



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 17
• Sección Primera	17 - 21
• Sección Segunda	21 - 24
• Sección Tercera	25 - 32
• Sección Quinta	32 - 38
• Sala de Consulta y Servicio Civil	38 - 44
• Noticias Destacadas	45

Noticias destacadas

FALLECIÓ LA DOCTORA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN, MAGISTRADA DE LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO.

EDITORIAL

El lúgubre episodio que para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en particular para el Consejo de Estado, tuvo lugar con el fallecimiento de la H. Consejera de Estado doctora Martha Sofía Sanz Tobón, ha vestido de luto a quienes tuvimos la honrosa oportunidad de deleitarnos no sólo con su gran experiencia profesional, sino también, con su brillante personalidad. Siempre al servicio de la sociedad, actuación ésta que se vio reflejada en cada una de las providencias en las que ostentaba la calidad de ponente. Hoy, con tristeza y desolación le damos un adiós a la compañera, amiga e ilustre jurista.

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:

SALA PLENA

1) DECRETADA PERDIDA DE INVESTIDURA DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA RUBÉN DARÍO SALAZAR OROZCO

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo encontró demostrada la causal de pérdida de investidura del artículo 110 de la Constitución Política que, entre otras, atribuyó un ciudadano a Rubén Darío Salazar Orozco, quien fuera representante a la Cámara por Bogotá.

En respaldo de su decisión, la Sala argumentó:

“Como quedó reseñado en el resumen que antecede, las causales que invoca el actor para solicitar la pérdida de investidura del demandado, son las siguientes: 1.- Inducir a sus subordinados a hacer aportes para financiar sus actividades políticas y proselitistas con miras a las elecciones del año 2010 y a sus organizaciones sin ánimo de lucro denominadas Asociación Popular de Vivienda “JEANSUM WISTER” y Comunidad Religiosa Independiente “JESÚS DE LA BUENA ESPERANZA”. (...)

En relación con la primera causal que se le endilga al demandado, la misma está consagrada en el artículo 110 de la Carta Política, el cual prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley y que el incumplimiento de esta prohibición será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

En este caso, a folios 532 a 534 del cuaderno principal, obra la providencia de 2 de junio de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente doctor ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, recaudada en este proceso en virtud del proveído de 4 de junio de 2009, en la cual se dispuso la apertura de instrucción y se libró orden de captura con el fin de ser oído en indagatoria, al Representante a la Cámara RUBEN DARÍO SALAZAR OROZCO, por el presunto delito de CONCUSIÓN, habida consideración que las pruebas obrantes en el expediente eran demostrativas de que había constreñido a sus subalternos a contribuir con parte de su sueldo para la campaña al Senado en el año 2010, lo cual se extrajo de la declaración de JHON JAIRO SÁNCHEZ GARZÓN y de grabaciones aportadas por éste sobre llamadas efectuadas a sus ex compañeros de la Cámara en las cuales se dan por ciertas las atestaciones del quejoso. (...)

Finalmente, es de advertir que el demandado en este proceso, ante los medios de comunicación, a comienzos del mes de septiembre de 2009 apareció CONFESANDO ANTE LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA la comisión del delito de concusión POR HABER CONSTREÑIDO A LOS MIEMBROS DE SU UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO A DAR PARTE DE SU SALARIO PARA LA CAMPAÑA AL SENADO Y PIDIÓ PERDÓN A LA SOCIEDAD POR TAL HECHO; amén de que en escrito visible a folio 805, dirigido al Despacho del Ponente, informa haberse acogido a sentencia anticipada por tal delito, en consecuencia, estima la Sala que está plenamente demostrada la causal en estudio lo que permite acceder a las pretensiones de la demanda y releva a la Corporación del análisis de las restantes causales.”

[Sentencia de 6 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00355-00 \(PI\). M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

2) LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA NO INCLUYE EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA: UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la destitución de las Fuerzas Militares del Brigadier General Alvaro Hernán Velandia Hurtado, argumentando que la facultad sancionatoria disciplinaria había prescrito porque la resolución que resolvió el recurso de reposición contra el acto sancionatorio inicial fue notificada por fuera del término de cinco años previsto en la ley para ejercerla.

La Procuraduría General de la Nación interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la referida sentencia de la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación.

La jurisprudencia de esta Corporación en relación con la prescripción de la acción sancionatoria y acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, no ha sido unánime. Existen tres tesis: a) Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria. b) Para que se considere “impuesta” la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se notifique. c) Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos. (...)

Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, la Sala considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción

disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario, porque es éste el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto. La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada. Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla. En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984 sobre prescripción de la acción disciplinaria.

[Sentencia de 29 de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2003-00442-01\(S\)IJ. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) La ayuda humanitaria a la población desplazada debe mantenerse hasta que se obtenga cierta estabilidad económica.

Los desplazados no sólo tienen derecho a que se les reconozca la ayuda humanitaria sino a que ésta se mantenga hasta que puedan regresar a una situación sino igual, que sería lo ideal, por lo menos similar y autosostenible. Para el caso concreto, la comunidad actora tiene derecho entonces a que se le reconozca la ayuda humanitaria tal y como lo establece la ley y la jurisprudencia y a que la prórroga de ésta se le conceda hasta el momento en que logre cierta estabilidad económica, que si bien no se trata de un regreso a la situación inmediatamente anterior a la ocurrencia de los hechos que originaron el desplazamiento, al menos es una opción para lograr una condición de autosostenibilidad.

b) Clases de proyectos productivos de la población desplazada

Hay tres tipos de proyectos a los que la población desplazada puede acceder, proyectos de seguridad alimentaria, proyectos productivos a pequeña escala y proyectos productivos integrales. La razón de ser de este tipo de proyectos consiste en el hecho de que los hogares de las familias

desplazadas consigan la independencia productiva, ingresos estables y ocupación, de igual manera se busca obtener “un refuerzo en su capacidad organizacional y asociativa”; esta clase de proyectos puede ser unipersonal, unifamiliar o asociativo. Por habersele reconocido la condición de desplazada de la asociación actora y al cumplir con los respectivos requisitos de postulación a los diferentes programas de restauración se considera que los integrantes de dicha comunidad son beneficiarios de dichos proyectos, toda vez que estos buscan que la población desplazada alcance un nivel de autosostenimiento. Por lo que al respecto se adicionará la demanda en el sentido de incluir a ésta población en dichos proyectos.

c) Alcaldía de Cartagena debe proceder a reubicar a los integrantes de la Comunidad de Desplazados de la Loma del Peyé, en iguales condiciones al predio donde actualmente habitan

En el caso concreto, nos encontramos frente a un grupo de desplazados que se encuentran ubicados en un lote de propiedad de un particular, en el cual han asentado sus viviendas y han procurado establecer a sus familias así sea en condiciones poco favorables, durante un lapso de tiempo aproximado de 10 años, sin que el Estado haya procurado dar una solución a la condición en que se encuentran. Es de resaltar que en el lote donde se encuentran ubicadas estas personas se encuentran sus viviendas, comedores comunales, una escuela construida por el Minuto de Dios, por lo que al ser desalojados contraería graves inconvenientes sociales y personales para esa población. La Sala considera que las obligaciones de los entes demandados no nace de la suscripción de los contratos de promesa de compraventa y arrendamiento celebrados con un particular, sino de hacer el acompañamiento correspondiente a los desplazados en su etapa de recuperación socioeconómica, que hasta el momento se ha llevado a cabo prácticamente solo con la ayuda de particulares, ONGs y fundaciones quienes han logrado avances importantes en la calidad de vida de estas personas. Por lo anterior, la sentencia de primera instancia se adicionará en el sentido de ordenar a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, en colaboración con el Departamento de Bolívar, a que en un lapso no mayor a 6 meses proceda a reubicar a los integrantes de la Comunidad de Desplazados de la Loma del Peyé que se encuentren registradas como tales, a un terreno donde puedan vivir en condiciones dignas y con todos los beneficios con los que actualmente cuentan en el predio donde habitan, como son, el comedor comunitario y la escuela.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 13001-23-31-000-2009-00188-01\(AC\), M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

2. a) La acción de tutela es procedente de manera excepcional, para obtener reintegro laboral de sujetos con especial protección constitucional

Respecto de la procedencia de la tutela para obtener el reintegro de un trabajador al empleo del que fue despedido, esta Corporación ha señalado que conforme al artículo 6 [1] del Decreto 2591 de 1991 no es esta acción la vía pertinente cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pero que dicho medio alterno debe ser eficaz, pues, de lo contrario, la tutela procede como mecanismo judicial de protección (art. 8 ib). En el asunto bajo examen, es evidente que el medio de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral de que dispone el actor no resulta eficaz en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra, dada su condición de sujeto de especial protección constitucional (arts. [13], [47] y [48]), lo que amerita la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales violados y ante la inminente amenaza de que continúe su transgresión. En efecto, si se tienen en cuenta las especiales circunstancias del actor, quien acreditó ser portador sintomático del VIH y estar actualmente en tratamiento de su enfermedad, resulta claro que aunque el mismo cuenta con otro medio de defensa judicial, la situación particular que rodea el presente asunto hace procedente la acción de tutela, toda vez que la terminación del contrato laboral agrava su situación personal.

b) La no interposición de la acción de tutela en un término razonable, se justifica ante una enfermedad catastrófica

Es pertinente advertir que si bien es cierto el actor no formuló la tutela una vez fue desvinculado de la empresa Agregados y Mezclas Cachibí S.A., hecho que, en principio, haría suponer que su situación no amerita la adopción de medidas de protección inmediatas y urgentes toda vez que no interpuso la acción dentro de un término razonable, también lo es que en la diligencia de versión a que se aludió se le interrogó sobre las razones por las cuales no había accionado, frente a lo cual manifestó que estaba dedicado a su salud y estaba asustado porque la enfermedad lo puede matar. Así las cosas, a juicio de la Sala, las razones aducidas por el actor para justificar su demora en promover la acción son válidas si se tiene en cuenta que no se trata de cualquier enfermedad, sino de una de naturaleza catastrófica cuyo tratamiento, además de ser de alto costo, no puede ser suspendido sin disminución de la calidad de vida del paciente, de lo cual se puede colegir que la gravedad de su estado incidió de manera determinante en la desprevención del actor por hacer uso de los mecanismos de defensa a su disposición en orden a ocuparse primero de la atención de su salud y, por ende, de su vida.

c) El despido de un empleado debido a sus condiciones de debilidad constituye discriminación y abuso del derecho

En el caso de las personas en situación de debilidad manifiesta, el principio de la estabilidad laboral tiene especial trascendencia, al punto que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de una estabilidad laboral reforzada de la que gozan algunos trabajadores, quienes, en razón de su situación de indefensión o debilidad, puedan verse discriminados o afectados por actuaciones y omisiones del Estado o de los particulares (Constitución Política [13] y [95]). El objetivo de la estabilidad laboral reforzada es garantizar que las personas en condiciones de debilidad gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, la que en materia laboral se traduce en la permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, la que debe estar conforme con la capacidad laboral del trabajador. La estabilidad laboral reforzada se aplica en los casos de despido de trabajadores en estado de debilidad, como mujeres embarazadas, servidores aforados y personas limitadas físicamente, como ocurre con los enfermos de VIH, entre otros, en claro desconocimiento de las obligaciones constitucionales y legales, pues, el despido unilateral de un empleado debido a sus especiales condiciones, constituye una discriminación y un abuso del derecho por parte del empleador, dado que a las personas en estado de debilidad no se les puede tratar igual que a quienes no tienen dicha condición.

d) La tutela procede frente a despidos de sujetos con especial protección, si se dio en razón a la condición de debilidad. Inversión de la carga de la prueba

No obstante, no basta la existencia de una enfermedad o de una discapacidad, para que por vía de tutela se conceda la referida protección constitucional, sino que debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición de debilidad, esto es, debe existir nexo causal entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que para demostrar la causa objetiva que justifica la desvinculación, al empleador “le corresponde asumir la carga de la prueba de sustentar en qué consiste el factor objetivo, que le permite desvirtuar la presunción de discriminación que pesa sobre sí”, para impedir la ineficacia de la terminación contractual. En efecto, la especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una decisión es cuestionada por afectar eventualmente los derechos fundamentales de la persona perjudicada.

3. a) Titularidad de la acción de tutela

Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela sólo puede ser interpuesta, en principio, para defender derechos fundamentales propios, pudiendo reclamar la protección el mismo afectado sin intervención de apoderado judicial. No obstante, puede instaurar la acción un tercero para que se amparen derechos cuya titularidad no ostenta, cuando hay de por medio una representación legal, cuando su titular le ha extendido mandato expreso para ello o cuando el afectado no puede, por razones fácticas o jurídicas, promover su propia defensa, caso en cual opera la agencia oficiosa que debe ponerse de manifiesto en el libelo demandatorio. Es menester que en todos estos casos de representación jurídica, el demandante acredite debidamente su calidad para actuar en nombre de otro. Según el artículo 10 del Decreto 2591, es posible agenciar derechos ajenos cuando su titular se encuentra imposibilitado para promover por sí mismo la tutela. Según la norma, “cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

b) Es deber del estado prestar atención en salud a miembros de la fuerza pública con posterioridad a su desincorporación, cuando por causa y razón del servicio sufran una lesión

Con fundamento en el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, en principio, las personas que sean desvinculadas del servicio con una discapacidad menor al índice señalado para obtener la pensión de invalidez, no tendrían derecho a recibir los servicios de salud por no ser beneficiarios de esta pensión. Sin embargo, en determinados eventos resulta no sólo admisible, sino constitucionalmente obligatorio, extender la cobertura de la atención en salud de los miembros de la fuerza pública con posterioridad a su desincorporación cuando por causa y razón del servicio sufran una lesión, lo anterior en tanto no resulta aceptable que el Estado, a través de las Fuerzas Militares, no preste los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos a quien al ingresar a prestar sus servicios a la patria se encontraba en perfectas condiciones de salud. Advierte la Sala que el derecho a la salud y a la seguridad social del personal retirado del servicio activo, no puede verse afectado aunque la persona no tenga derecho a la pensión, como sucede en el presente caso, siendo entonces un deber del Estado la prestación de la asistencia médica que requiera para el tratamiento y mejoramiento de sus condiciones de salud. Lo anterior, por cuanto resulta contrario a los principios constitucionales de solidaridad, de continuidad en la prestación de los servicios de salud y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, una interpretación literal del ordenamiento jurídico en materia de salud y seguridad social de la Fuerza Pública que se oriente a restringir o impedir la continuidad del acceso a los servicios médicos a una persona por el solo hecho de ser desvinculada, cuando dichos servicios se requieren necesariamente para su rehabilitación y son prestados en razón de condiciones patológicas que pueden ser directamente atribuibles al servicio.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Exp. 73001-23-31-000-2009-00374-01\(AC\), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

4. a) La terminación de la relación laboral por el cumplimiento de los requisitos de pensión no puede hacerse efectiva hasta la inclusión del trabajador en nómina de pensionados, debidamente notificada

El parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece: “Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión (...)”. Dicho Parágrafo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003, en el siguiente sentido: “Siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de

pensionados correspondiente”. En efecto, la Corte Constitucional estableció como requisito para la terminación de la relación laboral la inclusión del trabajador en nómina de pensionados, debidamente notificada. Situación que no fue tenida en cuenta por la entidad accionada, lo que vulneró de manera evidente los derechos fundamentales del actor, al declararlo insubsistente del cargo de Delegado Departamental. No obstante, mediante auto de ponente fechado el 10 de agosto del año en curso, se vinculó al Instituto de Seguros Sociales - Fondo de Pensiones, a fin de que rindiera un informe del estado de la solicitud de pensión presentada por el actor en agosto de 2006. En dicho informe, el Jefe Central Nacional de Tutelas del ISS dijo que mediante Resolución No. 031673 del 23 de julio de 2009, el Gerente del Centro de Atención a Pensiones de ISS - Seccional Cundinamarca, reconoció en favor del actor una pensión de jubilación por el valor de \$3'928.901, a partir del 20 de mayo de 2009, incluida en la nómina correspondiente al mes de agosto de 2009, pagadera a inicios de septiembre de este año. Sin embargo, no obra prueba en el expediente de que la mencionada resolución fue notificada al actor. Por tanto, la Sala ordenará al Instituto de Seguro Social - Fondo de Pensiones, que en el término de 48 horas, contados a partir de la notificación de presente providencia, informe al actor sobre el contenido de la Resolución No. 031673 del 23 de julio de 2009. Se requerirá a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia C-230 del 6 de marzo de 2008, estudie las situaciones de cada uno de los empleados de manera particular, esto con el fin de no contravenir lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003, que lo adicionó.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 50001-23-31-000-2009-00215-01\(AC\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

5. a) El derecho a la salud, en conexidad con la vida, se vulnera si la EPS no suministra los medicamentos y práctica los procedimientos, que resultan necesarios para su protección, pese a no encontrarse incluidos en el Plan de Beneficios

La Corte Constitucional ha enfatizado que “... el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas, y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras a obtener una óptima calidad de vida...”. El pretexto de la entidad accionada de que los medicamentos que se le han formulado y el procedimiento quirúrgico que requiere, no se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios, y la indicación de que la actora debe solicitar un comité médico científico, no sirve de justificación para que se prolongue la situación de indefensión en que se encuentra la actora, quien está limitada físicamente, por lo que resulta evidente que el derecho a la salud, en conexidad con la vida, le ha sido vulnerado, haciéndose impostergable su amparo, pues no es suficiente, para la protección de este derecho, que las entidades promotoras de salud realicen un diagnóstico médico, sino que además determinen el tratamiento a seguir, suministrando los medicamentos y practicando los procedimientos, que resulten necesarios.

b) El derecho a la vida no puede supeditarse al cumplimiento previo de condiciones económicas

La Corte Constitucional ha considerado que la protección constitucional que debe darse al derecho fundamental a la vida, “... no puede estar condicionada a normas de menor rango o a acuerdos contractuales, pues no se puede permitir que el derecho a la vida y a la dignidad humana, así como su protección, esté supeditado al cumplimiento previo de condiciones de orden económico, o al previo cumplimiento de lineamientos legales, máxime cuando lo que se pretende es salvaguardar la vida, la salud y la integridad física de un paciente que requiere con urgencia la atención de sus afecciones en salud que comprometen, incluso, su propia existencia...”.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Exp. 19001-23-31-000-2009-00288-01\(AC\), M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

6. a) La acción de tutela es improcedente para que se ordene a las entidades competentes que procedan a reconocer y pagar una pensión de vejez que no ha sido solicitada

Se evidencia que el perjuicio irremediable no se encuentra configurado, pues las entidades demandadas en ningún momento han negado la pensión de vejez, en razón de que no se encuentra probado que el actor haya hecho la solicitud formal para el reconocimiento de la aludida pensión. En esa medida, el perjuicio que el actor manifiesta que le causaron las demandadas no es producto de una actuación manifiestamente irregular o de acciones u omisiones ilegítimas y contrarias a derecho por parte de las accionadas, toda vez que el demandante no ha solicitado reconocimiento alguno de pensión, de cuya respuesta devenga el menoscabo de los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela. En efecto, la Sala considera, que no es de recibo instaurar acción de tutela para ordenar a las entidades demandadas que procedan a reconocer y pagar una pensión de vejez, máxime si no se ha solicitado reconocimiento alguno por parte del actor. En consecuencia, corresponde al demandante hacer la respectiva solicitud, anexando los documentos que para el efecto se requieren, con el fin de provocar la actuación de la administración para que se defina la pretensión y, en el supuesto de que la determinación sea desfavorable a sus intereses, pueda ser incoada la acción judicial pertinente.

