



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 13
• Sección Primera	13 - 17
• Sección Segunda	17 - 24
• Sección Tercera	25 - 29
• Sección Cuarta	29 - 37
• Sección Quinta	38 - 43
• Sala de Consulta y Servicio Civil	44 - 53
• Noticias Destacadas	54

Noticias destacadas

COMISIÓN DE LA REFORMA AL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SE REUNIÓ EN PAIPA

EDITORIAL

Ante la necesidad de realizar un estudio sobre la situación actual de la Rama Judicial y presentar propuestas y recomendaciones para reestructurar su funcionamiento, se creó la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia, integrada por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, Ex Magistrados, profesores universitarios y profesionales del derecho. En días pasados, la Comisión presentó a consideración del Gobierno y de las Altas Cortes un informe preliminar, para ser discutido con los distintos sectores académicos, sociales y políticos y al interior de las Corporaciones Judiciales, cuyos ejes temáticos se enmarcaron en la autonomía e independencia de la administración de justicia, el acceso a la misma y la descongestión judicial.

Con las observaciones que se formulen, la Comisión entregará el informe definitivo el próximo mes de mayo.

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

SALA PLENA

1. Se niega la solicitud de pérdida de investidura del Senador Manuel Enrique Rosero

a) La recomendación no configura la causal de pérdida de investidura de tráfico de influencias

Precisa la S la que la demanda cuestiona el hecho de que el señor Luis Eduardo Mejía Mejía haya accedido al cargo por recomendación del Congresista demandado, entendiendo que la actuación en tal sentido constituye un tráfico de influencias, sin embargo la Sala Plena de la Corporación ha tenido oportunidad de distinguir entre las recomendaciones y el tráfico de influencias, pues mientras éste último conlleva anteponer la investidura ante cualquier servidor público para que bajo tal influjo realice una conducta que no haría de no ser por la condición de la persona que la solicita, creando en el destinatario de su influencia la decisión de realizar el quehacer solicitado, lo cual se traduce en una especie de constreñimiento, la recomendación “denota una sola actividad que tiene como único fin la presentación de una persona o negocio como adecuado para los intereses de quien recibe la acción, en razón al conocimiento personal o político que de ella tiene el congresista”:

es decir, la recomendación resulta benéfica tanto para el recomendado como para el destinatario de la recomendación, a lo cual cabe agregar que la recomendación no implica necesariamente la concreción del vínculo ni que el Congresista anteponga su investidura para hacerlo, en la medida en que el destinatario de la acción se halla en libertad de acoger o no la sugerencia, mientras que en el tráfico de influencias el servidor público se halla coaccionado o compelido a realizar una conducta por influjo del congresista que invoca tal condición para obtener beneficio del servidor público en relación con uno o varios asuntos sometidos a su consideración que de no ser por tal apremio el servidor público no lo haría, a lo cual se suma que el tráfico lleva implícito además del concepto de gestión el de “negociación” ha sostenido la Sala Plena. Según el actor, la violación del régimen de incompatibilidades se produjo porque el Congresista incurrió en la prohibición contenida en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política “Gestionar en nombre propio o ajeno, asuntos ante entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderado ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno...”, para lo cual adujo los mismos supuestos de hecho invocados para fundamentar la causal primera. En relación con la gestión de asuntos que prohíbe el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política que se encuentra prevista igualmente en el artículo 282 de la ley 5 de 1992, la Sala ha sostenido en forma reiterada que comporta una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, frente a una entidad pública o un sujeto cualificado, encaminada a obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, por supuesto ajenas a la colectividad que representa, independientemente del resultado o la respuesta que reciba. Asimismo ha precisado la Sala que la prohibición contempla tres situaciones específicas: La gestión de asuntos, en forma directa o por interpuesta persona, ante entidades públicas o personas que administren tributos. La que consiste en apoderar ante las mismas; y, La concerniente a la celebración de contratos, en forma directa o indirecta, con los mismos sujetos. En el asunto sub lite, no se advierte la configuración de la causal, pues como se dijo anteriormente ninguno de los supuesto de hecho que pretende el actor subsumir en las causales de pérdida de investidura se encuentra debidamente acreditado, es decir, el actor no acreditó que el Congresista demandado hubiera adelantado diligencias ante el Instituto Nacional de Salud con la finalidad de obtener resultado alguno y, en tales condiciones, resulta inocuo analizar uno a uno los supuestos hipotéticos y las excepciones que se predicen respecto de la causal endilgada.

b) El reportaje periodístico no es prueba del tráfico de influencias

El artículo periodístico no puede acreditar más allá de su simple existencia, es decir, el alcance de tal documento como medio de prueba no va más allá de brindar convicción sobre el hecho de que la publicación efectivamente se produjo en la fecha consignada y de que la información se publicó, mas no puede dar certeza de las declaraciones allí contenidas, porque las expresiones relacionadas al interior del artículo y con las cuales se pretende endilgar el cargo al demandado, no provienen de su autor o del conocimiento directo que éste pudiera tener respecto de los hechos allí consignados. El documento carece por completo de eficacia probatoria para acreditar los supuestos de hecho de la demanda, pues simplemente narra las declaraciones que el comunicador recibió sobre unos hechos determinados, según la nota, de personas que son terceros ajenos al proceso y del demandado, pero que aún así carece de la connotación propia de los documentos de contenido testimonial o de confesión por la ausencia de los requisitos esenciales para que puedan tener mérito en tal sentido, en la medida en que el autor del escrito no sólo se desconoce, sino que no coincide con las personas que según lo dicho, realizaron las manifestaciones que se consignan en el texto, a lo cual se agrega que las personas que presuntamente vertieron las declaraciones no suscribieron el documento y, por consiguiente, no podría éste ser objeto de reconocimiento a términos del artículo 272 del C. de P.C., o de ratificación a términos del artículo 277 del C. de P.C.

[Sentencia de 6 de abril de 2010. Exp. 11001-03-15-000-2009-00639-01\(PI\). M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.](#)

* Aclaración de voto de la doctora María Nohemí Hernández

2. a) Alcance del conflicto de intereses de índole económico y moral

El conflicto de intereses que originaría un impedimento se puede presentar por razones de índole moral o económico, conforme lo dice el artículo 182 de la Constitución Política y los artículos 268, numeral 6°, y 286 de la Ley 5ª de 1992. El conflicto de intereses de índole económico tiene un perfil mucho más claro habida cuenta de que los artículos 287 y 288 de la Ley 5ª de 1992 prescriben el deber de registrar los intereses privados y la participación accionaria que tenga el respectivo congresista, todo para que haya transparencia respecto de la vida económica del congresista frente al interés público que se debate en el Congreso y de cara al pueblo. El conflicto de intereses de índole moral, en cambio, no aparece nítidamente definido ni tiene un perfil claro en las normas constitucionales y legales, como sí ocurre con el conflicto de intereses de índole económico, lo que no significa que no exista o que no pueda presentarse. Es más, no se descarta que una determinada situación fáctica derive simultáneamente tanto en un conflicto económico como en un conflicto de tipo moral. Por un lado, es totalmente admisible que el congresista, como cualquier ciudadano, ejerza o haya ejercido derechos fundamentales y de ahí que tenga intereses privados que deba cuidar. Por otro lado, la Constitución le ordena que como congresista vote en pos del bien común y la justicia, vale decir, en pos del interés general. En esa dinámica es factible el enfrentamiento de intereses que debe evitarse, tal como se explicó. Como no resulta conforme con los paradigmas de la ética pública que en un momento dado se superpongan esos intereses, la Constitución castiga el hecho de que el congresista omita denunciar la existencia del conflicto de intereses, cuestión que queda en evidencia cuando justamente el congresista vota, participa en un debate o en una decisión trascendental estando de por medio intereses personales de tipo económico o moral francamente incompatibles con el interés público relacionado con esa votación, ese debate o esa decisión.

b) Se configura la pérdida de investidura por conflicto de intereses si se comprueba fehacientemente que pese al Congresista tener interés directo, actual y real, intervino en el debate, votación o decisión

El artículo 185 consagra la inmunidad del voto del congresista para favorecer la participación y el cumplimiento efectivo de la misión que le corresponde a ese servidor público, al paso que el artículo 182, de modo general, prescribe los llamados conflictos de intereses de los congresistas que los inhiben de intervenir en las deliberaciones y debates pero que delega a la ley las regulaciones específicas sobre esos conflictos. De ahí que la Sala crea que ambas normas deben aplicarse de forma ponderada de modo que la tensión entre esas disposiciones se resuelva razonablemente en favor de la participación del congresista en las funciones propias del Congreso y no en favor de su abstención, preferiblemente. Por esas razones, habría lugar a la imposición de la sanción de pérdida de investidura cuando se compruebe fehacientemente que pese a tener el congresista un auténtico conflicto de intereses frente a un específico asunto y no obstante estar conciente de dicha circunstancia, interviene en el debate o vota o decide el asunto sometido a su conocimiento. El conflicto de intereses como eventual causa para imponer la sanción de pérdida de investidura se convierte en una figura que limita de una forma fuerte las libertades de voto y expresión que la propia Constitución consagra a favor de los congresistas y de ahí la importancia de que la imposición de la sanción sólo resulte legítima cuando haya total evidencia de la existencia de conflicto de intereses que el congresista no quiso evitar.

