



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 5
• Sección Primera	5 - 13
• Sección Segunda	13 - 16
• Sección Tercera	16 - 18
• Sección Cuarta	18 - 24
• Sección Quinta	24 - 26
• Sala de Consulta y Servicio Civil	26 - 28
• Noticias Destacadas	28

Noticias destacadas

XI CONGRESO NACIONAL Y II INTERNACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

EDITORIAL

Los pasados 24, 25 y 26 de junio, la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios - ANDESCO, organizó el XI Congreso Nacional y II Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios en la ciudad de Cartagena, evento que contó con la participación de importantes personalidades del escenario nacional e internacional, y en el que se destacaron temas como el de las implicaciones ambientales y sociales en la prestación de los servicios públicos.

Es importante resaltar la participación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el citado certamen, toda vez que la vinculación de ilustres Magistrados de nuestra Corporación, dio cuenta de los criterios jurisprudenciales que desde la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994 se han proferido, relacionados con la naturaleza, funcionamiento y responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios oficiales, mixtas y privadas.

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta
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. a) No es posible suspender el concurso para la provisión de cargos en la Rama Judicial ni la inscripción extraordinaria en un cargo de carrera en propiedad a quien no participó en la convocatoria abierta para proveerlo.

En el *sub exámine*, el accionante solicita que se ordene al Consejo Seccional de la Judicatura del Quindío - Sala Administrativa, incluirlo en carrera en el cargo de Oficial Mayor en el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia, pues, a su juicio, cumple con los requisitos previstos en el Acto Legislativo 1 de 2008. Además, pidió como mecanismo transitorio hasta que la Jurisdicción Contencioso Administrativa se pronuncie, la suspensión del concurso para proveer dicho cargo. Frente al proceso de selección, se debe aclarar que una vez agotadas dentro del concurso público las etapas de selección y clasificación, se procede a conformar la lista de elegibles, para luego realizar los respectivos nombramientos según el cargo seleccionado [Ley 270 de 1996 (164)]. Toda vez que ninguna de las partes alegó que dentro de trámite del concurso se dieran irregularidades, se puede concluir que éste se adelantó conforme a los parámetros constitucionales, legales y reglamentarios.

Es claro que no es posible la inscripción extraordinaria en carrera para un cargo que se proveerá en propiedad con una de las personas que conforman la lista de elegibles, en la que el demandante no figura, pues, esto implicaría la vulneración de los derechos de quienes concursaron y aprobaron las etapas del concurso. En conclusión, frente a la solicitud de suspensión del concurso, se observa que ya está conformada la lista de elegibles y que el actor no puede aspirar a ocupar un cargo de carrera en propiedad, toda vez que no participó dentro de la convocatoria abierta para proveerlo.

b) El Acto Legislativo 01 de 2008 excluyó expresamente a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial. Reiteración jurisprudencial.

El Acto Legislativo 1 de 2008 estableció que la Comisión Nacional del Servicio Civil implementaría los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin concurso público previo, a todos aquellos servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o encargados, sin embargo, de dicho beneficio se excluyó a los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política. Al respecto, el artículo 256 de la Constitución Política se refiere a empleados y funcionarios de la Rama Judicial. En efecto, esta Sección en anterior pronunciamiento, concluyó que el Acto Legislativo 1 de 2008 no es aplicable a los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, por tanto, los funcionarios y empleados de la Rama Judicial no pueden ser beneficiarios de inscripción extemporánea en carrera en los cargos de la Rama Judicial.

[Sentencia de 3 de junio de 2009. Exp. 63001-23-31-000-2009-00054-01\(AC\), M.P. Héctor J. Romero Díaz](#)

2. La acción de tutela no es procedente para obtener un reajuste salarial o para modificar el presupuesto general de la Nación.

La acción de tutela es un mecanismo de defensa residual que no sustituye los instrumentos ordinarios previstos por el legislador, a menos que se utilice como medio transitorio para prevenir un perjuicio irremediable. De otro lado, conviene precisar que la Corte Constitucional reiteradamente ha determinado la improcedencia de la acción de tutela para obtener un reajuste salarial o para modificar el presupuesto general de la Nación e incluir nuevas partidas para reajustar los salarios de los servidores públicos, en consideración a que esas competencias han sido atribuidas a otras autoridades. Así, por ejemplo, al Gobierno Nacional le corresponde formular anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones (artículo 346 C.P.) y fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Por su parte, al Congreso de la República le compete aprobar el presupuesto. En efecto, al juez que conoce de la solicitud de amparo no le corresponde interferir, en las decisiones generales que, por mandato de la Constitución Política, corresponden a otras autoridades estatales. Empero, eventualmente, por vía de tutela podrían ampararse los derechos afectados con decisiones generales y abstractas que se materialicen en una situación particular que amenace o viole un derecho fundamental. De modo que, por regla general, la acción de tutela no es procedente para sustituir al Gobierno Nacional en la gestión de formular y aplicar la política fiscal del Estado ni tampoco para interferir en la política salarial y prestacional que compete al Congreso de la República. Menos aún es posible cuestionar las decisiones que se adopten en cumplimiento de esas competencias. De lo contrario, el juez de tutela desbordaría las facultades que le otorga el artículo 86 Superior y desconocería el principio de colaboración que consagra el artículo 113 *Ibidem*. De hecho, la orden de tutela que eventualmente se impartiere para el reajuste salarial y su correspondiente pago, implicaría no sólo la intromisión en las competencias de las demás ramas del poder público, sino que crearía una obligación a cargo del Estado en detrimento de los principios de legalidad y de planificación del gasto. Los decretos que fijan el incremento salarial de los servidores públicos para cada anualidad son actos generales que pueden ser cuestionados por medio de las acciones que el legislador ha previsto: acción de simple nulidad, acción de nulidad por

inconstitucionalidad, etcétera. En esa medida, la acción de tutela no es el mecanismo judicial para obtener el reajuste de los salarios, salvo que la acción se presente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela deberá examinar, en cada caso, los presupuestos para la configuración de un perjuicio de esa naturaleza.

Sentencia de 10 de junio de 2009. Exp.15001-23-31-000-2009-00106-01(AC), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

3. a) El rol que cumplen los Tribunales Contencioso Administrativos dentro del trámite de expropiación previsto en la ley 388 de 1997, es administrativo y no jurisdiccional

La Sala encuentra que el rol que cumplen los Tribunales Contencioso Administrativos dentro del trámite de expropiación previsto en la Ley 388 de 1997 no tiene naturaleza jurisdiccional, al contrario se trata de una actuación administrativa restringida debido a que la conducción de la actuación administrativa está a cargo de una autoridad administrativa de la Rama Ejecutiva del Poder Público, pero por voluntad del legislador la Rama Jurisdiccional se vincula a ella a través de una función notarial para recibir el comprobante del pago y dar fe del cumplimiento de un deber legal de la administración al que se ve avocada por la negativa del interesado en recibir el pago de manos de la administración, todo lo cual viene a desarrollar el principio de colaboración armónica de las Ramas del Poder Público, en atención a que la Rama Judicial colabora con la Rama Ejecutiva para la satisfacción de los intereses generales que de seguro hay detrás de toda expropiación.

b) A las solicitudes presentadas dentro de un trámite expropiatorio, ante el Tribunal Contencioso Administrativo, no puede dársele el tratamiento de una actuación judicial sino de derecho de petición conforme al artículo 23 de la Constitución Política

Tal como se dijo arriba, el rol desempeñado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto al pago efectuado por la Tesorería General de Transmilenio S.A., mediante oficio No. 2005EE4013 del 17 de junio de 2005, corresponde a una actuación administrativa restringida, en atención a que su única función era la de recibir el comprobante del pago y nada más. Al tratarse de una función administrativa, quedaba descartada de plano la posibilidad de que frente a la petición formulada por el apoderado judicial de PFIZER S.A., el 31 de agosto de 2005, corregida luego con la petición del 26 de septiembre del mismo año, el Tribunal pudiera haberle dado el tratamiento de una demanda judicial y por ende haberla rechazado acudiendo a normas del Código Contencioso Administrativo como si se tratara del ejercicio de una competencia jurisdiccional. En efecto, pese a que los escritos del 31 de agosto y 26 de septiembre de 2005 radicados en el Tribunal por el apoderado de PFIZER S.A., guardan cierta similitud formal con una demanda, al contener acápite de pretensiones, hechos, motivos de inconformidad, anexos y notificaciones, no hay duda que ellos no pueden ser calificados como una demanda, no sólo por así haberlo enfatizado el propio abogado, sino también porque allí el mandatario judicial dijo expresamente actuar “dentro del proceso No. 2500023240002005065801, TRAMITE DE PAGO EN EXPROPIACION”, como así lo precisó en el poder respectivo. Estas peticiones fueron presentadas por el apoderado porque entendió, por cierto en forma equivocada, que por virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 70 de la Ley 388 de 1997, al Tribunal Administrativo le correspondía adelantar un trámite administrativo dentro del cual se podía controvertir la eficacia del pago efectuado por la administración y ordenar rehacer el trámite expropiatorio. Aunque el Tribunal advirtió esta equivocación, incurrió en el desacierto de tratar como una demanda lo que apenas sí era una solicitud presentada en ejercicio del derecho de petición frente a una actuación adelantada dentro de un trámite administrativo y no en un proceso judicial, y que ha debido responder de acuerdo con los artículos 23 de la Constitución Política y 5 a 39 del Código Contencioso Administrativo. El anterior error de apreciación, de considerar como demanda lo que apenas era una petición, lo llevó a proferir una decisión que aparentemente corresponde a una providencia judicial, actuando como autoridad jurisdiccional cuando no había lugar a ello, ya que no podía tratar como demanda un escrito que sólo era una petición elevada en

una etapa (depósito de la consignación ante el juez) que se adelantaba dentro de un proceso eminentemente administrativo (expropiación por vía administrativa), que la ley estableció como requisito previo indispensable para que el Registrador de Instrumentos Públicos pueda registrar la titularidad del predio a favor de la entidad expropiante (art. 70, num. 1 de la Ley 388 de 1997). Por lo tanto, en esas condiciones no existía ninguna norma que habilitara al Tribunal para ejercer su función jurisdiccional, menos aún para tornar la naturaleza de una solicitud en demanda, y tampoco proferir una aparente providencia judicial como fue el auto de rechazo de la supuesta demanda. En este orden de ideas, si las peticiones formuladas por el apoderado de PFIZER S.A., el 31 de agosto y el 26 de septiembre de 2005, no eran una demanda, el Tribunal no podía despacharlas como si lo fueran. Por ello, frente al “auto” del 24 de agosto de 2006 concluye la Sala que pese a su apariencia, él no es una providencia judicial porque si bien se cumple el criterio orgánico, el criterio funcional está por completo ausente, en la medida que los Tribunales Administrativos, en lo relativo al comprobante de consignación que se les remite en el curso del trámite expropiatorio tienen una función meramente administrativa, como se dijo, restringida a recibir el comprobante de consignación, nada más.

c) El derecho fundamental de petición se vulnera cuando se desconocen los elementos que lo componen

Ahora, la forma en que fueron resueltas las peticiones presentadas por la sociedad Pfizer S.A., por parte del Tribunal a través de “auto” de 24 de agosto de 2006, desconocieron los elementos que comportan el derecho fundamental de petición, ya que frente a las solicitudes de la sociedad presentadas el 31 de agosto y 26 de septiembre de 2005 no realizó pronunciamiento de fondo y en los términos previstos en la ley, toda vez que las resolvió mediante “auto” de 24 de agosto de 2006 y rechazando sus peticiones, cuando su deber era responderlas dentro de los quince (15) días siguientes a su presentación y manifestando lo que considerara frente a lo solicitado, es decir, si estimaba no tener competencia para decidir respecto a la oposición al pago, o si no existía un procedimiento adicional dentro del trámite de la consignación de la indemnización para el efecto, debió así expresarlo. En consecuencia se amparará este derecho fundamental y ordenará al demandado resolver las solicitudes de la sociedad actora en la forma en que exige este derecho.

[Sentencia de 14 de junio de 2007. Exp. 11001-03-15-000-2007-00489-00\(AC\). M.P.: María Nohemí Hernández Pinzón](#)

*Con salvamento de voto de la Consejera Susana Buitrago Valencia

ACCIONES POPULARES

1. a) Principio de Inmutabilidad o intangibilidad de la sentencia proferida en acción popular. Procedencia de la aclaración de sentencias.