[Sentencia de 9 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-01110-01\(AC\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

ACCIONES POPULARES

1. a) Relleno sanitario de Sincelejo no cumple con los requisitos técnicos y legales

A partir de la vigencia del Decreto 1713 de 2002, los Municipios y Distritos, deberán elaborar y mantener actualizado un Plan Municipal o Distrital para la Gestión Integral de Residuos o Desechos Sólidos en el ámbito local y/o regional. El Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos deberá ser formulado considerando, entre otros aspectos, el diagnóstico de las condiciones actuales técnicas, financieras, institucionales, ambientales y socioeconómicas de la entidad territorial en relación con la generación y manejo de los residuos producidos, así como la identificación de alternativas de manejo en el marco de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos con énfasis en programas de separación en la fuente, presentación y almacenamiento, tratamiento, recolección, transporte, aprovechamiento y disposición final. Ahora bien, el artículo 1 del Decreto 838 de 2005 define el relleno sanitario como “...el lugar técnicamente seleccionado, diseñado y operado para la disposición final controlada de residuos sólidos, sin causar peligro, daño o riesgo a la salud pública, minimizando y controlando los impactos ambientales y utilizando principios de ingeniería, para la confinación y aislamiento de los residuos sólidos en un área mínima, con compactación de residuos, cobertura diaria de los mismos, control de gases y lixiviados, y cobertura final.” A su vez, dicho artículo estableció que la actividad de disposición final de los residuos sólidos es el proceso por medio del cual se aíslan y confinan los residuos sólidos en especial aquellos que no son aprovechables, en forma definitiva, en lugares especialmente seleccionados y diseñados de tal forma que eviten la contaminación y daños o riesgos para la salud humana y al ambiente. De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 838 de 2005 todos los Municipios o Distritos tienen la obligación de prever en los Planes de Gestión Integral de los Residuos Sólidos, el sistema de disposición final adecuado tanto sanitaria, como ambiental, económica y técnicamente en los que se ubique la infraestructura del relleno sanitario, de acuerdo con la normatividad vigente para asegurar la prestación del servicio de disposición final de los residuos sólidos generados en su jurisdicción de manera eficiente, sin poner en peligro la salud humana, ni utilizar procedimientos y/o métodos que puedan afectar el ambiente. De las pruebas del proceso, para la Sala es claro que el relleno sanitario del Municipio de Sincelejo no cumple con las disposiciones normativas y las condiciones técnicas señaladas en los Decretos 1713 de 2002 y 838 de 2005, como quiera que está acreditada la existencia de fallas en la implementación de las medidas técnicas básicas para el

manejo y disposición de los residuos sólidos, acumulación de lixiviados al interior del área de disposición de basuras.

b) La Alcaldía de Sincelejo debe recuperar el área aledaña al relleno sanitario e impedir que se reanuden los asentamientos humanos en sus alrededores

De conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 a los Municipios como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado les corresponde reglamentar el uso del suelo, sin perjuicio del control que deben realizar para evitar los asentamientos humanos y más aún cuando los asentamientos están ubicados en zonas de alto riesgo. En ese orden de ideas, en relación con la localización de los asentamientos humanos según los artículos 56 y 59 de la Ley 9 de 1989, los Alcaldes de los Municipios deben mantener un inventario actualizado de las zonas de alto riesgo, adelantar programas de reubicación de los habitantes en dichas áreas o proceder a desarrollar las operaciones necesarias para eliminar el riesgo y en el evento en que los habitantes se rehúsen a abandonar ese sitio pueden ordenar la desocupación con el concurso de las autoridades de policía y la demolición de las edificaciones afectadas. Como quiera que en la audiencia de pacto de cumplimiento el representante legal de la Alcaldía de Sincelejo dijo que “Nuestra ciudad creció pero no tenía planeación, nos preocupa el bienestar de la población cercana a la que se refiere la acción pero ese barrio fue instalado sin cumplir ningún requisito”, para la Sala resulta evidente que en la zona cercana del relleno sanitario están ubicadas una serie de construcciones. Por lo anterior, se ordenará al Municipio de Sincelejo que de forma inmediata a la notificación de este fallo inicie las gestiones tendientes a recuperar el área aledaña del relleno sanitario de Sincelejo con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial. Adicionalmente la Alcaldía de Sincelejo debe implementar vigilancia y control sobre la zona con el fin de impedir que se reanude la ocupación en los alrededores del relleno sanitario.

[Sentencia de 5 de octubre de 2009. Exp. 70001-23-31-000-2004-00746-01\(AP\), M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. a) Corregimiento de Guaimaral, en el Municipio de Valledupar, vulnera la salubridad pública y el goce del ambiente sano, por el incumplimiento de la normativa mínima para el funcionamiento de su matadero

En el presente caso, el actor solicita que se ordene al Municipio de Valledupar adecuar el matadero del «Corregimiento de Guaimaral» para garantizar el cumplimiento de los requisitos mínimos de salubridad, higiene y medidas fitosanitarias establecidas en la Ley 9ª de 1979 y los Decretos 2278 de 1982 y 1036 de 1991. Afirma que en el matadero del «Corregimiento de Guaimaral» se sacrifican los animales en el suelo, no cuenta con la indumentaria requerida en el desarrollo de su labor y no tiene permiso de vertimiento de los residuos. Debe advertirse que según lo demostrado por el material probatorio, el matadero del «Corregimiento de Guaimaral» incumple la normativa del Decreto 2278 de 1982 que fue subrogado por el Decreto 1036 de 1991, lo que permite concluir a esta Sala, que el Municipio de Valledupar pone en riesgo la salubridad de los habitantes y el goce de un ambiente sano pues sacrifica los animales en el suelo, no cuenta con una red de colgado, ni con la indumentaria requerida, realiza el vertimiento de residuos a campo abierto ni cumple los requisitos mínimos de higiene.

b) Requisitos en cuanto a áreas y dotación de los mataderos de categoría IV

De conformidad con las categorías de mataderos, el «Corregimiento de Guaimaral» pertenece a la clase «IV», pues su población se estima en dos mil ochocientos sesenta y tres (2.863) habitantes según los resultados del censo general realizado en el año 2005 por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas- DANE, por lo el matadero deberá tener lo siguiente: En cuanto a áreas: una zona de protección sanitaria, vías de acceso, y zona de cargue y descargue, corrales de sacrificio, sala de sacrificio separada según especie, red área para el sacrificio y faenado de los

animales, área para proceso de vísceras blancas, área para cabezas y patas, área para almacenamiento de pieles, estercolero, sistema de tratamiento de aguas residuales, tanque para reserva de agua potable, oficina administrativa y de inspección y unidad sanitaria y vestidero. En cuanto al equipo: trampa de aturdimiento, puntilla de aturdimiento, polipastos eléctricos o manuales para izado de reses y de cerdos, redes aéreas para sacrificio y faenado de reses y cerdos, grilletes o troles con esparrancador para bovinos y cerdos, plataformas de niveles, tasajeras y ganchos para vísceras rojas, tasajeras y ganchos para cuartos de canal, vaciadero de panzas y mesones de material inalterable para lavado y proceso de vísceras blancas, pinza eléctrica u otro sistema para aturdir cerdos, equipo de gas para el chamuscado de cerdos, tanque escaldador de estómagos de bovinos.

[Sentencias de 5 de octubre de 2009. Exp. 20001-23-31-000-2004-02303-01 \(AP\), M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

3. a) Los derechos colectivos al ambiente sano, a la salubridad pública, y a la prestación eficiente y oportuna del servicio público de alcantarillado se afectan por la contaminación ambiental causada por aguas residuales

En el presente caso, los actores estiman que el predio de su propiedad situado en la carrera 16 núm. 23-53, barrio El Carmen de la ciudad de Tunja, viene siendo perturbado por la empresa SERVIGENERALES S.A. E.S.P., con afectación de los derechos al goce del medio ambiente y la salubridad pública de la comunidad. Del acervo probatorio se desprende que efectivamente a un tubo instalado de tiempo atrás para la conducción de aguas pluviales en el predio que hoy ocupa SERVIGENERALES S.A. E.S.P. se conectaron por parte de dicha entidad algunos tubos para evacuar las aguas residuales de un baño construido en sus inmediaciones y los desechos sólidos producidos por el lavado de los camiones recolectores de basuras a su cargo, extendidos hacia el predio de los actores. También se acredita que por efectos del material sólido conducido por la tubería, ésta y sus reducidas cajas de inspección se encuentran colmatadas, taponadas, situación que torna inviable el flujo normal del líquido y causa su rebose principalmente a través del boquete o rotura existente en uno de sus tramos, para continuar su circulación y final estancamiento a cielo abierto, en predios de propiedad de los actores, donde el efecto de la humedad ha alcanzado la vivienda construida en él, y se perciben, al igual que en toda la zona, olores ofensivos, aparte de convivirse con insectos de toda clase, con los riesgos de todo orden que ello acarrea para el medio ambiente y la salubridad pública. No hay duda, entonces, que se encuentran afectados los derechos colectivos al ambiente sano, a la salubridad pública, y a la prestación eficiente y oportuna del servicio público de alcantarillado.

b) Los Municipios conservan la competencia de vigilancia y control sobre los servicios públicos, aunque no tengan a su cargo su prestación directa

El artículo 365, ibídem, dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien los podrá prestar, con sujeción al régimen fijado por la ley, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero en todo caso conservando su regulación, control y vigilancia. La Ley 142 de 1994 le atribuye al municipio, en el numeral 5.1 del artículo 5°, la función de asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios públicos domiciliarios de acueducto, **alcantarillado**, aseo, energía eléctrica y telefonía pública básica conmutada, por parte de empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo 6°. De la normativa antes citada se tiene que al Municipio de Tunja le cabe responsabilidad en los hechos afirmados en la demanda, acreditados en el expediente, pues si bien no tiene a su cargo la prestación directa del servicio público de alcantarillado y está obligado a hacerlo de manera eficiente y oportuna, conserva competencias de vigilancia y control para su cabal prestación por parte de quien los hace, lo cual en modo alguno cumple a cabalidad ante la irregular conducción de aguas pluviales, residuales y desechos sólidos por las tuberías que dan cuenta los

hechos, y su circulación y estancamiento a cielo abierto causando olores ofensivos, proliferación de insectos en general, poniendo en riesgo no solo la salubridad de la comunidad sino afectando el medio ambiente, frente a lo cual tampoco a cumplido en forma idónea con sus funciones.

c) En virtud del contrato de concesión para la prestación del servicio integral de aseo suscrito entre el Municipio de Tunja y SERVIGENERALES S.A. E.S.P., esta última asumió los riesgos que puedan significar para terceros, la ejecución de las distintas labores inherentes a la prestación del servicio

En cuanto a la apelación interpuesta por SERVIGENERALES encuentra la Sala que, en este caso concreto, no resulta procedente exonerarla totalmente de responsabilidad en atención a los argumentos aducidos por ella referentes a la competencia del Municipio de Tunja para la prestación del servicio público de alcantarillado, y al hecho de haber encontrado el inmueble, cuya tenencia le fue cedida por el ente territorial como sede para sus operaciones, ya con las redes internas de alcantarillado implementadas por su constructor o propietario con las falencias establecidas. Lo anterior por cuanto si bien la Ley 142 de 1994 y el Decreto Reglamentario 302 de 2000 erigen en deber de las empresas de servicios públicos efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, y disponen que el mantenimiento de las redes internas del alcantarillado no son de su responsabilidad sino de los usuarios, es claro que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 24 del contrato de concesión para la prestación del servicio integral de aseo suscrito por el Municipio de Tunja y SERVIGENERALES S.A. E.S.P., esta última asumió la totalidad de los riesgos que puedan significar para terceros, para el municipio, o para su personal la ejecución de las distintas labores inherentes a la prestación del servicio de aseo, que las viene cumpliendo igualmente desde el inmueble instituido como sede de operaciones, propiedad del ente territorial, donde se originan los hechos motivos de la inconformidad de los actores que le han sido atribuidos.

[Sentencia de 5 de octubre de 2009. Exp. 15001-23-31-000-2004-00970-01 \(AP\), M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

4. No hay lugar a decretar el incentivo, cuando se niegan las pretensiones de la demanda o cuando la actuación de la administración se surte antes de la notificación de la misma

El artículo 39 de la Ley 472 de 1998 define el incentivo de la siguiente manera: “El demandante de una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará 10 y 150 salarios mínimos mensuales...”. El incentivo constituye entonces, una compensación por la labor diligente que realiza el actor popular a favor de la comunidad en búsqueda de la protección de los derechos e intereses colectivos de la misma. En el caso concreto, de las pruebas señaladas, se puede concluir que si bien la demanda fue presentada antes de la suscripción del contrato, la notificación de ésta a la Corporación Autónoma del Canal del Dique (CARDIQUE) y a la Alcaldía Mayor de Cartagena se surtió hasta los días 5 y 22 de abril respectivamente. Lo anterior quiere decir que las entidades tuvieron conocimiento de la presente acción tiempo después de haber firmado el contrato por medio del cual se dio inicio a las obras de reconstrucción y adecuación del canal del barrio El Campestre en Cartagena, por lo que mal podría afirmarse que la actuación adelantada por el actor fue determinante o influyente en la solución del problema. Ahora bien, puesto que en el proceso se demostró la carencia actual del objeto de la acción popular y toda vez que se confirmó que la actuación de la administración se surtió antes de ser notificada la demanda, toda vez que se negaron las pretensiones de la demanda, no hay lugar a decretar el incentivo.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 13001-23-31-000-2004-00157-01\(AP\). M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

5. a) La procedencia de la acción popular no depende de la existencia de otras acciones, por ser autónoma

La Carta Política brindó una serie de herramientas jurídicas, principalmente las acciones judiciales de rango constitucional, para que cualquier persona pudiera reclamar, ante los jueces de la república, la efectividad de los derechos individuales o colectivos y dentro de aquéllas encontramos las denominadas acciones populares (artículo 88 C.P.), cuyo propósito es la protección, y preservación material y cierta de los derechos e intereses colectivos, ante la vulneración o amenaza - por acción o por omisión - de que pueden ser objeto por parte de los particulares - ejerzan éstos o no función pública-, o de las autoridades y entidades públicas. Con fundamento en el artículo 88 ibídem, el legislador profirió la ley 472 de 1998, en donde instituyó la acción popular como una de aquellas de naturaleza principal y autónoma, cuyo objetivo es la protección de los derechos e intereses colectivos, en la medida que pretenden evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de que sean objeto los mismos (artículo 2º ley 472 de 1998). Como quiera que la acción es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad (artículo 18 ley 472 de 1998); por consiguiente, no resulta pertinente, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción popular de la procedencia o no de otras acciones principales o subsidiarias, por cuanto ella tiene como objetivo específico y puntal el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados en la demanda. Entonces, si bien podrían existir acciones administrativas o judiciales para juzgar la conducta - activa u omisiva - de las entidades o autoridades públicas, o particulares que cumplen función administrativa en relación con determinados hechos, lo cierto es que su admisión y procedencia no dependerá, en ningún caso, de la interposición o iniciación de aquellas acciones o procedimientos. En ese contexto, es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgrede un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo.

b) La Constitución Política dota al juez popular de prerrogativas especiales para la protección efectiva de los derechos colectivos

Dada la entidad de los bienes jurídicos que se salvaguardan con la acción popular, el legislador dotó al juez de una gama de amplias potestades con el propósito de que tuviera verdaderos instrumentos para hacer cesar la vulneración o amenaza en contra de aquéllos, o para retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración realizada. En esa perspectiva, el juez de la acción popular, como juez de rango constitucional, cuenta con una serie de prerrogativas al momento de proferir su decisión, para que, ante la constatación efectiva de una vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, pueda disponer que se adopten todas las medidas pertinentes y necesarias para la protección de los mismos. Dichas órdenes pueden reflejar obligaciones de hacer, de no hacer, indemnizatorias, de realización de conductas reparatorias o resarcitorias. Lo anterior no significa una invasión a la órbita de competencias de las demás autoridades o entidades públicas, ni concretamente, de las que ejercen función administrativa, ya que se trata, simplemente, del ejercicio claro del poder que se le concede por la Constitución y la ley al juez constitucional, para que, si encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, proceda a determinar las medidas procedentes y conducentes que deben ser adoptadas para que cese la conducta lesiva.

c) Principio de congruencia en acción popular: el juez podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, si tienen relación con la causa petendi formulada en la demanda

Si bien es cierto que la acción popular es de naturaleza constitucional, y que los derechos que se pretenden amparar con su interposición son aquellos de tipo colectivo, es decir, que pertenecen en principio a toda la colectividad, y que, por consiguiente, muchos de ellos están igualmente

reconocidos directamente por el texto constitucional, no debe perderse de vista que el principio de congruencia opera también en este tipo de procesos. En consecuencia, la jurisprudencia ha reconocido, como lo plantea el apoderado de la sociedad contratista demandada, que en tratándose del principio de congruencia en acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso se flexibiliza o relaja, para permitir que el juez no esté necesariamente vinculado en relación con algunos aspectos que podrían sistematizarse de la siguiente forma: i) en relación con las medidas deprecadas en la demanda para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, toda vez que de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados, ii) en cuanto concierne a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados expresamente en la demanda, siempre y cuando la acusación de su vulneración se desprenda de las circunstancias fácticas narradas en la causa petendi de la demanda, y iii) en relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando estén relacionados con los supuestos fácticos establecidos en la demanda. En otros términos, el juez de la acción popular podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, siempre y cuando aquellos tengan relación con la causa petendi formulada en la demanda. Como se aprecia de los anteriores planteamientos, el juez de la acción popular puede proferir fallos extra o ultrapetita, así como también dar aplicación al principio iura novit curia, para garantizar la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados; no obstante, las anteriores facultades oficiosas del juez constitucional entran en colisión con el principio al debido proceso y el derecho de defensa de las entidades o personas que fungen como demandadas en un proceso de esta estirpe. En esa perspectiva, admitir que el juez de la acción popular falle sobre hechos absolutamente desconocidos y que no fueron objeto del debate a lo largo del proceso, supone sorprender a los demandados, puesto que es precisamente en la sentencia donde aparecerían definidos esos supuestos fácticos que hasta ese momento eran ignorados, por no haber sido, se insiste, materia del debate jurídico y probatorio.

