



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	4 - 6
• Sección Segunda	6 - 9
• Sección Tercera	9 - 13
• Sección Cuarta	13 - 15
• Sección Quinta	15 - 17
• Sala de Consulta y Servicio Civil	17 - 19
• Noticias Destacadas	19

## Noticias destacadas

- **GANADORES DE LA MEDALLA JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ AL MÉRITO JUDICIAL**

## EDITORIAL

Durante el año 2008, el boletín del Consejo de Estado continuó fortaleciéndose como un espacio propicio para difundir la jurisprudencia más relevante de las diferentes salas y secciones de nuestra Corporación, esperamos que siga siendo un medio de gran utilidad tanto para los integrantes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como para la ciudadanía en general.

En esta edición despedimos a la jefe de prensa de nuestra Corporación, Luisa Fernanda Berrocal Mora, quien a partir de enero emprenderá nuevos horizontes laborales en los cuales le auguramos el mayor de los éxitos. Agradecemos la colaboración que nos ha prestado, principalmente en el diseño y elaboración de nuestro boletín.

Finalmente, les deseamos a todos nuestros lectores una feliz navidad y un prospero año nuevo.

**Enrique Gil Botero**  
Presidente

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

### ACCIONES CONSTITUCIONALES

## TUTELAS

### 1. LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA PUEDEN ACTUAR A TRAVÉS DE APODERADO PARA QUE LOS REPRESENTEN EN LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA

El actor tuteló para que se ordenara a las autoridades accionadas aceptar a los profesionales del derecho que tengan poderes otorgados por las víctimas de la violencia para que los representen en la reparación administrativa solicitada por cada uno de ellos.

Es de vital importancia permitir plenamente la participación de las víctimas dentro del programa administrativo de reparación, bien en nombre propio o a través de apoderado, pues ésta es una alternativa más expedita que la judicial. Para llegar a esa conclusión, la Sala se remite a las consideraciones efectuadas en sentencia anterior sobre las particularidades de la Ley 975 de 2005, en la que al decidir en sede de impugnación la acción de tutela formulada por la Comisión de Juristas, revisó la finalidad y estructura del procedimiento de justicia y paz consagrado en esa ley. Las normas no prohíben que la solicitud o el trámite de la actuación administrativa se surta mediante apoderado, salvo la entrevista personal que es eventual mas no obligatoria y que, en caso de requerirse, se le informe al solicitante a través de su abogado, para que esté presente en el lugar de su residencia o en el

lugar que indique Acción Social, pero de ello no se deriva la exigencia de la presentación personal de la solicitud. Quiere decir lo anterior y tal como lo sostuvo el Tribunal, que no habiendo expresa prohibición de actuar a través de apoderado, es posible el agenciamiento de derechos a través de un abogado, sin que haya necesidad de demostrar que no está en condiciones de ejercer directamente la solicitud, pues el conferir un poder indica la voluntad de la víctima de actuar mediante un profesional del derecho, decisión que es de su total arbitrio. Por tanto, no está conforme a derecho la negativa de recepción de la solicitud cuando se hace por el apoderado y no por la víctima de manera directa, como lo hacen la Defensoría del Pueblo - Regional Atlántico y Acción Social de Barranquilla, según el dicho del accionante, pues ni la Ley 975 de 2005, ni el programa creado a instancias de ella en virtud del Decreto 1290 de 2008 prohíbe como ella lo hace, bajo supuestos de mala fe en los profesionales de la ciencia jurídica, que las víctimas o sus beneficiarios actúen mediante representantes, menos aún, cuando por las condiciones sociales o económicas de los interesados les sea más favorables a ellos hacerlo de esa manera. En todo caso, si la Administración quiere facilitar la actuación directa de las víctimas, que como se indica está autorizada por la ley, debe difundir esta información para dar a conocer los derechos que tienen de actuar directamente si ese es su interés o de hacerlo a través de un abogado.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2008. Exp. 08001-23-31-000-2008-00485-01\(AC\). M.P. Dra. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

## **2. NO HAY DESACATO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO POR EL NO PAGO DE LAS MESADAS PENSIONALES**

La actora formuló incidente de desacato para que se cumpla el fallo de tutela mediante el cual se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público pagarle las mesadas pensionales adeudadas hasta que el Seguro Social la incluyera en nómina de pensionados.

No obstante que está probado que a la fecha no se han cumplido las sentencias de tutela, estima la Sala que no procede en este momento procesal la sanción impuesta al Ministro de Hacienda y Crédito Público, dado que aún no se ha vencido el plazo fijado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-484 de 2008 para que el citado Ministerio pague las mesadas adeudadas a la demandante. La Corte Constitucional otorgó un plazo de tres meses, contados a partir de los cinco siguientes a la notificación de la sentencia, para que la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Distrito Capital y la Beneficencia de Cundinamarca redistribuyeran los porcentajes señalados en la sentencia y en el evento de que no se lograre un acuerdo en dicho plazo, dispuso que se mantendría la distribución allí hecha. La Corte ordenó a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público destinar una partida de no menos de sesenta mil millones de pesos (\$60.000.000.000) para pagar salarios y mesadas pensionales, en el plazo de hasta tres (3) meses contados desde el vencimiento del término para llegar a un acuerdo o a partir de la fecha en que se llegue a él, con el fin de atender el mínimo vital y sin perjuicio de lo señalado en los numerales noveno y décimo. Para lo anterior, previó que en el plazo de un mes contado a partir de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la parte resolutive de la sentencia, la liquidadora enviaría al Ministerio una lista de las personas cobijadas por la misma a los cuales se les adeuden salarios y mesadas pensionales con su respectivo monto y los soportes correspondientes de cada uno de los ex trabajadores para que, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para que, dentro del mes siguiente al vencimiento al plazo para realizar las verificaciones, el Ministerio pague las sumas debidamente soportadas en cuantía o cifra igual para todos los ex trabajadores y sin que se sobrepase el monto de la respectiva obligación, por último, dispuso la Corte que los montos restantes se pagarían en los plazos señalados en los numerales noveno y décimo. De lo expuesto se infiere que los efectos de la sentencia de unificación cobijan a la accionante por cuanto se trata de una pensionada de la Fundación San Juan de Dios a quien se le adeudan mesadas pensionales. Pero, como conforme a la referida sentencia, no se han vencido los nuevos plazos otorgados por la Corte Constitucional para dar cumplimiento a las sentencias de tutela, no procede la sanción impuesta al Ministro de Hacienda y Crédito Público, por lo que la misma será revocada.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2008. Exp.25000-23-27-000-2007-02737-02\(AC\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

### **3. HABILITACIÓN DE CENTROS DE RECONOCIMIENTO DE CONDUCTORES SIN ACREDITACIÓN NO VULNERA EL DERECHO DE IGUALDAD**

En efecto, de una parte, en el texto de la Resolución objeto de esta acción se afirma que la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad encargada del proceso de acreditación, no tiene la capacidad operativa suficiente para expedir los certificados de acreditación; y, de la otra, en la Resolución núm. 004061 de 28 de septiembre de 2007, se hace énfasis que para dicha fecha se encontraban registrados ante el Ministerio de Transporte 186 Centros de Reconocimiento de Conductores, de los cuales sólo 21 habían sido acreditados por la Superintendencia de Industria y Comercio como Organismos de Certificación de Personas. Lo precedente pone de manifiesto que no se trata de que la actora tenga un derecho adquirido a ejercer una especie de monopolio, junto con otros 20 Centros, para operar como Organismo de Certificación, sino que, por causas ajenas a la voluntad de más de 160 Centros registrados ante el Ministerio de Transporte, los mismos no han podido obtener la acreditación de la Superintendencia de Industria y Comercio. De ahí que, precisamente, como lo observó el Tribunal de instancia, el acto que aquí se controvierte, está haciendo prevalecer el interés general frente al particular, pues resulta obvio entender que únicamente 20 Centros son insuficientes para atender la demanda del servicio que constituye su objeto.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Exp. 080012331000-2007-00856-01 \(AC\). M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.](#)

\* Con Salvamento de Voto de la Consejera MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

