes son ocultos. Por lo tanto, los terceros sólo tendrán acción contra el gestor. En cuanto a la formación del contrato, su objeto, forma y condiciones, la ley no prevé ninguna solemnidad, sólo el acuerdo de voluntades. LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A., que es comerciante, debe llevar contabilidad por el sistema de causación, según el cual los hechos económicos deben ser reconocidos en el periodo en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente (artículo 48 Decreto 2649 de 1993). Conforme al artículo 28 del Estatuto Tributario se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro. Por lo tanto, en principio, la demandante como socia gestora de las cuentas en participación, frente a los rendimientos pagados por la entidad financiera destinataria de las inversiones (Bancolombia Cayman) era la titular y, en consecuencia, debió registrar en su contabilidad los rendimientos recibidos por ese concepto, durante la vigencia fiscal de 2001. Ahora bien, las modificaciones efectuadas al contrato de cuentas en participación, para la Sala no tienen la virtud de alterar el hecho económico cierto de que se recibieron rendimientos por las inversiones realizadas de manera conjunta por las sociedades mencionadas, que si bien, sería un ingreso para ASSETS BANK al momento de liquidar el contrato, no dejó de serlo, tributariamente, para la actora desde el momento mismo en que se causaron o recibieron del Banco. En efecto, el acuerdo sobre aplicación de intereses era para efectos *inter partes*, específicamente para Assets Bank, sobre la forma en que ésta participaría del contrato, una vez se hiciera el cruce de la diferencia en cambio. Pero respecto al titular de la inversión ese pacto no modificaba su relación frente a los rendimientos, los cuales no dejaron de causarse en virtud del pacto, pues, como el mismo documento de “APLICACIÓN DE INTERESES” señala: “Los intereses pagados ingresan formalmente para el titular de la inversión pero realmente corresponden, proporcionalmente, a cada uno de los inversionistas compartidos”. Es decir, los intereses sí se causaron a favor de los inversionistas y sí eran exigibles por parte de la actora. En consecuencia, conforme con los artículos 27 y 28 del Estatuto Tributario eran ingresos gravables para ella. No se trata de que se desconozcan los pactos entre particulares, sino que los hechos económicos realizados tienen unos efectos tributarios, que no son negociables ni transigibles, de manera que si por virtud de las inversiones que tenía la actora en participación con la sociedad Assets Bank se recibieron unos rendimientos, éstos fueron ingresos de la sociedad demandante, que en virtud del acuerdo mencionado tenía la condición de pasarlos a la sociedad Assets Bank, una vez se liquidara el contrato. Lo anterior no borra el hecho de que esos rendimientos, en principio, fueron de la demandante.

b) En los contratos de cuentas en participación así los ingresos los reciba el partícipe oculto están gravados con el impuesto sobre la renta

El hecho de que se hubiera acordado que esos rendimientos serían del partícipe oculto una vez liquidado el contrato, y se hubieran contabilizado como ingresos para terceros, no indica que los rendimientos no se recibieron o no se causaron, pues la existencia de los hechos económicos no depende de su registro contable o del nombre que se les dé, sino de su realidad y de su origen legal o contractual (inversión), como en este caso. En cuanto a la transacción que, según la sociedad, el Tribunal no tuvo en cuenta, se observa que la misma tiene fecha de 15 de diciembre de 2003, la cual no tiene efectos para los hechos económicos sucedidos durante el año gravable de 2001. Para la Sala las aclaraciones y transacciones de una determinada negociación tienen efectos fiscales para el año gravable en que se efectuaron, de manera que un hecho económico que se surtió en una vigencia gravable anterior, no se puede modificar por el documento en mención. Finalmente, si bien se

acordó que los ingresos que por rendimientos recibiera la actora, en calidad de titular de la inversión, fueran del socio oculto y, por tanto, los recibió como ingresos para terceros, es un hecho que se desvirtúa con la prueba que obtuvo la DIAN sobre la no declaración de esos ingresos por parte de la sociedad Assets Bank en el denuncia de renta del año gravable 2001, es decir, esta circunstancia demuestra que los inversionistas recibieron unos ingresos por rendimientos en el año gravable 2001 y ninguno de ellos los declaró, con el argumento de que en un futuro serían ingresos del partícipe oculto, desconociendo la realidad de la realización de esos ingresos.

c) Debe probarse la subrogación de la obligación para que proceda la deducción por intereses