[Sentencia de 2 de septiembre de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2004-02418-01 \(AP\). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO](#)

* Con aclaración de voto de los Consejeros Enrique Gil Botero y Ruth Stella Correa Palacio

6. a) La moralidad administrativa presenta dos diferentes rangos normativos: como principio de la función administrativa y como derecho colectivo. Alcance de la moralidad administrativa como principio

La moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.), y ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). I) Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período determinado. En esa perspectiva, es claro que no toda ilegalidad implica una inmoralidad y, en esa relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio en estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que lo trasgreda deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración

de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

b) La protección del derecho a la moralidad administrativa no sólo puede ser reclamada frente a las autoridades que cumplen función administrativa, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública

El derecho en estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo - de abstención- o de carácter social -prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de los que así se han definido doctrinalmente (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad), y los denominados derechos sociales - que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal-. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstención de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho). De allí que, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada frente a las autoridades que cumplen función administrativa -a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstención, o en un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

c) La moralidad administrativa debe juzgarse con los parámetros éticos objetivos que se desprendan de los principios, valores y reglas constitucionales y legales

La moralidad administrativa como derecho colectivo radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que puede o no ejercer *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación. Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (*sensus communis*), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho.

d) La moralidad administrativa no puede ser integrada por normas legales o reglamentarias sino con un criterio ético objetivo que entronice los principios de la Constitución Política

El sistema normativo colombiano no se ensambla exclusivamente por reglas de derecho (legalidad en sentido estricto), sino que, además, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, existen preceptos jurídicos de otros estatus diferentes a aquéllas, como por ejemplo, los principios

y valores constitucionales. Ahora bien, si la moralidad administrativa tiene una dimensión doble que permite abordar su análisis como principio y como derecho colectivo de rango constitucional, es claro que su contenido no puede ser integrado o llenado a partir de las disposiciones de índole legal o reglamentario, según la jerarquía normativa, puesto que ello supondría avalar una teoría a partir de la cual un precepto superior podría ser dotado de contenido por uno de inferior nivel. En ese orden de ideas, si el referido sistema se fundamenta en una estructura jerárquica, no es admisible entender que disposiciones de rango inferior suplan el contenido y alcance de las superiores. En esa línea de pensamiento, la moralidad administrativa, se itera, en su doble dimensión necesariamente debe ser colmada con un criterio ético objetivo que se entronice en los principios jurídicos y normativos de la Constitución Política. De allí que, en ese horizonte, la ética objetiva u objetivizada que colma el contenido y alcance de la moralidad, no se encuentra delimitada por el propio ordenamiento jurídico; en otros términos, los preceptos éticos y morales que conforman el concepto de moralidad administrativa -como principio y como derecho colectivo- son aplicados en cada caso concreto por el operador jurídico, a partir de la valoración de ese cúmulo o conjunto de preceptos de rango constitucional que se hallan enunciados en el preámbulo y los primeros artículos constitucionales, pero que no se agotan allí, puesto que existen otros dispersos a lo largo de la Carta Política. En esa perspectiva, la moralidad administrativa en su doble dimensión no remite a una moral o ética particular -específicamente la del juez en cada caso concreto-, sino que, por el contrario, se refiere al concepto de eticidad o ética objetiva, esto es, al conjunto de postulados y parámetros de conducta que son avalados en un determinado tiempo y espacio por la sociedad, según los principios, valores y reglas fijadas en el ordenamiento jurídico. La moralidad debe necesariamente romper los esquemas de legalidad y juricidad, como quiera que el juez de la acción popular, en la gran mayoría de casos, a efectos de establecer si en un determinado evento se trasgredió la moralidad o no, deberá valorar la eticidad o ética objetiva, con miras a definir si en ese contexto de tiempo, modo y lugar, los supuestos que se someten a su consideración constituyen una violación al derecho colectivo objeto de estudio. El concepto de moralidad administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común, sin que el juez se limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio - derecho colectivo bajo análisis.

7. a) La acción de tutela contra una sentencia electoral puede interponerla cualquier persona si se le vulnera un derecho fundamental, no se requiere haber sido sujeto procesal en el proceso ordinario

El artículo 1º de la Constitución Política reconoce a Colombia como un Estado Social de Derecho, concepto que involucra el de Estado Constitucional Democrático que “(...) se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”¹. En orden a desarrollar este mandato la Constitución Política consagra una serie de disposiciones que evidencian la naturaleza democrática, participativa y pluralista del Estado colombiano tales como el preámbulo y los artículos 1º, 40, 95 y 107. Concretamente, el artículo 40 ibídem contempla el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. “Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones (...) 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (...)”. Aun cuando dentro del proceso seguido contra los concejales electos del municipio de Gamarra (Cesar), resuelto mediante la sentencia del 29 de enero de 2009, impugnada por la presente acción de tutela, el señor Alfredo Escudero Cardona no fue sujeto

¹ Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional.

procesal, no por ello puede precisarse que éste carezca de legitimación en la causa por activa para interponer el amparo contra la misma, como quiera que dentro del marco de una democracia participativa, las decisiones judiciales que resuelven acciones electorales involucran a toda la comunidad en su conjunto y a cada uno de sus miembros como electores, quienes son portadores de derechos políticos. Por ende, en la medida en que los fallos electorales tienen efectos erga omnes cualquier persona puede ser titular de la acción contemplada en el artículo 86 de la Carta siempre y cuando demuestre que con ellos se le está vulnerando un derecho fundamental. Así las cosas, no es atinado señalar que los efectos de las sentencias electorales afecten únicamente a los candidatos de la corporación pública que fueron demandados, pues, como quedó visto, interesan a toda la coasociados y es por ello que el artículo 40 de la Constitución Política contempla como derechos del ciudadano, entre otros, los de elegir y ser elegido e interponer las acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, derechos fundamentales amparables, excepcionalmente, por vía de la acción de tutela, cuando quiera que resulten quebrantados por aquellas decisiones. Se aclara, entonces, que el mandato contenido en el artículo 40.1 de la Constitución Política opera en doble vía, pues los derechos que están en juego en la contienda electoral no son solamente los subjetivos de cada candidato a ser elegido, sino los que tienen todos los coasociados a elegir a los servidores que conforman las corporaciones públicas. Los efectos del acto de elección tienen que ver con la voluntad popular del electorado y por ello, así quien accione en tutela no haya sido parte en el proceso contencioso, tiene derecho a que se controle la legalidad de las elecciones y el ciudadano puede impetrar frente a hechos agrestes que se administre justicia. Si bien la tutela en principio defiende derechos personalísimos, en este caso se presenta una situación especial, dado que la acción electoral propende por la legalidad objetiva, por preservar el ordenamiento jurídico, el interés general y la voluntad popular.

b) Por regla general la tutela contra providencia judicial es improcedente, excepto que constituya una verdadera decisión ilegítima que comporte violación de derechos fundamentales

Por su parte esta Sala, con fundamento en la sentencia C- 543 del 1º de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, reiteradamente ha rechazado la tutela contra providencias judiciales. Sin embargo, excepcionalmente, en determinados eventos, cuando la providencia judicial solo sea tal en apariencia por constituir una verdadera decisión ilegítima, afectada por defectos procedimentales, fácticos, orgánicos y sustantivos, que comporte violación de derechos fundamentales que no puedan ser subsanados mediante el ejercicio de las acciones o recursos ordinarios, la Sección Quinta ha considerado viable admitir la procedibilidad de la acción contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política, para garantizar su amparo. Ante la presencia de tales errores jurídicos o fácticos inexcusables, el juez constitucional de tutela está habilitado para revisar las decisiones de otros operadores jurídicos.

c) Yerro en el cómputo del término de caducidad de la acción electoral constituye un defecto fáctico de gran entidad, que afecta los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a elegir miembros de las corporaciones públicas

Conviene ahora precisar si la sentencia del 29 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se revocó la sentencia del 2 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar, y se declaró configurada la excepción de caducidad de la acción, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, para que sea viable admitir la tutela, como medio idóneo para su protección. El numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 44 de la Ley 446 de 1998, en relación con la acción de nulidad de carácter electoral prevé que la misma *“caducará en veinte (20) días contados a partir del día siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata”*. Según certificación suscrita por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en la circunscripción Electoral del César, la declaratoria de elección de concejales del municipio de Gamarrá, con ocasión de los comicios celebrados el

veintiocho (28) de octubre de dos mil siete (2007), se hizo el dos (2) de noviembre de dos mil siete (2007) y en la misma fecha dicho acto fue notificado por estrados. Lo anterior quiere significar que para el cuatro (4) de diciembre de dos mil siete (2007), fecha en que se presentó la demanda ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, la acción no estaba caducada, pues, precisamente ese día vencía el término para interponerla. Entonces erró el Tribunal Administrativo del Cesar al declarar la caducidad de la acción tomando como fecha de expedición y notificación de la decisión demandada el 30 de octubre de 2007; su yerro constituye un defecto fáctico que por ser de bulto y de gran entidad, amerita ser corregido por el Juez Contitucional pues, sin lugar a dudas, afecta los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a elegir miembros de las corporaciones públicas. Como quedó visto, si bien la acción electoral es una acción pública, no por ello puede sostenerse que la decisión que sobre ella recaiga no pueda vulnerar los derechos fundamentales a los que se ha hecho referencia. En el asunto sub judice se presenta un error manifiesto e inexplicable que puede conducir a una denegación de justicia y per se, al desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00451-03\(AC\), M.P. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. RECHAZO DE RECURSO EN VÍA GUBERNATIVA DEBE PRODUCIRSE IN LIMINE Y NO CINCO MESES DESPUÉS DE FORMULADO AQUEL / DECISIÓN DE RECHAZO DE RECURSO EN VÍA GUBERNATIVA DEBE NOTIFICARSE DENTRO DE UN TÉRMINO OPORTUNO QUE NO IMPIDA LA CONTROVERSIA JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Es oportuno subrayar, que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 53 del C.C.A., la falta de uno de los requisitos establecidos para la presentación de los recursos de vía gubernativa, es un hecho que determina su rechazo, siendo precisamente uno de tales requisitos el de ser presentado “[...] dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente”, tal como lo establece el numeral 1° del artículo 52 del CCA. De conformidad con la normatividad aplicable al caso bajo examen, la decisión de rechazar un recurso de vía gubernativa por no haber sido presentado en forma personal por el interesado o su representante o apoderado, además de motivada, debe adoptarse *in limine*, esto es, en el momento mismo de su presentación, lo cual trae como consecuencia que el recurso se tenga como no presentado. En el caso *sub examine*, la decisión de la Superintendencia en el sentido de rechazar el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1790 de 11 de mayo de 2004, notificada el 7 de junio de ese mismo año, no se produjo de manera inmediata sino casi cinco (5) meses después de su radicación, de lo cual el CONJUNTO RESIDENCIAL CALATRAVA - UNIDAD INMOBILIARIA CERRADA UIC tuvo conocimiento apenas hasta el día 2 de diciembre de 2004, al recibir la notificación de la Resolución 3857 de 3 de noviembre del mismo año, en momentos en los cuales ya habían transcurrido más de los cuatro (4) meses establecidos en el artículo 136 núm, 2° del CCA para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión que denegó la concesión de la licencia solicitada. En estas circunstancias la Sala considera que el término de caducidad de la acción no puede calcularse desde el 7 de junio de 2004, fecha en la cual se produjo la notificación de la Resolución 1790 del 11 de mayo de ese mismo año, sino desde la fecha en que se notificó la decisión de rechazar el recurso. De admitirse la tesis prolijada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se estaría dejando abierta la posibilidad de que en situaciones fácticas similares, las entidades públicas acaben coartando a los administrados su legítimo derecho de controvertir judicialmente las decisiones que consideren contrarias al ordenamiento jurídico, acudiendo al fácil expediente de disponer y notificar el rechazo de los recursos interpuestos después de expirado el término para ejercitar la acción correspondiente. En el presente caso, si la sociedad actora

no demandó la Resolución 1790 del 11 de mayo de 2004, dentro de los cuatro (4) meses contados desde el día siguiente al de su notificación, fue precisamente por no haberse rechazado *in limine* el recurso, pues ese hecho le generó la falsa convicción de que el mismo había sido admitido y decidido por parte de la Superintendencia y no rechazado por ésta por falta de requisitos formales, tal como a la postre sucedió. Además de lo dicho, es preciso tener presente que a folio 26 (*vuelto*) del cuaderno principal, obra el sello original de la notificación de la Resolución 03857 del 3 de noviembre de 2004 al señor CARLOS RUBÉN CAMACHO CAMACHO, en su condición de representante legal del CONJUNTO RESIDENCIAL CALATRAVA - UNIDAD INMOBILIARIA CERRADA UIC., en donde consta que dicha diligencia de notificación tuvo lugar el día dos (2) de diciembre de 2004. (...) En ese orden de ideas, la Sala concluye que la demanda fue presentada en forma oportuna, pues aunque los cuatro (4) meses a que alude el artículo 136 del CCA empezaron a contarse el 3 de diciembre de 2004, por ser ese el día siguiente a aquel en el cual se llevó a cabo la notificación personal, ha de entenderse que la actora debió radicar la demanda a más tardar el día 3 de abril de 2005. No obstante lo anterior y como quiera que ese día era domingo, se concluye que el término de caducidad se corrió automáticamente para el día hábil siguiente, esto es, para el 4 de abril de 2005.

[Sentencia del 5 de octubre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2005-00340-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES ES COMPETENTE PARA SANCIONAR EL REGISTRO EXTEMPORÁNEO O LA FALTA DE REGISTRO DE OPERACIONES DE FINANCIACIÓN DE IMPORTACIONES A UN PLAZO SUPERIOR A LOS 6 MESES / DECRETO 1074 DE 1999 ES APLICABLE EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CAMBIARIOS POR HECHOS OCURRIDOS ANTES DE SU VIGENCIA.

La sanción de multa impuesta a la actora en las resoluciones acusadas se fundamentó en el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 10° de la Resolución 21 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Resolución Externa 21 de 1995, ambas de la Junta Directiva del Banco de la República (...). La actora sostiene que los actos acusados son nulos por falta de competencia de la DIAN para imponer las sanciones a quienes ejecuten operaciones de endeudamiento externo derivadas de la financiación de bienes de capital con plazos superiores a los 6 meses, pues, a su juicio, dicha competencia se encuentra radicada en la Superintendencia de Sociedades, pues no tiene la misma naturaleza el endeudamiento externo derivado de la financiación de una importación o exportación y el endeudamiento derivado de una inversión extranjera o de colombianos en el exterior. Sobre el particular, esta Sección, en asuntos semejantes al aquí debatido, ha definido que la DIAN es la entidad competente para sancionar el registro extemporáneo o la falta de registro de operaciones de financiación de bienes de capital a un plazo superior a los 6 meses (...) Comoquiera que las anteriores consideraciones son aplicables al caso sub-exámene, la Sala concluye que el hecho de que la financiación de una importación por un lapso superior a seis (6) meses, implique una operación de endeudamiento externo, no conlleva, así mismo, que la DIAN sea incompetente para vigilar el registro de dicha operación, ya que la Superintendencia de Sociedades ejerce vigilancia en materia de operaciones de endeudamiento externo que tengan como origen diferente el específico caso de la financiación de importaciones. El cargo no prospera. La actora considera que los actos acusados son nulos por indebida aplicación del Decreto 1074 de 1999, pues éste no se encontraba vigente para la época en que ocurrieron los hechos (febrero y diciembre de 1996) y dispone sanciones más onerosas que las establecidas en el Decreto 1092 de 1996. El punto central de debate tiene que ver con la presunta aplicación retroactiva por parte de la Administración del Decreto 1074 de 1999 a conductas configuradas en el año de 1996, pues el artículo 2° *ibidem* dispone: «Artículo 2. Régimen Transitorio. Los procedimientos administrativos cambiarios adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los cuales se haya proferido y notificado acto de formulación de cargos a los presuntos infractores con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a lo previsto en el Decreto Ley 1092 de 1996.» Lo anterior significa que a aquellas investigaciones en las cuales no se hubiera

proferido y notificado el acto de formulación de cargos, debe aplicarse el Decreto 1074 de 1999. El Decreto 1074 de 1999 entró a regir el 26 de junio de ese mismo año y en el caso en estudio el pliego de cargos 0090 fue notificado el 3 de noviembre de 1999 (fl. 62 anexo 1), lo cual significa que de conformidad con la norma transcrita ésta era la aplicable, puesto que a la fecha de entrada y vigencia del Decreto 1074 de 1999, no se había proferido ni notificado el pliego de cargos. (...) De manera que aunque los hechos constitutivos de la sanción se produjeron en vigencia del Decreto 1092 de 1996, el procedimiento a aplicar es el del Decreto 1074 de 1999. (...).

[Sentencia del 5 de octubre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2001-01252-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

3. MINISTERIO DE SALUD (HOY DE PROTECCIÓN SOCIAL) CARECE DE COMPETENCIA PARA ESTABLECER TASA PARA CUBRIR COSTOS DEL SERVICIO PRESTADO POR EL FONDO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES.