### **4. NO PROCEDE LA TUTELA EN CASO DE ACOSO LABORAL AL AGOTARSE PROCEDIMIENTO PREVENTIVO PREVIO**

El numeral 2 del artículo 9 de la Ley 1010 de 2006 “por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo” prevé: (...)Es evidente que las víctimas de acoso laboral deberán denunciar por escrito tal situación ante el Inspector de Trabajo, Inspectores Municipales de Policía, Personeros Municipales o ante la Defensoría del Pueblo, a prevención de la autoridad del lugar de los hechos. La Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” establece: ART. 2o. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. (...). ART. 3o. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE. (...). Es así que aun cuando el poder disciplinario de manera preferente radica en la Procuraduría General de la Nación, no es óbice para que las Oficinas de Control Disciplinario Interno también conozcan y tramiten los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. Al respecto, el numeral 1 de la circular No. 20 del 18/04/07 dictada por la Procuraduría General de la Nación por medio de la cual se fijaron directrices para asumir y tramitar las quejas de acoso laboral que lleguen a la entidad establece que “antes de iniciar el procedimiento disciplinario y sancionatorio debe agotarse necesaria y obligatoriamente el procedimiento preventivo de que trata el art. 9 del la Ley 1010/06”.Entonces la Procuraduría debe asegurarse que antes de iniciarse la investigación disciplinaria verifique que la Oficina de Control Disciplinario intente conciliar y ejecutar las medidas que permitan mitigar la situación, de conformidad con lo previsto por la Ley 1010/06. En efecto, sólo hasta el 24 de abril de 2008 la Oficina de Control Disciplinario de la Superintendencia Financiera remitió las diligencias número 164447 relacionadas con la queja por acoso laboral y las piezas procesales que el funcionario R.M.R. aportó en la denuncia que formuló por acoso laboral en contra de G.H.A. Es así que se encuentra probado que a la fecha la investigación se encuentra en la etapa inicial. De las piezas procesales, la Sala encuentra que aun cuando la Superintendencia archivó el proceso disciplinario en contra del señor R.M.R., la entidad demandada no archivó el proceso que investiga respecto de la conducta de acoso laboral que denunció el tutelante. En efecto, el proceso por acoso laboral contra G.H.A. está en la etapa de indagación preliminar. Es así que la Sala encuentra que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del señor R.M.R.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 250002327000-2008-00583-01\(AC\). M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

**SECCIÓN PRIMERA****1. LOS BALDÍOS URBANOS SON PROPIEDAD DE LOS MUNICIPIOS POR MINISTERIO DE LA LEY Y NO POR EFECTO DEL REGISTRO**

Dicho de otra forma, si es baldío urbano, el predio no pasa a ser de propiedad del municipio por efecto del registro sino de la ley, y no dejará de serlo por el hecho de que no se halle registrado. Así las cosas, el derecho de dominio y posesión que el Distrito de Cartagena tenga sobre el inmueble objeto de la declaración en cuestión no surge de ésta, ni de su registro, sino que estará dado desde antes por encontrarse en los supuestos previstos en las normas comentadas. Lo que sí es susceptible de declaración es la delimitación física o material del “solar” o terreno objeto de ese derecho, en tanto bien inmueble de propiedad del ente territorial, cuando ello sea necesario, así como los actos de disposición de los mismos, sea mediante afectación a un servicio público, lo cual daría lugar a un acto administrativo, sea de clarificación de la propiedad o de deslinde; o transferencia o entrega a particulares mediante cualquier negocio jurídico (compraventa, arrendamiento o concesión), lo que se traduciría en un contrato estatal, o a una sentencia en proceso judicial de deslinde o cualquiera que se encamine a clarificar o definir la situación jurídica del terreno de que se trate, como en este caso la “ACCION DE DOMINIO” que antes del sub lite promovió la actora. En este caso, en la sentencia de segunda instancia del proceso de la precitada acción se dio como constatado y establecido que el predio motivo del sub lite es de la Nación y, por consiguiente, no es de propiedad privada, es decir, que no ha salido de la propiedad del Estado en cabeza de la Nación, luego no aparece desvirtuada judicialmente su condición de baldío, y dado el carácter de plena prueba que tiene lo dicho en la sentencia en comentario, la Sala, como atrás lo advirtió, ha de atenerse a lo provisto en ella misma, es decir, que judicialmente ya fue establecido que el referido terreno no ha salido de la propiedad de la Nación. En consecuencia, se descarta la falsa motivación que al respecto de esa situación le atribuye la actora al acto de registro demandado, luego el recurso tiene vocación de prosperar, de donde se ha de revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda contra la escritura pública num. 0949 de 24 de septiembre de 1999, de la Notaría Sexta de Cartagena, por falta de jurisdicción al no constituir acto administrativo, y negar las demás pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Exp.130012331000-2000-99073-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

**2. LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS PRIVADOS CLASIFICADOS EN EL RÉGIMEN DE LIBERTAD REGULADA PUEDEN DEFINIR LIBREMENTE LA TARIFA A COBRAR A LOS ESTUDIANTES QUE INGRESAN AL PRIMER GRADO**

En lo que concierne a la presunta violación del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, en donde se dispone que el reajuste de las matrículas, pensiones y cobros periódicos debe realizarse teniendo en cuenta los principios de solidaridad social o redistribución económica, buscando con ello brindar mejores oportunidades de acceso y permanencia en el servicio a los usuarios de menores ingresos, la Sala considera que en el caso sub examine la medida impugnada concuerda precisamente con tales propósitos y con el objetivo de garantizar la recuperación de los costos inherentes a la prestación del servicio, incluyendo en ellos los gastos de operación, los costos de reposición y mantenimiento y la constitución de reservas para la financiación de desarrollos futuros. Así las cosas, al disponerse que los establecimientos educativos privados que se encuentren clasificados en el régimen de libertad regulada pueden definir libremente la tarifa a cobrar a los estudiantes que ingresen al primer grado que ofrezcan, excluyendo de dicha medida a los estudiantes de grados superiores para quienes el valor de las matrículas, pensiones y demás pagos periódicos no puede superar el índice de inflación más tres (3) puntos, se está evitando que estos últimos se vean súbitamente sorprendidos con un aumento inesperado de tarifas que pueda desestabilizar las finanzas familiares y producir una deserción escolar que sería abiertamente contraria a la finalidad de garantizar el acceso de los alumnos a tales establecimientos y su permanencia en los mismos. “(... es indispensable el establecimiento de mecanismos como el previsto en el acto acusado, que

permitan garantizar la sostenibilidad financiera del servicio educativo que se presta en estos establecimientos, por cuanto sus propietarios y gestores, además de no percibir ningún tipo de subvenciones ni de ayudas por parte del gobierno, no tienen por qué asumir la obligación de garantizar la continuidad de un servicio financieramente deficitario. En otras palabras, la decisión administrativa cuya legalidad se pretende infirmar, está conciliando de manera ponderada la necesidad de racionalizar el ejercicio de la libertad de fijación de tarifas, con la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de los establecimientos privados que prestan servicios educativos. En tal sentido, la medida impugnada antes de contrariar los principios de solidaridad social y redistribución económica, está haciendo posible que el aumento de las tarifas en los establecimientos pertenecientes al régimen de libertad regulada no supere el índice de inflación más tres (3) puntos y que la oferta de esos servicios educativos privados sea mantenida en el tiempo.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Exp.110010324000-2004-00211-00. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

### **3. TASA ESPECIAL DE SERVICIOS ADUANEROS - LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY 633/00 NO AFECTA LA LIQUIDACIÓN Y PAGO POR LAS IMPORTACIONES REALIZADAS ANTES DE LA EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA**