El artículo 309 del CPC al ocuparse de señalar que la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció, consagra lo que se conoce como **principio de inmutabilidad o intangibilidad de la sentencia por el mismo juez que la profirió** en orden a garantizar la seguridad jurídica. Postulado que, por su puesto, es aplicable a los procesos de acción popular, toda vez que en estos con el fallo también se agota el ejercicio de la jurisdicción del Estado en el caso estudiado y por lo mismo no es factible una vez proferido reformarlo, como tampoco revocarlo. Sin embargo, este mismo precepto a continuación advierte que la aclaración de la sentencia es procedente, de oficio o a petición de parte, respecto de los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella, esto es, frente a situaciones derivadas de una redacción ininteligible o ante la falta de claridad. La aclaración de sentencias también se predica, en sede de acciones populares, no frente a simples contradicciones aparentes sino delante de aquellas expresiones o contenidos que puedan dar lugar a interpretaciones encontradas y que sólo el mismo juzgador al definir su sentido correcto pueda

justamente brindar claridad. De modo que este tipo de solicitudes no autorizan al juzgador a variar el fondo de la decisión ya que, como lo ha señalado la jurisprudencia, la facultad de aclarar un fallo es intrínsecamente distinta de la de revocar, reformar o adicionar el mismo fallo. Aclarar, por el contrario, es explicar lo que parece oscuro, y se excedería manifiestamente el juez que a pretexto de hacer uso de aquella facultad, variase o alterase la sustancia de su resolución. De ahí que al juez de la acción popular tampoco le sea permitido formular nuevos razonamientos, reconsiderar o exponer nuevos puntos de vista que supongan una revisión total o parcial de las consideraciones contenidas en la providencia y de esta manera renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo.

b) Sentencias *citra petita*: Adición de sentencias proferidas en acciones populares.

El artículo 311 del CPC pone de presente que la **solicitud de adición** procede cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento. Correctivo jurídico que resulta aplicable a las acciones populares en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 de la ley 472, y que es menester adoptar mediante una **sentencia complementaria**, para que mediante esta se adopte la decisión que dejó de resolverse, y de esta manera se agregue o añada la providencia incompleta. Hay entonces incongruencia por *citra petita* (*Ne eat iudex citra petita partium*) cuando la sentencia omite decidir sobre algunas de las pretensiones formuladas y por ello la doctrina no duda en señalar que el órgano jurisdiccional incumple su oficio, dando lugar al vicio de incongruencia cuando no resuelve todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate. Por lo mismo la adición únicamente es procedente cuando se presentan uno o varios puntos no decididos dentro del pronunciamiento judicial, como sería el caso de la no concesión del incentivo en sentencia favorable en acción popular.

[Auto de 1º de abril de 2009. Exp. 25000-23-26-000-2005-00240-01 \(AP\). M.P. Ruth Stella Correa Palacio](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. NO EXISTE CONFLICTO DE INTERESES CUANDO SE TRATE DE CONSIDERAR ASUNTOS QUE AFECTEN AL CONCEJAL (A SU CÓNYUGE O PARIENTE EN EL GRADO ALLÍ SEÑALADO) EN IGUALDAD DE CONDICIONES A LAS DE LA CIUDADANÍA EN GENERAL

Hecha esa precisión, se observa que tales hechos de la demanda aparecen aceptados por la parte demandada y debidamente acreditados en el plenario, de allí que la cuestión se contraiga a establecer si la condición de empelado de COLANTA que tenía el mencionado hermano, según folios 16 a 18 del expediente, del concejal enjuiciado configuraba o no conflicto de interés que imponía a éste manifestarlo ante la corporación administrativa y ser separado del debate y aprobación del proyecto de acuerdo en mención, presentado por el Alcalde; y si por no haber manifestado ese impedimento ante dicho asunto y participado en el debate y en la votación incurrió o no en la causal de pérdida de la investidura que se le endilga, cual es la descrita en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, la violación del régimen de intereses. Con dicho proyecto se buscaba derogar el artículo 56 del Acuerdo No. 049 de 2006, del pago de impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, a las empresas cuya actividad sea industrial, comercial y/o de servicios, que además generen mínimo cuarenta (40) empleos directos, de los cuales el 70% sean de San Pedro de los Milagros y/o residentes mínimo por tres años (3) años y que en los cargos profesionales el 20% como mínimo, sean del municipio. (...) Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que al tenor de esas disposiciones se desprende que: - El interés que puede

generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; - Se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo en los grados señalados en la última norma transcrita o a socio o socios suyos de derecho o de hecho, y que además, - No se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto. (...) Así las cosas, se evidencia que la situación bajo examen es igual a la de la sentencia citada, por lo cual cabe darla encuadrada en la excepción prevista en el artículo 48, numeral 1, in fine, de la Ley 617 de 2000, esto es, *cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal (a su cónyuge o pariente en el grado allí señalado) o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general,* "no existirá conflicto de intereses", pues el beneficio que el acuerdo en comento genera se da en igualdad de condiciones para todas las empresas, incluyendo las cooperativas que funcionen en el municipio de San Pedro de los Milagros y a sus asociados. Luego la situación personal en que se encontraba el demandado no le implicaba un interés específico o directo sino indirecto en la medida en que su hermano es apenas un trabajador de una de las varias empresas y cooperativas que tienen o pueden tener asiento en el referido municipio. Así las cosas, no se daba respecto de él un conflicto de interés que le impusiera manifestar su impedimento para participar en el trámite y aprobación del proyecto respectivo, de donde no se configura la causal de pérdida de la investidura que se le ha endilgado al encausado. (Se cita en la sentencia un pronunciamiento de la Sección Primera en ese mismo sentido, contenido en la sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente núm. 2006 00033 01, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[Sentencia del 28 de mayo de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2008-00940-01 M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.](#)

2. PROTECCIÓN ESPECIAL DE USO DE NOMBRE COMERCIAL: EL USO PREVIO DEL NOMBRE COMERCIAL EL TEJADITO IMPIDE EL REGISTRO POSTERIOR DE MARCA LOS TEJADITOS

Vista las consideraciones del acto acusado y la sustentación de los cargos de la demanda, el problema central consiste en establecer si la opositora ha hecho uso como nombre comercial de la expresión EL TEJADITO, y si las circunstancias concernientes a dicho uso, en caso de estar acreditado, ameritan o no tal protección que haga irregistrable como marca el signo LOS TEJADITOS para los productos anotados, a fin de lo cual se han de hacer las siguientes precisiones: (...) La normatividad interna y, luego, la de la Comunidad Andina, le han dado protección especial al uso del nombre comercial, independiente de su depósito o registro, de modo que quien se distinga con el mismo en el desarrollo de la actividad comercial o económica a que se dedique, adquiere un derecho que le da prelación frente al uso posterior de ese nombre por otras personas, incluyendo para la configuración de marcas. (...) Según lo pone de presente el Tribunal [de la Comunidad Andina], el uso debe ser previo y no posterior a la solicitud de registro de la marca de que trate el caso concreto, debido al principio de prioridad, y ese uso debe ser probado por quien lo alegue en su favor, pudiendo acudir para ello a los medios de pruebas admisibles en el ordenamiento jurídico interno (...) De lo anterior puede establecerse que la mencionada sociedad sí hizo uso del nombre comercial EL TEJADITO, previamente a la solicitud de la marca solicitada LOS TEJADITOS, y que tal uso está relacionado directamente con el objeto social de la Sociedad: "Elaboración, compraventa y todo lo relacionado con la panadería y sus afines", así como con los productos de la clase 30, en especial los referidos a harinas y preparaciones hechas con cereales. Como quiera que es evidente la semejanza y consiguiente confundibilidad de la marca solicitada LOS TEJADITOS y el nombre comercial EL TEJADITO, tanto que no se discute, y dada la coincidencia en los productos objeto de cada uno, es menester hacer efectiva la prevalencia del derecho de la opositora sobre dicho nombre comercial frente a la marca solicitada, de allí que la Sala encuentra que el acto administrativo enjuiciado está acorde con la normatividad comunitaria invocada como violada, incluso en el aspecto procesal, puesto que se expidió conforme el procedimiento previsto para resolver el asunto, y está debidamente motivado, de modo que no está afectado por los vicios que la actora le endilga en los cargos de la demanda, por lo que se han de negar las pretensiones de ésta.

[Sentencia del 28 de mayo de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2002-00345-01 M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.](#)

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA: NO HAY FALTA ADMINISTRATIVA SIN NORMA QUE LA ESTABLEZCA Y QUE SEÑALE SU SANCIÓN

Por consiguiente, la cuestión a resolver es si el hecho reseñado está o no tipificado como falta administrativa, cuya sanción sea la impuesta y de la competencia de la Superintendencia demandada [de Subsidio Familiar], pudiéndose observar al respecto que en ninguna de las resoluciones que conforman el acto acusado se indica norma que describa o le dé tal carácter de falta administrativa, ni que establezca la correspondiente sanción; ni las normas que se aplican como las reguladoras de la conducta (55, numerales 2 y 4 de la Ley 21 de 1982), la elevan a falta administrativa y menos señalan alguna específica sanción por tal conducta. A ello se agrega que tampoco se indica de manera precisa la disposición de los ordenamientos de la Superintendencia que específicamente violó o desatendió o incumplió el investigado, pues en el pliego de cargos se habla de un requerimiento mediante oficio y en la resolución sancionatoria ya no se hace mención de ese oficio, sino de unas circulares que no se le indicaron en dicho pliego. (...) En desarrollo del principio de legalidad, toda medida punitiva estatal en lo sustancial o material requiere norma jurídica preexistente que tipifique o lo dé carácter de reprehensible a la conducta o hecho por la cual se persiga aplicar una medida de esa clase, y que fije la medida punitiva o sanción a imponer en el caso concreto. No hay falta administrativa sin norma que la establezca y que señale su sanción. Por consiguiente, es cierto, como lo alega el actor, que no aparece en el acto administrativo acusado ni en sus antecedentes dentro de la actuación administrativa que le dio origen, soporte jurídico del carácter reprochable - a título de falta administrativa- de los hechos que sirvieron de motivo a dicho acto administrativo, esto es, enviar un sobre con material publicitario de los servicios que presta una caja de compensación, a una empresa o institución no afiliada a la Caja remisoría de ese material; como tampoco de la sanción impuesta. No se indica norma en la que se encuadre como falta administrativa.

[Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2005-00148-01 M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.](#)

4. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE: EXCESO DEL EJECUTIVO AL ESTABLECER QUE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DEBEN CORRESPONDER AL VALOR DE LA RENTABILIDAD MÍNIMA ESPERADA Y QUE EL NO PAGO DE DICHA RENTABILIDAD GENERE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO SIN DERECHO A INDEMNIZAR

La sumisión del acto administrativo reglamentario a la ley es absoluta y por lo mismo, se trata de decisiones necesitadas de justificación, con posibilidades restringidas en el campo de la regulación, lo cual explica que su ámbito de acción sea restringido y que, por lo mismo, no tengan la fuerza suficiente para derogar, subrogar o modificar un precepto legal, ni mucho menos para ampliar o limitar su alcance o su sentido. Lo anterior explica su carácter justiciable, pues es claro que la administración no puede contradecir los mandatos del legislador, ni suplir la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido. (...). Frente a las objeciones que se formulan a la definición del concepto de rentabilidad mínima contenida en el inciso primero del artículo 3° de la Ley, la Sala comparte el criterio manifestado por el agente del Ministerio Público y los argumentos expresados por la apoderada de la Nación - Ministerio de Salud, en el sentido de que el ejecutivo se encuentra expresamente facultado por el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, para señalar lo que ha de entenderse por rentabilidad mínima esperada, como parámetro para determinar la eficiencia de los concesionarios en la operación y explotación del monopolio. Por lo mismo, al disponer el ejecutivo que la rentabilidad mínima que deben alcanzar los concesionarios del juego de apuestas permanentes representa “[...] el mayor valor que resulte entre el monto mensual y anual que por concepto de derechos de explotación y para el término de

duración de la respectiva concesión, determine el estudio de mercado y el monto equivalente a la liquidación de los derechos de explotación correspondientes al 12% de los ingresos brutos del juego”, no está contrariando ni desconociendo el principio de legalidad. (...). En lo que se refiere a la impugnación del inciso 2° del artículo 3° del Decreto 3535 de 2005, la Corporación es del criterio que el Gobierno Nacional sí se excedió en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, al disponer que los derechos de explotación que deben cancelar los concesionarios del juego de apuestas permanentes, debe corresponder a la rentabilidad mínima esperada. El hecho de que la Ley 643 de 2001 haya considerado la rentabilidad mínima como un parámetro de eficiencia, no quiere decir que ese valor corresponda necesariamente a lo que el concesionario debe pagar por la explotación de este monopolio. Sobre el particular, el artículo 23 del mismo Decreto establece que los concesionarios de esta modalidad de juego están llamados a cancelar mensualmente por concepto de estos derechos el 12% de sus ingresos brutos y no una suma diferente, tal como lo dispuso el ejecutivo. El Gobierno Nacional sobrepasa igualmente el límite de sus potestades reglamentarias, cuando en este inciso establece que la no cancelación de la rentabilidad mínima genera la terminación unilateral del contrato sin derecho a indemnización o compensación, pues el hecho que determina la terminación unilateral de la concesión consiste, según las voces del artículo 24 de la Ley 643 de 2001, en no haber cumplido o podido cumplir con la meta de rentabilidad mínima. En ese sentido, es claro que el ejecutivo fue mucho más allá de lo que el legislador dispuso, al extender la causal de terminación unilateral del contrato de concesión a los supuestos de no cancelación, lo cual desvirtúa, en ese punto, la legalidad del acto reglamentario. El mencionado inciso 2° contrasta efectivamente y de manera notoria con lo preceptuado por el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, en donde se ordena dar por terminada la concesión de manera unilateral, no propiamente cuando se haya omitido el pago, como se dispuso en el acto reglamentario, sino cuando el concesionario no haya cumplido o podido cumplir con esa meta de rentabilidad.

[Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2005-00348 M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.](#)

5. PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ES NECESARIO QUE EN LA DILIGENCIA DE VISITA PARA DETECCIÓN DE ANOMALÍAS SE ENCUENTRE PRESENTE EL CLIENTE O USUARIO DEL SERVICIO Ó QUE LA EMPRESA TOME LAS FOTOGRAFÍAS, VIDEOS O TESTIMONIOS QUE PERMITAN LA VERIFICACIÓN DE LAS IRREGULARIDADES QUE OBSERVE

De las normas transcritas¹ se observa que de la diligencia de visita debe levantarse un acta en la cual se relacionen las anomalías que se detecten, acta que debe ser suscrita por “El Cliente” como se deduce claramente al determinar que en caso de no firmar el acta el “Cliente” se debe dejar constancia de ello; y, no puede ser de otra manera, puesto que el Cliente es finalmente el responsable ante la empresa de servicios públicos. También observa la Sala que para la evaluación y comprobación de las anomalías, se prevé entre otros elementos de comprobación, la existencia de “fotografías, videos y demás medios que comprueben el uso no autorizado o fraudulento del servicio de energía”, lo cual no se tuvo en el presente caso en el cual el procedimiento se limitó a consignar en el acta suscrita por un extraño, completamente ajeno al contrato entre las partes, que se encontraron dos sellos violados en la tapa principal, bajo factor de potencia y medidor no registra por fase T, sin que hubiera existido para el usuario o cliente, forma de comprobar que efectivamente esa era la situación real existente al momento de la visita. Si bien la jurisprudencia de esta Sección ha determinado en otros casos que la responsabilidad en estos casos es objetiva, también ha aceptado que no es así cuando las revisiones se realizan a espaldas del usuario. En efecto, en sentencia del 14 de junio de 2007, en un caso similar, esta Sección manifestó: “La anomalía a que se alude en los actos acusados, fue detectada en los laboratorios de CODENSA el 25

¹ Se citan los artículos 128 a 132 de la Ley 142 de 1994, así como apartes del anexo núm. 1 del Contrato de Condiciones Uniformes de Codensa E.S.P.

de septiembre de 1997, esto es, cuando los equipos no se encontraban bajo la custodia de la actora, de ahí que no pueda aducirse su responsabilidad objetiva máxime si, como ya se dijo, el día en que se produjo el retiro de los mismos no se hizo mención alguna al respectivo”. Argumento similar es predicable en el siguiente caso en el cual, si bien los equipos sí estaban bajo custodia del usuario puesto que se encontraban en el inmueble en el momento de la visita, a nadie diferente del empleado de Codensa le consta que efectivamente presentaban las anomalías anotadas, además de que el contador fue retirado y revisado en los laboratorios de Codensa sin presencia del usuario quien, como se ha reiterado, tampoco estuvo presente en la visita que al parecer fue atendida por alguien que se encontraba ocasionalmente en el lugar. Para la salvaguarda de los derechos de los usuarios es necesario que en la diligencia de visita se encuentre presente el cliente o usuario del servicio ó que la empresa tome las fotografías, videos o testimonios que permitan la verificación de las irregularidades que observe. (Se cita en la sentencia un pronunciamiento de la Sala contenido en la sentencia del 14 de junio de 2007, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

[Sentencia del 28 de mayo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2001-00501-01 M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

6. ES PROCEDENTE EL REGISTRO DE LA MARCA MIXTA SUPER SUPLEX 2 EN 1, EN TANTO QUE EL VOCABLO DESCRIPTIVO “2 EN 1” ES DE USO LIBRE Y SOBRE ÉL NINGÚN EMPRESARIO TIENE DERECHO DE EXCLUSIVIDAD

Debe la Sala determinar si a la luz de los artículos 81, 82 literal a), 83 literal a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la marca mixta SUPER SUPLEX 2 EN 1 registrada a favor de PAPELES NACIONALES S.A. para identificar productos de la categoría 16ª internacional, es confundiblemente semejante a la marca mixta FAMILIA 2 EN 1 registrada previamente por la sociedad PRODUCTOS FAMILIA S.A. y si, por ende, el registro de la primera devenía improcedente. (...) Esta Sala, en Sentencia de 26 de noviembre de 2004, se pronunció acerca de los derechos de exclusividad de la sociedad PRODUCTOS FAMILIA S.A. sobre la marca FAMILIA 2 EN 1 (para identificar productos comprendidos en la categoría 16 internacional) al resolver una acción de nulidad promovida por PAPELES NACIONALES S.A y COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A contra la Superintendencia de Industria y Comercio que perseguía la revocatoria del registro del signo mixto FAMILIA 2 EN 1 por contener una expresión descriptiva. En esa oportunidad, la Sala denegó las pretensiones de la demanda, puntualizando que las normas que regulan la materia prohíben el registro de signos que *consistan exclusivamente* en una expresión o vocablo descriptivo del producto que se pretende identificar, más no el registro de marcas que *contengan* elementos de ese tipo, ya que bajo tales condiciones, el vocablo descriptivo es de uso libre. (...) La Sala encuentra que en las marcas cotejadas el elemento predominante o característico es el denominativo, luego la comparación parte de las similitudes que existan entre los nombres SUPER SUPLEX 2 EN 1 y FAMILIA 2 EN 1; inmediatamente se advierte que la única semejanza existente entre los signos es la expresión 2 EN 1, como quiera que FAMILIA y SUPER SUPLEX son plenamente diferentes y no inducen a confusión auditiva, visual o ideológica. Empero, anteriormente se expuso que el vocablo 2 EN 1 corresponde a una descripción cuantitativa de los productos de la categoría 16ª internacional, de manera que sobre él no recae derecho de exclusividad y cualquier empresa puede usarlo libremente dentro de un conjunto marcario que comprenda elementos de carácter distintivo. (Se cita en la sentencia un pronunciamiento de la Sección Primera en ese mismo sentido, contenido en la sentencia del 26 de noviembre de 2004, proferida en el expediente núm. 11001 0324 000 1999 05824, con ponencia del Magistrado Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)

[Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2001-00374 M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

7. FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA REGLAMENTAR EL TÍTULO DEL CÓDIGO DE COMERCIO SOBRE CÁMARAS DE COMERCIO CUMPLIDA A TRAVÉS DEL DECRETO 898 DE 2002: EXCESO EN DICHA FACULTAD AL ESTABLECER EN EL ARTÍCULO 12 DEL DECRETO UN REQUISITO NO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 85 DE ESA CODIFICACIÓN

Si bien es cierto que la función de expedir códigos corresponde al Congreso de la República en virtud del numeral 2 del artículo 150 de la Constitución Política, ello no significa que éstos no puedan ser reglamentados por el Presidente de la República, como complemento necesario para que la ley se pueda ejecutar sin ser transgredida. En el presente caso la controversia se contrae a dilucidar si las disposiciones acusadas están incursas en las causales de nulidad por violación de normas superiores, esto es, por exceder la potestad reglamentaria. (...) Ahora bien, en relación con el artículo 12 acusado del Decreto 898 de 2002 en la parte que dice *“El matriculado o afiliado, según sea el caso, para ser elegido como directivo deberá tener dicha calidad, durante los dos (2) años calendario anteriores al año en que se realice la elección”*, la Sala considera como lo hizo el Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, que esta disposición impone un requisito que no contempla el artículo 85 del C.Co., por lo tanto el Gobierno Nacional se excedió en la potestad reglamentaria por consiguiente este aparte será declarado nulo y por lo tanto a ningún aspirante a director se le puede exigir este requisito. (...) Conforme a lo expuesto, para la Sala es claro que el Presidente de la República al expedir el decreto acusado, simplemente ratificó y en otros casos precisó sin transgredir las normas superiores unos parámetros para desarrollar las funciones que por su naturaleza le corresponden a las cámaras de comercio; con excepción del párrafo segundo del artículo 12 acusado del Decreto 898 de 2002, con la expedición de las demás disposiciones acusadas no se encuentra modificación, interpretación o derogación de los artículos del Código de Comercio que se consideran violados, porque no amplían, ni limitan ni contrarían la letra ni el espíritu de las normas superiores reglamentadas.

[Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2004-00431-01 M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.](#)

*Salvamento parcial de voto: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

8. NO VULNERA NINGUNA NORMA SUPERIOR EXIGENCIA CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN 2949 DE 2003 DEL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, CONSISTENTE EN APORTAR CON LA SOLICITUD DE RECOBRO ANTE EL FOSYGA LA PRIMERA COPIA DEL FALLO DE TUTELA CON LA CONSTANCIA DE EJECUTORIA Y EL CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL CON UNA VIGENCIA NO SUPERIOR A 30 DÍAS DE LA FECHA DE LA SOLICITUD

Sobre el particular, la Sala considera que no le asiste razón al demandante, ya que la exigencia del requisito en cuestión propende por la protección de los recursos del FOSYGA, que tienen carácter público, la que podría verse afectada de aceptar como documento para el pago del recobro la simple copia del fallo de tutela, sin la constancia de ejecutoria, en cuanto podría darse el evento de que en primera instancia el fallo de tutela ordene, por ejemplo, el suministro de un medicamento por el resto de la vida del paciente y apelada la sentencia por la empresa promotora de salud superior la revoque, razón por la cual esta última entidad sólo tendría derecho a recobrar el valor del medicamento que suministró durante el lapso que duró el trámite de la tutela, tiempo que sólo podría verificar el FOSYGA con la constancia de ejecutoria del fallo de primera instancia. En el segundo cargo se aduce la violación de los artículos 1º, 13 y 16 del Decreto Ley 2190 de 1995 (...). Frente al primer precepto transcrito la Sala observa que lo que exige la norma acusada no es el original del fallo de tutela autenticado, sino la primera copia con la respectiva constancia de ejecutoria, a la cual no se le puede otorgar el carácter de reconocimiento judicial, sino simplemente el del efecto que persigue, esto es, el de poder hacerlo efectivo, para el caso ante el FOSYGA. (...) Respecto del artículo 13 del Decreto Ley 2150 de 1995, el demandante considera que se violó al exigir la Resolución parcialmente acusada el certificado de existencia y representación legal para que pueda hacerse el recobro ante el FOSYGA, pues dice que tal documento está en poder del Ministerio de la Protección Social. Para despachar desfavorablemente el cargo, la Sala pone de presente que si bien es cierto que el certificado

de existencia y representación legal de la entidad que efectúa el recobro (EPS o EOC) lo tiene el Ministerio de la Protección Social, también lo es que no necesariamente lo tiene que tener actualizado, pues la respectiva entidad pudo tener algún cambio, por ejemplo, haber entrado en disolución y liquidación o haber cambiado el representante legal y, de ahí, que se exija que dicho certificado tenga una vigencia no superior a treinta (30) días a la de la fecha de radicación de la solicitud de recobro, lo cual tiene también su razón de ser en la protección de los recursos públicos que maneja el FOSYGA. (...) Concluye esta Corporación que tanto la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria como el certificado de existencia y representación legal con una vigencia no superior a 30 días de la fecha de solicitud del recobro no vulneran las disposiciones citadas por la actora, pues su razón de ser no es otra que otorgar convencimiento al FOSYGA de que los pagos que va a efectuar por concepto de recobro están respaldados por una decisión judicial en firme y que quien solicita el recobro es el titular del derecho, lo que garantiza que los recursos públicos que están a su cargo no sean malversados y sean destinados a la finalidad para la cual fueron dispuestos.