La citada Resolución 9028 de 10 de octubre de 1979, al igual que la Resolución 02776 de 1º de noviembre de 2000, fijó los procedimientos para establecer los costos sobre el valor C.I.F. de las drogas que son importadas por el Fondo Rotatorio de Estupefacientes o a través de éste. Como fundamento de dicho acto se invocaron la Ley 36 de 1939; el Decreto 257 de 1969; el Decreto Ley 1188 de 1974; el Decreto 1514 de 1975; el Decreto 149 de 1976 y la Ley 9ª de 1979. Tanto el acto acusado como las normas que se indican como soporte del mismo se expidieron en vigencia de la Constitución Nacional de 1886. Como quiera que en virtud del principio de legalidad los actos administrativos debe juzgarse a la luz de las normas vigentes al momento de su expedición, la Sala procede al análisis de las mismas, así: La Constitución Nacional de 1886 previó en sus artículos 203 a 205, lo siguiente: “Artículo 203.- Son de cargo de la República las deudas exterior e interior, reconocidas ya, o que en lo sucesivo se reconozcan, y los gastos del servicio público nacional. La ley determinará el orden y modo de satisfacer estas obligaciones”. “Artículo 204.- Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuestos de esta clase, empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento”. “Artículo 205.- Ninguna variación en la Tarifa de Aduana comenzará a ser ejecutada sino noventa días después de sancionada la ley que la establezca; y toda alza o baja en los derechos de importación se verificará por décimas partes en los diez meses subsiguientes. Esta disposición y la del anterior Artículo, no limitan las facultades extraordinarias del Gobierno cuando de ellas esté revestido”. Del texto de las normas transcritas se infiere que bajo el imperio de la Constitución anterior también el establecimiento de las contribuciones, dentro de las cuales encaja el concepto de tasa, era del resorte del legislador. En efecto, la tasa, según se definió en la sentencia de 11 de diciembre de 2001, Consejera ponente doctora María Inés Ortiz Barbosa, Expediente 6768), está fundada en el poder de imposición y en la ley, que tiene como hecho generador la prestación concreta e individualizada de un servicio público. De igual manera, en la sentencia de 24 de julio de 2008 (Expediente 2003-00394, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), que se prohija en esta oportunidad, se hizo énfasis en que la materia a que alude el acto allí acusado que, se repite, tiene el mismo alcance del fijado en la Resolución 9028 en estudio, está orientada a cubrir los costos del Fondo por la prestación del servicio; y el contenido de la Ley 36 de 1939; el Decreto Ley 1188 de 1974; el Decreto 1514 de 1975; el Decreto 149 de 1976 y la Ley 9ª de 1979, no vislumbra autorización al Ministerio de Salud para el establecimiento de la tasa a que se hace referencia en la última Resolución citada, razón por la cual, la autoridad que la expidió carecía de competencia para ello, pues se requería de la voluntad del legislador que en este caso no se manifestó. Así pues, debe la Sala disponer la nulidad de la Resolución 9028 de 10 de octubre de 1979 (...).

[Sentencia del 5 de octubre de 2009, Exp. 11001-03-27-000-2003-00081-01 y 2003-00069 \(acumulados\), M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

4. SE AJUSTA A LEGALIDAD EL DECRETO 951 DE 2001 POR MEDIO DEL CUAL EL GOBIERNO NACIONAL REGLAMENTA SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA PARA LA POBLACIÓN DESPLAZADA.

En relación con el cargo contra el artículo 5 del Decreto 951 de 2001 que condiciona la entrega del subsidio familiar de vivienda para la población desplazada que va a ser reubicada, al hecho de ser propietario o no, que según la actora ha permitido que se de prioridad a hogares poseedores de bienes inmuebles que excluye a gran número de personas desplazadas, considera la Sección que los criterios adoptados por la norma demandada atiende las condiciones en que se encuentra el desplazado, pues para efecto de su retorno es claro que prevalece el mejoramiento o construcción de vivienda en sitio propio al arrendamiento o adquisición de ésta y que para efectos de la reubicación se dé prioridad a la aplicación del subsidio para arrendamiento de vivienda que para el mejoramiento y adquisición de ésta, como bien lo sostiene el Ministerio del Interior y de Justicia; lo anterior indica que el desplazado en reubicación pueda acceder al arriendo de vivienda sea propietario o no, precisamente por no estar en el lugar de origen. Los anteriores criterios no son discriminatorios porque lo que se busca es distribuir recursos teniendo en cuenta las condiciones particulares de los desplazados y sus hogares y su interés de retorno o reubicación, por lo cual no se vulnera el derecho a la igualdad. En relación con el artículo 11 de la norma acusada que señala que el subsidio familiar de vivienda puede otorgarse para el pago de arrendamiento de un inmueble, no es cierto que esto constituya una limitación para los propietarios como para los no propietarios en reubicación, precisamente porque no se encuentran en su lugar de origen; considera que los dos años en que se puede conceder este subsidio es un tiempo prudencial para que los desplazados hayan adquirido condiciones de estabilidad social y económica; el gobierno no está obligado indefinidamente a otorgar este subsidio porque, entre otras razones cuenta con unos recursos que son limitados y que además se deben invertir en otras medidas a favor de las personas desplazadas, como son la educación y la salud, entre otras. El artículo 12 ídem contrario a lo que afirma la demandante, da la posibilidad de que los desplazados que reciben subsidio para arriendo de vivienda, puedan acceder a alguna de las opciones de vivienda previstas en el decreto, siempre y cuando cumpla con los requisitos, luego no existe violación a norma superior alguna. Respecto del artículo 14 que fija el valor del subsidio, que la actora considera que es insuficiente para adquirir una vivienda y que el término de dos años de arriendo también lo es, se debe tener en cuenta que se trata de una ayuda razonable, que se concede en virtud del principio de solidaridad social para superar la etapa de crisis, para lo cual existen unos recursos que deben distribuirse con criterios razonables; ni la Constitución Política ni la ley exigen que el subsidio de arrendamiento se mantenga indefinidamente ni que el subsidio para la adquisición de vivienda se otorgue por el 100% de su valor; el mismo instrumento internacional que la actora cita en su demanda dice que se deben tomar las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

[Sentencia del 1 de octubre de 2009, Exp. 11001-03-24-000-2005-00-00208-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

5. CONSEJO DE ESTADO DECRETA, DENTRO DEL PROCESO INICIADO EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD CONTRA EL DECRETO NACIONAL 4444 DE 2006, COMO MEDIDA CAUTELAR, LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE SUS EFECTOS JURÍDICOS, HASTA TANTO SE RESUELVA EL FONDO EL ASUNTO MEDIANTE SENTENCIA, AL CONSIDERAR QUE LA NORMA ACUSADA DESCONOCE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA POR PARTE DEL GOBIERNO, PUES NO EXISTE LEY OBJETO DE REGLAMENTACIÓN, EXPEDIDA PARA REGULAR EL TEMA DEL ABORTO LUEGO DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Se afirma que el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria pues «*la norma acusada pretende reglamentar una sentencia*» a saber, la C-355 de 2006, «*objetivo que es evidentemente ajeno a lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Constitución Política*», de donde concluye que «*viola ostensible y flagrantemente dicha norma*». El recurrente argumenta que el acto acusado reglamenta la C-355 de 2006 mediante la cual la Corte Constitucional, declaró condicionalmente exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, y despenalizó el aborto, en tres

casos, a saber: «Cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.». El Decreto 4444 de 13 de diciembre de 2006, acusado, fue expedido en virtud de la facultad prevista en el artículo 189, numeral 11 de la Carta Política, conforme al cual corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias PARA LA CUMPLIDA EJECUCIÓN DE LAS LEYES. De tal manera que es presupuesto sine qua non para que se pueda hacer uso de tal facultad, la existencia de una LEY que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento. Conforme se lee en los considerandos del acto acusado, el mismo se expidió en virtud del análisis que del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 hiciera la Corte Constitucional mediante sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, además de que corresponda a la órbita del Gobierno Nacional regular el servicio público esencial de salud. *El Artículo 122 de la Ley 599 de 2000, dispone: “Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.* Cabe advertir que la única norma legal que puede acompañarse con el ejercicio de la potestad reglamentaria y que se cita como soporte del acto cuestionado, es el artículo 42 de la Ley 647 de 2001, pues la Ley 10 de 1910 y la Ley 100 de 1993, son anteriores al artículo 122 de la Ley 599 de 2000, que dio lugar a la sentencia de la Corte Constitucional a que se alude en la parte motiva del mismo. El artículo 42 de la Ley 715 de 2001, es del siguiente tenor: (...) Del texto de las normas que ha quedado transcrito no infiere la Sala relación alguna con el tema objeto del Decreto acusado, razón por la cual mal puede aceptarse que sus regulaciones puedan obedecer al ejercicio de la potestad reglamentaria para poder hacer explícito lo que está implícito en la ley, que es como se ha entendido el alcance del reglamento. Por el contrario, se hace imperiosa la necesidad de que el legislador ordinario, en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional, regule la materia relacionada con el aborto y la atención de la salud en este campo por parte de quienes conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues de no ser así se llegaría al absurdo de entender que la sentencia de la Corte Constitucional hace las veces de ley y que el Gobierno Nacional puede reglamentar una sentencia. Desde esta perspectiva, estima la Sala que es procedente revocar el ordinal 2° de la parte resolutive del auto de 14 de mayo de 2009 y, en su lugar, acceder a la medida precautoria impetrada, pues en efecto, al no existir ley posterior a la sentencia de la Corte Constitucional, por sustracción de materia, no podía el Gobierno acudir al mecanismo de la potestad reglamentaria.

[Auto del 15 de octubre de 2009, Exp. 2008-00256-00. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. NO PAGO DE DÍAS NO LABORADOS POR LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL SECTOR EDUCATIVO - Legalidad del Decreto 1844 de 2007

El Decreto 1647 de 1967, al que alude la norma acusada, reglamentó los pagos a los servidores públicos y en su artículo 2° dispuso que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal. Según el artículo 1° del Decreto 1844 de 2007, en concordancia con el artículo 2° del Decreto 1647 de 1967, a los servidores públicos se les debe descontar la remuneración de todo día no trabajado por el cese de actividades laborales

sin una justa causa legal. Se dice que el Ministerio de la Protección Social ejercía el control de legalidad sobre la huelga, en razón a que ahora, con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 1210 de 2008, modificadorio del artículo 451 del CST, la legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo debe ser declarada directamente por vía judicial mediante trámite preferente ante la Justicia Laboral Ordinaria. La norma acusada no se está refiriendo a la calificación de ilegalidad del paro colectivo de trabajo consagrado en el artículo 451 del C.S.T., sino al cese de actividades laborales no autorizado por la ley, sobre el cual el Ministerio no tiene competencia para ejercer ningún control. Y ello es así, porque el texto de la norma acusada consagra como única consecuencia el descuento de la remuneración de los docentes de los días no laborados, y de ningún modo la reanudación inmediata de las actividades laborales, la suspensión o cancelación de la personería de algún sindicato o el despido de los trabajadores que intervienen en el cese laboral, consecuencias jurídicas exclusivas de la declaratoria de ilegalidad de la huelga o paro colectivo del trabajo. Ahora bien, a juicio de la Sala, la orden de descontar el día no trabajado sin la correspondiente justificación legal, deviene de la ocurrencia del presupuesto de hecho de los artículos 1 y 2 del Decreto 1647 de 1967, y en esa medida, por la presunción de legalidad de esta norma no puede la Sala desconocer lo allí reglamentado, máxime cuando la misma Corte Constitucional ha consentido el no pago de salario por falta de causa que genera dicha obligación.

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

[Sentencia de 18 de junio de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2007-00059-00\(1236-07\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

2. a) CAUSALES DE REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL. REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL- Falta de requisitos pensionales. REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL POR DOCUMENTACIÓN FALSA- Debe constituir delito

El Legislador consagró una modalidad especial de revocatoria directa, el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, consistente en la facultad de los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o a quienes respondan por el pago de prestaciones económicas, de revocar directamente los actos que reconozcan pensiones, sin el previo consentimiento del particular, cuando se compruebe el incumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa. En sentencia C-835 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequible la anterior disposición condicionándola en el entendido de que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal.

b) EVENTOS QUE REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DEL PARTICULAR PARA REVOCAR DIRECTA EL ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL LA REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL POR CONTROVERSIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DEL PARTICULAR

La Corte Constitucional advirtió que la facultad de revocación directa de los actos que reconocen pensiones u otras prestaciones económicas sin el consentimiento previo del pensionado, está limitada cuando la controversia surge de problemas de interpretación del derecho pensional, que según el Alto Tribunal Constitucional, puede ocurrir en relación con *“el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición o la aplicación de un régimen especial frente a uno general”*, eventos en los cuales deberá acudir al beneplácito del administrado, y de no ser así, deberá adelantar ante los jueces competentes las acciones legales a que haya lugar, para obtener la nulidad de los actos que pretende revocar. En otras palabras, debe entenderse que la Administración no podrá hacer uso de la revocación directa sin el previo consentimiento del titular,

en los tres eventos referidos, es decir, cuando el objeto de la revocatoria gira en torno al *régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición o la aplicación de un régimen especial frente a uno general*. De tal manera que ante la presencia de cualquiera de los citados presupuestos se deberá acudir al asentimiento del titular del derecho para revocar directamente o, en su defecto, acudir a la acción de lesividad ante esta Jurisdicción para enervar la legalidad de dichos actos administrativos. La Sala encuentra que la razón que motivó al Departamento del Valle del Cauca para revocar los actos que habían reajustado la pensión del actor, fue la aplicación de normas del orden territorial que habían sido derogadas por el propio Departamento para la época en que se realizó el ajuste pensional. Esto significa que la controversia versó sobre el régimen jurídico aplicable, y no por comprobarse el incumplimiento de los requisitos para la pensión, que por demás no desconoce el ente territorial, ni porque el reconocimiento de la misma se haya efectuado con base en documentación falsa. En tales condiciones, es menester concluir que el Departamento del Valle del Cauca debió haber obtenido el consentimiento del actor para posteriormente revocar de manera directa los actos que reajustaron la pensión de jubilación, por cuanto el objeto de litigio entre las partes fue el *régimen jurídico aplicable* que, según la sentencia C-835 de 2003, es un presupuesto que no encaja en los eventos por los cuales la Administración puede revocar directamente sin el consentimiento del titular del derecho.

[Sentencia de mayo 21 de 2009, Exp. 76001-23-31-000-2005-00228-02 \(2222-07\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

3. LA SOLA ASISTENCIA DE UN EMPLEADO PUBLICO A UNA REUNIÓN POLÍTICA NO TIPIFICA LA FALTA DISCIPLINARIA POR PARTICIPACIÓN DE DE SERVIDOR PUBLICO, DEBE IMPLICAR UNA ACTITUD ACTIVA Y DESTINADA A LOGRAR LOS FINES DE EJERCER PRESIÓN O INFLUENCIAR AL ELECTORADO.

El artículo 25-6 del C.D.U., establece un tipo disciplinario consistente en que el empleado público incurre en falta disciplinaria gravísima por la utilización del empleo para “presionar” el respaldo de una causa política o “influir” en procesos electorales de carácter político partidista. Por su lado, el artículo 41-14, ibídem, establece la prohibición general a los empleados de altos cargos o de órganos judiciales, electorales o de control “tomar parte” en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas. Con respecto al tipo disciplinario la Sala encuentra que esta conducta está regida por dos (2) verbos rectores el primero, ejercer presión es “*fuerza o coacción que se hace sobre una persona o colectividad*”; el segundo, influir indica que se “*ejerce sobre una persona o cosa predominio, o fuerza moral.*” De manera que para que esté incurso el servidor público en la falta antes descrita debe realizar las actividades antes señaladas, es decir, debe realizar las conductas necesarias que tienda a incidir en la decisión política del elector, no se trata de una conducta pasiva u omisiva sino que debe ser activa e incidente en la voluntad del sujeto pasivo. De otro lado, la prohibición de “tomar parte” en las actividades de los partidos y movimientos políticos, puede ser catalogada en forma pasiva o activa, o sea que, puede implicar una actividad por parte del sujeto o con la mera presencia del servidor público puede indicar su asentimiento con la causa o movimiento político, pero este último aspecto debe ser revisado dentro del contexto del hecho que se califique. Sólo se demostró que la demandante asistió a una reunión de carácter privado, el 28 de enero de 1999, donde se trataron asuntos relacionados con la conformación de la nueva cúpula del Concejo Municipal de Sesquilé y cuya intervención se limitó a manifestar “*sus agradecimientos al Concejo, pues según su dicho, ellos eran quienes la habían elegido e indicó además que estaba dispuesta a seguir trabajando.*”. Es decir, con base en el informe rendido no se puede deducir la participación de la demandante en política, mucho menos que hubiese constreñido o inducido a algún empleado o particular a apoyar a algún candidato o movimiento político. Para la Sala, es evidente que la conducta de la demandante no podía interpretarse como una conducta reprochable disciplinariamente, bajo los términos del artículo 25-6 de la Ley 200 de 1995, pues definitivamente su actuar no está incurso en alguna de las conductas que rigen el sentido de la norma, cuales son “*presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político*

partidista.”. Empero la sola presencia no implica una presión, ni puede decirse que se influenció el proceso electoral por ese mismo hecho. En otras palabras, bajo la tipificación de la Ley 200 de 1995, no podía sancionarse a la demandante por la conducta pasiva de asistir a una presunta reunión política, pues, conforme a los verbos rectores de la norma esta debió implicar una actitud activa y destinada a lograr los fines de ejercer presión o influenciar al electorado.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2002-07989-01 \(2845-05\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

4. EL FUNCIONARIO DE LA RAMA JUDICIAL AFECTADO POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO QUE IMPLIQUE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD NO DEBE SER DECLARADO INEXORABLEMENTE INSUBSISTENTE, PUES ÉSTA DEBE ATENDER CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN CADA CASO.

Ciertamente el acto administrativo de insubsistencia fue expedido al concurrir una causal de inhabilidad sobreviniente para el ejercicio de cargos en la rama judicial conforme lo previsto en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el numeral 3º. del artículo 79 del Decreto 261 de 1996; sin embargo, como quiera que se trata del ejercicio de una facultad discrecional, la interpretación y aplicación de dichas normas debe hacerse en armonía con aquélla que autoriza al nominador la adopción de la medida, siempre y cuando sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa” (art. 36 C.C.A). Y, es en este último aspecto en el que se detiene la Sala, para señalar, que si bien al tenor de lo previsto en el PARÁGRAFO del artículo 150, de la Ley 270 de 1996 se establece que aquellos nombramientos de la Rama Judicial en los que surgiera inhabilidad en forma sobreviniente, dentro de las que cuenta la que interesa al caso concreto, esto es, “Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, “serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”, la norma en mención no puede ser aplicada atendiendo sólo a su interpretación gramatical para considerar lo allí dispuesto como un imperativo de inexorable cumplimiento en todas aquellas circunstancias en las que recaiga la enunciada medida de aseguramiento, pues debe entenderse como una potestad administrativa que el nominador ejerce con plena garantía de los derechos fundamentales de los servidores incursos en el juicio penal, atendiendo las circunstancias que se evidencian en cada caso en particular, sin dejar de considerar el fundamento ético que permite la realización de la consecuencia jurídica prevista en la mencionada norma. En otras palabras, y como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por el hecho de haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, “ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria”. Por lo anterior, la Sala prohíja la tesis expresada por el Tribunal de primera instancia, y precisa que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 79 del Decreto 261 de 2000 en aquellos casos en los que concurra en el servidor judicial la causal de inhabilidad sobreviniente consistente en estar “bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, el nominador debe actuar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que le permitan establecer frente a cada caso en particular la procedencia de la medida de declaratoria de insubsistencia, pues el mismo legislador ha previsto otras opciones que resultan más favorables para el servidor en cuanto no implican la pérdida del empleo, sin que se afecte la recta y eficaz administración de justicia, como es el caso de la suspensión temporal en el cargo, decisión que resulta menos lesiva frente a los derechos de rango constitucional que le asisten al funcionario enjuiciado y que se mantendría hasta tanto se decida por la autoridad competente su responsabilidad penal.