Por contera, se descarta la violación de los artículos 4º de la Constitución Política, pues el artículo 513 del Decreto 2685 de 1999 no le imponía inaplicar por inconstitucional el artículo 56 de la Ley 633 de 2000, y 45 de la Ley 270 de 1996, por cuanto frente a la vigencia del precitado artículo 56 para la época de la presentación de las declaraciones de importación objeto del sub lite, era menester considerar el sentido o efecto en el tiempo con que se había declarado la inexequibilidad del mismo en la sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001 la Corte Constitucional; Además, la apreciación de la entidad demandada sobre el particular resulta armónico con el artículo 45 de la Ley 270, en la medida en que la Corte Constitucional no le señaló efecto retroactivo o ex tunc a esa inexequibilidad, y en esas circunstancias se ha de considerar que la Corte dejó a salvo la vigencia de esas normas para la época anterior a su ejecutoria, dado que sus efectos son hacia el futuro, atendiendo dicho artículo 45, en su único aparte declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, a cuyo tenor “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Lo anterior significa que la vigencia de la norma se preserva hasta la ejecutoriedad de la sentencia que la declara inexequible, toda vez que sólo desaparece o deja de ser aplicable o ejecutable a partir de esa fecha, luego las situaciones jurídicas ocurridas antes de la sentencia y que se encuadren en dicha norma son susceptibles de su aplicación, y están llamadas a generar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes, independientemente de que se trate de situaciones jurídicas consolidadas o no, con excepción de las materias o asuntos que por mandato constitucional están cobijados por el principio de favorabilidad, esto es, de la aplicación de la norma más favorable. De lo anterior se deduce que la inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 633 de 2000 no afecta la liquidación y pago por las importaciones realizadas antes de la ejecutoriedad de la sentencia respectiva, de la tasa especial que en él se establecía, entre las cuales se encuentran las importaciones de la actora que sirven de fundamento a su solicitud de liquidación oficial de corrección objeto del sub lite, pues en esa época la norma se encontraba vigente.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 250002327000-2004-01639-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA,](#)

\* Con Salvamento de voto de la Consejera MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.

### **4. TRATAMIENTO DE LA IMPOTENCIA - CARENCIA DE NOVEDAD DE PATENTE DE INVENCION AL DERIVARSE DEL ESTADO DE LA TÉCNICA**

Los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Decisión 344, sí fueron objeto de análisis por parte de la Administración, pues hubo una comparación entre las anterioridades proporcionadas por la demandante y las buscadas por la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la creación

solicitada para patente, concluyendo que efectivamente no cumplía con el requisito de novedad, ya que la única diferencia “encontrada entre la composición farmacéutica en estudio y el estado de la técnica es el uso que se le da a dicha composición farmacéutica que contiene el compuesto de la fórmula (I)”. (Concepto técnico 1677). En segundo término, al ser la creación en estudio un uso distinto, o un segundo uso de lo comprendido en el estado de la técnica, tal como lo demuestran las diferentes pruebas, en especial las anterioridades atrás anotadas, así como el reconocimiento coincidente que hacen de la misma, las partes y demás personas que intervinieron en este proceso, no deja la menor duda que la creación “PIRAZOLOPIRIMIDINONAS PARA EL TRATAMIENTO DE LA IMPOTENCIA”, carece del requisito de novedad, pues ésta se deriva de manera evidente de las patentes primigenias, citadas en el concepto técnico 1677. De manera que, esta Sala, acogiendo los presupuestos jurídicos contenidos en la interpretación prejudicial aportada por el Tribunal de Justicia Andino a este proceso, debe llegar a la conclusión que los actos administrativos acusados no quebrantaron lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 16º y 27º de la Decisión 344 de 1993 de la Comisión de la Comunidad Andina.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 110010324000-2000-06608-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

#### **5. NULIDAD DE LICENCIA DE URBANIZACIÓN POR FALTA DE CITACIÓN DE VECINOS NO AFECTA VIVIENDAS CONSTRUIDAS EN GARANTÍA AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

En cuanto a la indemnización que persigue la actora a título de restablecimiento del derecho, cabe decir que el acto demandado nada dispuso respecto de su empresa ni de sus instalaciones, pues el hecho de condicionar la licencia de construcción de determinadas unidades familiares dentro del proyecto de vivienda en mención, al traslado de la empresa o de los tanques de combustible a la distancia comentada sólo tiene efecto respecto de la titular o propietaria del proyecto de vivienda, en el sentido de que mientras no se dé uno cualquiera de esos eventos no le podrá ser concedida la autorización para construir esas viviendas. Ello no conlleva en modo alguno una orden a la actora para que proceda a cualquiera de dichos traslados. En esas circunstancias, si la actora realiza o ha realizado gastos para uno cualquiera de esos eventos, no se le pueden atribuir al acto administrativo acusado, luego no se da el nexo causal necesario entre dicho acto y tales gastos para deducir indemnización por los mismos. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda al respecto. No obstante, a título de restablecimiento del derecho se dispondrá que se surta nuevamente la actuación administrativa con sujeción al debido proceso correspondiente. Así las cosas, la sentencia apelada se modificará en el sentido declarar la nulidad del acto acusado, y se confirmará en relación con la negación de las demás pretensiones de la demanda, no sin antes dejar en claro que la anulación de dicho acto no afecta la situación en que se encuentren las unidades de vivienda que se hubieren construido con fundamento en el mismo, dado que esa decisión no obedece a violación de normas sustanciales que regulan la materia, sino a las irregularidades procedimentales atrás advertidas, las cuales atañen exclusivamente a la entidad demandada, de allí que en el evento de que tales construcciones se hubieren realizado, cabe tenerlas amparadas por el principio de la confianza legítima, de donde las autoridades competentes deberán reiniciar la actuación administrativa, con sujeción al debido proceso, sin que al efecto se deba presentar una nueva solicitud por la urbanizadora.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 760012325000-1997-24274-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **1. PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES - INAPLICACIÓN A SUPERNUMERARIO DE LA DIAN COMO EMPLEADO DE PLANTA**

Para la Sala, se torna inviable la posibilidad de dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades,

mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN; no lo es menos, que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, con solución de continuidad, por períodos que no excedieron los once meses, incluidas las prórrogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando. De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación del actor, por varios meses con interrupciones, como auxiliar de la Administración, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba. En igual sentido, tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de igualdad, cuya vulneración alega el demandante, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal; pues a todas luces, el modo excepcional de vinculación del actor a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la U.A.E. DIAN, advirtiendo además, que dicho modo precario de vinculación, solo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación, tal como se desprende de la certificación de pagos por salarios y deducciones emitida por el Jefe de la División de tesorería de la DIAN.

[Sentencia de 23 de octubre de 2008, Exp. 08001-23-31-000-2003-01429-01\(1393-07\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

## **2. SE NIEGA EL PAGO DE LA DIFERENCIA DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA Y LA RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS EN DÓLARES A FUNCIONARIO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO EXTERIOR**

Por cuanto, no le asiste razón a la demandante cuando afirma que los Decretos dictados con posterioridad al 1434 de 1995, que señalaron otras monedas para el pago de los salarios de los funcionarios del servicio exterior violan la Ley 4 de 1992, porque si no se dan variaciones exageradas que afecten el poder adquisitivo de los funcionarios en el país en que se encuentran, las fijadas desde 1995, pueden ser aplicadas en los años siguientes, tal como lo hizo el Ministerio de Relaciones Exteriores al fijar los salarios de los años siguientes. Tampoco tiene razón la demandante al afirmar que las condiciones especiales a las que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 4 de 1992, deben ser declaradas en los años posteriores a 1995 y que se requiera anualmente la autorización previa del CONPES porque, tal como lo afirmó esta Sección estas “dependen de la evolución y afectación de la economía global”, en las regiones donde el Estado Colombiano tiene delegaciones diplomáticas y que no siempre se ven afectadas por la fluctuación del dólar. Siendo, por tanto, improcedente la conversión de la asignación básica devengada por la actora en marcos alemanes a dólares americanos, y por igual razón la reliquidación de las cesantías.