Conforme con el artículo 1666 del Código Civil la subrogación es la trasmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga, con lo cual se traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios (artículo 1670 Código Civil). La legislación consagra la subrogación legal y la subrogación convencional (artículos 1668 y 1669 ibídem) y en ambas clases es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero. Para la Sala, de acuerdo con lo anterior, no está demostrado el hecho de la subrogación, o que la sociedad GRUFARMA hubiera pagado al Banco Tequendama la obligación de BIOGEN. No existe ningún documento de orden interno o externo en el cual conste o se evidencie la subrogación. En efecto, no hay prueba que acredite la afirmación de la demandante de que el 30 de septiembre de 2000 Grufarma S.A. recibió un crédito de \$2.180.000.000 del Banco Tequendama y lo dirigió, previa autorización expresa de Biogen, al pago de la obligación que tenía esa sociedad con dicho Banco, subrogándose por virtud de la ley en todos los derechos del acreedor, pues el crédito lo recibió Grufarma antes del 30 de septiembre, y no se evidenció la expresa autorización de Biogen para pagar la deuda de ella con el Banco Tequendama. Tampoco es prueba suficiente el certificado del revisor fiscal (folio 1915 c.a. 7/7) que señala que, en septiembre de 2000, la sociedad GRUPO INTERNACIONAL FARMACEÚTICO GRUFARMA S.A. compró la obligación de LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A. mediante la constitución de las obligaciones 007-0020001106-0 y 007-0020001105-0 (sic), a cargo del GRUFARMA. Y que automáticamente, mediante la figura de cambio de acreedor, por adquisición de la acreencia, la sociedad actora se convirtió en deudora real de la sociedad Grufarma, en razón a que LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A. no canceló suma alguna al Banco Tequendama para saldar su obligación. Esta prueba tampoco demuestra la subrogación de la deuda, toda vez que la constitución de las obligaciones 007-0020001106-0 y 007-0020001105-0 corresponden a los créditos de línea de FINAGRO obtenidos por Grufarma y a favor del Banco Tequendama. En los pagarés que respaldan esos créditos no se dice nada en relación con la deuda de Biogen con el Banco Tequendama

d) No procede la deducción por amortización de intangibles, en el caso de las marcas, cuando sobre éstas no se tiene el uso exclusivo y la titularidad

Conforme con el artículo 142 del Estatuto Tributario, son deducibles, en la proporción que se indica en el artículo 143, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad. Se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad, susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable, o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización o de desarrollo, o costos de adquisición o explotación de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales. También es amortizable el costo de los intangibles susceptibles de demérito. Es decir, sólo los activos que sean de propiedad de un contribuyente pueden amortizarse, y respecto de éstos es procedente pedir la deducción. En este caso está probado que las sociedades Grupo Farmacéutico Internacional S.A., GRUFARMA, y Assets Bank Benveniste Londoño cedieron a favor de LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A. unas marcas de las cuales eran titulares, y que solicitaron a la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Signos Distintivos, la inscripción del traspaso de las marcas a favor de LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A. (Cuaderno correspondientes a la División de Propiedad Industrial). Para el año gravable 2001, según respuesta de la Superintendencia de Industria y Comercio, ninguna de las

marcas sobre las cuales se solicitó el traspaso, se encontraba a nombre de Laboratorios Biogen de Colombia S.A. Esta situación para la actora no es relevante porque desde que se solicitó el registro de una marca o de la cesión, el solicitante o cesionario tiene ciertos derechos concretos y específicos, como el de oponerse al registro de una marca similar o de negociar o explotar la marca. Pues bien, en materia de propiedad industrial la Comisión del Acuerdo de Cartagena ha establecido un régimen común para los países miembros de la Comunidad Andina, a la que pertenece Colombia, y cuya aplicación no ha discutido la actora. De acuerdo con lo anterior, comparte la Sala la apreciación de la DIAN y del Tribunal cuando afirman que sólo se adquiere la titularidad de la marca una vez se ha hecho efectivo el registro de la marca o de la cesión en la Superintendencia de Industria y Comercio, que, en Colombia, es la oficina competente. Si bien es cierto que los artículos que cita la actora (136 y 147 de la Decisión 486 de 2000 del Acuerdo de Cartagena, que modificó la decisión 344) señalan los derechos de que gozan los solicitantes del registro para oponerse al registro de una marca similar mientras se surte el proceso de inscripción, esto no significa que la respectiva petición les otorgue la titularidad de la marca, pues, en virtud de tales normas, el proceso puede terminar con el no otorgamiento del registro de la marca, o por no atender o hacerlo extemporáneamente la solicitud de correcciones, y, en todo caso, el derecho del solicitante está sujeto a una prelación que también es susceptible de perderse en determinados eventos. Sobre el particular la Superintendencia de Industria y Comercio ha precisado que para que se lleve a cabo el uso de una marca, como su legítimo titular, se debe adelantar el trámite de registro marcario correspondiente ante esa entidad. De lo contrario puede incurrirse en el delito de usurpación de marca, en la medida en que usen marcas iguales o confundibles con otras ya registradas a nombre de terceras personas. Que el Tribunal Andino de Justicia ha interpretado el alcance del artículo 102 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, y ha establecido que: "(...) el registro de la marca confiere a su titular el derecho al uso exclusivo de la misma. De ese derecho exclusivo se deriva el ius prohibendi, que faculta al titular a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento use la marca, comercie con ella, importe o exporte productos utilizándola, o la use en otros productos pudiendo inducir al público a error o confusión. Así mismo, el titular tendrá el derecho de oponerse, de presentar observaciones al registro de otra marca solicitada, tanto en el país de registro como en los demás países miembros, cuando quiera que con ello se afecte su interés legítimo (...)". Por lo tanto, una persona que obtiene el registro sobre un conjunto marcario, no solamente tiene derecho a usarlo de manera exclusiva en el mercado, sino que, además, puede prohibir a terceros cualquier acto que pueda inducir al público consumidor a error o disminuir la fuerza distintiva de su marca (Concepto 00060162 de 2000). Así las cosas, independientemente de los derechos con los que cuenta el solicitante de una marca o el cesionario de la misma, es indiscutible que sólo se adquiere su titularidad y su uso exclusivo cuando se ha obtenido el registro a su favor. Como en este caso la actora no desvirtuó la conclusión a la que arribó la DIAN con fundamento en el informe de la Superintendencia de Industria y Comercio, de que ninguna de las marcas sobre las cuales se solicitó el traspaso estaban a nombre de LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A. por el año gravable de 2001 la deducción por amortización de tales marcas no era procedente en el mencionado año gravable