[Sentencia de 21 de mayo de 2009, Exp. 54001-23-31-000-2004-00689-01 \(0326-07\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

SECCIÓN TERCERA

1. a) AUNQUE UNA NORMA HAYA SIDO DEROGADA, PROCEDE SU EXAMEN DE LEGALIDAD

La Sala adelantará el análisis de legalidad del decreto 1436 de 1998, no obstante que dicho precepto fue derogado expresamente por el artículo 83 del decreto 066 de 2008, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 modificatoria de la Ley 80 de 1993, comoquiera que la derogatoria sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de su legalidad, mientras estuvo vigente.

b) EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE CONGRUENCIA Y DE CONSONANCIA, LA INDICACIÓN DE LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN FIJAN EL CAMPO DE ACCIÓN DEL JUEZ EN EL ANÁLISIS DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

No puede el juzgador -sin infringir sus competencias- entrar a evaluar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas como violadas junto con su respectivo concepto de violación, tal y como lo ordena el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. La disposición en cita debe tomarse conjuntamente con el principio de congruencia previsto en el artículo 170 eiusdem y desarrollo del principio general del derecho procesal de consonancia, contenido en artículo 305 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989, por cuya virtud, la decisión final del juzgador debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma. El numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. prevé sin duda un presupuesto formal de la demanda, exigencia normativa que, como ha señalado la jurisprudencia, al mismo tiempo demarca para el demandado el terreno de su defensa y delimita los estrictos y precisos términos del problema jurídico puesto en conocimiento del juzgador y, por ende, el campo de decisión del mismo. Por manera que en el terreno de la justicia administrativa, orientada por el principio dispositivo, el juzgador -tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia- requiere para hacer su pronunciamiento de la individualización de las peticiones anulatorias, debidamente apoyadas en las razones de derecho contentivas del concepto de la violación que a juicio del actor conduzcan a la invalidación del acto administrativo atacado. En tal virtud, en tratándose de las acciones que tienen por objeto ejercer un control de legalidad de los actos administrativos, el accionante al formular la causa petendi tiene la carga procesal ineludible de enunciar en forma puntual y específica las normas que estima infringidas lo mismo que el concepto de la violación, habida consideración que el control asignado al contencioso administrativo no reviste, en estos casos, un carácter general, sino que, por el contrario, se encuentra estrictamente delimitado por los aspectos que el actor le solicite sean revisados.

c) COMO LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ES UN ASUNTO DE RESERVA DE LEY Y COMO LA LEY 80 DE 1993 RELACIONÓ A TÍTULO ENUNCIATIVO Y NO TAXATIVO DICHS FACTORES, A TRAVÉS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EL GOBIERNO NACIONAL NO PODÍA ESTABLECER LIMITANTES EN ESOS ASPECTOS. SE ANULAN LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL DECRETO 1436 DE 1998

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 relacionó a título enunciativo y no taxativo los factores de selección. Ello entraña que para el legislador no ofrece discusión que es la entidad pública contratante la que determina en cada proceso los factores de escogencia en los respectivos pliegos de condiciones o en los términos de referencia, con la explicación del contenido, alcance, peso y valor de cada uno, así como la manera en que van a ser ponderados y evaluados para escoger la oferta más ventajosa. No obstante, el artículo 3º del decreto 1436 de 1998 determinó que la entidad pública debe “únicamente” tener en cuenta determinados criterios de selección objetiva y al hacerlo descartó otros como los relacionados con cumplimiento, organización, equipos etc.

Asimismo, el artículo 4º eiusdem se ocupó de precisar los elementos que conforman los criterios de selección objetiva y prohibió que se exija como condición o que se tenga como criterio de evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal, entre otros. Es importante destacar que mientras estas disposiciones reglamentarias ostentan un evidente carácter limitativo de la configuración de los pliegos de condiciones y los términos de referencia, en contraste la Ley 80 de 1993 permitió incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia los aspectos que se estimen necesarios y pertinentes para la selección del contratista, por tanto, el decreto reglamentario sin lugar a dudas está limitando una facultad sin asidero en la ley. Si la ley, en desarrollo del principio de selección objetiva, enlistó algunos criterios a manera de enunciación para que fuese la Administración la que determinase en cada caso concreto, y según las necesidades del servicio, al reglamento no le es dable variar esta decisión del legislador para, en su lugar, imponer una diversa. Por otra parte, tal y como lo afirman los demandantes, de conformidad con el numeral 5º del artículo 24 y el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, los pliegos de condiciones o los términos de referencia que se deben elaborar por la entidad pública con la debida antelación a la apertura del proceso son los instrumentos que hacen realidad el deber de selección objetiva, como quiera que determinan las reglas que posibilitan la selección de la propuesta más favorable. La Sala reitera que por vía de reglamento no es posible introducir modificaciones al criterio adoptado por el legislador. Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que los artículos 3º y 4º del decreto sub examine vulneran de manera ostensible lo prescrito por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. De la confrontación de aquellos con éstos se advierte su oposición manifiesta, toda vez que estas disposiciones reglamentarias introducen, sin poder hacerlo, cambios significativos en los criterios de selección objetiva para el caso de intermediarios de seguros aspectos que no señaló la ley, en tanto el diseño legislativo parte de la base de que es la entidad pública contratante la que debe definir las condiciones de contratación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, lo mismo que los factores de escogencia. Las limitantes allí previstas desbordan con creces la potestad reglamentaria. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que las normas reglamentarias no pueden limitar la libertad de escogencia de las entidades estatales.

d) EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES PREVALECE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO NUCLEAR DE LAS RELACIONES NEGOCIABLES DEL ESTADO. POR ESTABLECER LÍMITES A ESA AUTONOMÍA EN CUANTO AL NUMERO DE INTERMEDIARIOS DE SEGUROS QUE PUEDE TENER UNA ENTIDAD ESTATAL Y AL TIEMPO DE VINCULACIÓN DE LOS MISMOS, SE ANULAN LOS INCISOS 2 Y 3 DEL ARTICULO 6 DEL DECRETO 1436 DE 1998

La Ley 80 de 1993 -al regular el contenido del contrato estatal- defirió en su artículo 40 a lo previsto por las normas civiles y comerciales, a tiempo que previó que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que se requieran, por supuesto, para el cumplimiento de los fines del Estado. En consonancia con este canon legal, pueden citarse -entre otros- los artículos 13, 23, 28, 32 y 46 eiusdem. Estas previsiones legales entrañan el reconocimiento positivo, como ha reconocido una y otra vez la Corte Constitucional, de la prevalencia de la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos por las entidades estatales, como principio nuclear de las relaciones negociales del Estado. Si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del elemento histórico (voluntas legislatoris), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de reivindicar el citado postulado de la autonomía de la voluntad. Autonomía de la voluntad que había sido reconocida por la jurisprudencia administrativa, mucho antes de su consagración expresa en la ley 80 como “núcleo esencial del negocio jurídico”, en sus diversas manifestaciones. Importa para el asunto sub lite sólo resaltar la concerniente a la libertad negocial, norma medular del régimen de las obligaciones, según la cual las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar también condiciones negociales particulares, conforme al art. 1602 del CC., ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones. Por manera que como en el derecho

común, la Administración también puede pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario. En definitiva, no es que la autonomía contractual sea concebida como un poder ilimitado en virtud del cual las partes puedan arbitrariamente definir la totalidad del contenido negocial, sino que este puede ser restringido pero únicamente por el legislador, con arreglo a lo previsto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993. Lo dicho da base suficiente para subrayar que cuando los incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998 establecen, sin fundamento legal alguno, limitaciones en cuanto al número de intermediarios de seguros que puede tener una entidad estatal, así como restringen el límite temporal de la vinculación del intermediario desbordan con creces el ámbito reducido de la potestad reglamentaria y atentan contra la libertad negocial, como una de las facetas características de la autonomía de la voluntad, que como se indicó tiene su sustento expreso en los artículos 40 y 32 de la ley 80 de 1993, arriba citados. No debe perderse de vista que la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN).

[Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2000-06198-01 \(18509\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD](#)

2.- EL TESTIMONIO DE OÍDAS O EX AUDITU ES UN MEDIO DE PRUEBA ADMISIBLE, AUNQUE EN SU VALORACIÓN EL JUEZ DEBE TENER ESPECIAL CUIDADO

La Sala estima propicia la ocasión para precisar -en línea con la postura jurisprudencial que se mantuvo en los ya referidos fallos que expidió en los años de 2001 (12703), 2003 (11615) y 2004 (14135), así como en la dirección que refleja la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-, que el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción directa de los hechos respectivos. Ahora bien, como ocurre con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley, la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza, puesto que es evidente que el relato de los hechos que realizará el testigo de oídas no dirá relación con aquellos que él hubiere percibido de manera directa sino que se referirá a hechos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta, por la referencia o transmisión que sobre los mismos le hubiere efectuado otra persona. Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente. El numeral 3 del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, le ordena al juez que le solicite al declarante “que explique las circunstancias que permitan

apreciar su verdadero sentido y alcance”, cuando “la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído”. De esa manera, pues, queda claro, de una parte, que la recepción de los testimonios de oídas se encuentra contemplada explícitamente en el régimen legal colombiano y, de otra parte, que la valoración o apreciación de tales versiones exige, por mandato de la propia ley, mayor rigor de parte del juez en cuanto se requiere una información más detallada acerca de las circunstancias en que el propio testigo hubiere tenido acceso a los relatos correspondientes, cuestión que se revela obvia y explicable dado que -como ya se ha puesto de presente-, en esta modalidad existen mayores riesgos o peligros de que los hechos respectivos puedan llegar distorsionados al conocimiento del juez.

[Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 20001-23-31-000-1998-04127-01 \(17629\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

3. a) EL TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA ES UN SERVICIO PÚBLICO Y COMO TAL PUEDE SER OBJETO DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

La actividad transportadora en Colombia tiene el calificativo legal de servicio público esencial, lo cual a la luz de la Constitución Política se traduce en la importancia de la misma para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. Como servicio público esencial, el transporte se encuentra sometido a una intensa intervención por parte del Estado quien debe encargarse no sólo de su regulación sino también de su inspección, control y vigilancia, de forma tal que se aseguren unas condiciones óptimas en su prestación, relacionadas con la calidad, oportunidad y seguridad de las personas o cosas transportadas. El reglamento es entonces un instrumento de intervención, a través del cual el Gobierno Nacional, en uso de la facultad otorgada por el artículo 189.11 de la Constitución política, asegura la correcta ejecución y aplicación de la ley en aspectos tan importantes como los modos y los medios para prestar el servicio de transporte, las condiciones generales para el otorgamiento de rutas y horarios, los requisitos mínimos de seguridad para los usuarios, los instrumentos jurídicos utilizados para adelantar la actividad, etc. Así, puede decirse que dentro de los aspectos objeto de regulación conjunta entre la ley y el reglamento, se halla el referente a los contratos de transporte como instrumentos jurídico -negociales, los cuales, si bien son una clara manifestación de la autonomía de las partes que en él participan, también son relevantes a efectos de garantizar condiciones equitativas al ser éstos consustanciales a la actividad objeto de intervención.

b) LA COMPETENCIA Y LA NECESIDAD SON CRITERIOS QUE LIMITAN LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria encuentra su sustento directo en el artículo 189.11 de la Constitución, y puede definirse como la posibilidad que se reconoce en cabeza del Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones que gozan de un valor normativo y que se caracterizan por las notas de generalidad, obligatoriedad e impersonalidad. Las normas que se producen en ejercicio de la potestad se denominan reglamentos y su objeto no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifican su existencia. Puede sostenerse entonces que se trata de normas de ejecución puesto que la razón de su presencia en el ordenamiento jurídico se halla en la necesidad de hacer más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley. Así, la norma de carácter reglamentario tiene una relación de subordinación con la ley, su obligatoriedad está en un ámbito inferior al regirse por el principio de jerarquía normativa. De lo dicho pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado se encuentra un criterio de competencia; del otro, un criterio de necesidad. El primero hace referencia al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de tal manera que le está minado, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo. La necesidad de reglamento se desprende de la ley que le sirve de soporte, pues solo tendrá lugar el ejercicio de la potestad cuando la norma emanada del poder legislativo sea

genérica, imprecisa, obscura y ello obligue a su mayor desarrollo y precisión. Si la ley es en demasía clara o, como ya se tuvo ocasión de mencionar, agota el objeto o materia regulado, la intervención del ejecutivo no encuentra razón de ser puesto que las posibilidades se reducen a la repetición de lo dispuesto en la norma reglamentaria (lo cual resulta inoficioso), la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley (lo cual supone una extralimitación en la competencia); en estos dos últimos supuestos, se presentaría una ampliación o restricción de las disposiciones que emanan del legislador a través de una competencia de carácter instrumental, lo cual en un Estado sustentado en un principio de jerarquía normativa es impensable.

c) A TRAVÉS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA, EL GOBIERNO NACIONAL NO PUEDE IMPONER A LAS PARTES Y AL BENEFICIARIO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE OBLIGACIONES QUE LAS NORMAS SUPERIORES NO CONTEMPLAN. RESPECTO DEL DECRETO 1910 DE 1998 SE DECLARA NULO EL ARTÍCULO 2 Y SE DECLARA LA LEGALIDAD CONDICIONADA DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 4

La Sala declarará la legalidad condicionada de este artículo (1 del Decreto 1910 de 1998), en el entendimiento que de su tenor literal no puede desprenderse una obligación que el legislador no ha contemplado de forma imperativa al regular el contrato de transporte terrestre de carga. En efecto, el artículo 1026 del Código de Comercio preceptúa que “Salvo estipulación en contrario, el transportador deberá avisar al destinatario la llegada de la mercancía”. Como puede observarse, la conformidad de la disposición demandada con el ordenamiento jurídico, se circunscribe a que aquello reglamentado no convierta en obligación lo que la ley ha establecido como una facultad; en otras palabras, la regulación hecha mediante norma administrativa no puede restringir el que las partes en uso de la libertad negocial exoneren a la empresa transportadora del deber de dar aviso. Siendo la disposición comentada de carácter supletivo, igual naturaleza debe otorgarse al precepto administrativo que pretende desarrollarla y darle aplicabilidad. Respecto del artículo 2: De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1008 del código de comercio, el destinatario no es parte en el contrato de transporte terrestre de carga, este se celebra entre el remitente y el transportador. Por consiguiente, esta calidad sólo la adquiere en el momento en que acepta el contrato; es decir, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de rechazo por parte del destinatario, caso en el cual éste no puede ser sujeto de aquellos derechos y obligaciones que se desprenden del negocio jurídico. Por tanto, si no manifiesta de forma expresa o tácita su voluntad no puede endilgársele ninguna responsabilidad por no recibir la carga en el término indicado por la norma demandada. De lo anterior se desprende que el legislador otorgó a la autonomía de la voluntad de los contratantes en la determinación de los elementos que caracterizan el negocio jurídico un lugar destacado, por ende una obligación como la impuesta en la norma al destinatario, no puede hacerse a través del reglamento, ésta sólo puede dejarse a la libertad de contratación reconocida, sobre todo de quien recibe la carga que como quedó explicitado no es, en principio, parte de la relación negocial. Por las razones expuestas la norma demandada, incurrió en extralimitación. Respecto del artículo 4: En la legislación vigente no existe obligación de asegurar la mercancía transportada; la decisión de hacerlo o no, es una cuestión que se deja a libre disposición del remitente. Además, en el Código de Comercio se regula lo referente a la responsabilidad del transportador en caso de pérdida, avería o retraso en la entrega de la carga, como consecuencia de las obligaciones mismas que se derivan del contrato. Por este motivo, el transportador puede también contratar con una aseguradora el cubrimiento de los riesgos derivados del transporte; es decir, el cubrimiento de los supuestos en los que, de acuerdo con la ley y con lo que haya pactado, deba responder civilmente por los daños o el extravío de las cosas transportadas. Como puede observarse, se trata de dos supuestos distintos. Aunque la disposición comentada (artículo 994 del Código de Comercio) no deja duda alguna de la obligación por parte de quien transporta la mercancía de tomar una póliza de seguro que cubra los riesgos inherentes al transporte, no explica suficientemente si se trata de un seguro de transporte o de un seguro de responsabilidad, razón por la cual es necesario acudir al artículo 1124 del Código de Comercio para dar una respuesta adecuada al interrogante surgido. El artículo 1124, parte de un presupuesto: corresponde contratar el seguro de transporte al propietario de las mercancías, por lo que su celebración por parte del comisionista o de la empresa de transporte no constituye una

obligación sino una manifestación de la libertad negocial reconocida. Razón de más para que la Sala proceda a declarar la legalidad condicionada de la disposición demandada. En el caso objeto de análisis se constata claramente el criterio de capacidad propio de todo reglamento; en efecto, el artículo 997 confía al Gobierno la reglamentación del funcionamiento de las empresas, y entre los aspectos a tratar se halla el referente a la seguridad de la carga o de los pasajeros. Empero, aunque la materia desarrollada encuentre un respaldo directo en la ley, lo que puede resultar cuestionable es la forma en cómo se realiza esta tarea por parte del ejecutivo: la norma demandada no puede hacer obligatorio para el transportador el pago del valor de la prima de seguro de transporte, mientras que la disposición contenida en el artículo 1124 del Código de Comercio contempla esta posibilidad dentro de otras opciones, por tal razón, el precepto reglamentario debe operar sólo en aquellos eventos en los que las partes del negocio jurídico en uso de su autonomía no se hayan ocupado de regular lo referente a la obligación del pago de la póliza para cubrir los riesgos del transporte, pues la disposición en ella contenida debe tener una naturaleza de carácter dispositivo y no tornarse en imperativa.

d) DADA SU NATURALEZA PÚBLICA, EN LA ACCIÓN DE NULIDAD NO OPERA LA IDENTIDAD JURÍDICA DE LA PARTE DEMANDANTE PARA QUE SE CONFIGURE LA COSA JUZGADA. SE DECLARA PROBADA LA COSA JUZGADA RESPECTO DEL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO 1910 DE 1998

Respecto de esta disposición la Sala declarará probada la excepción de cosa juzgada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A. La institución de la cosa juzgada, encuentra asiento en el derecho colombiano, como un instrumento orientado a garantizar el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y la economía procesal, entre otros. Por regla general, opera cuando se ventilen dos procesos sobre el mismo objeto, que se funden en la misma causa y en los cuales exista identidad jurídica de las partes, y en uno de ellos se haya proferido sentencia que se encuentre debidamente ejecutoriada. Esta idea general, encuentra sin embargo, unas reglas más flexibles en el caso de la acción de nulidad, en atención a la naturaleza y características de esta. Es así como, de su connotación de acción pública, se deriva la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponerla en búsqueda de una garantía del principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas; como consecuencia de esto, la identificación de las partes no es un presupuesto suyo, mas sí el de la existencia de identidad en el o los actos administrativos demandados en uno y otro proceso. Así mismo, y dada la connotación de rogada de la justicia administrativa en Colombia, unos son los efectos en el evento de que en uno de los procesos se declare la nulidad del acto administrativo demandado, y otros, aquellos que se derivan en caso de que no prosperen las pretensiones. Si bien en ambos, los efectos son erga omnes, en el segundo de los supuestos, los efectos de ésta estarán supeditados a la confrontación normativa propuesta en la demanda, de manera que resulta perfectamente posible un segundo pronunciamiento sobre la legalidad de un mismo acto administrativo, siempre que los cargos de ilegalidad alegados por el actor sean distintos. Estas particularidades de la institución de la cosa juzgada en materia de acciones de nulidad, encuentra referente jurídico positivo, en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo. En el caso objeto de análisis, el actor señala que las disposición demandada vulnera el artículo 997 y 999, puesto que en su entender se incurre en una extralimitación de la potestad reglamentaria confiada al ejecutivo. Este concepto de la violación permite concluir que en el presente proceso se encuentra demostrada la excepción de cosa juzgada parcial, ya que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 30 de abril de 2009 con ponencia de la Consejera Martha Sofía Sanz Tobón, resolvió denegar las pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta contra el artículo 3 del decreto 1910 de 1996. Una de las razones esgrimidas por el demandante para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado era precisamente que se vulneró los artículos 997 y 999 del Código de Comercio. Como se puede observar los dos elementos para conformar la cosa juzgada en el proceso de nulidad simple se encuentran demostrados: tanto la disposición cuestionada como la causa petendi son las mismas. Y es el último aspecto el que cobra relevancia para la Sala: la identidad del cargo aducido no posibilita un nuevo pronunciamiento del juez respecto de un asunto en el que ya se profirió sentencia negando la declaratoria de nulidad de la norma demandada.

Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2000-08448-01 (18448). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE NULIDAD

4. a) A RAÍZ DE LA TOMA A UNA POBLACIÓN LOS DEMANDANTES IMPUTARON LA MUERTE DE UN CIUDADANO A DISPAROS DEL EJÉRCITO NACIONAL PRODUCTO DEL ENFRENTAMIENTO EJÉRCITO Y GUERRILLA, PERO SE DEMOSTRÓ QUE EL FALLECIMIENTO SE PRODUJO POR INFARTO Y QUE EL EJÉRCITO NO PARTICIPÓ EN LOS HECHOS

Aunque según la demanda, el señor Misael Ruiz Cárdenas murió de varios impactos de bala propinados por miembros del Ejército Nacional cuando éstos pretendían repeler el ataque subversivo contra la Población de Gámeza, Departamento de Boyacá, lo cierto es que los hechos muestran que la persona mencionada falleció de muerte natural y que el Ejército Nacional nunca hizo presencia en ese lugar. Resulta contradictorio, entonces, que en la demanda se haga alusión a que fueron tropas del Ejército Nacional las que repelieron el ataque guerrillero, y que las balas disparadas por éstos fueron las que acabaron con la vida de Misael Ruiz Cárdenas, pero que por esos hechos resulte demandada la Policía Nacional y no el Ejército. Y si bien en los alegatos de conclusión, el apoderado de los actores aseguró que se trató de una confusión, pues inicialmente creyó que la víctima había muerto como consecuencia del fuego cruzado entre tropas del Ejército y grupos al margen de la ley, resulta cuestionable que por tratar de sacar adelante las pretensiones de la demanda se pretenda modificar o cambiar la realidad fáctica y luego se diga simplemente que se trató de una equivocación, mas aún cuando para la época de presentación de la demanda las autoridades ya habían esclarecido plenamente los hechos, en cuanto se logró establecer que la víctima no murió violentamente durante la toma guerrillera a dicho lugar. Según el artículo 208 del Código Contencioso Administrativo, la demanda podrá aclararse o corregirse hasta el último día de fijación en lista, sin embargo en el caso particular ello no ocurrió así pues a pesar de que el apoderado de los actores manifestó que se trató de un error involuntario, debió subsanar la demanda dentro de la oportunidad contemplada por el ordenamiento legal, de allí que las razones aducidas en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal mediante la cual se negaron las pretensiones allí solicitadas, constituyen una variación en la causa petendi. Las mismas pruebas apuntan a que el señor no murió como consecuencia del fuego cruzado entre miembros de la Policía Nacional y los subversivos que se tomaron la población, sino que su deceso obedeció a causas naturales; tampoco está acreditado en el plenario que su muerte hubiese sido consecuencia de la toma guerrillera, pues si bien se dijo que la víctima perdió la vida por un infarto, ni médica ni científicamente se demostró cuál fue la verdadera razón de su fallecimiento, pues no obra prueba alguna en el plenario que haga alusión a dicha circunstancia. Si en gracia de discusión se aceptase que murió como consecuencia de un infarto, supuestamente por el fuerte choque emocional que le produjo la toma guerrillera, pues según la demanda él se encontraba en la calle al momento de la incursión subversiva, habría que manifestar al respecto que ninguno de los testigos presenciales de los hechos observó a la víctima en la calle ni antes ni después de los acontecimientos. No obra prueba alguna en el plenario que permita afirmar que la muerte obedeció al ataque guerrillero a la Población de Gámeza, y si la hubiese, habría que decir que se trató de un acto terrorista perpetrado por un tercero con el único propósito de amedrentar y aterrizar a la población civil, como en efecto ocurrió en este caso, según se colige de los diferentes testimonios practicados en el proceso. No hay duda de que se trató de un acto terrorista indiscriminado perpetrado por un tercero contra la población civil, cuyo propósito no fue otro que el de alterar el orden público, razón por la cual las consecuencias nocivas del mismo no pueden imputarse a las Autoridades Públicas, a menos que se pruebe, como se dijo, que dicho acto obedeció a la falta de medidas de seguridad de las autoridades correspondientes, las cuales, a sabiendas de que éste podría llevarse a cabo, no hicieron nada por evitarlo y omitieron proteger a la población civil.

b) ANTE LA ACTUACIÓN TEMERARIA DE LOS DEMANDANTES, PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, no existe duda alguna acerca de que los demandantes actuaron de esa manera, pues fundaron la demanda en hechos alejados de la realidad y del material probatorio, pretendiendo hacer creer que la muerte de Misael Ruiz Cárdenas se debió a disparos con arma de fuego perpetrados por agentes del orden, cuando en realidad su deceso obedeció a razones distintas de las allí mencionadas, comportamiento que no resulta justificable con la sola afirmación de que se trató de un simple error, de suerte que en este caso se confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Casanare que condenó en costas a los demandantes.

[Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 15001-23-31-000-1996-06164-01 \(17261\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

SECCIÓN QUINTA

1) NEGADA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DE REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR BOGOTÁ D.C.

Ese fue el sentido de la decisión que adoptó la Sección Quinta dentro de los procesos electorales acumulados promovidos contra la elección de los Representantes a la Cámara por Bogotá D.C., pues a pesar de que se comprobaron irregularidades y falsedades en la votación, éstas no alteraron el resultado electoral.

Para llegar a esa conclusión, la Sala abordó varios temas, a saber: a) Las características de la acción electoral, b) la procedencia de causales generales y especiales de nulidad en los procesos electorales, c) la posibilidad de demandar los actos administrativos mediante los que las autoridades electorales resuelven reclamaciones, a condición de que se demande el acto que declara la elección, e) la falsedad o apocriefidad de registros electorales como causal de nulidad electoral, f) la falsedad electoral que se configura por la existencia de más votos que votantes, g) las consecuencias de la incongruencia entre las actas de escrutinio de los jurados de votación y las comisiones escrutadoras y las circunstancias que pueden justificarla, h) la suplantación de electores, especialmente por votación de personas fallecidas y con interdicción de derechos políticos, i) la actuación de jurados de facto o de hecho, j) el trámite administrativo electoral y la competencia para resolver reclamaciones, k) la asignación de curules correspondientes a la circunscripción de Bogotá D.C. según el Decreto 4767 de 2005 y su constitucionalidad y l) la incidencia de los votos irregulares en la votación por los representantes a la Cámara por Bogotá D.C. y la aplicación del sistema de distribución ponderada.

En particular, en la sentencia fueron expuestas a manera de conclusión las siguientes razones para negar la nulidad pretendida:

“Como quedó visto en la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Territorial del Distrito Capital de Bogotá, resultaron probadas irregularidades de 2 naturalezas: 1) Unas respecto de las cuales es posible establecer a qué partido o candidato afectaron - particulares (...) 2) Otras respecto de las cuales, por virtud del principio de secreto del voto, resulta imposible establecer a qué candidato o partido afectaron - generales. (...) Respecto de las primeras, y en la medida en que la forma como fue probado el cargo permite establecer a qué partido o candidato afectó, se efectuará la respectiva corrección. Sobre las segundas, y en tanto que por virtud del principio del secreto del voto resulta imposible determinar sobre qué lista o candidato incidieron, su relevancia se analizará considerando el sistema de afectación ponderada establecido por la jurisprudencia de la Sala. (...) De manera que, advertida la presencia de votos irregulares en la votación depositada en el Distrito Capital en las elecciones realizadas el 12 de marzo de 2006, es

necesario realizar nuevamente el cálculo del umbral, para establecer así si se experimenta alguna modificación importante en relación con este aspecto. El número de votos válidos que se debe tomar como punto de partida para calcular el nuevo umbral es el resultante de la nueva votación, es decir, la que resultó después de la afectación respecto de cargos particulares y generales, a saber: un millón trescientos tres mil setecientos sesenta y tres (1'303.763). (...) Conforme a las nuevas cifras calculadas descontando los votos irregulares en proporción a los votos obtenidos, se tiene que no hubo variación en cuanto a las listas que superaron el umbral. (...) Del análisis precedente se concluye que no prospera la pretensión de nulidad del acto declaratorio de la elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Territorial de Bogotá, D.C., para el periodo 2006 - 2010, contenido en el Acuerdo No. 010 del 5 de junio de 2006 del Consejo Nacional Electoral, porque no obstante hallarse probada la existencia de irregularidades particulares, a saber: se dejó de computar 1.085 votos por la lista 73; se dejó de computar 1 voto por la candidata 102 del partido 73; se computaron 32 votos más por la lista 74 y se computaron 74 votos más por la lista 34; e irregularidades generales: 2.411 votos espurios que afectaron la votación de 86 mesas, tales circunstancias no alteraron el resultado electoral. Y porque los cargos formulados con base en las causales generales del artículo 84 del C.C.A., no resultaron probados. En consecuencia se negarán las pretensiones de la demandas.

[Sentencia de 2 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2006-00122-00 \(4063-4055\). M.P.: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA](#)

2) SE CONFIRMA NULIDAD PARCIAL DE ELECCIÓN DE DIPUTADOS DEL MAGDALENA

La Sección Quinta conoció en segunda instancia el proceso electoral contra los diputados del Magdalena, decidido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del mismo departamento en el sentido de declarar la nulidad parcial del acto de elección demandado.

La Sala confirmó la sentencia apelada por encontrar efectivamente demostradas, por un lado, las inhabilidades atribuidas a las diputadas Margarita Vives Lacouture y Sandra Milena Ramírez Caviedes y, de otro, las irregularidades acontecidas en los comicios, consistentes en suplantaciones, falta de firmas mínimas de jurados de votación en las actas de escrutinio, trashumancia e incongruencia injustificada entre formularios de jurados de votación y comisiones escrutadoras.

En el fallo, la Sala profundizó en: a) la inaplicación de la prejudicialidad en el proceso electoral, b) la improsperidad de la excepción de inconstitucionalidad en el proceso electoral con relación al derecho a ser elegido, c) la inhabilidad de diputados por parentesco o vínculo con autoridad departamental, d) el concepto de autoridad administrativa, e) la imposibilidad de eliminar la inhabilidad de diputados por parentesco con autoridad por enemistad grave con el pariente, f) la inhabilidad de diputados por ejercicio de autoridad previo a la elección, g) la prohibición al juez electoral de decidir ultra o extra petita, h) la notificación de los actos de elección, i) la armonización entre la posibilidad de corregir la demanda y la caducidad de la acción electoral, j) el sistema de distribución ponderada como mecanismo para determinar la incidencia de la votación irregular en el resultado electoral y determinar la afectación de candidatos y partidos, k) la aplicación del Código Contencioso Administrativo en el procedimiento administrativo electoral ante vacíos del Código Electoral y l) la revocatoria directa de los actos electorales.

Luego del análisis de tales tópicos, la Sala concluyó:

“Se plantean y discuten supuestas irregularidades que generarían la nulidad del acto de elección de los Diputados a la Asamblea del Departamento del Magdalena y la realización de un nuevo escrutinio, dada la falsedad o apocrifidad de los registros electorales, originada en votos que resultan espurios por haberse presentado conductas como suplantaciones (bajo diferentes hipótesis), trashumancia, diferencias entre los votos consignados en los distintos formularios y ausencia de firmas en los formularios suscritos por los jurados de mesa, entre otras. (...) Una vez

determinadas las irregularidades que se presentaron en las diferentes mesas acusadas por el demandante, es del caso analizar la incidencia de las mismas en el resultado de la elección, para lo cual se utilizará el siguiente procedimiento: 1. Se excluyen de la votación total en el departamento (Asamblea) los votos depositados en las mesas que resultaron afectadas por la irregularidad planteada en el cargo 7 de ambas demandas, es decir, por ausencia de firmas o tener menos de 2 firmas de los jurados los formularios E-14, con base en los cuales se hicieron los escrutinios por parte de la Comisión Escrutadora Municipal, dada su inexistencia. Para ello se debe determinar cuántos votos de cada candidato, partido o movimiento se afectan por esta razón. 2. Se suma a la votación total del Movimiento Apertura Liberal en cada mesa (donde prosperaron los cargos), los votos que se restaron de forma injustificada a los candidatos pertenecientes a lista de dicho partido a efectos de corregir el formulario E-24. Igualmente, los votos que se aumentaron a cada candidato injustificadamente serán restados de la votación del Movimiento consignada en el E-24, en la mesa respectiva. Estos votos también son restados o sumados a los candidatos que afectaron directamente para efectos de reordenar la lista del Partido Apertura Liberal. 3. Se toman los votos irregulares, que surgen de las suplantaciones estudiadas y se les aplica el sistema de Asignación Ponderada de Irregularidades sobre la votación total del departamento (Asamblea), pues no se puede determinar en estos casos a quiénes beneficiaron o afectaron los votos espurios. Lo anterior, sin perder de vista que hay mesas que se repiten en diferentes cargos, por lo que no se estudiarán nuevamente en los casos en que ello represente sumar o restar doblemente los votos. 4. Una vez excluidas las mesas donde los formularios E-14 carecían de las firmas necesarias, ajustada la votación del Movimiento Apertura Liberal y excluidos los votos de los partidos y candidatos objeto de la aplicación del sistema de Distribución Ponderada, se procede a sacar la votación total - incluyendo todos los partidos y movimientos- en el Departamento del Magdalena. Con esta votación habrá de calcularse nuevamente el umbral y determinar la cifra repartidora a efectos de saber el número de curules que le corresponden a cada Partido y movimiento, pero especialmente a Apertura Liberal de acuerdo al orden en que quede la lista después de esta operación. (...) Una vez examinados los cargos que fueron cuestionados en los recursos de apelación interpuestos por demandantes, demandados y terceros intervinientes, se concluye, que la señora MARGARITA VIVES LACOUTURE se encontraba inhabilitada para ser inscrita candidata o elegida diputada del Departamento del Magdalena, pues su hermano ejerció autoridad administrativa el año anterior a su elección. En relación con la señora Sandra Milena Ramírez Caviedes, también se encuentra demostrada la inhabilidad por haber ejercido empleo público con autoridad administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección. Por su parte, al estudiar los cargos planteados en las demandas de los procesos 2008-0001 y 2008-0008, los cuales fueron objeto de recurso, se advierte la operancia del fenómeno de la caducidad de la acción frente a las correcciones de las demandas y los escritos presentados por los intervinientes. Los cargos, que habían sido planteados en la demanda y que se controvirtieron en los recursos, dan cuenta de que existe una modificación en el total de los votos de los partidos, movimientos y candidatos en el Departamento del Magdalena, para la Corporación Asamblea y que en mayor medida se ha afectado la ordenación de la lista del Movimiento Apertura Liberal, que tiene como consecuencia la asignación de una de las dos curules que le correspondieron al candidato distinguido con el número 109-4. Así mismo, en el recurso presentado frente al expediente 2007-0534, se precisan las facultades de las Comisiones Escrutadoras Departamentales, Distritales y municipales, cuestión que no tiene incidencia en el resultado final de la votación. Por lo anterior se impone confirmar la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2008 del Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, que declaró la nulidad parcial del Acta Parcial de Escrutinio, formulario E-26 AS, de fecha 21 de noviembre de 2007, contentiva del acto de elección de los Diputados a la Asamblea del Departamento del Magdalena, para el período 2008-2011, pero por diferentes razones a las expresadas en esa instancia, tal como se expuso en la parte motiva de este proveído. En consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 247 del C.C.A., se ordenará al Tribunal de origen que convoque a audiencia pública para la realización de nuevos escrutinios, la cual comenzará al segundo día hábil siguiente a la ejecutoria de esta sentencia”.