[Sentencia del 18 de junio de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2004-00410-01 M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.](#)

9. ES PROCEDENTE EL REGISTRO DE LA MARCA “RADIANT” EN ATENCIÓN A QUE LAS MARCAS Opositoras -RADIANCE Y RADIANTE- FUERON SOLICITADAS Y REGISTRADAS CON POSTERIORIDAD A LA PETICIÓN DE REGISTRO DE AQUELLA /APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Al respecto, a la Sala no le deja duda alguna que entre las marcas registradas “RADIANCE” de JOHNSON & JOHNSON y “RADIANTE” de la sociedad UNILEVER PLC., frente a “RADIANT” de la actora, todas para amparar productos de la clase 3ª, existe identidad ortográfica y fonética, que por ser tan obvia no requiere de mayor análisis. (...) Por consiguiente, debe concluirse que si se permite la coexistencia de las tres marcas en el mercado, es muy posible que se cree riesgo de confusión para el consumidor medio al generarle error en la escogencia de sus productos y/o en la identificación del origen empresarial de los mismos. (...) No obstante, para la Sala lo relevante en este debate son dos aspectos básicos que deben analizarse, a saber: la prioridad de la solicitud y la legitimación de las observaciones, para efectos de determinar si el signo “RADIANT” cumple con los requisitos de novedad, visibilidad y distintividad previstos en el artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y, si la misma, no se encuentra incurso en las prohibiciones contenidas en el artículo 58 de la citada Decisión, para efectos de atender la exhortación efectuada por el Tribunal Andino. Aprecia la Sala que la marca opositora “RADIANCE” de JOHNSON & JOHNSON, solicitada el 8 de septiembre de 1988 y “RADIANTE” de la sociedad UNILEVER PLC., solicitada el 8 de febrero de 2000, ambas para amparar productos de la clase 3ª, que sirvieron de fundamento para negar el registro del signo “RADIANT” de la actora, también de la clase 3ª, son posteriores a la solicitud de la marca sub lite, lo cual indudablemente atenta contra el principio *Prior tempore, potior iure*, ya que “RADIANT” fue solicitada el 16 de diciembre de 1981. De manera, que para la Sala es claro que la fecha de solicitud establece la prioridad de la misma a la cual deben aplicarse las normas sustanciales vigentes, es decir en el presente caso las contenidas en la Decisión 85, cuestión, que en el sub lite, no realizó la Administración al cotejar la marca “RADIANT” con signos solicitados con posterioridad, incumpliendo con lo ordenado en el literal b) del artículo 83 de la citada Decisión, el cual específicamente señala que se rechazará la observación “*Que se fundamente en una solicitud de fecha posterior a la petición de registro de marca a la cual se observa*”. A pesar que dentro del expediente se aprecia que las oposiciones tanto de la desistida (por REVLON con base en la solicitud de la marca REVLON PURE RADIANCE de 4 de noviembre de 1987) como de JOHNSON & JOHNSON con fundamento en la solicitud de la marca “RADIANCE” de 8 de septiembre de 1988, fueron presentadas durante la vigencia de la Decisión 313, una vez efectuada la publicación el 28 de diciembre de 1993 de la solicitud del signo “RADIANT”, las mismas no eran legítimas, en aplicación al principio mencionado en el numeral anterior (*primero en el tiempo, primero en el derecho*) y, por lo tanto, no podían tenerse en cuenta como soporte para negar el registro de la marca “RADIANT” de la actora. (...) Sentados los presupuestos jurídicos

contenidos en los numerales que anteceden, la Sala concluye que el signo “RADIANT”, clase 3ª de la actora, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y no se encuentra incurso en las causales de irregistrabilidad previstas en el artículo 58 ibídem, especialmente en su literal f).

Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2003-00446 M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

10. NEGATIVA DE PERMISO AMBIENTAL PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO URBANÍSTICO VILLA LIGIA POR INVIABILIDAD AMBIENTAL DEL MISMO / RELACIÓN CON ACTOS DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL QUINDÍO QUE INPUSIERON UNA MULTA AL ENCARGADO DEL PROYECTO POR FALTA DE PERMISOS DE ESA ENTIDAD

A través de la Resolución núm. 0799 de 14 de noviembre de 2000, acusada, la Corporación Autónoma Regional del Quindío denegó el permiso ambiental solicitado por el Arquitecto LUIS FERNANDO SIERRA ARBELÁEZ, para la ejecución del proyecto urbanístico VILLALIGIA, concebido en el sector suburbano “LA MARÍA”, Municipio de Calarcá (folios 129 a 138 del cuaderno principal). (...) Advierte la Sala que en sentencia de 25 de octubre de 2007 (Expediente núm. 2001-009922, Actora: VILLA LIGIA E.U., Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), esta Corporación se pronunció en virtud de la demanda que presentó la misma parte actora en este proceso, frente a las Resoluciones núms. 669 expedidos por el Departamento Administrativo de catastro Distrital de Bogotá, D.C.: 26 de septiembre de 2000; 079 de 25 de enero de 2001, y 389 de 9 de abril de 2001, expedidas por la Corporación Autónoma Regional del Quindío (CRQ), las cuales están íntimamente relacionadas con los hechos y fundamentos de derecho controvertidos en este caso. En efecto, como se dejó reseñado en el punto 5 de los hechos que sirvieron de sustento a los actos que aquí se acusan, por los cuales se negó el permiso ambiental solicitado por el representante legal de VILLALIGIA EU, la CRQ mediante la Resolución 669 de 26 de septiembre de 2000 ordenó la suspensión de actividades de descapote. En el proceso que dio lugar a la sentencia antes mencionada se demandó dicha Resolución, frente a la cual se consideró que por disponer una medida preventiva y de aplicación inmediata, como lo es la suspensión de actividades de descapote y movimiento de tierras que estaba desarrollando el Ingeniero LUIS FERNANDO SIERRA ARBELÁEZ, en el predio VILLA LIGIA, sector de la María, municipio de Calarcá; amén de que se ordenó iniciar de inmediato el proceso sancionatorio, se estaba en presencia de un acto de trámite no enjuiciable. Empero, que las otras Resoluciones, esto es, las núms. 079 de 25 de enero de 2001, y 389 de 9 de abril de 2001, expedidas por la Corporación Autónoma Regional del Quindío (CRQ), pusieron fin a la actuación administrativa del procedimiento sancionatorio que se adelantó e impusieron sanción de multa, al encontrar que hubo infracción a la Ley 99 de 1993, al Decreto 1541 de 1978 y a la Resolución 541 de 1994 por parte del señor LUIS FERNANDO SIERRA ARBELAEZ, representante legal de la Urbanización Villa Ligia, por alterar las condiciones del terreno al remover la cobertura vegetal influyendo en el régimen de escorrentía que ocasiona arrastre y sedimentos, formación de surcos, cárcavas y posibles deslizamientos en masa, sin haber obtenido el permiso de la C.R.Q.; además de que al resolver el recurso de reposición se atendió el concepto técnico de una comisión que visitó el predio, donde se demostró que las actividades en cuestión se iniciaron sin el previo permiso de la CRQ y que ello constituye violación a la normatividad ambiental vigente; que el sancionado acató la orden de suspensión de esas actividades y se verificó que el terreno recuperó su cobertura vegetal rápidamente, presentándose una situación favorable que permitió contrarrestar los problemas de escorrentía y desprotección del área, por lo cual se le requirió *para que en lo sucesivo se abstuviera de reiniciar labores*. Lo que ha quedado reseñado pone de manifiesto, como ya se dijo, la estrecha relación entre los actos que impusieron la multa por falta del permiso de la CRQ, que fueron hallados ajustados a la legalidad por esta Jurisdicción en la precitada sentencia de 25 de octubre de 2007, y los que son objeto de análisis en esta oportunidad, que negaron el permiso por la inviabilidad del proyecto, y que, como se verá más adelante, en la transcripción de la parte motiva de la sentencia mencionada, en ésta se estudiaron los mismos cargos que se endilgan en este proceso. De ahí que la Sala se remita a lo allí expuesto, para prohiarlo. (En esta sentencia la Sala

se remite a la sentencia del 25 de octubre de 2007, proferida en el expediente núm. 2001-009922, M.P. doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

[Sentencia del 11 de junio de 2009. Exp. 63001-23-31-000-2001-00384 M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. EL NOMBRAMIENTO REALIZADO POR FUNCIONARIO INCOMPETENTE GENERA LA EXISTENCIA DEL FUNCIONARIO DE HECHO Y EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA REMUNERACIÓN ASIGNADA AL CARGO

Aunque tal nominación es irregular, pues fue hecha por un funcionario sin competencia (Subdirectora de Fiscalización) y sin los elementos formales que configuran una relación legal y reglamentaria (nombramiento, posesión y retribución por sus servicios), lo cierto es que el demandante desempeñó el cargo de Jefe de Unidad con la aquiescencia y la reputación dada por la administración, circunstancias que indujeron a los usuarios internos y externos de la entidad a considerarlo como un funcionario legítimo. Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público. Para la Sala, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios “*a trabajo igual salario igual*” e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos (artículos 25 y 53 de la C.P.). Por lo expuesto, es incuestionable que el actor tiene derecho a percibir la remuneración asignada al cargo Jefe de Unidad Código 093 - Grado 01, pues desempeñó dicho empleo transitoriamente. Remuneración que no se puede entender en este caso como una doble erogación por parte de la administración, por cuanto el titular del cargo no la recibió, pues la incapacidad permanente de que fue objeto estuvo cubierta por la E.P.S. Colmena y el ISS, respectivamente.

[Sentencia de 26 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2004-03773-01\(689-06\). M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

2. EL ACTO QUE ORDENA EL REINTEGRO AL CARGO Y DEROGA LA SANCIÓN DE DESTITUCIÓN EN CUMPLIMIENTO DE UNA DECISIÓN JUDICIAL, EN ESTE CASO EN ACATAMIENTO DE UN FALLO DE TUTELA, ES UN ACTO DE EJECUCIÓN NO SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL

En el caso concreto, mediante el citado fallo de tutela la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió suspender los efectos de las providencias proferidas por la Comisión Especial Disciplinaria y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, ordenó el reintegro en forma inmediata al cargo de Gobernador del Caquetá del señor Juan Carlos Claros Pinzón. Por ello, una vez proferida la orden judicial le correspondía a la administración expedir el acto respectivo, en acatamiento del fallo de tutela, pues cualquier otra decisión adoptada hubiese constituido un abierto desacato a una orden judicial. Ahora bien, tratándose de un acto de ejecución proferido en cumplimiento de una decisión judicial perentoria, no es procedente examinar el fondo ni el condicionamiento de la decisión, ni pueden ventilarse dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho las sentencias judiciales que sirvieron de fundamento al acto de reintegro. Así las cosas, al no existir acto administrativo definitivo para enjuiciar es del caso declararse inhibido para decidir el fondo del asunto. Por estas razones y de

acuerdo con el criterio jurisprudencial, ha de declararse probada la excepción de inepta demanda por no ser pasible de enjuiciamiento el acto acusado.

[Sentencia de 5 de marzo de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2004-00150-01\(2788-04\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

3. FRENTE A LA OMISIÓN DEL ENTE EMPLEADOR DE REGULAR LA JORNADA ESPECIAL DE TRABAJO DEL CUERPO DE BOMBEROS SE ENTENDERÁ QUE ES DE 44 HORAS, SEGÚN LO REGULADO EN EL DECRETO 1042 DE 1978, Y LO QUE EXCEDA CONSTITUYE TRABAJO SUPLEMENTARIO, EL CUAL DEBE SER RECONOCIDO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

La Jurisprudencia de la Corporación ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, si no a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y como en el sub lite, el ente demandado omitió expedir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978. Aplicar la tesis según la cual el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida y que puede ser de 24 horas diarias, lo que a su vez no genera el reconocimiento de trabajo suplementario, resulta inequitativo y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que son menos riesgosas que la desarrollada por ese personal del cual formaban parte los actores; por ende, el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto No. 1042 de 1978, porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la facultada para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación más beneficiosa al empleado. La Sala define que para el caso concreto, se debe aplicar la Jornada ordinaria de 44 horas señalada por el Decreto antes citado; en este sentido, toda labor realizada por los actores que exceda las 44 horas semanales, constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras que por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de Ley.

[Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda de 2 de abril de 2009. Exp. 66001-23-31-000-2003-00039-01 \(9258-05\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

4. POR DESCONOCER LOS CRITERIOS DE FIJACIÓN DE LOS VIÁTICOS Y EXPEDIRSE POR FUNCIONARIO INCOMPETENTE SE DECLARÓ LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LA RESOLUCIÓN 574 DE 31 DE MARZO DE 1995 Y DEL ARTÍCULO 3 DE LA RESOLUCIÓN 623 DE 2 DE OCTUBRE DE 1998, EXPEDIDAS POR EL SISTEMA NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA

Al comparar el artículo 2 de la ley 72 de 1995 con los artículos décimo y 3 de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995 y de la Resolución 623 de octubre 2 de 1998 respectivamente, surge evidente la infracción en que incurrió el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuanto, lejos de reglamentar el régimen de viáticos atendiendo las pautas que para el efecto le señalaba la norma y que invocó como fundamento de su decisión, lo que en realidad hizo fue crear un rubro para los servidores que tuviesen a su cargo comisiones, consistente en el pago de unas sumas únicas, equivalente a \$8.850.00 y \$15.243.00 que denominó gastos de manutención, sin tomar en cuenta que la norma que invocaba para soportar la que expedía consagraba tres criterios para fijar los viáticos y que el concepto de los mismos comprendía no solo el componente manutención, sino alojamiento. A lo dicho cabe agregar que los lineamientos señalados en el artículo 2° de la Ley 72 de 1995 deben tenerse en cuenta por la autoridad u organismo que tiene a su cargo la reglamentación del régimen de viáticos, porque no todos los asuntos objeto de comisión son de

idéntica naturaleza y por esa razón deben ser atendidos por funcionarios con el nivel que el caso exija y en consecuencia los viáticos fijados no pueden ser iguales sino diferentes en cada caso. Adicionalmente, se tiene que la ley 4 de 1992 faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por tal razón al establecer una prestación especial, denominada gastos de manutención, el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, excedió su competencia que solo lo autorizaba para fijar el valor de viáticos de los funcionarios comisionados, e invadió la del Presidente de la República conferida por el artículo 150 de la Constitución Política y las normas legales precitadas.

Sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda de 2 de abril de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2005-00328-00 (1048-06). M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ

5. EL TERMINO EMPLEADOR O EMPLEADORES UTILIZADO EN ARTÍCULOS 11 Y 14 DEL DECRETO 933 DE 2002, AL REFERIRSE A LOS OBLIGADOS A VINCULAR APRENDICES COMO CONSECUENCIA DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE, SE REFIERE A TODA ENTIDAD PUBLICA O PRIVADA QUE LLENE LOS REQUISITOS DE LA LEY 789 DE 2002, RAZÓN POR LA CUAL NO SE EXCEDIÓ LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN SU EXPEDICIÓN.

El demandante censura la expedición del decreto acusado por violación de los artículos 30 y 32 de la Ley 789 de 2002, en tanto considera que el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria al modificar tanto el contenido como el espíritu de la ley, que sólo rige para las empresas, mientras que, el decreto reglamentario con las expresiones acusadas extendió su campo de aplicación a los empleadores o al empleador. La Ley 789 de 2002, fue expedida para apoyar y ampliar el empleo en el país, de manera que, si esta es la finalidad de la norma no resulta procedente, en caso de duda, restringir su sentido para limitar o impedir que se cumpla con ese propósito. Con fundamento en esos fines el artículo 32 de la Ley 789 de 2002, señaló quiénes son los obligados a vincular aprendices en el desarrollo normal de sus actividades. Al revisar el artículo mencionado la Sala no encuentra que sólo las “empresas”, referidas a las formalmente constituidas y que, sólo tengan como finalidad la producción de bienes y servicios, como lo da a entender el demandante, sean las únicas destinatarias de la norma. En efecto, empresa, en su acepción pertinente, significa: “2. f. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.” la norma acusada, efectivamente, utiliza las expresiones “empleador”, que representa al “que emplea”, por ello de su lectura no se deduce que extienda su campo de aplicación a todos los empleadores sino que debe entenderse que la reglamentación es para las empresas que cumplan las condiciones que la ley señala para vincular aprendices a su organización. Dentro del contrato individual de trabajo hay dos sujetos, el primero de ellos es el “trabajador”, quien es una persona natural que presta un servicio de manera personal, es decir, debe hacerlo él mismo, sea hombre o mujer, sin ayuda o intervención de ningún otro; el segundo es el “empleador”, quien puede ser una persona natural o jurídica, sobre quien recae la prestación del servicio y otorga la remuneración que es la retribución o contraprestación del servicio prestado. De esa persona natural o jurídica puede depender una “unidad de explotación económica” llamada empresa o varias de ellas y la ley tiene los mecanismos para considerarlas como una sola empresa, conforme al artículo 194 del C.S.T. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido que los términos patrono (entiéndase empleador) y empresa no son equivalentes. El empleador es una persona natural o jurídica, es decir, sujeto de derechos, y la empresa es la una unidad de explotación económica o las varias dependencias de una misma persona, es un simple objeto de derechos, por ello no deben confundirse los sujetos con los objetos. Ahora bien el decreto acusado se refiere a los sujetos de derechos, que en este caso lo comportan las expresiones acusadas “empleadores” y “empleador”, que son quienes deben vincular a los aprendices, por ende, el decreto acusado no vulneró las normas superiores en que debió fundarse, pues estas expresiones, simplemente, se refieren a los destinatarios de la norma. Empero el término empleador no es para referirse, stricto sensu, al empresario; esta expresión puede referir, como se deduce de su contexto, a cualquier entidad pública o privada que cumpla las condiciones señaladas en la Ley 789 de 2002 para vincular a los aprendices.

[Sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda de 2 de abril de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2005-00047-00 \(1482-05\). M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

SECCIÓN TERCERA

1. LA DIAN ES RESPONSABLE POR LA PÉRDIDA PARCIAL DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS POR EL ENTONCES FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, QUE SE EXTRAVIARON MIENTRAS ESTABAN EN SU PODER

La diligencia de aprehensión de mercancías, constituye una medida cautelar comprendida por la retención de los bienes mientras se define su situación legal. En este escenario, de conformidad con las normas reglamentarias que gobernaban la materia, es claro que las mercancías aprehendidas se entregarían inmediatamente al Fondo Rotatorio de la Aduana en las bodegas situadas en el ámbito de la jurisdicción, en donde el Administrador de la Aduana o su delegado llevaría a cabo las diligencias de reconocimiento y avalúo, tal y como sucedió en el caso concreto, y después de concluido el trámite respectivo, la entidad resolvería sobre la suerte de las mismas, bien sea disponiendo su decomiso u ordenando la restitución a la firma demandante. En el entre tanto, desde cuando se recibió la mercancía en el Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, existía la obligación de guardarla y de restituirla en el estado en que ingresó, salvo el deterioro natural de las cosas, pues, allí la guarda de la mercancía, su mantenimiento y conservación se extendía hasta la orden de restitución dada por la misma entidad o por la jurisdicción aduanera después de concluir el trámite correspondiente, el deber de vigilancia y cuidado obedecía al cumplimiento de normas aduaneras, las cuales se ocupaban entre otras del ejercicio de la operación aduanera, en cabeza de la entidad que desarrolla dicha función administrativa. En consecuencia, la conducta reprochable radica en la falta de mantenimiento y cuidado sobre las mercancías aprehendidas que dio lugar a una pérdida sustancial de las mismas y que tuvo como resultado final la imposibilidad de su reintegro total. La responsabilidad de la administración es imputable a título de falla probada del servicio, pues la falta de custodia de las mercancías retenidas por parte del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y al incumplimiento de las funciones que le son propias dio lugar a la causación del daño alegado.

[Sentencia de 22 de abril de 2009. Exp. 13001-23-31-000-1987-07016-01 \(16769\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

2. UNA VEZ MÁS SE CONDENA AL ESTADO POR NO PROTEGER A VÍCTIMA DE AMENAZAS, A PESAR DE LA INSISTENCIA DE ÉSTA EN QUE SU VIDA CORRÍA INMINENTE Y GRAVE PELIGRO

En el presente caso la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN desatendió las obligaciones constitucional y legalmente impuestas frente a la procura de protección a las víctimas con ocasión del respectivo proceso penal, puesto que aun cuando las circunstancias que antecedieron al homicidio de LUIS JAIRO TELLO HURTADO evidenciaban de manera contundente el inminente peligro en que se encontraba su vida, la entidad demandada se limitó a remitir la solicitud de protección presentada ante el Fiscal General de la Nación al Fiscal Seccional que tramitaba la denuncia penal por el presunto delito de “constreñimiento ilegal” y a informarle dicho trámite a la víctima. Estas son las dos únicas actuaciones que aparecen acreditadas en el proceso ya que en manera alguna la Fiscalía demostró haber procedido de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente sobre la materia en cuanto a la evaluación y valoración de las amenazas denunciadas por la víctima, la solicitud a los organismos de seguridad del Estado con el fin de procurarle alguna medida de protección específica y menos aún su inclusión en el Programa de Protección, herramientas éstas que tenía a su alcance en aras de precaver el desenlace fatal de los hechos que de manera insistente la víctima había puesto en su conocimiento y para cuya implementación no era necesario

esperar a que la víctima de manera directa así lo solicitara, pues como quedó visto, el fiscal que tenía a su cargo el conocimiento del caso tenía el deber legal de velar por la protección de la víctima, sin que el cumplimiento de dicha obligación estuviere en modo alguno supeditada a tal pedimento. En estas condiciones tampoco resulta atendible el argumento esgrimido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN respecto de la configuración del hecho exclusivo de tercero como causal de exoneración, en tanto que la parte actora en modo alguno imputó a dicha entidad la autoría de la muerte de LUIS JAIRO TELLO HURTADO, hecho que claramente fue perpetrado por terceros, sino que lo que se le atribuye a la demandada es la falla del servicio por omisión, fundada en el hecho de que esa entidad desatendió sus deberes legales referidos a la protección de la víctima, aspecto en el cual claramente esas terceras personas nada tuvieron que ver. Encuentra entonces la Sala que en el presente proceso está configurada la responsabilidad patrimonial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por la falla del servicio en la cual incurrió, en tanto que su proceder omisivo resultó determinante en la producción del daño cuya indemnización se reclama en este caso.

[Sentencia de 23 de abril de 2009. Exp. 76001-23-31-000-1996-02664-01 \(16923\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

3. EL CONSEJO DE ESTADO CONCLUYÓ QUE LA MASACRE COMETIDA EN EL MUNICIPIO DE VALDIVIA EN EL AÑO 1996, EN LA CUAL MURIERON TRES CAMPESINOS, FUE COMETIDA POR PERSONAS AJENAS AL EJÉRCITO NACIONAL Y EN CONSECUENCIA EL DAÑO NO PUEDE SERLE IMPUTADO AL ESTADO

De acuerdo con el material probatorio analizado, la Sala concluye que los hechos que dieron lugar al daño fueron producidos por el actuar de un grupo armado ilegal, que ingresó a las Veredas Juntas y El Silencio en el Municipio de Valdivia, causando la muerte a los señores Juan Bautista Baena, Elkin Darío Madrigal e Hipólito González y que no se demostró participación de miembros del Ejército Nacional, en la producción de los daños cuya reparación se reclama. En síntesis, no existe criterio de imputación material, que permita vincular la conducta o comportamiento de la administración con los actos o hechos desencadenantes del daño, en consecuencia él no le es imputable al Estado, como quiera que el resultado, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso sólo puede ser atribuido a la conducta de un tercero. En consecuencia, resulta estéril cualquier análisis de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, tradicionales u objetivos, porque nos encontramos en presencia de una falta absoluta de imputación a la administración. No se acreditó que al demandado le fuera atribuible, las muertes motivo de la demanda en este proceso, y nos encontramos así, entonces, frente a una eximente de imputación del daño antijurídico.

[Sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp. 05001-23-31-000-1997-01203-01 \(26808\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

4. EL PODER ESPECIAL QUE SE OTORGA PARA VENDER COMPRENDE LA FACULTAD DE RECIBIR EL PRECIO

La Sala considera, en primer lugar, que el documento contentivo del poder es prueba eficaz de la celebración del contrato de mandato, que es generalmente consensual, toda vez que el mismo puede “hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra” conforme lo dispone el artículo 2149 del Código Civil. Encuentra también que a la luz de lo previsto en la ley respecto de las facultades de quien es autorizado para vender, resulta indiscutible concluir que la señora Medina de Cerón, gozaba de plena facultad para recibir el precio del inmueble, pues recuérdese que el artículo 2168 del CC prevé: “El poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio.” Norma esta que resulta concordante con lo previsto en el artículo 2158 del

mismo Código que consagra, dentro de las facultades connaturales al mandato y los llamados actos de administración, el de “cobrar los créditos del mandante”. Y como quiera que, conforme lo prevé el artículo 1505 del Código Civil, “lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”, para la Sala es claro que la emisión de los bonos de deuda pública a nombre de la mandataria del señor Villota Ruales y su posterior entrega a ella, producen el efecto liberatorio propio del pago, porque dichos actos se entienden realizados con el mandatario Villota Ruales. La Sala deduce entonces que la entrega del título al sujeto autorizado por el acreedor configura el pago, cuando medie un contrato de mandato en el que conste la facultad expresa del apoderado para recibir, como en el presente caso. Así lo prevé el artículo 1.634 del Código Civil. Advierte finalmente que los escritos y peticiones que formuló el aquí actor ante el INCORA, cuando ya el pago se había surtido, no tienen la virtud de invalidarlo porque esta situación no está enmarcada dentro de los supuestos que, al efecto, prevé la ley.

[Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp. 19001-23-31-000-1995-07002-01 \(16705\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

SECCIÓN CUARTA

1. LOS INGRESOS PROVENIENTES DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN SATELITAL PRESTADOS DESDE EL EXTERIOR NO SON DE FUENTE NACIONAL

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de retención en la fuente de agosto de 2000.

Tesis: El servicio que presta la sociedad extranjera consiste en emitir la señal desde una estación terrena que se encuentra fuera del territorio nacional a un satélite geostacionario (que se ubica fuera del territorio del país), que la recibe, la amplifica, la traslada a otra frecuencia para ser retransmitida a la tierra, en donde es recibida directamente por cada usuario o suscriptor, es decir, es de recepción individual. Así las cosas, GALAXY LATIN AMERICA presta el servicio de televisión satelital desde el exterior a cada usuario dentro del territorio colombiano, para lo cual GALAXY DE COLOMBIA LTDA., esto es, el agente de la sociedad extranjera, se encarga de instalar en el domicilio de cada suscriptor, las antenas y los decodificadores necesarios para la recepción de la señal. Y, como el servicio de televisión satelital que es internacional, se origina en el exterior y desde allí se presta o ejecuta, los ingresos que recibe GALAXY LATIN AMERICA no son de fuente nacional. Ello, porque no es un servicio prestado en Colombia, independientemente de llegue al país, pues, lo que determina el lugar de prestación del servicio de televisión satelital es donde se origina y desde donde se ejecuta. Además, según el artículo 24 del Estatuto Tributario, los servicios que constituyen ingresos de fuente nacional son los prestados en el país, no desde el exterior, como sucede con la televisión satelital, aunque la señal de televisión llegue finalmente a cada hogar en Colombia. Dado que los ingresos que recibió la sociedad del exterior no provenían de la prestación del servicio de televisión en Colombia, sino de la prestación de un servicio ejecutado desde el exterior, los pagos efectuados a dicha sociedad no están gravados con el impuesto sobre la renta (artículo 12 del Estatuto Tributario), por lo que no debían ser objeto de retención en la fuente por ese concepto. En consecuencia, no procedía la adición de retenciones por renta efectuada por la Administración, ni, por tanto, la correspondiente sanción por inexactitud.

[Sentencia de 27 de mayo de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2004-01167-01 \(16616\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

2. EL VALOR PAGADO POR LOS SUSCRIPTORES POR COMPENSACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN SATELITAL NO HACE PARTE DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE TIMBRE

Situación Fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de retención en la fuente de diciembre de 1999.

Tesis: En efecto, la Sala advierte que como lo explica la demandante, para la recepción de la imagen transmitida y difundida por GLA los suscriptores deben tener los aparatos decodificadores, cuya instalación, mantenimiento y servicio permanente realiza GCL, como negocio propio y por su cuenta y riesgo, según se acordó en el mismo contrato. Para lo anterior la actora suscribe con cada uno de los usuarios finales un contrato que constituye una relación jurídica directa entre GCL y el suscriptor que resulta independiente y diferente a la prestación del servicio de televisión satelital que suministra GLA al cliente y al vínculo contractual entre GLA y GCL para promover el negocio en el país. De todo lo anterior se advierte que la remuneración que recibe la actora por concepto de los servicios locales que presta, provienen de contratos independientes celebrados con los suscriptores que resultan terceros ajenos al contrato de agencia mercantil suscrito entre GLA y GCL, lo que ocurre es que en este último se regularon los toques o márgenes que cada una de las partes podían percibir por los servicios paralelos a la ejecución del mencionado contrato y que GCL presta directamente a los usuarios. Además, no puede considerarse que por el hecho de que se trate de un contrato de agencia mercantil, el agente no pueda convenir con la empresa extranjera la existencia de ciertas obligaciones accesorias al contrato como negocio propio, como en este caso, el alquiler y mantenimiento de los decodificadores, ni menos concluir categóricamente, como lo hace la DIAN, que no puede haber pagos directos de los suscriptores al agente porque se desnaturizaría el contrato de agencia mercantil, pues a juicio de la Sala, tal contrato no pierde su naturaleza jurídica porque se estableció claramente cuál es el negocio entre la programadora extranjera y el agente y, cuál es el negocio propio del agente frente a los suscriptores y, en cada caso se estableció la contraprestación correspondiente. Por consiguiente, es claro para la Sala que el 40% del valor pagado por los suscriptores, que corresponde a la compensación por los servicios locales prestados directamente por la sociedad demandante, no hacen parte de la base gravable del impuesto de timbre nacional causado sobre el Contrato de Operación Local y Agencia suscrito entre GLA y GCL para el suministro de la televisión DTH, razones por las cuales se confirmará la decisión apelada.

[Sentencia de 21 de mayo de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2003-02435-01 \(16249\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

3. EN INDUSTRIA Y COMERCIO SE APLICA LA LEY 56 DE 1981 PARA LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE OBRAS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA POR LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el municipio de Palmira (Valle del Cauca) le determinó oficialmente el impuesto de industria y comercio por el cuarto bimestre de 2000.

Tesis: La generación de energía eléctrica es una actividad industrial y por tanto está gravada con el impuesto de Industria y Comercio. El literal a) de la norma transcrita dispone un tratamiento especial para la actividad industrial de generación de energía eléctrica, como actividad gravada, dejando en claro que recae sobre el propietario de las obras, pero ello no quiere decir que la Ley 56 de 1981 haya creado un impuesto diferente que grava la “propiedad” de las plantas de generación de energía eléctrica. El literal a) del artículo 7° de la Ley 56 de 1981 establece el tratamiento del impuesto de Industria y Comercio para la actividad industrial de generación de energía eléctrica, señalando como sujeto pasivo al propietario de las obras. Así mismo, para determinar el rendimiento económico indicador de capacidad contributiva, no tiene en cuenta los ingresos brutos obtenidos, sino cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora. La Sala reitera que para el caso de entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, la norma que regula el impuesto de industria y comercio es el artículo 7° de la Ley 56 de 1981, en los términos que acaban de analizarse. En conclusión, el literal a) del artículo 7° de la Ley 56 de 1981 no grava la “propiedad”, sino la actividad industrial de generación de energía eléctrica, regulando de manera

especial el tratamiento del impuesto de industria y comercio para los propietarios de obras de generación, a quienes se les aplica esta disposición. La Sala advierte que las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica son gravadas con el impuesto de Industria y Comercio por la actividad industrial de generación de energía eléctrica de acuerdo con lo previsto en la Ley 56 de 1981, la cual contiene un tratamiento especial que no se aplica en forma concurrente con la Ley 14 de 1983, toda vez que ante la posible incompatibilidad entre una norma de contenido general y otra cuyo tenor es especial, siempre prevalece esta última. En consecuencia los Acuerdos municipales no pueden gravar esta actividad industrial con base en la Ley 14 de 1983.

[Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2002-05398-01 \(17165\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

4. a) LA EXPEDICIÓN DE FACTURAS NO ESTÁ DENTRO DEL HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA PRO HOSPITAL UNIVERSITARIO PORQUE SON DOCUMENTOS PRIVADOS QUE NO REQUIEREN AUTORIZACIÓN PARA SU VALIDEZ

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le negó un desembargo.

Tesis: Con fundamento en el artículo 5° de la Ley 645 de 2001 y la Sentencia C-227 de 2002 se insiste en que el tributo “Estampilla Pro Hospitales Universitarios” exige para su realización que en los actos gravados deben intervenir funcionarios departamentales o municipales, y es evidente que en la expedición o emisión de facturas por parte de quienes desarrollan actividades industriales, comerciales o de servicios en el Departamento, no necesariamente interviene un funcionario público, pues éste es un documento de carácter privado, que no requiere autorización alguna, para su validez. De estas definiciones, es posible concluir que se trata de un documento privado en el que no intervienen necesariamente funcionarios públicos, lo cual se ratifica con lo requisitos de la factura que para efectos tributarios señala el artículo 617 del Estatuto Tributario, donde no se exige la intervención de empleados estatales.

b) EL HECHO GENERADOR DE UN TRIBUTO DEPARTAMENTAL NO PUEDE SER LA PRESENTACIÓN DE UNA DECLARACIÓN TRIBUTARIA DE OTRO IMPUESTO

Tesis: Para la Sala, cuando se establece como hecho generador de un tributo departamental la presentación de una declaración tributaria de otro impuesto, lo que se está haciendo es gravar el mismo hecho imponible, porque como ocurre en este caso, la liquidación privada que presenta el contribuyente del impuesto de industria y comercio tiene efectos únicamente declarativos (sobre la existencia de la obligación tributaria), pero que por si misma no es indicativa del hecho económico que debe gravar las estampillas, esto es, la circulación de riqueza o la obtención de un servicio estatal. Como están planteados el hecho generador y la base gravable en las normas acusadas, son idénticos los hechos económicos sujetos a la Estampilla Pro Hospital Universitario del Atlántico y al impuesto de industria y comercio, pues en uno y otro caso se grava la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios, dentro de la jurisdicción de cada uno de los municipios del Atlántico y en el Distrito de Barranquilla, los cuales necesariamente deben ser facturados o cobrados mediante cuenta, para recibir la remuneración correspondiente. Lo anterior se ratifica porque los sujetos pasivos y la base gravable de uno y otro tributo son los mismos, con lo cual se concluye que la Asamblea del Atlántico impuso el tributo de Estampillas sobre objetos o industrias previamente gravados por la Ley 14 de 1983.

c) LAS ENTIDADES TERRITORIALES NO PUEDEN IMPONER GRAVÁMENES SOBRE PRODUCTOS YA GRAVADOS POR DISPOSICIÓN LEGAL

Tesis: Esta Corporación en ocasiones anteriores ha señalado que dado que la facultad impositiva de las entidades territoriales está limitada por la Constitución y la ley, “no puede ejercerse para gravar productos que previamente por disposición ‘legal’ han sido gravados e igualmente sobre los

mismos se ha establecido prohibición expresa de imponer nuevos gravámenes, salvo que medie ‘autorización legal expresa’, según lo prevé el artículo 62 del Decreto Ley 1222 de 1986.” Cuando la norma prohíbe imponer tributos sobre objetos o industrias gravados por la ley, se refiere a la imposibilidad de establecer como hecho generador de un gravamen departamental, el mismo hecho imponible que ya ha sido previsto por una disposición legal anterior.

[Sentencia de 4 de junio de 2009. Exp. 08001-23-31-000- 2002-00975-01 \(16086\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

5. ES DEDUCIBLE LA PROVISIÓN CONSTITUIDA PARA ACCEDER A UN CRÉDITO DE FOGAFIN POR CUMPLIR LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 145 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

Situación fáctica: El actor demandó los actos mediante los cuales la DIAN le determinó el impuesto de renta de 1999.