[Sentencia del 27 de enero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2006-00802-01\(17187\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

* Salvamento de voto de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

3. a) Los movimientos de tierra necesitan autorización y generan el pago del gravamen municipal de expensas por movimiento de tierras en Tocancipá

Se decide sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales, el municipio de Tocancipá efectuó el cobro de expensas por concepto de movimiento de tierras a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. en calidad de propietaria de la Planta de Tibitoc por las obras ejecutadas dentro del Plan de Manejo para la Planta de Tratamiento de Tibitoc.

Extracto: Dos de los objetivos de la Ley de Ordenamiento Territorial son: velar por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres y el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo (artículo 1). Lo anterior en atención a que la función social y ecológica de la propiedad y la prevalencia del interés general sobre el particular son principios en los que se debe fundamentar el ordenamiento del territorio (artículo 2). En materia ambiental, la Constitución Política consagra como deber del Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (artículo 80). Es importante señalar que el saneamiento ambiental hace parte de la finalidad social del Estado (artículo 366), por ello, si bien la Constitución garantiza la propiedad privada, advierte claramente, en el artículo 58, que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. Ahora bien, conforme con las normas citadas, la Sala observa que la ley condiciona ciertas actuaciones en materia de propiedad a que las autoridades las aprueben cuando con el ejercicio de las mismas no se amenazan o vulneran ciertos bienes colectivos, como el medio ambiente, tal es el caso, entre otros, de los movimientos de tierra, que pueden ocasionar un desequilibrio ambiental, paisajístico o de biodiversidad.

b) La preparación y excavación de piscinas se considera movimiento de tierra y está gravado con el gravamen de expensas

A juicio de la Sala y de acuerdo con los propósitos señalados, por el concepto “tierra” debe entenderse, en su sentido natural y obvio, como “suelo o piso”, el cual puede estar conformado tanto por materiales orgánicos (vegetales) como inorgánicos (piedras) y puede estar seco o húmedo. Si bien el Decreto 1052 de 1998 no definió lo que debía entenderse por movimiento de tierras, el concepto señalado por el Decreto 1600 de 2005, que lo modificó, es una definición que se adecua al sentido que invariablemente y de manera constante corresponde a esa actuación. En consecuencia, el movimiento de tierras debe entenderse, en ese sentido, como la preparación o adecuación de un terreno o suelo para realizar una obra. Para la Sala, de la anterior descripción no queda duda de que la actora sí realizó un movimiento de tierras para la disposición del secado de lodos y buchón procedente de la dársena. En efecto, la actora ha pretendido excusarse del pago del gravamen con el argumento de que el dragado de lodo del fondo de la dársena no es movimiento de tierras, sin embargo, lo que se evidencia tanto de los actos demandados como de la descripción de la obra a realizar, el hecho que dio lugar al cobro del tributo fue la preparación y excavación de piscinas para la disposición de esos lodos, de ahí que el acto demandado señalara que “de acuerdo con el Plan de Manejo para la Planta de Tratamiento de Tibitoc, [...] el volumen de extracción de lodos, resultado del estudio de batimetría, fue de 414.500 M³, estudio que igualmente califica como “desventaja” para el caso de las obras de construcción de las piscinas, los “Altos volúmenes de movimiento de tierras”. Lo que significaba que los altos volúmenes de movimientos de tierra estuvo referido a la construcción de las piscinas y no al dragado de los lodos, pues era la construcción de las piscinas y la disposición de los lodos y el buchón los que podían dar lugar a un desequilibrio ecológico que necesitaba autorización y no la limpieza de la dársena. Por lo anterior, el concepto técnico del funcionario de la EAAB allegado al proceso no aporta nada al debate porque se refirió al movimiento de lodos, a la improcedencia de calificar la remoción de tierras como objeto de cobro tributario, a la diferencia entre lodo y tierra y a la diferencia entre las normas aplicables a movimientos de tierra para los movimientos de lodo. Es decir, la prueba no era idónea para desvirtuar la legalidad de los actos demandados, que, como se dijo, gravaron la autorización para el movimiento de tierras y no para el dragado de lodos y limpieza de la dársena. Además, no era competencia del funcionario de la Empresa dilucidar en el concepto técnico si se podía enmarcar la remoción de tierras como objeto de un cobro tributario, por corresponder a un asunto jurídico consagrado en la normativa local y de discusión ante los jueces si es el caso.