c) Se niega pérdida de investidura del Senador Habib Merheg Marún por no haber incurrido en conflicto de intereses en la elección del Procurador General de la Nación

De las pruebas del proceso, la Sala, se reitera, tiene la convicción de que el señor Habib Merheg Marún, sin duda, participó y votó en la elección del Procurador General de la Nación, acto celebrado el 11 de diciembre de 2008 y que no se declaró impedido. No se declaró impedido, según lo ha expuesto el demandado por boca de su apoderado, por estimar no estarlo teniendo en cuenta criterios extraídos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de que el propio Congreso de la República había denegado el impedimento a varios colegas en situaciones similares previas y aún

para la propia elección celebrada ese 11 de diciembre de 2008. Sin embargo, es evidente que no se está frente a un caso de conflicto de intereses de naturaleza económica puesto que la acusación lanzada por el demandante en contra de la investidura del demandado no tiene relación con intereses de índole económico o algo parecido del Senador Habib Merheg Marún que hubieran chocado contra el interés público inmerso en el proceso de elección del Procurador General de la Nación. La acusación plantea más bien la posibilidad de que haya habido un caso de conflicto de intereses de naturaleza moral o ético. En ese orden, se anticipa que no encuentra la Sala elementos de juicio para deducir que el señor Habib Merheg Marún merezca la pérdida de investidura por los hechos que denuncia el demandante, esto es, que sea responsable de haber incurrido en conflicto de intereses por los hechos ya varias veces expuestos. En relación con el aparente conflicto de interés suscitado con ocasión de la elección o nombramiento de funcionarios, esta Corporación ha expresado que “(...) para que se configurara dicha causal el actor debió probar con medios idóneos, y no con simples especulaciones y presunciones, que la elección de dicho funcionario le reportaría un beneficio directo a aquél o a sus familiares más próximos”. En la función constitucional de escoger al candidato de la terna formada para el destino público de Procurador General de la Nación va envuelto el interés general de escoger al mejor aspirante para así asegurar un correcto y adecuado funcionamiento de ese órgano de control. Como el Procurador General de la Nación representa al Ministerio Público, que es una expresión democrática de los controles jurídicos que puede instituir el constituyente sobre cualquiera de las actividades del Estado y de la misma sociedad, no hay duda de que en el proceso de elección de este alto funcionario están involucrados intereses que le competen a toda la nación. Ahora bien, a cada senador, en particular, atendiendo el deber de decidir siempre en pos del bien común, le corresponde escoger a quien en su fuero interno estime como el mejor candidato para ocupar ese cargo. De ese modo, resulta que los intereses involucrados en esa función no coliden, no se enfrentan. Aún si pesaran sobre los senadores ciertas investigaciones disciplinarias a cargo del órgano, no por esa sola circunstancia estarían impedidos o inhabilitados para elegir al Procurador puesto que este funcionario no resulta ser un agente subordinado ni del Senado ni de cada senador en particular. Así lo ha visto el Congreso al no aceptar los impedimentos de los congresistas que han querido apartarse del proceso de designación de Procurador General de la Nación por tener ellos investigaciones disciplinarias pendientes. De estar probado que entre el Congresista elector y el candidato a Procurador General de la Nación o a cualquier otra dignidad que le corresponda elegir al Congreso existió una suerte de compromiso o negocio o acuerdo como condición para obtener determinada conducta del congresista en el proceso de elección, surgiría claramente un evidente conflicto de intereses que tendría que ser reprimido con la pérdida de investidura. Así que la Sala cree que la decisión de elegir Procurador General de la Nación sí es una decisión trascendental en los términos del artículo 291 de la Ley 5 de 1992 pero eso no significa que surja necesariamente un conflicto de intereses si un miembro del Senado viene siendo objeto de investigación por parte de la Procuraduría y esa corporación se dispone a elegir a quien ha de dirigir en adelante los destinos de ese organismo. El conflicto de intereses no se da si se tiene en cuenta que el proceso disciplinario tiene su propia dinámica e independientemente de la condición personal del funcionario que deba adelantarlo, es la ley la que señala el conjunto de presupuestos necesarios tanto para dictar una providencia favorable o desfavorable al encartado. Y, para mantener la imparcialidad y la transparencia de ese procedimiento, es al agente que adelanta el procedimiento contra un determinado sujeto disciplinario al que le corresponde evaluar si existirían causales de impedimento que le impidieran adelantar o continuar a cargo del respectivo proceso disciplinario. Tendría que estar probado, para que surja el conflicto de intereses, que el congresista efectivamente tuvo la necesidad de defender cierta ventaja, cierto beneficio, cierto ánimo, concreto y actual, al momento de intervenir y votar por uno cualquiera de los miembros de la terna. En este caso y según la acusación, tendría que ser una ventaja o un beneficio o un ánimo o inclinación hacia alguna cuestión relacionada con la investigación preliminar que había abierto la Procuraduría en contra de Habib Merheg Marún, cuestión que no tiene sustento probatorio de ninguna clase.

d) La falta de declaración de impedimento constituye una falta disciplinaria más no configura causal de pérdida de investidura sino se viola el régimen del conflicto de intereses

Es deber del Congresista poner en conocimiento de la Corporación los hechos de donde él deduzca u observe que podría surgir un conflicto de intereses, tal como lo prescribe el artículo 291 de la Ley 5 de 1992, independientemente de que el órgano competente decida si existe o no ese conflicto. El incumplimiento de ese deber puede ser una falta disciplinaria sancionable en los términos del CUD, cuyo artículo 48 - 46 tipifica específicamente como falta el hecho de que un servidor público no declare un impedimento debiéndolo. Empero, de las circunstancias particulares del caso, el servidor público debe razonablemente deducir la eventual existencia de ese conflicto de intereses y así declararlo. El artículo 181 de la Constitución Política no sanciona con pérdida de investidura el hecho de que un congresista no cumpla el deber de declararse impedido debiéndolo, sino el hecho de que vote una decisión estando incurso efectivamente en un conflicto de intereses. Para que pueda deducirse la responsabilidad jurídica disciplinaria que implique la máxima sanción, esto es, la pérdida de investidura, es necesario que en la sentencia se pueda establecer que ocurrió la violación del régimen del conflicto de intereses en cuanto que el Congresista votó anteponiendo intereses personales a los intereses públicos y no solamente que el Congresista no se haya declarado impedido.

[Sentencia de 23 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2009-00198-00\(PI\), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

*Con salvamento de voto de los doctores: Gerardo Arenas Monsalve, Susana Buitrago Valencia, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Mauricio Torres Cuervo, Alfonso Vargas Rincón, Marco Antonio Velilla Moreno, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernando Yepes Arcila

*Con aclaración de voto de los doctores: Ruth Stella Correa Palacio, Enrique Gil Botero, Gustavo Quintero Navas

3. a) En recurso extraordinario de súplica, no prosperan las causales de aplicación indebida e interpretación errónea de las normas que rigen la cancelación del registro de publicidad exterior visual en Bogotá