Tesis: Para las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) el Decreto 2670 de 1988 reguló de manera especial las provisiones en el artículo 3. para efectos de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera la regulación en materia de provisiones es especial. Ahora bien, la provisión que ordenó efectuar Fogafín mediante Resolución 06 de 1999 y su tratamiento contable conforme a la instrucción de la Superintendencia Bancaria, a juicio de la Sala tiene la misma naturaleza de la provisión a que se refiere el artículo 145 del Estatuto Tributario, pues, cumple todos los requisitos de esta disposición para su deducción. En efecto, la provisión y su tratamiento contable fue fijada por Fogafín y la Superintendencia Bancaria respecto de cartera calificada en las categorías C, D y E; y de las categorías A y B si existen razones para considerarlas como de dudosa calidad; tales deudas se originaron en operaciones productoras de renta, pues se trata de un establecimiento de crédito, cuya cartera se origina evidentemente en su actividad productora de renta, además, era una operación necesaria para acceder a la línea de crédito con Fogafín. Aunque en materia contable no es técnicamente apropiado disminuir el patrimonio con una provisión, en este caso se trató de una instrucción o norma financiera dispuesta por la entidad que tiene la competencia de regular la materia contable de sus vigiladas, con un fin preciso, que era mostrar la realidad patrimonial y financiera de la entidad, para efectos de la línea de crédito. Pero el hecho de que no aparezca en el estado de resultados, no debe afectar su procedencia, pues no pierde su naturaleza de provisión, máxime que tampoco el artículo 145 del Estatuto Tributario dispone tal requisito. De otra parte, la necesidad de acceder a una línea de crédito de Fogafín para el fortalecimiento patrimonial del Banco hizo necesaria que se efectuara la provisión de cartera, así como su registro en la citada cuenta, de manera que se trató de una operación necesaria, con relación de causalidad y proporcional a su actividad productora de renta, pues, de no haberla realizado no era posible salir de su deterioro patrimonial y le impediría subsistir como establecimiento de crédito, debido a la grave situación por la que el sector financiero estaba atravesando. Su magnitud frente a los ingresos del período y de acuerdo con la situación financiera del momento no es desproporcionada, de manera que se puede concluir que también se cumplen los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario para su procedencia. En conclusión, la provisión de cartera efectuada por el Banco en cumplimiento de la Resolución 006 de 1999 y la Circular Externa 036 del mismo año, reúne las condiciones de los artículos 107 y 145 del Estatuto Tributario y 3 del Decreto 2670 de 1988, para las provisiones para deudas de dudoso o difícil cobro y por tanto, es deducible del impuesto de renta, como él lo solicitó.

[Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2002-01475-01 \(16260\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

6. PARA EXONERARSE DEL PAGO DEL IMPUESTO DE REMESAS DEBE PROBARSE QUE SE REINVIRTIERON LAS UTILIDADES DURANTE 5 AÑOS O MÁS

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le rechazó la solicitud de devolución del impuesto de remesas.

Tesis: No existe prueba de que la actora hubiera mantenido la reinversión de utilidades durante cinco años o más, que era el supuesto para que la contribuyente quedara exonerada del pago del impuesto de remesas (artículo 319 [4] del Estatuto Tributario). Ello, porque si bien el certificado del revisor fiscal no fue objetado por LA DIAN, sólo da fe de que la reinversión de utilidades se mantuvo hasta el 31 de enero de 2002, a pesar de que para tener derecho a la exoneración del tributo, debía probarse que la misma se mantuvo por lo menos hasta el 31 de diciembre del mismo año, dado que respecto de la declaración de renta de 1997, los cinco años vencían el último día del período gravable 2002 (artículo 1 del Decreto 187 de 1975). A su vez, LA DIAN tampoco encontró probado que la Sucursal había mantenido la reinversión por el lapso de cinco años. Por el contrario, en el acto que rechazó la devolución sostuvo “Si la sociedad optó por reinvertir dichas utilidades y declaró y pagó el impuesto de remesas, incurrió en un error, pues el mismo estaba siendo diferido mientras se mantuviera la reinversión y serían finalmente exonerados de su declaración y pago pasados 5 años o mas (sic) de mantenerlos reinvertidos”. Además, la DIAN rechazó la solicitud porque no estaba probada la inexistencia de causa legal del pago del tributo. Comoquiera que la demandante no acreditó que los \$303.451.000 declarados en 1997, cuya devolución solicitó, correspondían a un pago en exceso y sin causa legal, o lo que es lo mismo, que mantuvo en el país la reinversión de las utilidades por un lapso mínimo de cinco años (artículo 319 [4] del Estatuto Tributario), era procedente el rechazo de la solicitud de devolución, como lo dispuso LA DIAN.

[Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-02201-01 \(16140\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

7. a) EL PRODUCTO ASUNTOL SE CLASIFICA ARANCELARIAMENTE COMO UN INSECTICIDA

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN dispuso la clasificación arancelaria del producto “asuntol” en la subpartida 34.01.19.10.00 como jabón moldeado en barra para uso veterinario.

Tesis: La decisión del ICA tuvo en cuenta el concepto toxicológico del organismo especializado en riesgos para la salud, quien, se reitera, calificó el producto como insecticida por la presencia del ingrediente activo coumaphos en concentración de 1.44grs/100grs. Y, si bien dicho concepto ratifica la adición de otros ingredientes (fragancia asuntol K30004 H&R, dióxido de titanio, butil hidroxitolueno, colorante amarillo vibracolor PYE1-L. C. I 11860, colorante azul turquesa y jabón base), éstos no pasan de ser sustancias aditivas o - en términos del registro de venta - “excipientes” que, de acuerdo con la Resolución 1056 de 1996, no modifican el principio activo (coumaphos) en virtud del cual recibió la calificación de insecticida. Y es que la denominación de insecticida no exige un porcentaje determinado de la sustancia base o principio activo, ni la presencia significativa de aquéllas que se le adicionan para componer cualquiera de los productos de utilización específica, pues lo único que se requiere, es la mezcla de todas. Por lo demás, el registro se otorgó para la venta del “Asuntol - jabón” como tratamiento y control de garrapatas, pulgas y piojos en perros. Con ello, la comercialización del producto quedó limitada por el exclusivo uso terapéutico proveniente del ingrediente activo “Coumaphos”, en sí mismo ajeno al de los jabones con destinación cosmética o de limpieza y desinfección común, que, como tales, carecen de las mencionadas propiedades medicinales. En consecuencia, conforme a la regla de interpretación arancelaria 3 b), como el Asuntol es un producto mezclado, debe clasificarse teniendo en cuenta la materia que le confiere su carácter esencial, es decir, el insecticida coumaphos, motivo por el cual debe ubicarse en la partida 38.08.

b) LOS CONCEPTOS Y DICTÁMENES DE EXPERTOS SIRVEN DE PRUEBA PARA CLASIFICAR ARANCELARIAMENTE UN PRODUCTO

Según el artículo 19 [19] del Decreto 205 de 2003, del Ministerio de la Protección Social, a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio le corresponde emitir los conceptos toxicológicos sobre la clasificación toxicológica y evaluación del riesgo de toxicidad de los productos que se pretende utilizar en el país. Según el concepto aportado al proceso, el Asuntol Jabón al 1% de ingrediente activo COUMAPHOS es un insecticida, o agente físico, químico o biológico que destruye a los insectos o inhibe su crecimiento. Al ICA, por su parte, le corresponde ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos agropecuarios que constituyan riesgo para la producción y la sanidad agropecuarias (Decreto 2645 de 1993 artículo 6 [11] ibídem), con lo cual contribuye al desarrollo sostenido del sector agropecuario mediante la investigación, la transferencia de tecnología y la prevención de riesgos sanitarios, biológicos y químicos para las especies animales y vegetales. A lo anterior se añade que la demandada no tachó la veracidad del registro, ni demostró que se hubiera expedido en forma irregular o que no correspondía a los estudios científicos que lo soportan. Además, la decisión del ICA tuvo en cuenta el concepto toxicológico del organismo especializado en riesgos para la salud, quien, se reitera, calificó el producto como insecticida.

[Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2004-00138-01 \(15152\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

8. EL TRANSPORTE DE PETRÓLEO POR OLEODUCTO NO ESTÁ GRAVADO CON EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS

Situación fáctica: La actora demandó la nulidad del artículo 53(parcial) del Acuerdo 035 de 2001 expedido por el Concejo Municipal de Monterrey - Casanare por medio del cual se adopta el Nuevo Estatuto de Rentas del Municipio.

Tesis: A juicio de la Sala se deduce que el transporte por oleoducto no puede ser gravado con impuesto de industria y comercio por la actividad de servicios, pues además de estar vigente la prohibición prevista en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1956, se trata de una etapa dentro de la cadena de la industria del petróleo, cuya propiedad es de la Nación, y como lo señaló la Corte en sentencia C-537 de 1998, es uno de los recursos naturales de más impacto económico y político del País, razón por la cual su regulación y distribución de los recursos debe hacerlo directamente la Ley. Además, la dirección general de la economía está a cargo del Estado (artículo 334 de la Constitución Política). Desde 1953, cuando se compilaron las normas existentes en materia de petróleos, entre ellas la Ley 37 de 1931, existía tanto la prohibición de gravar con impuestos territoriales el transporte de petróleo, como el impuesto nacional de transporte por oleoducto, y ha sido coherente la legislación posterior (ley 141 de 1994) al mantener el impuesto nacional y luego cederlo a los municipios como un reconocimiento para aquellos por cuyas jurisdicciones pasan los oleoductos, pero que no pueden imponer ningún gravamen territorial por esa actividad. De otra parte, si bien el impuesto de industria y comercio recae, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos (artículo 195 del Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal) y dentro de las actividades de servicio se encuentra la de transporte, a juicio de la Sala aunque el transporte por oleoducto pueda considerarse como una actividad de servicios, por su especialidad no podría dársele el mismo tratamiento tributario para el servicio de transporte de personas o cosas, que es la actividad que generalmente grava el impuesto. El hecho de que el transporte por oleoducto pueda considerarse un servicio, no significa que pueda ser gravado con el impuesto de industria y comercio, pues sobre él pesa un gravamen especial que, además, fue cedido a los municipios. Someterlo también a industria y comercio iría en contravía de los principios tributarios de equidad, eficiencia y progresividad (artículo 363 Constitución Política), al permitir que los municipios por donde atraviesa un oleoducto se beneficien doblemente por esta razón. Así las cosas, la actividad descrita dentro de las de servicios Código 305 del impuesto de

industria y comercio, en cuanto se refirió al “servicio de transporte por oleoducto”, debe ser anulada por violación del artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 y las normas constitucionales mencionadas.

[Sentencia de 4 de junio de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2003-00452-02 \(16084\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

9. EL CONCEPTO DE ARMAS Y MUNICIONES PARA EFECTOS DEL IVA ABARCA TODO BIEN DESTINADO A LA DEFENSA NACIONAL

Situación fáctica: El actor demandó la nulidad de los artículos 1° parcial, 2° y 3° del Decreto Reglamentario 695 de 1983 y 1° y 2° del Decreto 3000 de 2005 expedidos por el Gobierno Nacional.