[Sentencia de 5 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2006-01035-01\(17208\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. a) La sanción por no declarar es un acto que no necesita motivación al no modificar cifras informadas por el contribuyente

Se decide la legalidad del acto administrativo que impuso a la FUNDACIÓN SOCIAL sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio por los bimestres 5° y 6° del año 2002.

Extracto: Respecto de la ausencia de explicación sumaria, la falta de motivación es predicable de actos administrativos en los que se modifican las cifras declaradas por los contribuyentes y que requieren un fundamento sobre las razones que ocasionaron dichos cambios, procedimiento que no es aplicable al evento tratado, toda vez que por tratarse de una sanción por no declarar, únicamente se requiere obtener una base y aplicar a ésta la tarifa ordenada por la ley, ya que los fundamentos están dados por la misma norma que la establece. Es claro que, por haber incumplido la obligación de declarar, a la fundación no se le modificó oficialmente cifra alguna, sino que, basada la administración en valores suministrados por el revisor fiscal de la misma actora, obtuvo la base para imponer la sanción que se discute. Por tanto, la falta de claridad respecto de las cifras tomadas como base para sancionar, o de la explicación de la diferencia en las cifras, no constituye causal de nulidad del acto demandado, además de haberse incluido como argumento, fuera de la oportunidad legal.

b) El impuesto de industria y comercio no grava las actividades propias de los sindicatos, asociaciones de profesionales o gremiales sin ánimo de lucro y partidos políticos

Para las “entidades” que relaciona el aludido literal, es decir para sindicatos, asociaciones de profesionales o gremiales sin ánimo de lucro y partidos políticos, no se gravan los servicios propios de su actividad, pero sí cualquier otra que legalmente sea gravada y que desarrollen aparte de ellas. Mal podría extender ese mismo beneficio a las actividades que son excluidas individualmente por la norma, ya que una cosa es desarrollar una actividad, que le corresponde hacerlo a una entidad, y otra ser una actividad misma, la cual se declara no sujeta de forma taxativa. Por tanto, contrario a lo afirmado por la demandante, si la actora no tiene la calidad de las cuatro entidades excluidas por ley del tributo, no queda fuera de la obligación respecto de ninguna de las actividades que se incluyen en el artículo 32 del Decreto 352 como gravadas. Es claro entonces, que el objeto social principal de la fundación lo constituyen las actividades de beneficencia, sin embargo, ejecuta actividades comerciales y de servicios que le proporcionan ingresos dentro del Distrito Capital de Bogotá, sumas que, en principio, no gozan del beneficio analizado, por tanto, respecto de éstas, la entidad se encuentra en la obligación de declarar y tributar por ICA. La actora afirma que la administración le impuso la sanción por no declarar, tomando como base los ingresos por: Arrendamientos, Honorarios, Dividendos, Utilidad en venta de Activos Fijos, Método de participación, Venta de Inversiones, Auxilios y Donaciones y Actividades conexas La Sala comparte la tesis del *a quo* en lo que hace a la utilidad en venta de construcciones y edificios, dado que si bien en el certificado expedido por la Cámara de Comercio se registra la autorización para comprar y vender inmuebles, indudablemente dichos bienes no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios de la entidad, por lo que se trata de activos fijos, cuya utilidad en venta no puede ser gravada con ICA.

c) Cuando los dividendos de las fundaciones se generan como consecuencia de la distribución ordinaria a los accionistas no están gravados con el impuesto de industria y comercio

Por lo que hace a lo percibido por Dividendos, si bien el numeral 5° del artículo 20 del Código de Comercio, incluye como actividades mercantiles “La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones”, la percepción de dividendos por parte de la Fundación Social no encaja en ninguna de ellas, toda vez que dicha entidad no ha constituido ni

administrado sociedad comercial alguna, y tampoco tiene como objeto social principal la venta de acciones o cuotas de interés social, ya que si bien esporádicamente adquiere acciones o las recibe en calidad de donación, no es para enajenarlas en el giro ordinario de sus negocios, sino para que permanezcan en su patrimonio con el fin de obtener ingresos destinados al desarrollo de su actividad benéfica. Mal podría entonces, aseverarse que la fundación recibió ingresos por alguna de las actividades enumeradas en el numeral 5° del artículo 20 del Código de Comercio, ya que los dividendos se generan pasivamente al poseer las acciones, sin necesidad de ejecutar ninguna actividad comercial, industrial o de servicios, y son el producto de la distribución ordinaria que hacen las sociedades anónimas en favor de sus accionistas de la utilidad neta realizada en el año gravable, en aplicación del artículo 30 del Estatuto Tributario, utilidad sobre la que ya la sociedad ha pagado el correspondiente impuesto, por lo que gravar de nuevo el resultado de dicha distribución, constituiría además, un doble gravamen. De lo anterior se colige que los dividendos percibidos no pueden integrar la base para imponer la sanción por no declarar, pues no devienen del ejercicio de ninguna actividad gravada sino de las acciones que le pertenecen, cuyo objeto es formar parte del activo fijo, además porque la actividad principal de la sociedad no se relaciona con la obtención de dichos ingresos. Luego, al quedar establecido que las acciones no se hallan comprendidas dentro del activo movable de la sociedad, sino de su activo fijo, en atención a que su negociación no forma parte del objeto social principal de la actora, no puede entenderse que con la distribución de los dividendos que de ellas se derivan se realice actividad gravada con el impuesto de industria y comercio, pues ni siquiera la utilidad obtenida en la venta de activos fijos se encuentra sujeta al tributo, por expresa disposición de la Ley 14 de 1983 y del Acuerdo 21 de 1983. No es dable encuadrar la percepción de dividendos como actividad mercantil, aún para el evento de que quien los perciba tenga la calidad de comerciante, mucho menos para una entidad cuyo objeto principal son las actividades de beneficencia.