El 13 de julio de 2000, se expidió el Acuerdo 12 que en los artículos 8° y 9° modificó los artículos 30 y 31 del Acuerdo 1° de 1998, respectivamente, de la siguiente forma: 1°. La competencia para cancelar los Registros de Publicidad, ya no es de reserva exclusiva de la administración como ocurría en el Acuerdo 01 de 1998, sino que se confirió parte de ella a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 2°. Corresponde de oficio a la administración conocer de la remoción o modificación de la publicidad exterior visual y la cancelación de los Registros Publicitarios, cuando las vallas estén instaladas en sitios prohibidos o en condiciones no autorizadas. De manera que cuando la publicidad se lleve a cabo en sitios permitidos y en condiciones autorizadas, compete a los órganos jurisdiccionales competentes conocer si se cancela o no el registro. 3°. En cuanto a las causales que de no informarse a la administración dan lugar a la cancelación del Registro, el artículo 8° del Acuerdo 12 de 2000 excluyó la del literal (d) conservando las previstas en los literales (a), (b) y (c) del artículo 30 del Acuerdo 1° de 1998. Descendiendo al caso en examen, la Sala encuentra que el fallo suplicado interpretó correctamente la norma y la aplicó debidamente y en el sentido indicado respecto de los presupuestos de hecho de la acción incoada. En efecto, la sentencia del *ad quem* señaló que el DAMA no había perdido competencia para cancelar oficiosamente el Registro de Publicidad de la actora, por cuanto la causal (b) del artículo 30 del Acuerdo 1° de 1998 referida a la: "Identificación del anunciante, NIT y demás datos para su colocación" con fundamento en la cual se canceló el mentado Registro se mantuvo incólume en el artículo 8° del Acuerdo 12 de 2000. Además, la recurrente no se encontraba en los supuestos del artículo 9° del Acuerdo No. 12 de 2000 para que la cancelación del Registro Publicitario fuera de conocimiento exclusivo de la Jurisdicción Contenciosa, pues se probó en su momento, que tenía publicidad *en condiciones no autorizadas* debido a la falta de actualización de la "Identificación del anunciante, NIT y demás datos para su colocación" que consagran tanto el artículo 30 del Acuerdo 01 de 1998 como el artículo 8° del Acuerdo 12 de 2000 y que constituyen causal para proceder a la cancelación del Registro Publicitario

a la luz tanto del artículo 31 del Acuerdo 01 de 1998 como el artículo 9º del Acuerdo 12 de 2000. La interpretación de la sentencia recurrida al considerar que la remisión señalada en la norma *ibidem* es al inciso 2º cuando acorde a las propias explicaciones de dicho proveído el alcance de dicha remisión comprende el inciso 1º, no afecta el contenido de la decisión al punto de entenderse subsumida en la causal de aplicación indebida. El aspecto determinante es que a la administración le corresponde acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en aras de obtener la cancelación cuando la publicidad visual exterior se encuentre registrada, siempre que no se encuentre expuesta en sitios prohibidos por la ley o en condiciones no autorizadas por el Acuerdo No. 12 de 2000, vale decir por razones de conveniencia pública, toda vez que es del resorte de la administración valorar razones de interés general. Tampoco encuentra la Sala configurada la violación directa por inaplicación del inciso 4º del artículo 9º del Acuerdo 12 de 2000, porque tal y como lo determinó la sentencia suplicada, el competente para adelantar el procedimiento administrativo que culminó con la cancelación del registro, era el DAMA acorde con la norma vigente para el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos que finalmente conllevaron a la cancelación del registro. El cargo no prospera.

b) Los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil son normas de carácter procesal y, por tanto, no son objeto del recurso extraordinario de súplica

Con relación a los artículos 304 y 305 del C. P. C., es necesario que la Sala realice las siguientes precisiones: Es presupuesto del recurso extraordinario de súplica que la norma que se cite como infringida sea de derecho sustancial, entendida como aquella que declara, crea, modifica o extingue derechos obligaciones. Esta norma sustancial está conformada por dos elementos que son, los hechos o supuestos fácticos y la consecuencia o efecto que se deriva de la ocurrencia de estos hechos, por tanto, constituye error formular acusación a través del recurso extraordinario de súplica, con fundamento en normas simplemente definitorias o enunciativas, que se limitan a describir los elementos de un principio de derecho, o una institución jurídica o que apenas hacen enumeraciones. Se ha dicho también que no es posible aceptar como causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de los artículos 304 y 305 del C. de P.C. que se limitan a definir el “contenido de la sentencia” y la “congruencia” que debe existir entre la parte motiva y resolutive de la misma, porque, como ya se dijo y se reitera, éstas son normas que no entrañan el carácter de sustanciales, pues no crean, modifican o extinguen una relación jurídica. Su contenido es meramente definitivo e indicador al juez de cómo se deben emitir las providencias judiciales. Consecuente con lo anterior y como las normas señaladas por el actor como vulneradas, esto es, los artículos 304 y 305 del C. de P.C. que equivalen al artículo 170 de la codificación contenciosa administrativa, no son normas de carácter sustancial, la Sala se abstiene de pronunciarse de fondo respecto del presente cargo.

[Sentencia de 16 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2005-00452-00\(S\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

***Con aclaración de voto de los doctores Gerardo Arenas Monsalve, Myriam Guerrero de Escobar y Alfonso Vargas Rincón**

***Aclaración de voto del Consejero Gerardo Arenas Monsalve**

El carácter de las normas no puede ser determinante para que el juez del recurso extraordinario se sustraiga de su análisis, puesto que hay normas procesales que contienen verdaderas reglas sustanciales cuyo desconocimiento afecta el acceso a la justicia

Considero que el cargo de violación directa por falta de aplicación de los artículos 304 (inc. 1) y 305 del C. de P. C., que la Sala determinó no era procedente analizar, dada la naturaleza procesal de estas normas, puede llegar a generar vulneración de normas de carácter sustancial que harían procedente el análisis de fondo de los argumentos del recurrente en súplica. En efecto, no se discute el carácter procesal de estas normas, pero estimo que dicho carácter no puede ser determinante

para que el juez del recurso extraordinario se sustraiga de su análisis, en la medida en que en garantía de los derechos fundamentales hay normas procesales que no se limitan a rituar un procedimiento sino que contienen verdaderas reglas sustanciales cuyo desconocimiento afecta el acceso a la justicia. Tal es el caso de los precitados artículos 304 y 305 del C. de P. C., cuya inaplicación puede traducirse en la vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Acorde con las preceptivas citadas, esto es, los artículos 304 y 305 del C. de P.C., que equivalen al artículo 170 de la codificación contenciosa administrativa, el juez al desatar la controversia está obligado a analizar los extremos de la litis, pronunciándose sobre los planteamientos de las partes en la demanda, su contestación, y en fin, en el curso de las oportunidades procesales legalmente previstas, sin que sea admisible extralimitarse en sus poderes y decidir con fundamentos no invocados o no deducibles del conjunto de su texto. En efecto, que la sentencia no contenga lo que debe contener, implica una decisión judicial que desconoce el deber de la claridad de los fallos y los elementos de racionalidad, coherencia y corrección formal que deben primar en toda decisión de esta naturaleza.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) No se puede negar el pago de indemnizaciones ordenadas en acción de grupo, pese a haberse vencido el término de 20 días que determina la ley

Le corresponde a la Sala establecer si la entidad accionada vulnera los derechos fundamentales de los accionantes al negarles el pago de la indemnización ordenada en la sentencia de 26 de enero de 2006 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército y Policía Nacional, de los perjuicios sufridos por las personas desplazadas del corregimiento de la Gabarra en el Municipio de Tibú (Norte de Santander), con ocasión de la incursión paramilitar ocurrida el 29 de mayo de 1999. La entidad accionada aduce que la negativa en efectuar el pago de la indemnización a los actores se fundamenta en que la citada providencia ordenó hacerlo a quienes se presentaran dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, lo cual no ocurrió en el presente caso y por lo tanto no le es permitido interpretar las sentencias, sólo acatarlas. Es del caso señalar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-215 de 1993, precisó que la indemnización decretada en virtud de una acción de grupo, no se refiere únicamente al resarcimiento por la violación de derechos individuales, sino que se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración a derechos e intereses colectivos, es decir en beneficio de toda una comunidad afectada. Por ello, no puede perderse el derecho a reclamar dicha indemnización por el hecho de no haberla reclamado el beneficiario dentro del plazo fijado en la ley que resulta irrazonable por su brevedad. Sin embargo, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización, pues subsiste respecto del reclamo del pago de la indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, plazo que cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad acordes con el ordenamiento Superior. Teniendo en cuenta que el asunto que ocupa la atención de la Sala se trata del derecho a reclamar la indemnización reconocida en una sentencia como consecuencia de la vulneración de derechos e intereses colectivos, la interpretación de la Corte Constitucional en la referida sentencia, debe aplicarse en esta oportunidad. Además, considera la Sala, tal como lo señaló el actor en el escrito de impugnación, que resulta inadmisibles que luego de un largo proceso judicial en el que se declara responsable al Estado de un daño ocasionado a un grupo de personas y se ordena la indemnización de perjuicios, deba ahora avalarse la posición de la administración en relación con la prescripción del derecho del beneficiario y declarar que no puede acceder a la indemnización ordenada en la sentencia para compensar los perjuicios ocasionados,

porque transcurridos 20 días desde la publicación de la sentencia en un diario, no se enteró oportunamente de la decisión.