[Sentencia del 2 de octubre de 2008, Exp No2001-03468 \( 4713-20005\). M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

## **3. EL RETIRO DEL SERVICIO NO DEBE SER UTILIZADO COMO MECANISMO SANCIONATORIO. OPERATIVO FALLIDO**

El nexo de causalidad existente entre el operativo realizado en la Cárcel y la solicitud de retiro presentada por el demandante el 27 de julio de 1992, es decir, tres días después de la fuga de Pablo Escobar, resulta plenamente probado, dado que las dos situaciones son concomitantes y de las declaraciones dadas por el Ministro de Defensa de la época ante la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes se evidencia que una de las decisiones tomadas como consecuencia de la fallida operación fue la de aceptar el retiro presentado por el entonces Comandante de la FAC, Mayor General Monsalve Figueroa, quien, como quedó demostrado, no tuvo conocimiento de la misión. Así las cosas, si bien la entidad demandada tiene la facultad de retirar del servicio a los miembros de las Fuerzas Militares haciendo uso de la facultad discrecional, para el caso consagrada en el artículo 129, literal a), numerales 3 y 4, del Decreto 1211 de 1990, es decir, por voluntad del Gobierno, en tratándose de los Oficiales, o del llamamiento a calificar servicios (artículo 132 ibidem), para lograr

el mejoramiento del servicio, no puede utilizar la figura del retiro como mecanismo sancionatorio, como se deduce que la usó en este caso por la supuesta responsabilidad del actor en el fracaso de la operación realizada en “La Catedral” por cuya ocurrencia fue impelido a solicitar el retiro.

[Sentencia del 2 de octubre de 2008, Exp. No 1992 30152 \(4743-2003\), M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.](#)

#### **4. BANCAFÉ - NULIDAD PARCIAL DEL DECRETO 902 DE 2000 AL MODIFICAR EL RÉGIMEN LABORAL DE LOS TRABAJADORES OFICIALES SIN SUJECIÓN A LA LEY**

Competencia del Gobierno Nacional: Señala el actor que con el artículo demandado del Decreto 092 de 2000, se violó el numeral 16 del artículo 189 de la Carta Magna, según el cual, una de las funciones del Presidente es la potestad de modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos Nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la Ley, de manera que concluye el Censor que en este caso es la Ley 489 de 1998, la que debe regir en lo referente a la modificación de la estructura interna de Bancafé, por tratarse de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo tanto en virtud de los artículos 38 y 97 de la citada ley y los artículos 115 y 150 de la Constitución, es atribución exclusiva e indelegable del Congreso de la República, sin que pueda predicarse una excepción al régimen de personal. Señala que el fundamento Constitucional y Legal expuesto por el Presidente de la República en el Decreto demandado, -numeral 16 del artículo 189- y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, no contemplan la posibilidad de modificar la planta de personal, ni podía a través de unos Estatutos contenidos en una escritura pública darle el alcance de una norma nacional. Visto lo anterior, y reparando de manera particular en los criterios que facultan al Gobierno para modificar la estructura de los organismos administrativos del orden Nacional entre otros, se extraña el principio que orienta la modificación del régimen laboral de los empleados, de contera que, cualquier reforma sobre este aspecto, debe ser autorizada por Ley, de lo que concluye la Sala que no podía el Presidente de la República por medio del Decreto 092 de 2000, remitir la aplicación del régimen de personal a los estatutos, por tanto habrá que declarar la nulidad del aparte demandado, advirtiendo si, que el régimen laboral aplicable es el contenido en la Ley, de acuerdo a la exposición que se hizo en esta providencia en el acápite correspondiente al régimen laboral.

[Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 11001-03-25-000-2006-00086-00\(1474-06\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN](#)

#### **5. LA OMISIÓN DE DENUNCIA POR EJECUCIÓN IRREGULAR DE CONTRATO DEL FUNCIONARIO PUBLICO NO GENERA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA CUANDO OPERA EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.**

En el Contrato No. 150 de 1995, se dejó expresamente consignado que para la ejecución del mismo se requería la aprobación por la entidad contratante de la garantía de cumplimiento constituida por la contratista. Con anterioridad a la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento y del registro presupuestal la contratista remitió parte de los muebles objeto de compra al ISS, Seccional Meta, y fueron recibidos informalmente por parte de funcionarios del Centro de Atención Básica, Salud Ocupacional, Seccional Meta, CABS. Si se entiende que era su responsabilidad, como Gerente Administrativo del ISS, Seccional Meta, vigilar la ejecución del Contrato No. 150 de 1995 y, en consecuencia, las irregularidades presentadas son imputables a él, de conformidad con los artículos 33 de la Constitución Política y 51 de la Ley 200 de 1995, el actor no estaba obligado a denunciarse así mismo. El principio de no autoincriminación actúa, bajo este supuesto, como una causal eximente de su deber de denuncia y por tal motivo no podía ser sancionado disciplinariamente.

[Sentencia del 6 de agosto de 2008, Exp. No 2000-0260 \(5804-2005\), M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE](#)

**6. SE ORDENA REINTEGRO DE EMPLEADA EMBARAZADA DECLARADA INSUBSISTENTE POR COMPROBARSE CONOCIMIENTO DE LA ENTIDAD, POR LO MENOS EN FORMA SIMULTANEA, AL MOMENTO DE LA COMUNICACIÓN DEL RESPECTIVO ACTO ADMINISTRATIVO.**

De acuerdo con el principio de protección a la maternidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y el criterio jurisprudencial establecido por esta Corporación en los pronunciamientos transcritos, la demandante al momento del retiro del servicio estaba amparada por el fuero de maternidad, bien porque el nominador conocía el hecho, según la declaración recibida, la que no fue controvertida ni redargüida de falsa o de sospechosa, o bien porque informó sobre su estado de embarazo al momento en que se le comunicó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento o unos instantes antes o después del recibo de la comunicación. La Sala dispondrá el reintegro de la actora al empleo de Jefe de la División de Control de Gestión, Resultados Financieros y Juicios Fiscales, Nivel 2, Grado 24, de la Contraloría Municipal de Neiva, o a otro de igual o superior jerarquía, con el pago de todas las acreencias laborales debidas, pero sólo desde la fecha del retiro hasta la del vencimiento del período del nominador, salvo que el término de protección constitucional y legal supere dicha fecha, por ser funcionaria de libre nombramiento y remoción en un cargo de dirección y confianza porque el nuevo contralor electo no necesariamente estaba obligado a contar con sus servicios, habida cuenta de la naturaleza del cargo

[Sentencia del 19 de junio de 2008, Exp. No 1995- 0840 \(5848-2005\), M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE](#)

### SECCIÓN TERCERA

#### 1. EXCEPCIONES EN PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL

El artículo 510 del C. P. C. señala que los ejecutados podrán proponer las excepciones de mérito y/o previas de que trata el artículo 509 ibídem, dependiendo del título ejecutivo de recaudo y que podrán aportar o solicitar las pruebas que pretendan hacer valer. En relación con las excepciones que se pueden proponer cuando el título ejecutivo está integrado por un acto administrativo, la Sala ha explicado que en el proceso ejecutivo fundamentado en una sentencia o acto administrativo, solamente se pueden proponer las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, **cuando se fundamenten en hechos acaecidos luego de la expedición del acto administrativo**; y que además también se pueden proponer las de indebida representación de las partes por falta de notificación de personas determinadas, por falta de emplazamiento de personas indeterminadas y de pérdida de cosa debida. En dicha providencia también se aclaró que **las excepciones previas no son procedentes dentro de este tipo de procesos**.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2008, Exp. 05001-23-31-000-2000-4218-03 \(35.436\) M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

#### 2. LIQUIDACIÓN Y RELIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 521 del C. P. C., una vez ejecutoriada la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución, debe efectuarse la liquidación del crédito en la que se especifique el capital y los intereses adeudados por el ejecutado, de acuerdo con el mandamiento de pago. La liquidación del crédito tiene por objeto concretar el valor económico de la obligación y está sujeto a la revisión del juez, quien puede aprobarla o modificarla, decisión contra la cual procede el recurso de apelación en el efecto diferido, circunstancia que permite que el juez ordene la entrega a favor del ejecutante, de los dineros embargados que no sean objeto de la apelación, como se desprende de la ley. La reliquidación del crédito procede cuando dentro del proceso ejecutivo ya se hubiere liquidado el crédito, pero haya transcurrido el tiempo desde la liquidación el crédito, puede suceder que en el transcurso de tiempo desde la liquidación y la entrega de los dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de la apelación, se generen intereses y gastos procesales que conlleven a la actualización de la liquidación, con el fin de garantizar el pago total de la obligación conforme a lo dispuesto en el artículo 537 del C. P. C., a menos que el retardo en la entrega del dinero no sea imputable a la parte ejecutada, evento en el cual, no procederá la

reliquidación. Con fundamento en lo anterior, es dable concluir que la liquidación adicional del crédito tiene por objeto actualizar el crédito, a partir de la primera liquidación aprobada y en firme, cuando exista retardo en la entrega de la suma de dinero en ella contenida, que genere intereses de mora, siempre que no sea imputable al ejecutado.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2008, Exp. 27001-23-31-000-2003-0431-02 \(34.175\). M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