[Sentencia del 19 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2009-00041-01\(18263\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

5. a) Hacen parte del ingreso base de liquidación del impuesto de industria y comercio los recursos percibidos por el contribuyente incluidos los rendimientos financieros y comisiones

Se estudia la legalidad de las resoluciones por las que se impuso y confirmó la sanción por no declarar el impuesto de industria, comercio, avisos y tableros, correspondiente a los seis bimestres de los años 2002 a 2005

Extracto: Con el fin de establecer qué constituye ingreso, para efectos de este impuesto, debe tenerse en cuenta cuál es el hecho generador y la base de determinación del mismo, definidos en el Decreto 352 de 2002. El artículo 32 ib. prevé que, el hecho generador del impuesto de industria y comercio “está constituido por el ejercicio o realización, directa o indirecta, de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en la jurisdicción del Distrito Capital, ya sea que se cumplan de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos”. El artículo 42 ib. dispone que, el impuesto “se liquidará con base en los ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el periodo. Para determinarlos, se restará de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y la venta de activos fijos”; además que, hacen parte de la base gravable “los ingresos obtenidos por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en este artículo”. En el párrafo segundo preceptúa que “los contribuyentes que desarrollen actividades parcialmente exentas o no sujetas, deducirán de la base gravable de sus declaraciones, el monto de sus ingresos correspondiente con la parte exenta o no sujeta.- De la normativa se establece que constituye ingreso susceptible de gravar con el impuesto de industria y comercio, todo recurso percibido por el contribuyente, incluidos los rendimientos financieros y comisiones, durante el periodo gravable, del cual se restan los provenientes de actividades exentas y no sujetas, devoluciones, rebajas y descuentos, exportaciones y ventas de activos fijos.

b) Los ingresos por las donaciones gratuitas no están gravados con el impuesto de industria y comercio y no hacen parte de la base para liquidar la sanción por no declarar

Los dineros que recibe la demandante de estas organizaciones internacionales son exclusivamente para desarrollar el objeto de cada convenio, esto es, ejecutar el proyecto o programa previamente aprobado, sin que esté obligada la donataria a prestar servicio alguno a favor de las donantes. Según lo dicho, los recursos recibidos por la actora, no se enmarcan dentro de los supuestos del artículo 1490 del Código Civil, para considerarlos donaciones remuneratorias, toda vez que las donantes efectúan los pagos sin que la donataria esté obligada a prestarles un servicio como contraprestación, pues sólo deben destinarse a la financiación del proyecto o programa que dio origen a la subvención. Si bien la donataria presta servicios de asesoría jurídica y/o capacitación, lo hace a favor de “ciertos sectores de la población” víctimas de la violencia en Colombia, no de las organizaciones donantes. De otra parte, la cláusula de reembolso de recursos denota sólo la exigencia del cumplimiento de los términos acordados, entre éstos, la destinación exclusiva de los mismos al desarrollo de la “acción” financiada. En consecuencia, tratándose de ingresos provenientes de donaciones gratuitas, pues no tiene que prestar ningún servicio a las organizaciones cooperantes, no son gravados con el impuesto de industria y comercio y por tanto, no hacen parte de la base de determinación de la sanción por no declarar este tributo.

[Sentencia del 3 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2008-00185-01\(18328\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6. Sólo proceden los impuestos descontables que tengan origen en operaciones que constituyan costo o gasto

Se decide si era procedente que se incluyera en las declaraciones del impuesto sobre las ventas correspondientes a los bimestres I a V de 1999, en calidad de impuesto descontable, el IVA pagado en la adquisición de bienes y servicios, en cuantía de \$315'465.000.