Para la Sala es claro que con la actuación de la entidad accionada se vulneran los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la interpretación favorable de las normas a favor de la población desplazada y al debido proceso y, en consecuencia se procederá a revocar el fallo impugnado que declaró improcedente la acción de tutela instaurada y en su lugar, se ordenará a la accionada que inicie los trámites administrativos necesarios para que, previa la comparecencia de los actores, se verifique su calidad de beneficiarios y efectúe el pago de la indemnización que les corresponde a cada uno de ellos.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-01784-01\(AC\), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

2. a) Las Empresas Prestadoras de Salud deben brindar tratamientos integrales y continuos en caso de enfermedades catastróficas, evitando demoras injustificadas en la prestación del servicio

En el *sub examine*, el actor pretende que se amparen los derechos fundamentales a la vida y a la salud y, en consecuencia, pidió que se ordenara a la EPS-S Humana Vivir que diera el tratamiento integral para su enfermedad catastrófica y que lo cambiara a una IPS más cercana del lugar de su residencia o, en su defecto, suministrara el transporte especializado requerido para efectos de acceder al tratamiento médico. Según el informe que dio la Secretaría Distrital de Bogotá la enfermedad del demandante está incluida en el POS-S y, además, las quimioterapias fueron ordenadas por el médico tratante. De lo anteriormente expuesto, se infiere que al actor se le debe garantizar un tratamiento integral y continuo para atender la enfermedad que padece. Ahora bien, del análisis del expediente se observa que existe una autorización en favor del actor para que reciba un tratamiento en un “paquete integral para patología de alto costo” (Cáncer) para el mes de diciembre. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente, se tiene que al actor, en principio, no le fue autorizado el tratamiento, en razón de que la IPS aseguró no tener cupos para tratar la enfermedad del actor.

Advierte la Sala que una de las obligaciones de las EPS del régimen contributivo y subsidiado es garantizar la integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, máxime si se trata de una enfermedad de carácter catastrófico como la que padece el actor. Por lo tanto, se le ordenará a la EPS-S Humana Vivir que brinde al señor Aurelio Gómez Sogamoso el tratamiento integral y continuo que necesita. Deberá, en consecuencia, evitar demoras injustificadas en la prestación del servicio de salud.

b) El traslado de IPS procede si no se garantiza la prestación integral del servicio de salud

En el *sub examine*, el actor solicitó, además, ser trasladado de IPS, pues, argumenta que el Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca se encuentra muy alejado de su residencia, lo que afecta su salud. Pide también el actor que, de no concederse la anterior pretensión, la IPS tratante le cubra los gastos de transporte. Al respecto, la Sala negará las pretensiones del actor por las razones que pasan a exponerse: La Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede para solicitar el cambio de I.P.S., siempre y cuando se pruebe que ésta no está garantizando la prestación integral de los servicios de salud. En ese entendido, en principio, el usuario debe acogerse a la que fue remitido por la EPS aunque prefiera ser atendido en otra institución. Sin embargo, si tiene quejas puede pedir a la EPS que lo traslade a otra IPS con la que se tenga convenio y que le garantice la prestación integral del servicio de salud. En el caso concreto, no se observa en el expediente prueba de que el actor haya solicitado ese cambio de IPS a la EPS- S Humana Vivir. Tampoco menciona a qué IPS quiere ser trasladado ni demostró que la IPS que actualmente lo atiende no garantiza la prestación integral de los servicios de salud. En consecuencia, no se accederá a esta pretensión.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-01867-01\(AC\), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

3. a) Efectos y aplicación de la sentencia SU-484 de 2008, frente a los empleados de la Fundación San Juan de Dios

En el caso concreto, la Sala determina que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria por parte de la Corte Constitucional en atención a que (i) la tutelante no actuó como demandante en los procesos cuyas decisiones de instancia fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU 484 de 15 de mayo de 2008; (ii) antes de que se expidiera la sentencia SU 484 de 2008 la peticionaria ya había obtenido el reconocimiento de sus acreencias laborales por parte de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; (iii) la acción de tutela que ejerció la demandante hizo tránsito a cosa juzgada porque no fue seleccionada por la Corte Constitucional para su eventual revisión y; (iv) de forma expresa la Corte Constitucional en la parte resolutoria de la sentencia SU-484 de 2008 indicó que sus efectos no se extienden a personas que hayan obtenido el reconocimiento vía judicial de sus derechos laborales, es decir, dejó incólume los derechos de los trabajadores que con anterioridad hubieran obtenido pronunciamiento judicial como ocurrió con la tutelante. Por otra parte, es claro que la peticionaria carece de legitimidad para promover incidente de nulidad ante la Corte Constitucional como erradamente lo señaló el *a quo*, habida cuenta de que como se explicó, su tutela no fue seleccionada por la Corte para su eventual revisión y los efectos *inter comunis* de la sentencia SU 484 de 2008 no se extienden a ella por expresa disposición de esa providencia.

b) Violación del mínimo vital, la vida en condiciones dignas y la seguridad social por aplicación indebida de la sentencia SU - 484 de 2008 por parte de la Liquidadora de la Fundación San Juan de Dios

Mediante la Resolución No. 075 del 1º de abril de 2008 la liquidadora del San Juan de Dios liquidó y ordenó el pago a favor de la peticionaria de las acreencias laborales adeudadas hasta el 16 de enero de 2008, hecho que no fue negado por dicha liquidadora, por esta razón y en cumplimiento del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 la Sala lo tendrá por cierto. Posteriormente, la misma liquidadora profirió la Resolución No. 0408 del 10 de noviembre de 2008 mediante la cual nuevamente liquidó y ordenó el pago de las acreencias laborales de la tutelante esta vez limitada hasta el 29 de octubre de 2001. Lo anterior demuestra que con su actuar la liquidadora del San Juan de Dios cuando profirió la Resolución No. 0408 del 10 de noviembre de 2008 revocó explícitamente la Resolución No. 075 del 1º de abril de 2008, sin atender el procedimiento y las causales establecidas en los artículos 69 al 74 del C.C.A. Es decir, sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho que le fue revocado del 29 de octubre de 2001 en adelante. De la situación fáctica y jurídica expuesta en precedencia se precisa que quienes vulneraron los derechos fundamentales de la peticionaria fueron el Agente Liquidador de la Fundación San Juan de Dios por liquidar en forma gravosa las acreencias laborales adeudadas al tutelante al considerar que la fecha de terminación del vínculo laboral fue el 29 de octubre de 2001, con fundamento en que le era aplicable la sentencia SU 484 de 2008 y, por otra parte, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca porque no tramitó el incidente de desacato propuesto cuando dispuso que se había dado cumplimiento a la sentencia de tutela de 16 de enero de 2008 proferida por el Consejo Superior de la Judicatura. Así las cosas, es evidente que cuando la demandada liquidó las acreencias laborales de la peticionaria en forma diferente y gravosa a la ordenada por el juez de tutela so pretexto de cumplir una sentencia de la Corte Constitucional que no tiene efectos para la tutelante, vulnera los derechos fundamentales “al mínimo vital, vida en condiciones dignas y seguridad social” que fueron objeto de amparo por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

c) En virtud del *principio pro homine* se debe aplicar la hermenéutica más favorable para la protección de los derechos fundamentales

Advierte la Sala que si bien el Consejo Superior de la Judicatura determinó que las obligaciones laborales pendientes de pago eran las que se originaron desde diciembre de 2000, no dijo la fecha hasta cuando procedía su reconocimiento; por ello, en aplicación de la hermenéutica más favorable para la protección de los derechos fundamentales de la peticionaria que impone el principio *pro homine* debe precisarse que ese reconocimiento se entiende hasta la fecha en que se profirió el fallo de tutela que reconoció los derechos, es decir, hasta el 16 de enero de 2008. Por consiguiente, la cesación de la vulneración de los derechos fundamentales se materializará cuando la demandada cumpla a cabalidad con lo ordenado en el fallo de tutela de 16 de enero de 2008, esto es, cuando pague los salarios y las prestaciones sociales adeudados a la peticionaria desde el mes de diciembre de 2000 hasta el 16 de enero de 2008; en consecuencia, se le ordena a la demandada que dé cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos referidos.

d) Procedencia de la tutela contra incidente de desacato por configurarse una vía de hecho por defecto sustantivo