[Sentencia de 2 de octubre de 2009. Exp. 2007-0501, 0508, 0514, 0531, 0533 y 0534 y 2008-0001, 0004, 0005, 0007 y 0008. M.P.: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA](#)

3) SE CONFIRMA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DE CONCEJAL DE SAHAGÚN, JOSÉ ALFREDO MONTERROZA JIMÉNEZ

La Sección Quinta confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba que declaró la nulidad de la elección de José Alfredo Monterroza Jiménez como concejal del Municipio de Sahagún por haberse demostrado la exclusión injustificada de la votación de toda una mesa por parte de la comisión escrutadora, a pesar de que fue contabilizada por los jurados de votación. La Sala también verificó que la votación excluida incidió en el resultado electoral, en la medida en que el concejal demandado perdía su curul y la ganaba otro candidato. Adicionalmente, la sentencia reiteró que los actos que declaran elecciones populares se notifican en estrados y que no es necesaria su notificación a todos los elegidos.

Los siguientes son los extractos de las razones jurídicas expuestas por la Sala en respaldo de su decisión:

“El acto electoral de origen popular viene regido por un principio consagrado en el artículo 1º del Código del ramo, consistente en el secreto del voto y “la publicidad del escrutinio”, determinando este último que todas las actuaciones que se surten en torno a la jornada electoral, tales como los procesos de las votaciones y los escrutinios, deban ser públicas, en audiencia, brindando a las personas legalmente habilitadas como los candidatos, sus apoderados o los testigos electorales, la oportunidad de conocer directamente su desarrollo y especialmente su resultado final, como es el acto declarativo de elección. Algunas demostraciones de que ello es así, las dan el artículo 143 al precisar que “Terminado el escrutinio, se leerá su resultado en voz alta”, el artículo 172 al consagrar que “Las comisiones escrutadoras leerán en voz alta el resultado de las actas de los jurados de votación...”, y el artículo 182 al establecer que “Los secretarios darán lectura a las actas de introducción de los documentos electorales en el arca triclave departamental...”. Así, el escrutinio es un proceso que se cumple en audiencia pública, en presencia de las personas legalmente autorizados para intervenir en ellos, y por tanto no puede exigirse que a cada uno de los concejales electos se les notifique su resultado -acto de elección- en forma personal, ya que en estos eventos opera la notificación en estrados prevista en el artículo 325 del C. de P. C. Así las cosas, no es atinada la imputación lanzada por el apoderado del demandado, en el sentido de exigir constancia de notificación personal del acto acusado a cada uno de los concejales electos, ya que en ese evento opera la notificación en estrados del artículo 325 del C. de P. C.

(...)

El formulario E-24 debe ser, en principio, fiel trasunto del formulario E-14, y cualquier variación en sus cifras sólo puede ser la resultante del recuento de votos practicado por la advertencia de tachaduras, enmendaduras o borrones, o porque las personas legalmente habilitadas hayan formulado reclamaciones y estas hayan prosperado. Si las alteraciones en los resultados, incluida su omisión total por supuesto, no tienen una explicación válida en la correspondiente acta de escrutinio, habrá de concluirse que el resultado ha sido falseado y que habrá de anularse la elección, siempre que en aplicación del principio de la eficacia del voto, la mutación tenga incidencia en la conformación de la corporación pública.

(...) Los anteriores elementos de prueba evidencian la veracidad del señalamiento que se hace en la demanda. Efectivamente, la mesa 2 de la zona 99 puesto 36 sí fue escrutada por los jurados de votación y sus resultados consignados en el respectivo formulario E-14, pese a lo cual ninguna votación se registró en el acta parcial de escrutinio o formulario E-24, actuación que es a todas luces ilegal en la medida que en las aludidas actas de escrutinio no existe una constancia que justifique esa omisión. Por tanto, la falsedad en los registros electorales está probada, pero para

determinar su incidencia frente al acto de elección habrá de calcularse su incidencia adicionando a la votación válida la votación indebidamente excluida de la mesa 2 de la zona 99 puesto 36, luego de lo cual se establecerá los partidos que superaron el umbral, cuántos escaños conquista cada uno y qué pasa internamente en cada una de las listas.

(...) El anterior análisis demuestra que nada nuevo ocurre en cuanto al número de escaños conquistado por el Movimiento Apertura Liberal (109), el Movimiento Colombia Viva (133), el Partido Cambio Radical (190), el Partido Liberal Colombiano (194) y el Partido Social de Unidad Nacional "Partido de la U" (195), puesto que se corresponden con los reportados en el acto acusado (fl. 28). Sin embargo, aunque en dichos partidos siguen alcanzando curul los mismos candidatos que la obtuvieron con el acto demandado, en lo que respecta al último escaño del "Partido de la U" (195), se produce una modificación en el sentido de que el concejal electo José Alfredo Monterroza Jiménez (195-041), la pierde a favor del candidato Luis Enrique Ramos Tejada (195-049), por un (1) voto. Sin embargo, la Sala revocará lo dispuesto en los numerales 3º, 4º y 5º de la parte resolutive de la sentencia impugnada, donde se ordenó la práctica de nuevos escrutinios, ya que según lo dispuesto en el artículo 247 del C.C.A., su realización pende de lo decidido, de modo que si, como en el sub lite, los cómputos efectuados revelan que el número de escaños conquistados por los mencionados partidos o movimientos políticos no se altera, en tanto que los elegidos dentro de la lista inscrita por el Partido de la U sí se modifica, porque el último escaño no es alcanzado por José Alfredo Monterroza Jiménez (195-041) sino por el candidato Luis Enrique Ramos Tejada (195-049), lo propio no es practicar un nuevo escrutinio, por cierto innecesario, sino ordenar al Tribunal a quo que convoque a los sujetos procesales a audiencia, en la que declarará la elección del actor, le entregará la respectiva credencial y de contera cancelará la credencial que le entregó la Organización Electoral al demandado. Por tanto, la Sala confirmará la sentencia apelada, con las modificaciones indicadas."

[Sentencia de 2 de octubre de 2009. Exp. 23001-23-31-000-2007-00564-02. M.P.: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON](#)

4) NULIDAD DE LA ELECCIÓN DE SENADORES DE LA REPUBLICA 2006-2010

Contra el acto que declaró la elección de los senadores de la República para el período 2006-2010 se formularon cargos subjetivos de nulidad contra tres senadores en particular y cargos objetivos en general.

Los cargos subjetivos consistieron en las inhabilidades atribuidas a los senadores Nancy Patricia Gutiérrez, Carlos Cárdenas Ortiz y Martha Lucía Ramírez, pero sólo prosperó la pretensión anulatoria de la elección de ésta última porque se comprobó la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, que impide ser congresistas a quienes hayan sido contratistas del Estado dentro de los 6 meses anteriores a la elección. Al respecto dijo la Sala:

"Prohibir al candidato al Congreso de la República que durante los seis (6) meses anteriores a la elección celebre contratos con las entidades públicas en interés propio o en el de terceros tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien aspire a esta dignidad y de manera simultánea ejercite actuaciones que impliquen negociaciones con entidades públicas en nombre propio o en el de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal condición para obtener prevalentemente del organismo o de la entidad estatal la concreción o la materialización del asunto de interés en el propio beneficio e igualmente tiene por fin impedir que el aspirante que se encuentre en circunstancias de ventajosa cercanía a organismos Estatales por cuenta de los acuerdos de voluntades que celebra con éstos, los traduzca en prestigio para su candidatura. (...) La tipificación de la conducta que prohíbe el numeral 3 del artículo 179 superior exige para su configuración la existencia de los siguientes supuestos: 1) Sujeto pasivo de la prohibición: Candidato al Congreso (Senador - Representante a la Cámara). 2) Conducta: Celebración de contrato. 3) Naturaleza del

contrato: La parte con quien el candidato celebra el contrato debe tener el carácter de entidad de naturaleza pública. 4) Móvil de la actuación prohibida: En interés propio o de un tercero. 5) Circunstancia de tiempo: Celebración dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección. 6) Circunstancia de lugar: Celebrado en la circunscripción en la que debe efectuarse la respectiva elección.

(...)

El demandante plantea que la senadora gestionó negocios que se consolidaron en el contrato que celebró con Bancoldex, como representante legal de Ramírez & Orozco Internacional Strategy Consultants Ltda. dentro del término de los 6 meses anteriores a su elección como Senadora. (...) Bancoldex es una entidad de naturaleza pública con régimen especial y acerca que, entonces, los contratos que celebra son contratos estatales. (...) 3) La intervención en la celebración del contrato por parte de la demandada está acreditada en el expediente con las actuaciones concretas, claras y directas que con tal propósito adelantó ante BANCOLDEX, las que se consolidaron y formalizaron en negocio jurídico, al emitirse por el organismo público la orden de servicios. (...) La celebración del negocio jurídico se formalizó y se materializó en la orden de servicios No. 4492 de 30 de septiembre de 2005 que Bancoldex emitió a favor de la proveedora Ramírez & Orozco International Strategy Consultant, por valor de \$10'103.400,00, concepto: "participación publicitaria con exposición de pones en el evento sobre el TLC, que se realiza el 30 de septiembre de 2005", orden que aceptó la doctora Ramírez de Rincón imprimiéndole su firma como representante de la citada sociedad. (...) En la tradición jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sido constante tener en cuenta la fecha de la orden de servicios como la que corresponde al día en que se suscribió y celebró el contrato, para efectos del punto de referencia para el conteo del período inhabilitante. (...) Se encuentra por tanto probado que la demandada celebró el negocio contractual tanto en interés propio por su condición de accionista mayoritaria, como en el interés de la sociedad por su carácter de integrante de dicha persona jurídica, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección. (...) Del análisis realizado se impone que, de manera indiscutible, la causal de inhabilidad endilgada se halla estructurada, comprobación ésta que vicia de nulidad el acto de elección de la Senadora Martha Lucía Ramírez de Rincón."

Adicionalmente, la sentencia analizó la sanción disciplinaria como generadora de inhabilidad para ejercer cargos públicos, a condición de que lo señale expresamente el fallo disciplinario:

"El tema relativo a la sanción disciplinaria simple y a la sanción disciplinaria generadora de inhabilidad para desempeñar cargos públicos ha sido analizado ampliamente por la Sala. La posición ha sido unánime y reiterada en el sentido de considerar que sólo la sanción disciplinaria que inhabilita en forma expresa porque así lo dispone explícitamente el sancionador, es la que puede afectar la elección o el nombramiento. Sobre el punto es preciso distinguir las calidades que la Constitución y la ley exigen a los ciudadanos para resultar validamente elegidos, consagradas en el artículo 172 de la Constitución en lo que concierne a Senadores de la República: "...ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección". Y otras, son las causales de inhabilidad previstas en el artículo 179 superior, como prohibiciones para aspirar y ser ungido de tal investidura. Dentro de estas no aparecen enlistadas como tales, haber sido sancionado disciplinariamente. Es preciso además clarificar que no toda sanción disciplinaria conlleva inhabilidad para ejercer funciones públicas. Como se examinó cuando se revisó el contenido del acto administrativo sancionatorio de la demandada, no implicó ésta clase de pena complementaria."

Respecto al fraude electoral, la Sala encontró demostradas varias modalidades de ése fenómeno, previo estudio de los siguientes aspectos jurídicos: 1) el alcance y la finalidad de la reforma política del Acto Legislativo 1 de 2003, 2) las listas abiertas o con voto preferente y cerradas o sin voto preferente, 3) el concepto de voto preferente, 4) la suplantación de electores y los requisitos de formulación del cargo, 5) la incongruencia entre los formularios de los jurados de votación y las comisiones escrutadoras, 6) la caducidad de la acción electoral cuando se dirige contra actos de

elección, 7) la irregularidad consistente en más votos que votantes y los requisitos de formulación del cargo, 8) la doble votación, 9) la votación de personas fallecidas, 10) la votación de personas con interdicción de derechos políticos, 11) los altos índices de votación como fenómeno que no necesariamente constituye falsedad de registros, 12) la inscripción de cédulas de ciudadanía por personas diferentes a los titulares, 13) la falta de firmas mínimas de actas de escrutinio de jurados de votación, 14) el recuento de votos por alteraciones en las actas de escrutinio, 15) el error aritmético como causal de reclamación y no de nulidad electoral, 16) la caducidad de la acción electoral respecto de la adición o modificación de la demanda, 17) la competencia del Consejo Nacional Electoral para resolver reclamaciones y recursos en el procedimiento administrativo electoral, 18) la designación, el remplazo y las clases de jurados de votación, 19) la actuación de jurados de facto o de hecho, 20) la votación de personas con cédula de ciudadanía en custodia y 21) el sistema de distribución ponderada como mecanismo para determinar la incidencia de la votación irregular en el resultado electoral y determinar la afectación de candidatos y partidos.

En particular, sobre el referido sistema de distribución ponderada, la Sala recordó en qué consiste ésta metodología, recientemente adoptada en la jurisprudencia:

“Para concretar y efectivizar la exclusión de los votos irregulares, esta Sección en anterior oportunidad modificó la tesis jurisprudencial que venía aplicando para determinar la incidencia de los votos falsos en el resultado electoral, debido a los cambios que se introdujeron al régimen electoral mediante el Acto Legislativo 01 de 2003. (...) El sistema para calcular la incidencia de los votos irregulares está compuesto por el método denominado de “afectación ponderada” o “distribución porcentual” que constituye un avance significativo porque propende por dar eficacia a la voluntad libre y espontánea de los ciudadanos mayoritariamente expresada en las urnas, en cuanto únicamente se descuentan los votos falsos comprobados en cada mesa, mediante su distribución de acuerdo con la votación obtenida en la misma por partidos y candidatos, incluidos los votos en blanco. Es decir, dependiendo de la votación alcanzada por éstos, en esa proporción se distribuirán los votos irregulares hallados en una determinada mesa. Los elementos estructurales para la distribución son: i) El porcentaje que representan los votos irregulares en el total de la votación válida de la mesa por la circunscripción ordinaria nacional y ii) el número de votos alcanzados en la mesa afectada por los partidos y candidatos, incluidos los votos en blanco”.

[Sentencia de 6 de julio de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2006-00115-00 \(4056-4084\), 4086, 4087, 4089, 4090, 4093, 4094, 4096, 4097, 4098, 4099, 4100, 4102, 4103, 4104, 4105, 4106, 4107. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. SE EMITE CONCEPTO SOBRE EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DEL TERCER CANAL NACIONAL PRIVADO DE TELEVISIÓN

Con ocasión del proceso de adjudicación del tercer canal nacional privado de televisión, la Ministra de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la legalidad de la participación de los actuales concesionarios de licencias de televisión y el carácter facultativo u obligatorio de la subasta para seleccionar al contratista en la licitación.

Las preguntas y respuestas fueron las que se transcriben a continuación:

“1. ¿La concurrencia de concesiones a la que se refiere el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, representa inhabilidades que se predicen del

proponente y deben verificarse al momento de presentar su propuesta, o son de quien vaya a ser concesionario y, por lo tanto, deberán verificarse al momento de la suscripción del respectivo contrato de concesión?

O dicho de otra manera, ¿les está prohibido presentar propuesta en la licitación de un canal nacional de operación privada a quienes hoy tienen la calidad de concesionarios o son socios de canales locales?

Respuesta: Las prohibiciones contenidas en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, no son causales de inhabilidad para contratar sino que comportan la imposibilidad de ser simultáneamente titular de más de una concesión de televisión.

Por tanto, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión, o de canales locales, o socios de éstos, podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

2. De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley 182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?

Respuesta. La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudir a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995.

3. ¿De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través de un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?

Respuesta. De conformidad con el marco legal vigente, el precio no puede ser el único factor de selección de los concesionarios de canales nacionales de operación privada, pues en todo caso se deberán tener en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en la Ley 182 de 1995.”

- Como sustento de su posición, la Sala argumentó lo siguiente frente a cada tema jurídico abordado:

a) Marco constitucional del servicio público de televisión: énfasis democrático, participativo y pluralista en la explotación del espacio electromagnético

“La Constitución rechaza la concentración y el monopolio de los medios de comunicación y también las restricciones que sin ser estrictamente necesarias impidan el acceso de más participantes al uso del espacio electromagnético utilizado para la televisión. La participación de un mayor número de personas en la explotación del espacio electromagnético es entendida por la Constitución como presupuesto de pluralidad informativa y competencia y, por ende, como un bien público deseable y tutelable. Para la Sala es importante tener en cuenta que la libertad de expresión y de fundar medios masivos de comunicación y por ende la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético en condiciones de igualdad, así como el deber del Estado de garantizar competencia en ese sector, sobrepasan los simples intereses individuales de sus titulares, en tanto que su ejercicio tiene relación directa con el derecho de todas las personas a ser informadas y a serlo de manera veraz y de diferentes y variadas fuentes informativas. (...) Por tanto, en la interpretación de la ley se habrá de tener en cuenta que la Constitución proscribe la concentración de los medios de comunicación y el monopolio en el uso del espacio electromagnético. Así: (i) será más concordante con la Constitución, aquélla hermenéutica que antes que obstruir o impedir las garantías de acceso, competencia y pluralismo en la explotación del espacio electromagnético, faciliten su concreción; y (ii) será igualmente más plausible constitucionalmente aquél entendimiento que permita la presencia de una mayor número de participantes en los procedimientos de adjudicación del espacio electromagnético, como expresión de competencia y acceso “en igualdad de oportunidades”, así como de los principios de transparencia y objetividad. Y definitivamente, (iii) no será admisible aquélla aplicación de la ley que facilite la concentración de los medios de comunicación o permita que éstos puedan llevar a cabo prácticas monopolísticas. (...) Además de lo anterior, no puede pasarse por alto que para el logro de esos fines, los artículos 76 y 77 de la Constitución le otorgan autonomía, dentro del marco de la ley, al organismo estatal que tiene a su cargo la gestión, la política y la intervención del espacio electromagnético utilizado para la televisión. Se busca liberarlo de interferencias que afecten el cumplimiento de los cometidos constitucionales y legales que le han sido asignados. (...) Los servicios públicos, dice la Constitución, son inherentes a la finalidad del Estado, lo que en materia de televisión es claramente entendible conforme a lo ya señalado, por el impacto que ella tiene en la formación de opinión, la educación, la cultura, la divulgación de información, etc.”

b) Niveles de televisión y alternativas de participación de los particulares como concesionarios de la prestación de ése servicio

“Concordante con lo anterior, el artículo 24 de la Ley 335 de 1996 modifica el artículo 22 de la Ley 182 de 1995, estableciendo la nueva clasificación de la televisión en razón de su cubrimiento territorial (se subraya):

a) Televisión nacional de operación pública. Se refiere a las señales de televisión operadas por Inravisión o el ente público pertinente, autorizadas para cubrir todo el territorio nacional.

b) Televisión nacional de operación privada. Es aquella autorizada como alternativa privada y abierta al público para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional.

c) Televisión regional. Es el servicio de televisión que cubre un área geográfica determinada, formada por el territorio del Distrito Capital o inferior al territorio nacional sin ser local;

d) Televisión local. Es el servicio de televisión prestado en un área geográfica continua, siempre y cuando ésta no supere el ámbito del mismo Municipio o Distrito, área Metropolitana, o Asociación de Municipios.

e) Televisión comunitaria sin ánimo de lucro.”