Extracto: Para que la expensa tenga relación de causalidad con la productividad de la empresa, la demandante debió probar la injerencia que tuvo ese gasto con esa productividad. Además, que ese gasto debió hacerlo de manera forzosa, en cumplimiento de la ley, de las obligaciones inherentes a la buena gestión empresarial o de la costumbre mercantil. En términos generales, los gastos en que incurrió la sociedad Cerro Matoso tienen que ver con la adecuación y mantenimiento de la ciudadela que tiene acondicionada para la vivienda y recreación de los trabajadores de la mina de níquel ubicada en Montelíbano, Córdoba. En particular, son erogaciones realizadas para el mantenimiento e instalación de aire acondicionado; mantenimiento de electricidad, plomería y carpintería; servicios de aseo y limpieza, etcétera. Para la Sala si bien tales expensas tienen relación con la empresa y sus trabajadores en la medida que les brindan condiciones de bienestar y comodidad, lo cierto es que la demandante no probó que las expensas hubieran tenido una injerencia positiva en la actividad productora de renta, razón por la que no son procedentes los impuestos descontables originados en dichas expensas. Es decir, las expensas en cuestión no tienen relación con la exploración y beneficio del níquel y otros minerales asociados a éste. En consecuencia, como la demandante no probó que se reúnen los presupuestos del artículo 488 E.T., para tener derecho a los impuestos descontables objeto de demanda, la Sala confirmará la sentencia impugnada, que negó las pretensiones de la demanda.

[Sentencia del 5 de mayo de 2011. Exp. 23001-23-31-000-2002-00049-01\(17195\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

7. Los pasivos se deben respaldar con soportes internos y externos que demuestren su contabilización en tal forma que de los documentos contentivos de la obligación sea posible establecer la clase de pasivo, su vigencia y existencia al finalizar el período gravable y su procedencia como pasivo fiscal

Se analiza la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión mediante la cual la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2001, para establecer si se ajustan a derecho, o si, por el contrario, le asiste razón al demandante y es procedente aceptar las pretensiones de la demanda.

Extracto: Los pasivos se deben respaldar con soportes internos y externos que demuestren su contabilización, tales como pagarés, facturas, etc., en tal forma que de los documentos contentivos de la obligación sea posible establecer la clase de pasivo, su vigencia y existencia al finalizar el período gravable y su procedencia como pasivo fiscal. En relación con las certificaciones, a través de las cuales los acreedores afirman que el demandante les adeuda las sumas de dinero allí relacionadas, observa la Sala que estas son ineficaces, puesto que tales documentos no indican las condiciones en que fue establecida la deuda, el plazo para el pago, los intereses pagados sobre el valor del préstamo y la existencia al final del período fiscal, por tanto, la situación fáctica planteada por el demandante no se ajusta a las exigencias establecidas en el Estatuto Tributario. Además, es evidente que los certificados privados tienen fecha de autenticación ante notario o ante cónsul, posterior a la fecha en que se surtió la inspección tributaria e incluso posterior al requerimiento especial del 21 de julio de 2004, es decir, las certificaciones fueron constituidas después de iniciado el proceso de fiscalización. Resulta claro para la Sala que la falta de prueba de los pasivos por parte del demandante, fue la causa para que la Administración Tributaria le proferiera liquidación oficial de revisión por el sistema de comparación patrimonial.

[Sentencia del 23 de febrero de 2011. Exp. 66001-23-31-000-2006-00545-02\(17480\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

8. El Distrito Capital tiene facultad para fijar como aspecto temporal del hecho generador del impuesto de delineación urbana la expedición de la licencia de construcción

Se estudia la solicitud de nulidad de los artículos 71 del Decreto 352 de 2002 y 61 del Decreto 423 de 1996, expedidos por el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá y, 9º del Acuerdo 28 de 1995, expedido por el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá.

Extracto: Mediante el Decreto 1052 de 1998, el Gobierno Nacional reglamentó todo lo relacionado con la expedición de licencias urbanísticas y de construcción, entre otros aspectos. El artículo 1º definió la licencia como aquel acto por el cual se autoriza, a solicitud del interesado, la adecuación de terrenos o la realización de obras. Así mismo, contempló dos clases de licencias, entre las que se encuentra la licencia de construcción, que de conformidad con el artículo 4º es aquella autorización para desarrollar un predio con construcciones, cualquiera que ellas sean, acordes con el plan de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas del municipio o distrito. A su vez, el mismo artículo subdividió la licencia de construcción en las siguientes modalidades: licencia de construcción para ampliación, adecuación, modificación, cerramiento y demolición de construcciones. Se aprecia, entonces, que la licencia de construcción funciona como un mecanismo de control para cumplir los fines del ordenamiento territorial. En esa medida, es un mecanismo válido que también puede ser utilizado por las entidades territoriales para fijar uno de los elementos del tributo, máxime si, a la vez, le sirve para controlar el recaudo del impuesto de delineación urbana y la planificación territorial. De manera que los artículos 71, 61 y 9º de los Decretos 352 de 2002, 423 de 1996 y el Acuerdo 28 de 1995, respectivamente, en cuanto dispusieron que “El hecho generador del impuesto de delineación urbana fuera la expedición de la licencia para la construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación de obras y urbanización de terrenos en el Distrito Capital de

Bogotá.”, armonizan con las normas citadas como violadas, pues el Distrito Capital interpretó acertadamente el alcance de la autonomía fijada por la Constitución y por la ley, tanto para crear el impuesto de delineación urbana como para establecer reglas de ordenamiento territorial y, por lo mismo, le dio el alcance que en la actualidad le corresponde al literal g) del artículo 1° de la Ley 97 de 1993 y al literal b) del artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986. En consecuencia, para la Sala no se configuró el cargo de violación de estas normas por supuesta interpretación errónea.