Tesis: La Sala considera que los términos “armas” y “municiones” a que se refiere el literal d) del artículo 428 del Estatuto Tributario no están definidos técnicamente. El sentido natural y obvio de esas expresiones debe ser fijado con base en la finalidad que la ley persigue cuando establece la exclusión del IVA y con lo que modernamente significa “armas y municiones” destinadas a la Fuerza Pública, que no puede significar no más el conjunto de armas de fuego y de cargas para esas armas. La Sala observa que los equipos para hospitales y de sanidad descritos en la disposición mencionada, al estar destinados al uso exclusivo de las Fuerzas Militares y Policía para la defensa nacional, están comprendidos dentro del conjunto de lo que se conoce como “material de guerra o reservado”, dado que contribuyen a contrarrestar las consecuencias que se producen en un Estado que como el de Colombia enfrenta diariamente alteraciones del orden público y típicos combates con la subversión y el hampa. De esa manera, la Sala piensa que para los efectos tributarios que se propone el Decreto 695 de 1983 y su reforma, los equipos de hospitales y de sanidad y otros equipos “de campaña”, esto es, equipos utilizados para cuando los ejércitos salen de los cuarteles a enfrentar la guerra y a combatir a los delincuentes, son equipos que hacen parte de las armas y de las municiones, en el sentido amplio que ya se ha hecho referencia. Por todo lo expuesto, el artículo 3° del Decreto 695/83 no resulta de ningún modo ilegal, pues en ese artículo precisamente se consagra el beneficio tributario consistente en la exclusión de IVA para la importación de todos esos elementos y materiales, en la medida en que el Gobierno vio necesario describir en detalle lo que debe entenderse por “armas y municiones”. Se insiste, todo ese conjunto de artículos o elementos deben tener por destino la defensa de la seguridad del Estado y ser de uso exclusivo de la Fuerza Pública, hecho que en cada caso deberá certificar la autoridad respectiva, tal como se anotó. Por todo lo expuesto, el artículo 3° del Decreto 695/83 no resulta de ningún modo ilegal, pues en ese artículo precisamente se consagra el beneficio tributario consistente en la exclusión de IVA para la importación de todos esos elementos y materiales, en la medida en que el Gobierno vio necesario describir en detalle lo que debe entenderse por “armas y municiones”. Se insiste, todo ese conjunto de artículos o elementos deben tener por destino la defensa de la seguridad del Estado y ser de uso exclusivo de la Fuerza Pública, hecho que en cada caso deberá certificar la autoridad respectiva, tal como se anotó.

[Sentencia de 21 de mayo de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2006-00023-00 \(16076\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

SECCIÓN QUINTA

1. VIOLENCIA CONTRA ELECTORES DEBE SER DETERMINANTE EN EL RESULTADO ELECTORAL PARA CONDUCIR A LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN

Al decidir en segunda instancia el proceso electoral promovido contra la elección del Gobernador de Caldas, el Consejo de Estado recordó la tesis según la cual la violencia física o psicológica contra los electores, si bien es causal de nulidad electoral, “debe ser calificada por el juez del proceso

electoral, tanto en términos cuantitativos como en su comprensión cualitativa, de modo que se pueda determinar la magnitud del fenómeno en cuanto al caudal electoral que fue objeto de la violencia, e igualmente si la violencia fue eficaz, si en realidad se trató de actos físicos o psicológicos con la entidad requerida para plegar la voluntad popular a los designios torticeros de las personas al margen de la ley”.

Con tal orientación, el análisis de las pruebas condujo a la Sala a concluir que el proceso que culminó en la elección del demandado no fue afectado por la violencia que alegaba el actor y por esta razón, junto a la falta de técnica en la formulación de otros cargos que cuestionaban los escrutinios, confirmó la sentencia de primera instancia, desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

[Sentencia de 11 de junio de 2009. Exp. 17001-23-31-000-2008-00135-01. M.P: MARIA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON](#)

2. NO SE INCUMPLE EL REQUISITO DE ELEGIBILIDAD PARA UN EMPLEO PÚBLICO RELATIVO A OSTENTAR DETERMINADAS CONDICIONES DE CAPACITACIÓN PROFESIONAL, CUANDO LEGALMENTE ÉSTAS PUEDEN CONVALIDARSE A TRAVÉS DE LAS EQUIVALENCIAS QUE HOMOLOGAN TALES EXIGENCIAS

La Sala observa que el Acuerdo 018 de 2001 expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio y el Decreto Municipal 246 de 15 de septiembre de 2005 establecieron que el cargo de corregidor es del Nivel Ejecutivo y que para su ejercicio requiere título universitario y título de formación avanzada o de postgrado o su equivalente y experiencia relacionada consistente en dos años de experiencia profesional en áreas afines al cargo.

El Decreto Ley 785 de 2005, clasificó el cargo de corregidor en el nivel profesional. Este nivel implica la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, y el desempeño de funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales. Esta normatividad determinó las equivalencias entre estudios y experiencia, y para nivel profesional puntualizó que las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podían disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico. No obstante indicó que de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podían operar ciertas equivalencias.

En efecto, para los empleos del nivel Profesional se requiere título de posgrado en la modalidad de especialización el cual puede homologarse a través de 3 posibilidades, a saber: a) o con 2 años de experiencia profesional siempre que se acredite el título profesional, b) o con título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo pero esta formación adicional debe ser afín con las funciones del cargo, c) o con terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo y 1 año de experiencia profesional.

En el caso concreto si bien la demandante cursó, terminó y aprobó el programa de especialización de derecho administrativo pero le falta el título respectivo, el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, permite que el título de posgrado pueda por equivalencia, sustituirse o reemplazarse por dos años de experiencia profesional, entendida ésta como *“la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de la respectiva formación profesional”* y como se probó que la demandante desempeñó funciones en las que desarrolló actividad profesional relacionada con la carrera de derecho, tal hecho permite concluir que acredita por equivalencia el título de posgrado con la experiencia profesional. Además, la experiencia específica también fue acreditada.

De manera que al no resultar acreditado que el acto de nombramiento de la señora Luz Marina Rey Rodríguez como Corregidora de Apiay esté viciado de nulidad por los cargos alegados, pues no logró estructurarse la violación que se endilga a la norma superior ni que el mismo se efectuara sin el lleno de los requisitos exigidos, se impone confirmar el fallo de primera instancia denegatorio de pretensiones.

[Sentencia de 4 de junio de 2009. Exp. 50001-23-31-000-2008-00120-02. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. ACCIÓN ELECTORAL](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. LOS MAGISTRADOS DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS DE JUSTICIA Y PAZ DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL HACEN PARTE DE SUS SALAS PLENAS

Ese fue el sentido de la respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil a la consulta que le formuló el Ministro del Interior y de Justicia. En respaldo, la Sala señaló que esos cargos fueron creados por la Ley 975 de 2005, *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*, llamada comúnmente *“ley de justicia y paz”*, para llevar a cabo la etapa de juzgamiento de los procesos originados en dicha ley y vigilar el cumplimiento de las penas y obligaciones impuestas a los condenados y advirtió que los que existen actualmente en los Tribunales Superiores del Distrito Judicial de Barranquilla, Bogotá y Medellín no integran las Salas Penales sino que conforman Salas Especializadas de Justicia y Paz que hacen parte de las Salas Plenas de esos Tribunales, pues de conformidad con el artículo 19 de la Ley 270 de 1996, *“Los Tribunales Superiores ejercerán sus funciones por conducto de la Sala Plena, integrada por la totalidad de los Magistrados...”*.

[CONCEPTO 1944 DE 26 DE MARZO DE 2009. M.P: GUSTAVO APONTE SANTOS. SOLICITANTE: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN EL 28 DE MAYO DE 2009](#)

2. LOS SINDICATOS DE EMPLEADOS PÚBLICOS NO PUEDEN PRESENTAR PLIEGOS DE PETICIONES NI SUSCRIBIR CONVENCIONES COLECTIVAS. LOS PERMISOS SINDICALES QUE SE CONCEDAN A EMPLEADOS PÚBLICOS DE CARRERA QUE TENGAN LA CONDICIÓN DE DIRECTIVOS DE SINDICATOS NO PUEDEN INCIDIR NEGATIVAMENTE EN LAS EVALUACIONES DE DESEMPEÑO

El Ministro de Transporte consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil acerca del alcance de la Resolución 011139 de 10 de marzo de 2005 de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que estableció algunas garantías sindicales en beneficio del Sindicato de Trabajadores de esa entidad, SINTRAERONAUTICO.

Para responder, la Sala inició por recordar que el ordenamiento jurídico garantiza a los empleados públicos los derechos de asociación y de negociación colectiva, pero los limita en cuanto les prohíbe expresamente presentar pliegos de peticiones o suscribir convenciones colectivas, lo que no excluye otras formas de defensa y representación como la presentación de reclamaciones y peticiones y el derecho a obtener una respuesta del Estado.

Con relación al asunto concreto, consideró que la modificación del acto administrativo invocado en la consulta, en cuanto al reconocimiento de tiquetes aéreos y facilidades a los directivos de SINTRAERONAUTICO para asistir a reuniones, no afectaba a la organización sindical, primero, porque

existen otros mecanismos que garantizan el derecho de reunión, como teleconferencias y sistemas de audio y video y, segundo, porque el material aportado con la consulta no permitía establecer si ese acto administrativo fue el resultado de una negociación colectiva, caso en el cual sí debían respetarse los beneficios que consagraba y sólo podrían ser revocados con el consentimiento de los destinatarios.

Por último, advirtió que los empleados de carrera que tengan la condición de directivos sindicales tienen derecho a permisos asociados a sus funciones en el sindicato, que éstas concesiones constituyen una causa válida para ausentarse del lugar de trabajo y que, por lo mismo, no pueden incidir negativamente en la evaluación de desempeño que debe realizar la entidad de conformidad con la Ley 909 de 2004. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estimó pertinente que en estos casos se tenga en cuenta la condición de directivo sindical del empleado al suscribir con el superior los acuerdos sobre metas, compromisos laborales e indicadores de desempeño.

El Consejero Enrique José Arboleda Perdomo salvó el voto porque, a su juicio, la naturaleza pública de las relaciones laborales con el Estado excluye los conflictos colectivos de trabajo, en la medida en que los términos de esas relaciones están fijados por la ley y por los reglamentos y no por los contratos y, por lo tanto, no son susceptibles de negociación entre las partes.

CONCEPTO 1893 DE 24 DE JULIO DE 2008. M.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. SOLICITANTE: MINISTERIO DE TRANSPORTE. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN EL 25 DE MAYO DE 2009

*** SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO**

3. CORRESPONDE A LA SUPERSOCIEDADES LA VIGILANCIA DE LA LABOR DE LOS LIQUIDADORES QUE DESIGNE

El Grupo de Control Disciplinario de la Superintendencia de Sociedades planteó un conflicto de competencias con la Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Segunda Distrital, para conocer de una queja presentada contra el liquidador de Aceros del Pacífico.

La Sala declaró competente a la mencionada Superintendencia para investigar la conducta del liquidador, en cuanto tienen que ver con la labor de liquidación, sin perjuicio de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer las conductas disciplinables que advirtiera.

Ello, por cuanto consideró que “los liquidadores designados por la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de funciones jurisdiccionales, son particulares que como auxiliares de la justicia deben adelantar el proceso de liquidación de una entidad vigilada, razón por la cual, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 162 y siguientes de la ley 222 de 1995, dicha Superintendencia, en ejercicio de los poderes de control y vigilancia propios de los jueces de la República, tiene la facultad de velar porque el liquidador cumpla adecuada y diligentemente las funciones a su cargo, al punto de decretar su remoción, de oficio o a solicitud de parte, mediante el trámite señalado por el artículo 171 de la ley antes mencionada, cuando se compruebe que el liquidador no está cumpliendo de manera adecuada las funciones señaladas por el artículo 166 ibidem, teniendo en cuenta que dicha sanción sólo se inscribe en el respectivo registro mercantil, sin que le genere antecedentes disciplinarios”.

Agregó que esa situación es distinta a “cuando se trata de examinar, de acuerdo con las causales de comportamiento determinadas por el Código Disciplinario Único, la conducta del liquidador en cuanto se trata de un particular que está ejerciendo transitoriamente funciones públicas judiciales, pues en este caso la competencia para desarrollar el proceso disciplinario corresponde a la Procuraduría General de la Nación, según lo disponen los artículos 52 y siguientes de la ley 734 de 2002”.

[Auto de 22 de abril de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00027-00. M.P: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. SOLICITANTE: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES](#)

NOTICIAS DESTACADAS

XI CONGRESO NACIONAL Y II INTERNACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Del 24 al 26 de junio se llevará a cabo el XI Congreso Nacional y II Internacional de Servicios Públicos domiciliarios en Cartagena, con el propósito seguir contribuyendo a la consolidación de una presentación eficiente, a costos razonables y calidad de los servicios públicos domiciliarios en Latinoamérica; además, para presentar las particularidades del caso colombiano reconocido como un referente social.

A la capital del departamento de Bolívar asistirán distintas personalidades dentro de las que se encuentran diferentes magistrados del Consejo de Estado, quienes participarán en la SALA JURÍDICA que se realizará dentro del marco del Congreso.

CONSEJO EDITORIAL

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Maria Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Alfonso Vargas Rincón
Presidente Sección Segunda
Ramiro Saavedra Becerra
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Filemón Jiménez Ochoa
Presidente Sección Quinta
William Zambrano Cetina
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- Carolina Leal Galán

Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- Fabiana De La Espriella S.
Jefe de Prensa
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co