Se eliminó entonces la llamada televisión “zonal” y a cambio se creó la “televisión nacional de operación privada”; en consonancia se dispuso que para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, “cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión *“Canal Zonal o Canales Zonales”*, entiéndase que se trata de *“Canales Nacionales de Operación Privada”* y “cuando la ley se refiera a canales nacionales, deberá entenderse que se trata de los Canales Nacionales de Operación Pública, esto es, los que están constituidos por los concesionarios de espacios de televisión” (art.23 de la Ley 335 de 1996).

(...)

En esta nueva estructura, que es la vigente actualmente, la Sala observa, en lo que importa a esta consulta, que los particulares tienen la opción de participar como concesionarios del servicio de televisión de tres maneras principales: (i) como concesionarios de todo un canal de televisión abierta nacional de operación privada (que es la nueva opción que trae la Ley 335 de 1996); (ii) como concesionarios, solamente, de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública (que de acuerdo con el art. 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por la Ley 335 de 1996, tendrá como límite el 25% del total de horas dado en concesión en la respectiva cadena); y (iii) como concesionarios de canales locales de televisión privada. De esa forma, la Ley 335 de 1996 creó una posibilidad que antes no existía, en el sentido de permitir que los particulares, con las responsabilidades sociales que ello implica, operen directamente canales nacionales de televisión abierta y no solamente canales de cobertura local o espacios de televisión en canales públicos, los cuales evidentemente tienen un acceso de menor entidad al espacio electromagnético al constituir ámbitos de cobertura espacial y temporal mucho más restringidos. (...) En ese nuevo orden, el máximo alcanzable por un particular es la concesión de un canal nacional de operación privada, lo cual exigirá mayor capacidad económica, técnica, de inversión, logística y de experiencia respecto de la requerida para operar en los niveles inferiores de la televisión.”

NOTA DE RELATORÍA: El concepto contiene, además, un análisis de la estructura y clasificación de la televisión y de las alternativas de participación de los particulares en vigencia de la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, sin las modificaciones introducidas por la Ley 335 de 1996.

c) Prohibiciones y limitaciones de los particulares para ser concesionarios de televisión

“En la Ley 182 de 1995, modificada por la Ley 335 de 1996, se encuentran varias prohibiciones a partir de las cuales se eleva la presente consulta. (...) En su orden, se observa lo siguiente respecto de las 5 prohibiciones subrayadas: 1) En la primera se hace incompatible la condición de socio en un Canal Nacional de operación privada con las de (i) concesionario en los Canales Nacionales de operación pública; (ii) operador contratista de los Canales Regionales; (iii) operador o contratista de estaciones locales de televisión. Como se observa esta prohibición recae en los “socios” de los canales nacionales de operación privada y cubre todos los niveles de la televisión. 2) En la segunda, se contraponen la condición de concesionario en los Canales nacionales de operación privada y de beneficiario real de la inversión con las de: (i) concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular y (ii) participante directo o como beneficiario real de la inversión en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular. En el inciso anterior la restricción recaía sobre los socios y en este caso sobre el concesionario y cualquier beneficiario real de la inversión, lo que amplía el ámbito de cobertura de la prohibición. 3) En la tercera restricción, única en que se utiliza la palabra “adjudicatario”, se prohíbe que alguien pueda llegar a serlo dos veces dentro del nivel territorial que le ha sido asignado. Como a partir de la Ley 335 de 1996, los “niveles territoriales” de televisión son el nacional (de operación pública y privada), el regional, el local y el comunitario, esta prohibición de tipo horizontal impide entonces que una persona pueda ser al mismo tiempo “adjudicatario” de dos concesiones nacionales o regionales o locales o comunitarias, respectivamente. (...) 4) En el cuarto caso, se contraponen la calidad de concesionario de espacio de televisión en una cadena, con la de concesionario de espacios en otra cadena. Se refiere a concesionarios de espacios de televisión en los canales

públicos, pues en los canales privados nacionales no existe esa figura de “concesionarios de espacios”. Se trata así de la misma regla contenida en la Ley 14 de 1991 sobre imposibilidad de recibir concesiones en dos cadenas de televisión distintas. Como se observa, tampoco sería el objeto del caso consultado. 5) En quinto y último lugar se establecen los límites máximos y mínimos de horas que pueden ser adjudicados a los concesionarios de espacios de televisión, lo cual se refiere también a una hipótesis distinta a la consultada.”

d) Prohibición legal general de coexistencia o simultaneidad de concesiones de televisión. Renuncia a la concesión vigente como presupuesto para ser concesionario de otra. El caso de los concesionarios actuales de televisión local, de cara al proceso de adjudicación de un tercer canal nacional privado

“El legislador busca que ninguna persona directa o indirectamente (beneficiarios reales de la inversión) tenga más de una concesión de televisión; ni en el mismo nivel territorial ni en diferentes niveles; ni como concesionario, operador, contratista, prestador o bajo cualquier otra denominación que signifique simultaneidad en la explotación del espacio electromagnético destinado a la televisión. Por tanto, opera tanto vertical como horizontalmente. (...) En la medida que se impide que una misma persona sea titular de varias concesiones de televisión, se garantizan mayores oportunidades de pluralismo informativo, se evita la concentración de los medios y se profundiza la competencia. Es claro que en materia de televisión, no todos los interesados podrán tener acceso al espacio electromagnético por la naturaleza limitada de este bien; pero el Estado tiene el deber de asegurar que el mayor número de personas posibles participen de él en condiciones de igualdad y hagan efectivo su derecho fundamental a informar y fundar medios masivos de comunicación. Para ello, el legislador ha previsto entonces, como se observa de las prohibiciones transcritas, que la obtención de una concesión, en cualquier nivel de la televisión, impida detentar simultáneamente otro título de explotación igual o equivalente. (...) Luego es claro que un concesionario de un canal local no podrá serlo simultáneamente de uno nacional y viceversa, ni que un concesionario de espacios de televisión podrá serlo a su vez de cualquiera de dichos canales. La coexistencia o simultaneidad de concesiones no es permitida en la ley, pues ésta entiende que por esa vía se acapara el uso del espacio electromagnético, se producen fenómenos de concentración de la información y se pone en riesgo el pluralismo informativo y la participación, que son fundamentos de una sociedad democrática. La Sala concluye entonces que sobre esa regla de interdicción de acumulación de concesiones, no puede existir ninguna duda interpretativa.

(...)

La Sala observa que esta norma (Ley 335 de 1996, artículo 17) contiene 2 tipos de renuncia: (i) una facultativa y general (segundo inciso), que en principio no tiene mayores restricciones, pero que como se verá enseguida, supone que el concesionario debe saldar sus obligaciones con el Estado, no puede repetir lo pagado por la concesión y está obligado a indemnizar perjuicios que cause con su decisión a la CNTV; (ii) una obligatoria (parágrafo transitorio) que en todo caso supone todo lo anterior y se da cuando los concesionarios de espacios resultan adjudicatarios de canales nacionales de operación privada “con el objeto de evitar que pueda operar simultáneamente dos concesiones”. Esta última previsión es bastante ilustrativa, en el sentido que en el contexto de la Ley 335 de 1996, la renuncia permite articular la prohibición de tener dos concesiones (art.13) con la posibilidad de un concesionario con contrato vigente de participar en el proceso de adjudicación de los canales nacionales de operación privada (art.17). La renuncia a la concesión vigente, obligatoria en esos casos, evita, según la ley que se operen “simultáneamente dos concesiones”. Al revisar los antecedentes de la Ley 335 de 1996 la Sala encuentra que era entendido que la adjudicación de los canales privados de televisión podría recaer en quienes ya tenían concesiones de televisión (no necesariamente se pensaba en nuevos operadores), quienes serían los primeros interesados en participar en su proceso de adjudicación; pero ello no se concebía como una forma de concentrar los medios de comunicación -pues el mismo proyecto de ley prohibía tener dos concesiones simultáneas, art.13-, sino de liberar los espacios que dejarían los concesionarios de espacios de

televisión en los canales públicos, los cuales deberían salir a licitación inmediatamente, tal como quedó consagrado en la norma transcrita. (...) la exigencia legal de que la prestación del servicio se encuentre repartida entre varios operadores públicos y privados y tenga diferentes ámbitos de cobertura y medios de transmisión, hace que la retirada de un sólo concesionario no tenga por efecto la suspensión o discontinuidad del servicio, como podría ocurrir en otros servicios públicos estructurados bajo el esquema de afiliación y prestación individual y particularizada: agua, luz, aseo, salud etc.; eventualmente producirá la reducción parcial de las opciones de programación, que en todo caso sería temporal por la obligación del Estado de abrir inmediatamente una nueva licitación para la concesión de la frecuencia que se devuelve. Y, si en el supuesto que se analiza, se trata de un concesionario que renuncia a una concesión local o de espacios de televisión para tomar una concesión de un canal abierto a nivel nacional, donde cualquier persona puede ser receptor de la señal, es claro que por esa vía se amplía la cobertura del servicio (no se disminuye) y se compensan de alguna manera los efectos negativos que pudieran existir para el usuario.

(...)

El entendimiento que se deriva de lo que se ha expuesto por la Sala es claro: en la medida que el eventual adjudicatario se obligue por su propia voluntad, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 17 de la Ley 335 de 1996, ampliado por la Ley 680 de 2001, a devolver la concesión de la cual es titular como requisito previo a la firma de la nueva concesión del tercer canal, las prohibiciones legales contenidas en los artículos 22, 37 y 56 de la Ley 182 de 1995 habrán cumplido su propósito; no habría entonces ningún fenómeno de concentración informativa o de acaparamiento del espacio electromagnético, pues a la vez que se accede a una concesión se renuncia a la otra sin que en ningún momento coexistan las dos. En ese sentido, la renuncia cumple una función articuladora entre las expectativas legítimas de los canales locales y de los concesionarios de espacios de televisión de acceder a un estadio de prestación del servicio mayor al que detentan actualmente y la prohibición expresa de ejercer simultáneamente más de una concesión de televisión. Para la Sala la estructura actual de la televisión lleva implícita cierta lógica de progreso o de avance que favorece al propio Estado en su función de garante de la debida asignación del espacio electromagnético. No parece contrario al método de distribución territorial y de organización de la ley, que quien empieza en la televisión como concesionario de un espacio de televisión o de un canal local, pueda aspirar posteriormente a ser concesionario de un canal nacional y que en tal caso, el Estado pueda evaluar la experiencia y capacidad lograda en esos niveles menores de prestación del servicio. No parece tampoco en esa lógica organizacional, que la ley haya reservado el ingreso al nivel máximo de explotación del espacio electromagnético únicamente a nuevos prestadores del servicio y que haya excluido de la competencia por la asignación de los canales nacionales de operación abierta a quienes han acumulado experiencia y capacidad en niveles menores de operación del servicio. (...) Cabe decir que la participación en el proceso de contratación del tercer canal no garantiza ni supone su adjudicación, lo cual constituye un hecho eventual que depende, como se verá en la segunda parte de esta consulta, de que se haga el mejor ofrecimiento, conforme a los parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones; por tanto, resultaría desproporcionado y no guardaría relación con los fines de la prohibición, exigir que la renuncia a la concesión que se detenta sea previa al inicio del proceso contractual cuando lo único que tienen sus participantes es una expectativa que depende de muchas y diversas eventualidades; nada ganaría el Estado con esa exigencia previa y tampoco le aportaría más objetividad o transparencia al proceso de selección, y sí se sacrificarían innecesariamente los derechos de explotación del espacio electromagnético de los concesionarios con contratos vigentes. Por lo dicho, el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por la Ley 335 de 1996, no contiene realmente una inhabilidad o causal de inelegibilidad para contratar. (...) Así las cosas, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión o socios de los canales locales podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

e) El contrato de concesión es la única figura jurídica para otorgar la prestación del servicio de televisión a particulares y la licitación pública es la forma obligatoria de selección del concesionario. Posibilidad legal de utilizar la subasta en la licitación del contrato de concesión de televisión

“La segunda parte de la Consulta se refiere la necesidad de que la adjudicación del tercer canal nacional de televisión abierta sea hecha por subasta. El artículo 33 de la Ley 80 de 1993 establece que “los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”. En ese sentido, el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 establece que la operación y explotación del servicio público de televisión y el uso del espacio electromagnético atinente a dicho servicio, requiere de una concesión estatal, esto es, de un título habilitante previo del Estado, cuya asignación corresponde a la Comisión Nacional de Televisión. Para esa asignación, la misma Ley 182 de 1995 ordena utilizar la licitación pública, como mecanismo de selección objetiva por antonomasia. Entendió el legislador que la licitación pública garantiza al máximo tanto la objetividad, publicidad y transparencia de la selección de los concesionarios del servicio de televisión nacional privada, como la igualdad de los proponentes, frente a la expectativa legítima de acceder al uso del espacio electromagnético. Ahora bien, sobre los criterios de selección de las licitaciones de canales nacionales de operación privada, la Ley 182 de 1995 excluyó expresamente el mecanismo de subasta. Lo anterior refleja, a juicio de la Sala, la intención clara del Constituyente de que la concesión del servicio público de televisión no sea hecha exclusivamente con criterio económico, sacrificando la calidad de la televisión y el acceso democrático al espacio electromagnético en favor de la obtención de mayores recursos para el Estado. Lo anterior no quiere decir en todo caso que el precio no sea un factor importante y evaluable dentro de la licitación (aunque no por subasta hasta la Ley 182 de 1995), pues la misma ley establece que la asignación del espacio electromagnético da lugar a una serie de derechos, tasas y tarifas a favor del Estado. Se pregunta entonces, ¿en qué cambió este claro esquema de regulación -que comprende licitación pública, exclusión absoluta de subasta y factores objetivos de escogencia adicionales al precio-, con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009? (...) Visto lo anterior, la confrontación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 con lo que dispone la Ley 182 de 1995 respecto al procedimiento y criterios que deben usarse para adjudicar el servicio de televisión, lleva a la Sala a las siguientes conclusiones: El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no eliminó la licitación pública como regla general de selección de los adjudicatarios de canales nacionales de televisión privada. Todas las modalidades de contratación (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa) son mecanismos de “selección objetiva”, es decir, obligan a que la escogencia del contratista esté separada de cualquier elemento subjetivo, de afecto o preferencia. Por tanto, en el caso concreto de la televisión, la Sala encuentra lo siguiente: por una parte, la ley le ordena a la Comisión Nacional de Televisión tener en cuenta diversos criterios de adjudicación que garanticen la idoneidad de la propuesta del licitante y que éste estará en capacidad de cumplir los fines del servicio de televisión; de otra, existe una autorización general para que se evalúe el uso de la subasta en la asignación del espacio electromagnético. Dados los fines del servicio público de televisión suficientemente expuestos a lo largo de este concepto, sin perjuicio de que se estudien mecanismos que permitan maximizar los recursos que recibirá el Estado, la Sala considera que en lo que hace relación concreta con la asignación de un tercer canal nacional de televisión abierta, el precio no puede ser el único criterio de adjudicación aplicable, no sólo porque la ley obliga a tener en cuenta otros parámetros, sino porque ello significaría, en contravía de claros mandatos constitucionales, que el uso del espacio electromagnético destinado a la televisión estuviera determinado exclusivamente por el poder económico del licitante y no por lo que su propuesta pueda significar para el servicio de televisión. En consecuencia, el uso de la subasta sólo podría hacerse, de considerarse conveniente a juicio de la Comisión Nacional de Televisión y dentro de la autonomía y margen de apreciación que le concede la Constitución y la ley, una vez estuvieran satisfechas las necesidades relacionadas con la verificación de las condiciones técnicas, profesionales y de idoneidad de los eventuales concesionarios. Sin embargo, esa decisión es exclusiva de la Comisión Nacional de Televisión dentro del margen de apreciación que le permite la ley y de

acuerdo con la ponderación que haga de los diferentes intereses generales que puedan entrar en conflicto. Esa valoración no corresponde a esta Sala.”

Concepto 1966 de 5 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00049-00. M.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO 580 DE 14 DE OCTUBRE DE 2009.

*Consejero Enrique José Arboleda con impedimento aceptado

NOTICIAS DESTACADAS

**FALLECIÓ LA DOCTORA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN,
MAGISTRADA DE LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO
DE ESTADO**

Esta destacada Abogada de la Universidad Javeriana, especializada en Ciencias Socioeconómicas y en derecho Constitucional de la misma Universidad, nació en Calarcá Quindío, un 2 de abril de 1954.

Su primer trabajo lo obtuvo en Sutamarchán, Boyacá, donde fue Juez Promiscuo Municipal; en este cargo dio los primeros pasos de lo que sería su exitosa carrera.

Posteriormente, incluso antes de haberse graduado, trabajó como Asistente de la Delegación Regional del Ministerio de Educación Nacional, donde siempre se destacó por su inteligencia y empeño.

En 1982, año en el que se graduó como Abogada, entró a trabajar como asesora de la Superintendencia Bancaria, donde recibió múltiples méritos por su trabajo dedicado y entregado. En 1984 fue Subdirectora Administrativa de la Caja Nacional de Previsión Social, donde estuvo 2 años. Luego ejerció su profesión de manera independiente por más de 10 años.

Fue hasta 1994 que ingresó al Consejo de Estado como Magistrada Auxiliar de la Sección Segunda, con la Doctora Dolly Pedraza de Arenas, quien al igual que los demás magistrados, siempre reconoció en ella una calidad humana única y un gran espíritu de trabajo. Fue por esas cualidades sumadas a muchas otras, que fue elegida como Magistrada de la Sección Primera del Consejo de Estado en marzo de 2006. Desde ahí siempre hizo importantes aportes a la justicia colombiana.

La Doctora Martha Sofía además no sólo brilló en el ámbito profesional, también fue una excelente madre, esposa, hija, hermana, familiar y amiga. Por eso, hoy deja un sentimiento muy profundo de tristeza en los corazones de todos los que la conocieron, pues su personalidad alegre, bondadosa y entregada, siempre la hizo querer.

Dios bendiga y guarde a la Doctora Martha Sofía, que muy seguramente desde arriba cuidará de todos aquellos que hoy lloran su muerte.

CONSEJO EDITORIAL

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT
PLANETA**
Presidente

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Maria Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Alfonso Vargas Rincón
Presidente Sección Segunda
Enrique Gil Botero
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