[Sentencia de 30 de mayo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2005-01665-01\(17269\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

SALA DE CONSULTA

1. Factores para liquidar la prima especial de servicios.

El ministro del Interior y de Justicia, a instancia de la Registraduría Nacional del Estado Civil consultó a la Sala respecto de los elementos que conforman la base para liquidar la prima especial de servicios para los miembros del Consejo Nacional Electoral.

La Sala en primer lugar realizó el estudio del marco jurídico de los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por los congresistas, para efectos de liquidar la prima especial de servicios de que trata el artículo 15 de la Ley 4 de 1992.

Realizado lo anterior, concluyó que los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por los congresistas incluyen el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, la prima de salud, y la prima semestral; y que, la prima especial de servicios de los integrantes del Consejo Nacional Electoral debe calcularse sin inclusión del auxilio de cesantía.

Dice el concepto:

a) Conclusión de las disposiciones legales y reglamentarias.

“a prima especial de servicios es la cantidad de dinero necesaria para igualar los ingresos laborales de sus beneficiarios, a la totalidad de los ingresos percibidos anualmente por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere.

Para establecer el monto de la prima, se entiende por ingresos laborales totales anuales percibidos por los miembros del Congreso, los de carácter permanente, incluyendo la prima de navidad.”

b) Consejo Nacional Electoral - Régimen Constitucional y legal

“La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el régimen de derechos aplicable a los Magistrados del Consejo Nacional Electoral en los conceptos 1553 de marzo 5 de 2004 y 1610 de diciembre 3 de 2004, los cuales fueron retomados en el concepto 1776 de septiembre 5 de 2006, para concluir que tienen el mismo régimen de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia...”

Por lo tanto, los magistrados del Consejo Nacional Electoral tienen los mismos derechos que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.”

c) Identidad de régimen salarial y prestacional de los magistrados del Consejo Nacional Electoral con el de los magistrados de las Altas Cortes y en consecuencia, con el de los Congresistas.

“Igualmente sobre este aspecto se ha pronunciado, para ratificar dicha identidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuando al fallar una acción de nulidad contra el Decreto 2652 de 22 de septiembre de 2003, proferido por el Presidente de la República, por el cual se dictan normas en materia salarial y prestacional para los miembros del Consejo Nacional Electoral...”

d) Concepto de “ingreso laboral anual de carácter permanente”

“De lo anterior [Decreto 801 de 1992, por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional para los miembros del Congreso de la República, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992], se establece que son ingresos laborales anuales de carácter permanente de los miembros del Congreso: a) la asignación mensual -suelo básico y gastos de representación-; b) la prima de localización y vivienda; c) la prima de salud.

Ahora bien, estas sumas de dinero se perciben o reciben por parte de los miembros del Congreso, mensualmente.

La prima de transporte, del artículo 3, no constituye un ingreso anual de carácter permanente, pues está sujeto a la condición de que el miembro de Congreso contrate el respectivo crédito.

... dentro de los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por los Congresistas, según la providencia citada [Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Sala de Conjuces. Conjuez ponente: Luis Fernando Velandia Rodríguez, sentencia de 4 de mayo de 2009. Rad. 250002325000200405209 02], estarían incluidas las cesantías.

La Sala no comparte las consideraciones de la sentencia transcrita, pues los ingresos de los miembros del Congreso están definidos en el Decreto 801 de 1992, como se indica en el numeral anterior. Y los elementos de la prima especial de servicios, que por su especialidad son excepcionales y por lo tanto de interpretación restrictiva, se encuentran señalados en el Decreto 10 de 1993, artículo 2, que serían los que establece el Decreto 801 de 1992, más la prima de navidad. En otros términos, no podría el intérprete incluir las otras primas o prestaciones no dispuestas por la ley o el reglamento.”

[Concepto 2028 de 16 de mayo de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2010-00091-00. Conjuez ponente JUAN MANUEL CHARRY UREÑA. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO 23618 de 9 de junio de 2011.](#)

2. El Auditor General de la República no es competente para solicitar la suspensión provisional de los funcionarios sujetos a su control.

En ese sentido le contestó la Sala al Ministro del Interior y de Justicia, que petición del Auditor General de la República, le solicitó a la Sala conceptuar acerca del ejercicio de la facultad de suspensión inmediata de los contralores territoriales, verdad sabida y buena fe guardada.

El análisis de los siguientes temas precedió la respuesta:

a) Ejercicio del Control Fiscal

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal es una función pública especializada, radicada en cabeza de la Contraloría General de la República, mediante la cual se “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación”.

La vigilancia de la gestión fiscal está orientada a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que dicha gestión se traduce, se cumplen de conformidad con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.

Establece igualmente el referido artículo 267, que dicho control se ejerce con un doble carácter, posterior y selectivo. Esto es, que la vigilancia se cumple respecto de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos que son objeto de control y de los resultados obtenidos por los mismos, mediante un procedimiento técnico de elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones y actividades que permitan obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal, tal como lo determina el artículo 5o. de la ley 42 de 1993.