### 3. TERMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTRACTUAL

A pesar de que antes del 8 de julio de 1998, se utilizó la figura de la prescripción en los procesos ejecutivos contractuales ante la inexistencia de una disposición legal que señalara el término de caducidad para la acción ejecutiva contractual, lo cierto es que se trata de conceptos diferentes, en tanto la caducidad es un fenómeno procesal, mientras que la prescripción es de carácter sustancial y, por tanto, no se pueden confundir. Como se advirtió, en un principio se utilizó la figura de la prescripción de las acciones judiciales para determinar si una demanda ejecutiva se presentaba en tiempo; dicha institución está consagrada en el artículo 2512 del Código Civil, que la define como un modo de adquirir las cosas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haber ejercido las acciones y derechos durante cierto tiempo. La anterior disposición (artículo 2536 ibídem) fue modificada por la Ley 791 de 2002, para reducir los términos de prescripción. Cabe precisar que, antes de la reforma del Código Civil, se expidió la Ley 446 de 1998 que entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año, que introdujo el término de caducidad de la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales, en 5 años. Teniendo en cuenta que, antes de la vigencia de la Ley 446 de 1998 no existía una disposición legal en materia caducidad de los procesos ejecutivos contractuales, el Consejo de Estado aplicaba lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, el término de prescripción de 10 años para dicha acción. Luego, a partir del 8 de julio de 1998, la Sala interpretó el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del C. C. A., y previó el término de caducidad de 5 años para las acciones ejecutivas derivadas de providencias judiciales. Así, con fundamento en la figura de la analogía consagrada en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, esta Corporación explicó que, a pesar de que la Ley 446 de 1998 no señaló el término de caducidad respecto de los procesos ejecutivos contractuales, lo cierto es que, como el artículo 44 ibídem previó el término de 5 años para las acciones ejecutivas derivadas de providencias judiciales, dicha disposición resulta aplicable a los títulos ejecutivos contractuales. Cabe precisar que, en los casos en que el título ejecutivo hubiere nacido a la vida jurídica antes del 8 de julio de 1998, resultará aplicable el término de prescripción de 10 años previsto en el artículo 2536 del C. C., sin reforma; y aquellos que se originaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, tendrán un término de caducidad de 5 años. En cualquier caso, el término se cuenta a partir del momento en que la obligación sea exigible.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2008, Exp. 08001-23-31-000-2007-0860-01\(35.823\). M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

### 4. CLÁUSULA DE CADUCIDAD EN CONTRATO DE CONSULTORÍA

La Sala decretará la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, toda vez que un análisis normativo preliminar (*prima facie*) conduce a precisar que la imposición de la caducidad, en los términos contenidos en las Resoluciones Nos. SSPD - 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD - 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios evidencia una manifiesta infracción del artículo 14 de la ley 80 de 1993, puesto que se trata de una norma de orden público, en desarrollo del principio de legalidad de las funciones y atribuciones de la administración pública, que regula una potestad sancionatoria (inhabilidad del contratista) y que, por consiguiente, su interpretación debe hacerse desde la panorámica de una hermenéutica restrictiva, so pena de vulnerar el derecho constitucional al debido proceso. En efecto, la sola comparación (confrontación directa) de los actos demandados con el mencionado texto legal, conduce a afirmar que, en el caso concreto se estaría ante una falta de competencia por razón de la materia (*ratione materiae*), por parte de la entidad pública

contratante, ya que de la simple lectura del artículo 14 de la ley 80 de 1993, se desprende una manifiesta o palmaria infracción con el referido precepto legal, puesto que en relación con el contrato de consultoría no existe habilitación legal expresa que permita ejercer la potestad excepcional de la caducidad del contrato.

La prueba al menos sumaria del perjuicio, se desprende de la declaratoria de caducidad, que consagra el numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, constituyendo el elemento formal, puesto que esa específica circunstancia acreditaría por sí sola, el eventual perjuicio patrimonial y jurídico que se acarrearía a la sociedad demandante con la ejecución de los actos demandados.

[Sentencia de 1 de diciembre de 2008, Exp. 25000232600020070053301\(35.827\). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

#### **5. FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN**

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección. Pero, cuando el Estado no ha intervenido directamente en la causación del daño ni el mismo le es imputable por omisión, como en los eventos en que la protección requerida por la persona o que en razón de sus circunstancias particulares debía brindarle aún sin requerimiento previo, ha considerado la Sala, con fundamento en el criterio de la falla relativa del servicio, o mejor de la relatividad de las obligaciones del Estado, que no le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas cuando son causados por los particulares, en consideración a que las obligaciones del Estado están limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que “nadie está obligado a lo imposible”. No obstante, cabe destacar que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa el incumplimiento de sus obligaciones, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían. En el caso concreto, si bien no está demostrado que la muerte del Senador Manuel Cepeda hubiera sido causada por servidores estatales, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, ese daño resulta imputable a la entidad demandada porque incurrido en omisión en la prestación del servicio de vigilancia y seguridad que demandó la víctima. Considera la Sala que conforme a las pruebas que obran en el Exp., el Senador requirió en forma pública, en reuniones y a través de la Comisión Interamericana protección para su vida y la de los demás miembros del Partido Comunista y de la Unión Patriótica, pero el Estado no adelantó ninguna medida eficaz.

[Sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 250002326000199612680-01 \(20.511\) M.P. RUTH STELLA CORREA P.](#)

\* Con aclaración de voto del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO.

#### **6. a) PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA POTESTAD SANCIONATORIA CONTRACTUAL**

El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado. Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la

Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad. En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad. Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el *ius puniendi* del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad. La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos. Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa -salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes.

#### **b). GRADUACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: *una*, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y *otra* hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que

actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño.

[Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Exp. 68001-23-31-000-2081-01 \(17.009. M.P. ENRIQUE GIL BOTERO\)](#)

## SECCIÓN CUARTA

### 1. PROFESIONALES DEL CAMBIO DEBEN ABRIR CUENTAS CORRIENTES PREVIAMENTE A LA INSCRIPCIÓN EN EL RUT

Se demandó la nulidad de la Resolución 396 de 20 de enero de 2005 y de los artículos 2[lit e] y 3[lit d] de la Resolución 3416 de 10 de abril de 2006 de la DIAN, por las cuales la demandada fijó los requisitos y condiciones para la autorización como profesionales de compra y venta de divisas antes de su inscripción en el RUT y para el ejercicio de la actividad.

Con base en las normas cambiarias y tributarias, la DIAN expidió la Resolución 396 de 2005, en la cual fijó como requisito para obtener y mantener la autorización como profesionales del cambio, en forma previa a la inscripción en el RUT, allegar la constancia de apertura y vigencia de una cuenta corriente (artículo 3 -d). Tal exigencia no es ilegal, pues, por el contrario, tiene pleno sustento en el artículo 75 [2] de la Resolución 8 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Resolución Externa 6 de 2004, que asigna a la DIAN la competencia para fijar los requisitos y condiciones que deben cumplir los profesionales del cambio para registrarse en el RUT de la entidad, que, se reitera, es el único mecanismo para identificar, ubicar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la DIAN. Además, el acto acusado también se sustenta en las normas legales y reglamentarias que atribuyen a la DIAN la obligación de llevar el RUT, dentro del cual se incorporan los profesionales del cambio y que dan a dicho registro el carácter de requisito previo para que tales profesionales puedan ejercer su actividad económica. Por su parte, la Resolución de la DIAN 3416 de 10 de abril de 2006, fue expedida con fundamento en el artículo 75 [2] de la Resolución 8 de 2000, modificado por el artículo 3 de la Resolución Externa 4 de 2005, en consecuencia, cabe el mismo análisis que el efectuado en relación con la Resolución 396 de 2005. de otra parte, no es cierto que los profesionales del cambio no puedan cumplir la exigencia de abrir una cuenta corriente en una institución financiera nacional, pues, el requisito de la apertura de la cuenta corriente y mantenimiento de la misma, no es una arbitrariedad de la DIAN por el hecho de que dude de los profesionales de compra y venta de divisas, sino una medida que guarda perfecta armonía con la norma de la Junta Directiva que, por razones de control, obliga a tales profesionales a pagar en cheques las operaciones que excedan de cierto monto, medida que, a su vez, persigue el interés general. NO SE ACCEDIÓ A DECLARAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS.

[Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Exp. 11001-03-27-000-2006-00001. M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

**2. DEBE DEMANDARSE LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN JUNTO CON EL AUTO INADMISORIO DEL RECURSO PARA QUE SE PUEDA ESTUDIAR EL FONDO DE LAS PRETENSIONES**

La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN inadmitió el recurso de reconsideración y el que lo confirmó.

El artículo 138 del Código Contencioso Administrativo ordena demandar el acto definitivo y los que lo modifiquen o confirmen en la vía gubernativa. Aunque el auto que inadmite la reconsideración no resuelve el recurso administrativo puesto que no lo modifica, confirma o revoca, también debe demandarse pues sólo así la jurisdicción puede resolver sobre su legalidad como requisito previo para analizar el fondo de la controversia tributaria y la configuración o no del silencio administrativo positivo. Así lo señaló la Sala en sentencia de junio 14 de 2007, Exp. 14589, M.P. Héctor J. Romero Díaz, para que el juez administrativo se pronuncie sobre la legalidad del auto que inadmitió el recurso de reconsideración, y posteriormente pueda estudiar el fondo de las pretensiones de la parte actora, o declarar la ocurrencia del silencio positivo, se deben demandar tanto el acto definitivo como el auto inadmisorio del recurso. En el caso concreto, la parte actora solicitó la nulidad del acto que inadmitió el recurso y del que lo confirmó, y como restablecimiento del derecho que se declare que éste fue presentado en tiempo y que al no haber sido resuelto por la Administración dentro del término legal operó el silencio administrativo positivo, sin demandar la Liquidación Oficial de Revisión, acto que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda seguiría jurídicamente vivo y por ende de obligatorio cumplimiento para la Administración y el Contribuyente. En tales condiciones se evidencia la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque estos actos, al ser de trámite, no son susceptibles de ser demandados por sí solos, situación que no advirtió el Tribunal al admitir la demanda ni al decidir mediante sentencia de mérito. En efecto, se requiere para su conocimiento ante la jurisdicción que junto con ellos se acuse el acto definitivo, esto es, la Liquidación Oficial de Revisión, puesto que constituyen una unidad inseparable en la medida en que, aún anulado los primeros, no es posible estudiar de fondo el último, toda vez que siendo la justicia contencioso administrativo rogada, el juez no puede pronunciarse sobre su legalidad y en consecuencia seguiría estando vigente en el ordenamiento jurídico.

[Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Exp. 25000-23-27-000-2004-00484-01\(16380\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

**3. EL MINISTERIO DE TRANSPORTE TENÍA FACULTADES PARA DETERMINAR EL AVALÚO COMERCIAL PARA EFECTOS DEL IMPUESTO DE VEHÍCULOS**

El Distrito Capital de Bogotá solicitó la nulidad de la resolución 575 de 11 de marzo de 2004 por la cual se modificó la Tabla 1 contenida en la Resolución 010100 de 28 de noviembre de 2003, ambas del Ministerio de Transporte.

En el artículo 1 de la Resolución acusada, expresamente se indicó que era objeto de modificación la tabla 1 que atañe a la marca, línea, cilindraje y grupo en que se clasifican los vehículos objeto del gravamen. Así, la reclasificación efectuada a través del dicho acto, no tiene el alcance para variar el valor determinado como avalúo comercial por tratarse de aspectos distintos aunque relacionados por el hecho que intervienen en la liquidación del tributo. Esa corrección se ajusta a la oportunidad que tiene la Administración de revisar la legalidad o conveniencia de los actos que expide y en consecuencia, corregir en lo posible, las irregularidades en que hubiere incurrido. De tal manera que con la modificación efectuada a la tabla 1 a través del acto acusado, el Ministerio no desconoció el artículo 143 de la ley 488 de 1998, por cuanto cumplió con el término allí ordenado, al expedir la resolución 010100 de 28 de noviembre de 2003 de la cual hace parte la tabla 2, en que se fijó el avalúo comercial que equivale a la base gravable y no sufrió modificación alguna. De otra parte, el artículo 363 de la Constitución Política al indicar los principios del sistema tributario, prevé que las leyes tributarias no se aplican con retroactividad. Tal precepto se refiere a las leyes que crean impuestos y la resolución acusada no sólo no tiene tal carácter sino que además,

expresamente dispuso en el artículo tercero que regía a partir de la fecha de su publicación por lo cual carece de sustento el cargo.

[Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Exp. 11001-03-27-000-2004-00069-00\(14801\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ \(E\)](#)

#### **4. LAS DECLARACIONES DE CORRECCIÓN QUE AUMENTAN SALDOS A FAVOR DEBEN SER PRESENTADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN SO PENA DE SER INEFICACES**

La actora demandó los actos que modificaron la declaración del Impuesto sobre las Ventas del tercer bimestre de 1999 para que se anule el rechazo de imputación del saldo a favor y la sanción por inexactitud.

Si el contribuyente pretende corregir la declaración para aumentar el impuesto o disminuir el saldo a favor, el mecanismo idóneo es radicarla ante las entidades bancarias, dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para declarar y antes de que se le haya notificado requerimiento especial o pliego de cargos en relación con el denunciado que corrige, con la liquidación de la sanción por corrección [artículos 588 y 644 del E.T.]. En cambio, si la corrección de la declaración tributaria implica una disminución del valor a pagar o un aumento en el saldo a favor, se debe acudir a lo regulado en el artículo 589 del Ordenamiento Tributario Nacional que dice que se elevará solicitud a la administración de impuestos y aduanas correspondiente, \*(dentro de los dos años)\* (hoy un año) siguientes al vencimiento del término para presentar la declaración. La Sección ha considerado que si el contribuyente equivocadamente presenta la declaración en bancos y la anexa a la petición, la Administración debe tomarlo como un proyecto de corrección y proceder a su respectivo estudio, sin que sea causal para su rechazo. Así las cosas, se trata de una norma procesal, de orden público y de obligatorio cumplimiento, motivo por el cual no es dable que el contribuyente la desconozca y acoja el camino que se adapte a su conveniencia, pues precisamente el legislador en este tipo de correcciones que implican un menor margen de contribución al sostenimiento del erario público, obliga a que el ente fiscal emita un pronunciamiento a través de una liquidación oficial de corrección o se oficialice el proyecto de corrección si ocurre el fenómeno del silencio administrativo positivo, pasados seis meses de la petición, sin que se haya decidido, que por sus características meramente formales, descartan cualquier tipo de tacha de fondo sobre los rubros corregidos, lo que va de la mano de un mayor término de revisión que se cuenta a partir de su solemnización en cualquiera de las dos formas señaladas.

[Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Exp. 25000-23-27-000-2003-02091-01\(16451\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

### **SECCIÓN QUINTA**

#### **1. LA CAUSAL DE INHABILIDAD PARA SER DIPUTADO DERIVADA DEL VÍNCULO CON “FUNCIONARIO” QUE HAYA EJERCIDO AUTORIDAD NO SE CONFIGURA CUANDO EL VÍNCULO DEL ELEGIDO ES FRENTE A MIEMBRO DE CORPORACIÓN PÚBLICA (Rectificación jurisprudencial)**

Se cuestiona la legalidad del acto que declaró la elección del señor Jorge Felipe Carreño Sánchez como Diputado de la Asamblea del Departamento del Meta (2008-2011) porque se encontraba inhabilitado por ser hermano del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez, quien dentro de los 12 meses anteriores a su elección ejerció como Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio, hecho que, según plantea, implicó para este último el ejercicio de autoridad civil y administrativa en el Departamento del Meta.