Es pertinente destacar que la peticionaria no está cuestionando, vía tutela, otro fallo de tutela como lo entiende el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sino la decisión de considerar cumplida una sentencia de tutela en el trámite de un incidente de desacato. Al respecto, es verdad que en principio y por regla general la tutela no procede contra tutela, pero la misma Corte Constitucional la admite contra las decisiones que adopte el juez constitucional en el trámite del incidente de desacato siempre que: (i) se presente una vía de hecho, (ii) el juez del desacato se extralimita en sus funciones, (iii) se vulnera el derecho a la defensa de las partes o; (iv) se impone una sanción arbitraria. Ahora, el trámite del incidental especial de desacato de la acción de tutela se soporta en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991 y concluye con un auto que no es susceptible de recurso, pero es objeto del grado de consulta en efecto suspensivo si dicha decisión es sancionatoria; en caso contrario, el trámite se agota con el auto que declara cumplida la orden del juez de tutela porque se entiende que se ha materializado la protección efectiva de los derechos fundamentales amparados. En este caso, como se declaró cumplido el fallo no procedió el grado de consulta. Entonces, cuando el juez constitucional resuelve en el trámite incidental dar por cumplida la orden de tutela, esta decisión no cuenta con ningún mecanismo de defensa judicial para ser controvertida. Los anteriores elementos probatorios permiten establecer que el 12 de mayo de 2009 la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró cumplida la sentencia dictada el 16 de enero de 2008 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con fundamento en que las accionadas atendieron lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-484 de 2008. Lo expuesto evidencia que la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca modificó, en perjuicio de la peticionaria, la orden dictada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La ratio decidendi de esa Corporación fue la de considerar que los efectos *inter comunis* de la sentencia SU-484 de 2008 de la Corte Constitucional se extendían a la peticionaria, y por ello el reconocimiento de sus acreencias laborales adeudadas estaba limitada en el tiempo hasta el 29 de octubre de 2001. Luego es claro que la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca incurrió en una vía de hecho y aduciendo el ejercicio de su competencia vulneró la sentencia de 16 de enero de 2008 de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por falta de aplicación y la sentencia SU 484 de 2008 de la Corte Constitucional por su aplicación indebida. Es decir, incurrió en una flagrante vía de hecho por defecto sustantivo y con ello vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

e) Aplicación del debido proceso pese a no haber sido invocado por la tutelante, en virtud de los principios de informalidad y oficiosidad

Ahora, si bien la vulneración al derecho fundamental al debido proceso no fue invocada por la tutelante, este pronunciamiento se justifica en aplicación de los principios de informalidad y oficiosidad que rigen la tutela y que le imponen al juez constitucional dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, de manera que identifique cuáles son los derechos fundamentales

amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades, y cuál es el mecanismo para proveer su efectiva protección.

[Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-00767-01\(AC, M.P. MAURICIO TORRES CUERVO\)](#)

4. La exclusión del cupo educativo para un estudiante reprobado por primera vez es violatoria del derecho a la educación salvo que concurra con otra causal prevista en el manual de convivencia o en el reglamento institucional

La demanda de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, la Institución Educativa Claretiano y la Asociación de Institutores Huilenses, se sustenta en que éstas entidades vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y a la dignidad humana del menor JSFL, debido a la negativa de otorgarle un cupo para que repita el grado 10º, que reprobó en el año lectivo anterior. Sobre el particular, en la contestación de la demanda y en la impugnación del fallo de primera instancia, la Institución Educativa Claretiano insistió en que no cuenta con salones suficientes para abrir un nuevo grado 10º y que, además, los cursos que ya existen se encuentran en un alto grado de hacinamiento, razón por la cual propuso como solución que el estudiante curse el grado reprobado en otro establecimiento educativo, con el cual ya se había celebrado un convenio para tal efecto.

Para la Sala, la educación tiene una doble connotación: es un derecho fundamental de la persona y es un servicio público que cumple una función social. Como derecho, su titularidad surge de la condición de «persona», pues es esencial para el ser humano que pueda desarrollar a plenitud sus destrezas, aptitudes y capacidades. Así, la educación dignifica a la persona, en cuanto le permite acceder al conocimiento, a la ciencia, la técnica y los valores de la cultura y, de igual forma, le permite integrarse y desempeñar un papel relevante en la sociedad. Como servicio público, se presta tanto por el Estado, directa o indirectamente, como por particulares bajo regulación, control y vigilancia estatal. Constituye una actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua de conformidad con un régimen jurídico especial y conlleva el cumplimiento gradual y progresivo de las obligaciones de garantizar la continuidad del servicio educativo, mejorar su calidad y aumentar su cobertura.

Conforme al artículo 67 CP, compete al Estado regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral y física de los educandos y garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. Por su parte, la Ley 115 de 1994, en relación con la permanencia de los estudiantes en los establecimientos educativos, consagró lo siguiente: “artículo 96. El reglamento interno de la institución educativa establecerá las condiciones de permanencia del alumno en el plantel y el procedimiento en caso de exclusión. La reprobación por primera vez de un determinado grado por parte del alumno, no será causal de exclusión del respectivo establecimiento, cuando no esté asociada a otra causal expresamente contemplada en el reglamento institucional o manual de convivencia”. Además, el Decreto 1290 de 2009, por el cual “se reglamenta la evaluación del aprendizaje y promoción de los estudiantes de los niveles de educación básica y media”, en el artículo 6º estableció que cuando un establecimiento educativo determine que un estudiante no puede ser promovido al grado siguiente, **debe garantizarle en todos los casos, el cupo para que continúe con su proceso formativo.**

Todo lo anterior permite concluir, como bien lo hizo el a quo, que es indudable que el menor JSFL tiene derecho a que se garantice su continuidad en el mismo centro educativo de su proceso de formación educativa y, por tanto, a que se le permita repetir el grado 10º, pues, el hecho de que el alumno haya reprobado dicho curso no constituye *per se* causal de exclusión de la institución educativa, porque es necesario que, además, concurra alguna de las causales de expulsión o exclusión que prevé el Manual de Convivencia o el Reglamento Interno del establecimiento educativo, circunstancia que no está demostrada en el caso sub examine. En consecuencia, se

confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que amparó los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación del menor.

[Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 41001-23-31-000-2010-00044-01\(AC\), M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. Las redes públicas de acueducto y alcantarillado no pueden afectar la infraestructura vial de los municipios

El Decreto 302 de 2000 “*por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado*” fija las normas que regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo (Artículo 1º). En ese contexto, el artículo 3 del mencionado decreto prevé que el servicio público domiciliario de alcantarillado consiste en la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos y/o aguas lluvias, por medio de tuberías y conductos. Así mismo, las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos hacen parte de este servicio. Para la prestación del servicio público de alcantarillado, las empresas tienen la facultad de construir, operar y modificar sus redes e instalaciones. Incluso tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales. A su turno, según el artículo 22 del Decreto 302 de 2000, la empresa prestadora de servicios públicos tiene la obligación de realizar el mantenimiento de las redes públicas de acueducto y alcantarillado. Por ello, debe tener un archivo que informe la construcción de las redes, especificaciones técnicas y demás aspectos necesarios para el mantenimiento y reposición de la misma. Es pertinente resaltar que las entidades públicas y los particulares en ejercicio de las funciones administrativas deben actuar de forma coordinada entre sí. Es así entonces, que se concluye que por la instalación de las redes públicas del sistema de acueducto y alcantarillado, no se pueden afectar otras estructuras que garanticen la movilidad de la comunidad, como son las vías. Es claro que los municipios tienen la obligación de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Lo cual implica que la prestación del servicio no debe menoscabar ni poner en peligro la seguridad de la comunidad. Entonces, con la finalidad de garantizar la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, los municipios deben ejercer su función de control y vigilancia en los términos del artículo 365 de la Constitución Política, lo que implica que deben propender porque las empresas prestadoras de tales servicios no deterioren las vías públicas mediante la instalación, construcción, mantenimiento, operación o modificación de las redes públicas.

En el caso concreto, confrontadas las pruebas, la Sala concluye que efectivamente existen algunas vías que han sido intervenidas por la Empresa de Aguas de Girardot, Ricaurte y la Región ACUAGYR S.A. E.S.P. y que no se encuentran en buenas condiciones. En consecuencia, las mismas tienen que efectuar las reparaciones de las vías ubicadas en la calle 18 frente N° 6-09, calle 23 frente N° 8-10, frente a la estación de combustibles “El Sol” y la heladería “La Palma”, en la intersección de las calles 32-33 con carreras 11 y 12, carrera 3 N° 18-23, calle 24 N° 8ª-52, calle 12 N° 31-47 y Urbanización Esmeralda, Manzana 20 casa 5 y Manzana 16 casa 17. A su vez, la Alcaldía Municipal de Girardot debe reparar las vías ubicadas en la calle 5 N° 21-03 y frente de la casa 11 de la manzana 66 en el barrio Kennedy.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-27-000-2004-01322-01\(AP\), M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. Vulneración del goce del espacio público en el Municipio de Cali por estacionamiento de microbuses sobre vía pública

Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular son elementos constitutivos del espacio público, y las autoridades públicas deben velar por la protección de la integridad del mismo y por su destinación al uso común, el cual debe prevalecer sobre el interés particular. Al respecto, conviene decir, como lo ha sostenido en otras oportunidades esta Sala, que la ocupación permanente en la vía urbana por estacionamiento de vehículos restringe el derecho de los usuarios de la vía pública a gozar en forma efectiva de la misma para el tránsito vehicular. De ahí que la ocupación permanente de la vía pública que está siendo utilizada por la Empresa Transportes Montebello S.A. para el estacionamiento de vehículos, constituye una limitación al derecho colectivo al goce del espacio público, cuya protección debe ordenarse irrefutablemente. Del contexto fáctico y probatorio, encuentra la Sala que efectivamente se encuentra acreditado en el expediente la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, como consecuencia del estacionamiento de los microbuses afiliados a la Empresa Transportes Montebello S.A. sobre la vía pública de la Calle 2 (2ª) oeste con carrera 75 del Barrio Mario Correa Rengifo del Municipio de Santiago de Cali. Por ello, revocará la sentencia del Tribunal para acceder a la protección solicitada.