La Carta Política, al otorgar a la Contraloría General de la República, la facultad de vigilar la gestión fiscal de la administración y de las entidades o particulares que manejen fondos o bienes de la nación, consagra una cláusula general de competencia, pero a la vez y en forma específica a través del artículo 268 atribuye una serie de competencias al Contralor General de la República, entre las cuales se encuentra la siguiente: ... “8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios...”.

Con respecto a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios, el artículo 272 de la Carta dispuso: “... Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal...”.

Nótese como la remisión a las funciones previstas en el artículo 268 Superior, es directa y general, es decir, faculta a los Contralores departamentales, distritales y municipales para ejercer, dentro de su jurisdicción, todas y cada una de las atribuciones asignadas al Contralor General de la República en la citada norma.”

b) La Auditoría General de la República

“La Constitución Política en su artículo 274 dispuso que la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República fuera ejercida por un Auditor, elegido por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, para un período de dos años y defirió a la ley establecer la forma en que dicha vigilancia sería ejercida en los niveles departamental, distrital y municipal.

Mediante ley 573 de 2000, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que expidiera normas con fuerza de ley que permitieran, entre otros, “Determinar la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa de la Contraloría General de la República en lo no previsto en la Ley 330 de 1996”.

Precisamente, en ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República expidió el decreto ley 272 de 2000, por medio del cual estableció la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, como un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, con autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, bajo la dirección del Auditor a que se refiere el artículo 274 Superior.

El decreto ley en mención asignó a la Auditoría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de las Contralorías General de la República y departamentales; vigilancia que debe ejercer mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

En relación con las contralorías municipales y distritales, el referido decreto ley atribuyó a la Auditoría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de éstas, pero de forma excepcional, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, y previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República, de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la ley. (...)

Es de anotar que, el Auditor General de la República se encuentra facultado para promover ante las respectivas autoridades, aportando las pruebas necesarias, las investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios de las entidades bajo su vigilancia, incluidos los contralores territoriales, que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado, a diferencia del Contralor General, quien está facultado no sólo para promover la referidas investigaciones sino también para solicitar la suspensión inmediata de los mencionados funcionarios. Es decir, la función asignada al Contralor General es mucho más amplia y determinante que la del Auditor.”

“... en cuanto hace al Auditor General de la República es de anotar que la Constitución defirió a la ley la regulación de sus competencias, y si bien es cierto que en el numeral 8o. del artículo 17 del decreto ley 272 de 2000, se le asignó la función de “Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o ex funcionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”, también lo es que en este caso, el legislador no lo facultó, ni en forma directa ni por remisión de normas, para solicitar la suspensión provisional de los funcionarios sujetos a su control.

Por otra parte, es menester recordar que al tenor de los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Política todo empleo público debe tener sus funciones y competencias previamente detalladas en la Constitución, la ley o en el reglamento, y los servidores públicos que los desempeñen están obligados a ejercerlas en la forma como aparecen previstas en el referido ordenamiento y no pueden asumir ninguna diferente de las constitucional y legalmente atribuidas al cargo que ostentan, so pena de incurrir en la causal de responsabilidad establecida en el artículo 6o. ibídem.

A lo anterior se suma el hecho de que es principio general de derecho que las competencias de los órganos estatales deben ser Constitucionales o legales, preexistentes y explícitas, de manera tal que las mismas no pueden ser aplicadas por analogía o extensión, como se sugiere en la consulta. (...)”

“En virtud de lo expuesto, la Sala considera que al no haber otorgado la Constitución Política ni la ley al Auditor General de la República la facultad de solicitar la suspensión inmediata de los funcionarios sujetos a su control, por ejemplo los contralores territoriales, como si lo hace respecto del Contralor General en los artículos 268.8 Superior y 99 de la ley 42 de 1993, aquél no puede por analogía o por extensión asumir dicha atribución.”

[Concepto 2056 de 24 de mayo de 2011. Exp. 11001-03-06-000-2011-00023-00. MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Autorizada su publicación por oficio OF21859 DDP 0210 de 30 de mayo de 2011.](#)

NOTICIAS DESTACADAS

CONSEJO DE ESTADO ELIGIÓ A JOSÉ AGUSTÍN SUÁREZ ALBA COMO NUEVO MAGISTRADO DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

En sesión de Sala Plena realizada este martes 28 de junio, el Consejo de Estado eligió al Abogado José Agustín Suárez Alba como nuevo Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; el doctor Suárez Alba entra a reemplazar al doctor Hernando Torres Corredor, quien se retiró de esa Corporación al cumplir su período.

El doctor Suárez Alba es Abogado de la Universidad del Rosario, Magíster en Dirección y Gestión de Los Sistemas de Seguridad Social en la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid, España).

Se desempeñó como Comisionado Nacional para la Policía Nacional, Fiscal Superior de Bogotá; Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del Tribunal Superior de Bogotá y del Tribunal Superior de Tunja; Juez Penal Municipal de Ramiriquí y Juez Promiscuo de Guateque.

Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes “José María Córdova”, y catedrático de Normatividad Penal y Disciplinaria Aplicable a la Acción Policial, Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal en la Universidad de la Sabana y la ESAP.

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 escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co