Según el criterio sostenido en las sentencias proferidas el 6 de abril de 2006 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con intervención de conjuez (exps. 3765 y 3859), la expresión “*funcionario*” comprende todas las personas que ejercen funciones públicas y que, por tanto, su concepto es sinónimo al de servidor público. Se llegó a esa conclusión luego de revisar el alcance que a esa expresión le dio el propio Constituyente al emplearla para referirse a los miembros de las corporaciones públicas (arts. 174, num. 4°, 180, par. 2°, 235, 260 y 208) y a los servidores públicos en general (arts. 268, num. 8°, 277 y 278). Y, también, por el sentido con que esa expresión fue

usada, para referirse a los servidores públicos, en el lit. e) del art. 71 de la Ley 2001 de 1999, cuya constitucionalidad fue examinada en sentencia C-222 de 1999 de la Corte Constitucional.

No obstante, esa interpretación de la expresión “funcionario” no ha sido objeto de reiteración por ninguna de las Salas del Consejo de Estado, no se acoge en esta oportunidad para comprender su alcance en la inhabilidad que para ser Diputado prevé el num. 5 art. 33 Ley 617 de 2000. Con ese fin, se retoma la jurisprudencia anterior que fijó, con alcance más restringido, el sentido de tal vocablo en la redacción de la misma causal de inhabilidad, tanto para Gobernadores (num. 5° art. 30 de la Ley 617 de 2000) como para Congresistas (num. 6° art. 179 de la Constitución Política).

En el caso de la causal de inhabilidad para Gobernadores por vínculo con funcionario que haya ejercido autoridad, esta Corporación sostuvo que la expresión “funcionario” comprende las categorías de “empleado oficial” y de “trabajador oficial” (sentencia Sección Quinta de 29 de abril/05, exp. 3182) y, tratándose de esa misma inhabilidad, pero para el caso de los Congresistas, señaló que el concepto de “funcionario” excluye la categoría de “miembros de corporación pública” (sentencia Sala Plena Contenciosa de 20 de marzo/01, exp. PI-12157). Lo anterior luego de advertir, que tanto la Constitución como la ley emplean con diferentes sentidos la expresión “funcionario” y que, de acuerdo con el art. 125 constitucional, los servidores públicos sólo admiten ser clasificados como “empleados públicos”, “trabajadores oficiales” o “miembros de corporación pública”, categorías excluyentes entre sí.

De manera que, de conformidad con la tesis interpretativa que ahora se reitera, adoptada respecto de causales de inhabilidad de idénticos tenor literal y contexto normativo a la invocada en este caso, es claro que la inhabilidad para ser Diputado derivada del vínculo con “funcionario” que ha ejercido autoridad, no comprende el vínculo con miembro de corporación pública, como es el caso del concejal (art. 123 superior), pues éste no es funcionario, según el sentido con que fue concebido ese término en la redacción de la norma invocada. En consecuencia, se confirma la sentencia denegatoria de pretensiones proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

[Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Exp. 50001233100020080000602. M.P. MAURICIO TORRES CUERVO.](#)

\* Con salvamento de voto de la Consejera MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN.

## **2. INHABILIDAD DE CONCEJAL POR INTERVENCIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO CON ENTIDAD PÚBLICA COMO MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA COOPERATIVA**

El problema jurídico se centra en resolver si los contratos estatales celebrados por la Cooperativa representada legalmente por el cónyuge de quien luego fue elegida Concejal, y la circunstancia de que ella misma, durante el período inhabilitante ostentara la condición de asociada de la Cooperativa y de miembro del Consejo de Administración, configuran o no inhabilidad por intervención en la celebración de contratos.

Las Cooperativas de Trabajo Asociado tienen como objetivo la producción y distribución de bienes y servicios para sus asociados a través de la generación y mantenimiento de trabajo para los mismos. Las personas afiliadas a la cooperativa son, a la vez, asociados, aportantes y gestores de la empresa. La calidad de asociado y de gestor les otorga el derecho de participar en la administración de la cooperativa por medio del desempeño de cargos sociales. Así, entre otras cosas, pueden participar en el consejo de administración, que es el cuerpo permanente de gestión o de administración de la cooperativa, cuyas atribuciones, de conformidad con la ley, serán las consagradas en el respectivo estatuto, las cuales tendrán como criterio orientador el cumplimiento del objeto social de la cooperativa (Arts. 4, 23, 26, y 35 de la Ley 79/88 y art. 3 Dec. 4588/06).

El consejo de administración cumple funciones administrativas que buscan la realización del objeto social de la cooperativa, la producción de bienes y servicios para los asociados. Cumplir estas actividades le implica injerencia en la gestión social de la cooperativa, pues, a pesar de que el consejo de administración no la representa y su gestión no tiene eficacia frente a terceros, como si ocurre con el gerente, es el órgano de administración permanente y de intermediación entre la asamblea general y el gerente. Así mismo, sus decisiones deben ser cumplidas por el representante legal como lo establecen los arts. 35 y 37 de la ley 79/88. De manera que cuando un asociado es miembro del consejo de administración, órgano permanente de administración de la cooperativa,

ejerce influencia en la gestión que el gerente ejecuta no solo de las decisiones de la asamblea general, sino también de las del consejo de administración.

La Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT celebró para le época prohibida para la candidata al Concejo contrato con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja. La señora Ortiz Calao, dentro del período inhabilitante, ostentó la condición de asociada y de miembro del Consejo de Administración de esa Cooperativa. Está probado que, además, su cónyuge, durante ese mismo periodo, fue Gerente de la Cooperativa en cuestión.

La Sala concluye que la señora Ortiz Calao, en su condición de asociada y como integrante del Consejo de Administración de la cooperativa -órgano permanente de administración-, participó en la consolidación del señalado negocio. Época en la cual, además, su cónyuge se desempeñó como gerente. Esta es razón suficiente para afirmar que la demandada se benefició particular y personalmente con la situación aventajada respecto de los demás candidatos que participaron en la contienda política al Concejo Municipal de Barrancabermeja. El objeto del contrato que celebró la Cooperativa fue suministrar personal a la citada entidad pública, situación que propició el favorecimiento de su campaña.

La circunstancia de que el cónyuge de la demandada tuviera la condición de representante legal de la cooperativa durante el tiempo en que fue suscrito el contrato y, en especial, el hecho de que el cargo de gerente se encontrara legal y estatutariamente supeditado a las decisiones que tomara el órgano de administración permanente del cual precisamente ella formaba parte, permiten, a juicio de la Sala, concluir que, en efecto, la entonces candidata al Concejo Municipal de Barrancabermeja intervino en la celebración de ese contrato, dada la condición bajo la cual ella fungía en el seno de la cooperativa como asociada y como fundadora y miembro del consejo de administración, que le concedían influencia en las actuaciones de la cooperativa, poniéndola en situación de ventaja en relación con los demás candidatos al concejo. La demandada entonces estaba inhabilitada para ser elegida como Concejal del Municipio de Barrancabermeja y, por ende, se revoca la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declara la nulidad de la elección.

[Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Exp. 68001231500020070068401. M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### **1. APORTES PATRONALES DEL SGP DE LA NACIÓN A CAJANAL EN NOMBRE DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES SON REMANENTES DE LA LIQUIDACIÓN Y DEBEN DESTINARSE AL FOPEP O AL FONDO DE RESERVAS DE BONOS PENSIONALES**

De la liquidación de CAJANAL S.A. EPS resultaron recursos que excedían los aportes patronales que debía destinar la Nación a esa entidad, en nombre de las entidades territoriales. El Ministro de la Protección Social consultó sobre la naturaleza de esos excedentes y su destinación. Consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil que los recursos que excedieron el monto de los aportes patronales que la Nación debía pagar en nombre de las entidades territoriales y sus descentralizadas al sistema de seguridad social en salud, nunca fueron recursos de ese Sistema. En consecuencia, dentro del proceso de liquidación de CAJANAL S.A. EPS son remanentes que el Gobierno Nacional, por un decreto complementario, puede destinar al FOPEP o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, de acuerdo con lo autorizado por el decreto ley 254 de 2000 y la ley 1105 de 2006, en armonía con el artículo 20 del decreto 4409 de 2004. La ley 715 de 2001 regula todos los aspectos presupuestales, contables y de ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones dentro de cada vigencia fiscal. Los recursos excedentes de la liquidación de CAJANAL S. A. EPS están sujetos a la regulación propia de ese proceso liquidatorio, dentro del cual, las entidades territoriales y sus descentralizadas concurrían como los demás acreedores y al no hacerlo, tales recursos deben ser destinados conforme a lo establecido en el decreto ley 254 de 2000 y la ley 1105 de 2006. La destinación que el Gobierno Nacional dé a los remanentes de la liquidación de la sociedad Cajanal S.A. EPS, se regirá por las normas que regulan el FOPEP o el Fondo de Reservas de Bonos Pensionales. [Concepto 1905 de 9 de octubre de 2008. Solicitante: Ministerio de la Protección Social. Autorizada la publicación el 20 de noviembre de 2008. M.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.](#)

## **2. FUNDACIONES U ORGANISMOS SIN ÁNIMO DE LUCRO PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS DIRECTOS O DE SELECCIÓN ABREVIADA CON ENTIDADES TERRITORIALES PARA IMPULSAR PROYECTOS EDUCATIVOS EN BENEFICIO DE LA POBLACIÓN VULNERABLE**

El Ministro del Interior y de Justicia consultó sobre la viabilidad jurídica de que las entidades territoriales celebren contratos con fundaciones u organismos sin ánimo de lucro, por vía de la contratación directa o la selección abreviada, para ejecutar proyectos de formación integral educativa para la población vulnerable, a lo que la Sala contestó que sí, siempre y cuando se cumpla con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política y en sus decretos reglamentarios, es decir, que se busque “impulsar programas y actividades de interés público” y en general se reúnan las condiciones, fines y requisitos relacionados en las normas que lo desarrollan. En caso contrario, deberá estarse a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas especiales para cada caso planteado en la solicitud de consulta, esto es, población desplazada, desmovilizados, personas amenazadas, reinsertados y madres cabeza de familia.

[Concepto 1911 de 25 de septiembre de 2008.. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 2 de diciembre de 2008. M.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO](#)

## **3. LOS TRABAJADORES OFICIALES DE LA EXTINTA ECOSALUD CONTINÚAN VINCULADOS A ETESA POR EL MISMO CONTRATO DE TRABAJO, SIN DERECHO A LOS BENEFICIOS DE UNA CONVENCIÓN COLECTIVA QUE NO ESTA VIGENTE**

De conformidad con el Decreto 1100 de 2001, que reglamentó la liquidación de ECOSALUD S.A., ETESA debía asumir los pasivos laborales de aquella. Algunos ex trabajadores de ECOSALUD fueron beneficiados con sentencias judiciales que ordenaban su reintegro en las mismas condiciones a ETESA; éstos reclaman los beneficios reconocidos en una convención colectiva que estuvo vigente durante el año 2001 y se han negado a suscribir nuevos contratos de trabajo con ETESA. La Sala de Consulta y Servicio Civil consideró que los contratos de trabajo con los cuales la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, debe cumplir las órdenes judiciales de reintegro de los ex trabajadores oficiales de ECOSALUD, son los mismos que estaban vigentes al momento de su retiro y que no es procedente incorporar en ellos los beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre ECOSALUD y SINTRAECOSALUD el 21 de diciembre de 2000, cuya vigencia terminó el 31 de diciembre del 2001.

[Concepto 1923 de 6 de noviembre de 2008. Solicitante: Ministerio de la Protección Social. Autorizada la publicación el 1° de diciembre de 2008. M.P. GUSTAVO APONTE SANTOS](#)

## **4. CONCEJO DE BOGOTÁ PUEDE CREAR LA AUDITORIA FISCAL DE LA CONTRALORÍA DISTRITAL, SIN PERJUICIO DE LAS ATRIBUCIONES DE LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

El Ministro del Interior y de Justicia consultó sobre la posibilidad de que el Concejo de Bogotá cree un órgano denominado auditoría fiscal ante la Contraloría de Bogotá y si éste podría coexistir con la Auditoría General de la República. La Sala consideró que el Concejo Distrital de Bogotá, D.C., a iniciativa del Alcalde Mayor, tiene competencia para crear en la estructura del Distrito un órgano de control denominado Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, D.C. y/o reglamentar su organización. Para el efecto, deberá considerarse que el control fiscal es una función pública, que debe ser ejercido por órganos de carácter técnico con autonomía administrativa, presupuestal y jurídica. Del mismo modo, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 105 del decreto con fuerza de ley 1421 de 1993, no fue derogado por el decreto ley 272 de 2000, la Sala advirtió que la declaratoria de inexecutable contenida en la sentencia C-1339 de 2000 de la Corte Constitucional no significa que la función de control fiscal sobre la Contraloría Distrital de Bogotá, D.C. corresponda a la Auditoría General de la República, ya que dicha función según el artículo 105 del decreto 1421 de 1993 se ejercerá por “quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito”, norma que no fue objeto del pronunciamiento de la Corte en la referida sentencia. De esta manera, en punto de las atribuciones asignadas por el legislador a la Auditoría

General de la República y a quien ejerce el control fiscal sobre la Contraloría Distrital de Bogotá, D.C., no existe materialmente una coexistencia de funciones.

Concepto 1926 de 18 de noviembre de 2008. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 1º de diciembre de 2008. M.P. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO.

## NOTICIAS DESTACADAS

### MEDALLA JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ AL MÉRITO JUDICIAL

En días pasados se llevó a cabo la ceremonia de imposición de la condecoración “José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial”, a los servidores de la Rama Judicial que se han destacado por sus excelsos servicios a la Administración de Justicia.

Este Galardón, creado mediante el Decreto 1259 del 27 de julio 1970 y reglamentado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por Acuerdo No. 1360 de 2002, está destinado a exaltar las virtudes y servicios de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, como estímulo a su honestidad, consagración perseverancia y superación.

José Ignacio de Márquez Barreto, Presidente de la República durante el período de 1837 y 1841, fue conocido por su probidad, amor al trabajo y gran responsabilidad. Sobresalió por su oratoria y moderación; es considerado como el más respetuoso de la democracia en su pura esencia, del derecho, la Constitución, las leyes y la filosofía política del “civilismo”. En memoria a ese ilustre Presidente cada año son condecorados los servidores judiciales designados por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en las categorías Oro, Plata y Bronce.

Queremos destacar a los condecorados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que recibieron esta distinción en sus diferentes categorías:

CATEGORÍA ORO, por sus merecimientos excepcionales, la contribución al enriquecimiento de la jurisprudencia y al prestigio de la administración de justicia el Doctor:

- ENRIQUE GIL BOTERO - Presidente del Consejo de Estado.

CATEGORÍA PLATA, por sus servicios eminentes a la causa de la justicia y por su singular consagración al cumplimiento del deber las doctoras:

- BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ - Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia
- CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO - Juez Administrativo del Cesar.

CATEGORÍA BRONCE, fueron honrados por su dedicación continua, su pulcritud y prestancia los doctores:

- DIOMAR CAMACHO MONTES - Magistrada Auxiliar de la Sección Segunda del Consejo de Estado.
- OMAR YESID LLANOS MARTÍNEZ - Escribiente Nominado del Tribunal Administrativo de Bolívar.

### CONSEJO EDITORIAL

ENRIQUE GIL BOTERO  
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT  
PIANETA  
Vicepresidente

### Sala de Gobierno

Marco Antonio Velilla Moreno  
Presidente Sección Primera  
Bertha Lucía Ramírez De Páez  
Presidente Sección Segunda  
Myriam Guerrero de Escobar  
Presidente Sección Tercera  
Héctor J. Romero Díaz  
Presidente Sección Cuarta  
Susana Buitrago Valencia  
Presidente Sección Quinta  
Luis Fernando Álvarez Jaramillo  
Presidente Sala de Consulta

### Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

### Coordinación General

- Marcela Zuluaga  
Secretaría Privada de Presidencia  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- Luisa Fernanda Berrocal  
Jefe de Prensa y Comunicaciones  
Teléfono 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](http://www.consejodeestado.gov.co), opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2008**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escríbanos a: [boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)