[Sentencia de 15 de abril de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2005-02808-01\(AP\), M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. EXAMEN MERCEOLÓGICO ES LA PRUEBA RELEVANTE Y CONDUCENTE PARA VERIFICAR CORRESPONDENCIA ENTRE MERCANCÍA APREHENDIDA Y MERCANCÍA DECLARADA. CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD DE ESA PRUEBA SE GARANTIZAN AL INCORPORARSE LA MISMA AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

Conviene advertir que la prueba merceológica era la relevante y conducente, pues era la forma idónea de resolver el meollo del asunto en ese momento, es decir, que la mercancía aprehendida estuviese o no amparada en las declaraciones de importación exhibidas por la actora, que no era otra cosa que establecer que coincidiera con las características descritas en tales declaraciones. (...) En cuanto a la inspección contable que solicitó la actora, también carece de pertinencia frente a la cuestión dilucidada, puesto que la información contable no es documentación aduanera y por lo tanto no sirve para amparar la importación de mercancías extranjera. El problema no era contable o financiero, sino técnico jurídico frente a una situación fáctica concreta, constituida por la mercancía aprehendida. Se observa entonces en el expediente que la prueba idónea y conducente para verificar lo reclamado por el memorialista sí se ordenó y practicó, incluso en tres oportunidades, tanto desde sus inicios como en el desarrollo de la actuación administrativa, al igual que en la vía gubernativa, con el objeto o finalidad pedida por la actora, esto es, verificar si la mercancía aprehendida guardaba o no correspondencia con la amparada por las declaraciones de importación que ella allegó como prueba; y sirvieron de fundamento a la decisión acusada, de suerte que la apreciación del a quo no guarda correspondencia alguna con la realidad del proceso, luego no es cierto que no se hubiera decretado y practicado la prueba que había pedido. (...) ¿Los peritajes recaudados en el procedimiento administrativo debían ser trasladados para su conocimiento y contradicción a la demandante?. ¿Se surtieron o no esos traslados? En realidad, antes que peritajes, lo que realizan los profesionales especializados de la DIAN son análisis o exámenes físico-técnicos y económicos de las mercancías importadas, los cuales pasan a ser actos preparatorios dentro de los procedimientos tendientes a verificar la legal importación o definir la situación jurídica de las mercancías, de allí que se incorporan al expediente como fundamento de los actos de trámite o al definitivo. De modo que sí de traslado de sus resultados cabe hablar, como forma de publicidad y de hacer efectivo el principio de contradicción, ello se cumple a través de la incorporación al expediente administrativo y/o de la notificación del acto en el cual se subsume, como

en este caso ocurrió primeramente con la notificación en diversas formas del acta de aprehensión, en lo que respecta al primer examen merceológico practicado en la visita de inspección de la mercancía en las bodegas de la actora. Luego, mediante la incorporación al expediente administrativo, al cual de suyo tienen acceso los interesados y está a disposición de ellos. Vinculados los afectados al diligenciamiento administrativo, el ámbito del debate procesal es justamente el expediente, y sólo las decisiones que señala la ley son las que se deben comunicar o notificar en la forma que señale la norma respectiva. Posteriormente, mediante la notificación del acto que puso fin a la actuación administrativa, en el que se hace expresa mención tanto del primero como del segundo examen practicado, y luego mediante la notificación de los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación que la actora interpuso contra aquéllas, sin que por lo demás, en ninguna de esas oportunidades la actora hubiera tachado u objetado tales exámenes, ni siquiera en este proceso. (...) De suerte que sí se cumplió el principio de publicidad y contradicción de la prueba técnica constituida por los exámenes merceológicos realizados dentro del procedimiento administrativo objeto del sub lite, de allí que en este punto tampoco le asiste razón al quo, luego el cargo sobre el particular no tiene vocación de prosperar.

[Sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 08001-23-31-000-1995-09830-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. ACTO ADMINISTRATIVO QUE IMPONE MULTA SOLO PUEDE SER CENSURADO MEDIANTE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

El acto acusado. Se trata del constituido por las Resoluciones Núms. 091 de 24 de mayo de 2004, expedida por el Subsecretario Jurídico de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., por medio de la cual decidió una investigación administrativa y le impuso una multa por valor de \$200.200.000.00.; 168 de 15 de julio de 2004, proferida por el mismo funcionario, mediante la cual resolvió el recurso de reposición que interpuso contra la anterior, en el sentido de confirmarla; y 737 de 26 de julio de 2004, emanada del Secretario de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. y con la cual desató el recurso de apelación interpuesto contra la primera, en el sentido de reducir la multa a un monto de \$ 4.293.000.00. Tanto por el texto de la demanda, específicamente de las pretensiones, como por el contenido del acto administrativo demandado, la acción que procede en este caso es la de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que en la demanda hay pretensiones con alcances concretos y subjetivos, según lo pone de presente la apelante, como son las de darle cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., los cuales implican consecuencias a favor de la parte actora cuando se declara la nulidad del acto administrativo enjuiciado, como quiera que en virtud de los mismos hay que realizar actos y acciones encaminadas a la ejecución de la sentencia cuando en ella se condena a la entidad demandada, y es sabido que en las acciones de simple nulidad no hay lugar a condena y que ella tiene lugar es en las acciones subjetivas. En ese orden, la nulidad del acto administrativo aquí demandado puede tener esas consecuencias, toda vez que ella genera el restablecimiento automático del derecho de la accionante, ya que si se llegare a declarar, la multa impuesta quedaría sin piso alguno, desaparecería, de suerte que si no hubiese sido cancelada, no habría lugar a hacerla efectiva, por cuanto el título correspondiente habría dejado de existir. No puede cobrarse obligación alguna sin el título que la contiene. Extinguido el título, se extingue la obligación. Si hubiere sido pagada por la actora, su monto tendría que ser restituido, en razón a que la anulación de los actos administrativos retrotrae jurídicamente las situaciones al estado anterior a la expedición del acto anulado, de allí el restablecimiento automático del derecho que en esos casos se da. De modo que es evidente que la acción bajo la cual debió asumirse y examinarse la demanda, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que las resultas del proceso podían ir mucho más del simple y único fin de salvaguardar la mera legalidad del acto administrativo impugnado, toda vez que son inescindible su existencia y la suerte de la situación jurídica subjetiva y concreta que el mismo contiene.

[Sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-24-000-2005-01465-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. NEGADO REGISTRO MARCARIO DEL SIGNO MONARC-M SOLICITADO PARA DISTINGUIR PRODUCTOS FARMACÉUTICOS POR SIMILITUDES CON MARCA MONARCA QUE SE USA PRINCIPALMENTE PARA IDENTIFICAR INSECTICIDAS Y HERBICIDAS.

[L]a comparación entre signos nominativos comprende el estudio de sus similitudes visuales, auditivas y conceptuales, con el ánimo de determinar si desde tales perspectivas es factible que se induzca en error o confusión a quienes serán los consumidores finales del producto que distingue la marca solicitada. Para efectos de realizar la comparación visual, a continuación se presentan las marcas en conflicto: MONARC-M (Marca solicitada por The American National Red Cross) MONARCA (Marca registrada por BAYER A.G). Al observarlas en conjunto y simultáneamente, se evidencia que ambas están compuestas por 7 letras, siendo las 6 primeras idénticas, de modo que el elemento similar lo constituye la expresión MONARC, mientras que los diferenciadores son la vocal A y la consonante M antecedida por un guión, siendo más las similitudes que las diferencias entre los dos términos. En cuanto al cotejo auditivo, la Sala encuentra que también existen semejanzas importantes en los signos, pues en nuestro idioma, el solicitado tiene la pronunciación MONARC...EME, habida cuenta de que el guión no tiene un sonido particular, de modo que al comparar el sonido que producen MONAR...EME y MONARCA, puede apreciarse la similitud sonora, en la medida en que la sílaba tónica en la primera es NARC y en la segunda es NAR, que aunque visualmente son diferentes, auditivamente son prácticamente idénticas. Desde el punto de vista ideológico o conceptual, pese a que la marca solicitada es de fantasía, mientras que la registrada tiene un significado específico en el castellano, no puede pasarse por alto que la simple expresión MONARC despierta en la mente del consumidor la palabra MONARCA, ya que únicamente le hace falta la vocal A para completar tal palabra, luego, a juicio de la Sala, existe similitud conceptual. (...) Ahora bien, el demandante considera que el elemento diferenciador más importante entre ambas marcas es el tipo de producto que distinguen y arguye que aunque el signo MONARCA fue registrado por BAYER A.G. para distinguir todos los productos de la clase 5ª internacional, en realidad únicamente se explota comercialmente en el campo de los herbicidas e insecticidas, productos sustancialmente diferentes a una preparación farmacéutica para el manejo de la hemofilia. Sobre este punto, la Sala reitera que tratándose del registro de signos que distinguen medicamentos para el consumo humano y el tratamiento de enfermedades, el cotejo marcario se hace más exigente, dado el riesgo para la salud y la vida que implicaría una eventual confusión por parte del consumidor; de hecho, en la interpretación judicial rendida dentro del proceso de la referencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue contundente al señalar que: El análisis de registrabilidad de una marca farmacéutica debe ser tan riguroso a fin de evitar cualquier riesgo de confusión en el público consumidor, que de encontrar similitud con marcas que amparen productos de la clase 5 aunque no sean farmacéuticos, podría causar riesgo en la salud, tales como insecticidas y herbicidas; por lo tanto, la Autoridad Competente debe apreciar de una manera muy concienzuda tal riesgo para la salud humana y evitar cualquier error sobre el producto a consumirse. Si bien, en principio, los plaguicidas y los productos farmacéuticos pueden tener canales de comercialización diferentes y expendedores calificados, en el uso y la manipulación de tales productos, no lo es menos que a pesar de lo anterior el público consumidor puede caer en confusión, tal como sería el caso del almacenamiento y el posterior consumo de productos de la clase 5 en el hogar o en almacenajes privados de cualquier clase. De lo anterior se desprende que el hecho de que un signo distinga herbicidas e insecticidas y el otro un producto farmacéutico para el manejo de una enfermedad, no es razón suficiente para desconocer las similitudes halladas en el cotejo marcario, pues, como bien apunta el Tribunal, esas similitudes pueden inducir a error, al momento de almacenar productos, no obstante hayan sido adquiridos a través de diferentes canales de comercialización.

[Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2004-00068-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

4. NULIDAD DEL DECRETO 2669 DE 2003 QUE ESTABLECIÓ LIMITES A GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES, POR FALTA DE COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN ESA MATERIA.

El Decreto 2669 de 2003, objeto de estudio en el presente proceso fue expedido en virtud de las facultades conferidas al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y del artículo 19 de la Ley 790 de 2002, el primero de ellos consagra la facultad reglamentaria en cabeza del Presidente “para la cumplida ejecución de las leyes”. Esta es una facultad propia del Presidente de la República que ejerce en forma directa sin necesidad de ninguna autorización previa. La otra norma que sirvió de fundamento al decreto acusado fue precisamente el artículo 19 de la Ley 790 de 2002 cuyo párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1048 de 2004 por vicios de procedimiento en su formación, lo cual, como se ha dicho, constituiría razón suficiente para decretar el decaimiento de este decreto. No obstante, la Sala considera necesaria hacer algunas precisiones de fondo en relación con el acto demandado. En primer lugar se observa que corresponde al Congreso de la República, entre otras, la función de “establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración”, expedir la ley orgánica del presupuesto que establece los reglamentos sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, expedir el Presupuesto General de Rentas y Ley de Apropiaciones, pudiendo eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341. En este sentido, resulta claro que no es función del Presidente de la República el disminuir partidas del presupuesto de ninguna entidad puesto que las funciones relacionadas con el Presupuesto General de la Nación están en cabeza del Congreso de la República. Para que el Presidente pudiera expedir un acto como el que es objeto del presente proceso, hubiera sido necesario que el Congreso de la República hubiera revestido al Presidente de precisas facultades extraordinarias, en los términos del artículo 150, numeral 10 de la Constitución Política, mecanismo constitucional mediante el cual, funciones que están en cabeza del Congreso de la República, se trasladan en forma temporal, al Presidente de la República en las condiciones previstas en la citada norma. Una autorización como la contenida en el párrafo del artículo 19 de la Ley 790 de 2002, en ningún caso habilitaba al Presidente para la expedición de la norma cuestionada puesto que no se cumplió con los requisitos constitucionales para ello. El Congreso de (sic) limitó a señalar que el gobierno nacional “podrá establecer límites a los gastos de funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales”. En conclusión, no era viable la autorización “informal”, contenida en el párrafo del artículo 19 de la Ley 790 de 2002 para que el Presidente de la República asumiera una función que no le correspondía puesto que, en tratándose de una función que corresponde al Congreso de la República, era necesario cumplir con los requisitos señalados en el artículo 150, numeral 10 de la Constitución Política a fin de investir al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias. De otro lado, cabe señalar, que, conforme se ha visto, el patrimonio de las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 46 de la Ley 99 de 1993) está compuesto por unos recursos propios y otros provenientes de la Nación. En cualquier caso, la limitación en los gastos de funcionamiento tenía que circunscribirse a los recursos provenientes de la Nación a fin de no soslayar la independencia y autonomía que la propia Constitución Política ha reconocido a estas entidades. (...) En suma, el Gobierno Nacional violó también el artículo 189-11 que le confiere la potestad reglamentaria de las leyes porque en vez de reglamentar las limitaciones al gasto público de las entidades a las que se refiere, estableció directamente dichas limitaciones.

[Sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2004-00306-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

5. RESPONSABILIDAD FISCAL DE FUNCIONARIO POR RECOMENDAR INVERSIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDAD FINANCIERA QUE HABÍA SIDO RECAPITALIZADA COMO MEDIDA PREVIA A SU TOMA DE POSESIÓN.

El texto de las normas que ha quedado transcrito [Constitución Política, artículos 119 y 267; y Ley 42 de 1993, artículos 8 a 14, 83 y 86] pone de manifiesto que la Contraloría General de la República cumplió con las atribuciones que le asignó la Constitución y la Ley, pues estaba en la obligación de vigilar la gestión fiscal del ICEL para determinar si hubo o no detrimento patrimonial de la entidad de

Estado al haber autorizado los miembros del Comité de Inversiones la constitución de los CDT'S; si tal recomendación fue adecuada o no en cuanto recayó la inversión en una sociedad que estaba en malas condiciones financieras; quiénes debían asumir la responsabilidad de la decisión adoptada; y si tal decisión fue precedida de culpa, fenómeno este en el que pueden intervenir la negligencia, imprudencia o impericia. (...) Conforme se advierte en el acervo probatorio recaudado, el actor, para la época en que se produjeron los hechos que dieron lugar a la investigación que culminó con los actos acusados era el Jefe de la División de Tesorería y miembro del Comité de Inversiones Financieras del ICEL. A folios 365 a 366 del cuaderno principal obra la Resolución 000728 de 25 de abril de 1997, emanada del Director del ICEL, conforme a la cual las funciones del Comité de Inversiones Financieras son, entre otras, las siguientes: 1.- Diseñar la política financiera institucional que permita optimizar las inversiones de los recursos propios del Instituto. 2.- Cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS. 3.- Evaluar trimestralmente el resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas. De las funciones que se destacan se colige que para el cabal ejercicio de las mismas a los miembros del Comité de Inversiones les correspondía desplegar una actividad minuciosa de estudio y análisis de las entidades financieras en las cuales se buscaba invertir los recursos de la entidad, a fin de obtener para ésta el más alto rendimiento. Ahora, según se lee a folio 231, el 19 de mayo de 1997 el Comité del cual formaba parte el actor se reunió y aconsejó invertir el monto de \$2.000'000.000 en la entidad financiera ARFIN S.A.; y consta a folio 231, que además de ésta también ofertaron otras entidades como los Bancos Ganadero, Popular, Villas, Occidente, etc. Se lee a folio 249 que la Superintendencia Bancaria el 27 de diciembre de 1996 había ordenado a ARFIN como medida preventiva de la toma de posesión, la recapitalización en cuantía de siete mil millones de pesos. Estima la Sala que esta sola circunstancia debió ser indicativa para el Comité de Inversiones del ICEL de que ARFIN S.A. no era propiamente la entidad financiera más confiable para hacer inversiones que resultaran beneficiosas para el ICEL; y el hecho de que la Superintendencia Bancaria hubiera expresado que dicha compañía el 7 de enero de 1997 presentó una propuesta de capitalización de tres mil quinientos millones de pesos, no podía ser tenido en cuenta como una circunstancia tranquilizante para recomendar la inversión pues, ante todo, la mencionada recapitalización se dispuso COMO MEDIDA PREVIA DE LA DE POSESIÓN DE LOS BIENES Y HABERES, luego mal puede prevalerse de esta circunstancia el actor para considerar que no era previsible un riesgo de detrimento patrimonial. Todo lo contrario, si la entidad encargada de la vigilancia de las entidades financieras les da una especie de "ultimátum" para no intervenirlas, lo que ello denota es que la situación económica es grave; y tan grave lo fue, que a escasos meses de la medida previa de recapitalización, se produjo la toma de posesión (Resolución 1200 de 20 de noviembre de 1997, folios 292 a 304). De tal manera que la negligencia e imprudencia del actor, como miembro del Comité de Inversión del ICEL está más que demostrada, pues era perfectamente previsible el riesgo de detrimento patrimonial al hacer inversiones en una entidad que estaba ad portas de ser sujeto pasivo de la toma de posesión.

[Sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-24-000-2001-00270-02, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD EN JORNADA LABORAL DE MEDIO TIEMPO

El artículo 21 del Decreto 1042 de 1978 aplicable por remisión expresa del numeral 2° del artículo anteriormente citado, define que se entiende por empleos de medio tiempo los que tienen una jornada diaria no inferior a 4 horas cuya remuneración se efectuara en forma proporcional al tiempo

laborado, y que proscribe además la existencia de empleos públicos cuya jornada de trabajo sea inferior a medio tiempo; norma que pese a su derogatoria tácita ocurrida con la expedición de la Ley 4ª de 1992, se encuentra vigente en cuanto a la regulación de la jornada parcial se refiere. De conformidad con lo anterior, precisa la Sala que la prestación permanente del servicio bajo una jornada laboral parcial de 4 horas, no excluye en lo absoluto la configuración del contrato realidad, ni permite concluir que en tal caso exista autonomía e independencia por parte del presunto contratista -lo que se ha afirmado bajo la posibilidad que éste tendría de ocupar el tiempo restante en otra actividad o empleo-, pues como se observa, el empleo público puede ser también de medio tiempo y además, en la prestación de servicios de salud por disposición expresa de la Ley 269 de 1996, se admite la flexibilización de los horarios a fin de garantizar la atención en salud como servicio público esencial, permitiéndose al personal médico el desempeño de más de un empleo en Entidades de Derecho Público, siempre y cuando no exista concurrencia de horarios. Se colige entonces que en el sub examine, las pretensiones de la actora en cuanto al contrato realidad subsisten plenamente, como quiera que aun cuando la prestación del servicio fue de tiempo parcial o medio tiempo, es decir, durante 4 horas diarias, el empleo público por sí mismo admite dicha modalidad, lo que sumado a la configuración de todos los elementos de la relación laboral desvirtúa el vínculo contractual establecido e impone el amparo de los derechos laborales conculcados pero de manera proporcional al tiempo laborado, tal como lo ordena la norma citada al respecto.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010, Exp. 85001-23-31-000-2003-00015-01\(1413-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

2. RÉGIMEN APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN GRACIA

En el sub-examine se observa que si bien la pensión gracia es cancelada directamente por la Caja Nacional de Previsión Social, la señora Aracelly Dominga Cantillo de Padilla se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien le otorgó la pensión de invalidez que ostentaba en vida y que fue reconocida mediante Resolución No. 971 de 1994, razón por la que se encuentra exceptuada de la aplicación de las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 por disposición expresa del artículo 279 ibidem, que consagró como criterio de exclusión de dicho Sistema, no la clase de prestación de la que se tratara sino la simple existencia de afiliación al referido Fondo, razón por la que se impone en el sub examine la aplicación del régimen de sustitución pensional contenido en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario. La citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. Asimismo, en su artículo 3º extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al conyugue supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido. Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude. De las normas aplicables en el sub examine, se infiere que hay lugar a la sustitución pensional cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o en este caso con derecho a la pensión de jubilación vitalicia consagrada en la Ley 114 de 1913, derecho que surge para sus beneficiarios en cada orden, en los porcentajes arriba señalados, con la posibilidad de acrecer la cuantía respectiva en ausencia de alguno de ellos o en el evento en que acaezca para éstos la pérdida del derecho.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2006-00004-01\(0824-09\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

3. a) CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL

La previsión contenida en el artículo 17 del Decreto 1615 de 2003 cuestionado es apenas la medida lógica y consecuente de todo ese proceso, pues al establecer que es responsable el Liquidador de iniciar dentro de los seis meses siguientes a la expedición del mismo decreto, los respectivos procesos de levantamiento de fuero sindical, otorga un término prudencial en el cual pueda enterarse aquel, acerca de la situación de los empleados de la entidad que se ha de liquidar y cómo habrá de llevarse a cabo el proceso de supresión de los empleos, lo que no depende solamente del Liquidador, pues es la Junta Liquidadora la encargada, en virtud del artículo 16, de suprimir los cargos. Por ello es apenas obvia la previsión censurada, pues no podría haber sido compelido el liquidador a iniciar en el término de dos meses un proceso que requiere conocimiento integral que le permita decidir con responsabilidad y acierto cada acto propio del proceso liquidatorio. Luego es claro que los dos meses, en este caso, quedan inmersos dentro de la segunda posibilidad que estableció el artículo 118 A, es decir, desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario, si se tiene en cuenta que TELECOM, en su mayor parte, estaba compuesto por trabajadores oficiales y, excepcionalmente, por empleados públicos. De manera que el procedimiento de supresión y liquidación bien se halla dentro de la referida opción y por ello los dos meses con que cuenta el empleador parten es desde la culminación del procedimiento correspondiente, en este caso, la supresión del cargo de los empleados aforados.

b) LEGALIDAD DEL ARTICULO 15 DEL DECRETO 1615 DE 2003 POR EL CUAL SE SUPRIME LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM Y SE ORDENA SU LIQUIDACIÓN

Sobre la constitucionalidad del artículo 118 A del C. P. del T. se pronunció la Corte Constitucional por medio de sentencia 1232/05 en la que señaló que para los trabajadores se interrumpe el término de dos meses mientras se agota el trámite, luego tal interpretación es con mayor razón aplicable al caso del empleador que, dadas las circunstancias de supresión y liquidación del ente, requiere agotar un procedimiento previo y determinar en qué momento es pertinente empezar el trámite de la supresión de los empleos, que en el caso de los aforados requiere adicionalmente de la autorización judicial. Esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en asuntos en los que se alegó la vulneración del término de prescripción establecido en el artículo 118 A del C. de P.L, mediante sentencias de 17 de agosto de 2006 - Exp. 0144-05 - M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado y de 21 de agosto de 2008 - Exp. 4276-05 - M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Se concluyó en los referidos fallos que no se trató de modificación alguna del término procesal establecido en el artículo 118 A del C. de P.L. y que las normas entonces cuestionadas habrían de aplicarse en forma armónica con el proceso de liquidación previsto en el Decreto Ley 254 de 2000; además fue clara la primera providencia citada, en determinar que en el caso de liquidación de entidades públicas del orden nacional, el término empieza a correr a partir del día siguiente al de la publicación del acto que ordena la supresión del empleo. Concluye la Sala, que de acuerdo con los planteamientos precedentes, tampoco se configura la vulneración de las normas constitucionales enunciadas ni de la O.I.T, cuya censura fue sustentada en los argumentos analizados anteriormente.

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

[Sentencia de 25 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00205-01\(4132-04\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

4. LA EXIGENCIA DE ESTAR AFILIADO AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES NO ES REQUISITO PARA OBTENER LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ - Nulidad de los términos “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1 y en la letra a) del artículo 1 del Decreto 4640 de 2005 y en la letra a) del Decreto 1730 de 2001

Son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo. Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad. No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva. Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad del término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuencialmente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001.

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

[Sentencia de 11 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2006-00322-00\(0984-07\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

5. EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN NO SE LIMITA A LOS AFILIADOS ACTIVOS PUESTO QUE TAMBIÉN PUEDEN SER BENEFICIARIOS DE ESTE DERECHO LOS INACTIVO

Considero, que los términos afiliado y afiliado del Decreto 4640 de 2005 no debieron ser anulados porque el reconocimiento de la indemnización sustitutiva por la situación prevista en el literal a) requiere necesariamente que el solicitante esté afiliado al sistema de seguridad social en pensiones dado que, conforme con el artículo 15 de la Ley 100 de 1995, son afiliados en forma obligatoria, entre otros, “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios”. Lo anterior significa que quien se retire del servicio tiene que estar obligatoriamente afiliado al sistema de pensiones para que la entidad que corresponda, sea el Instituto de Seguros Sociales o las Cajas de Previsión le reconozcan la indemnización sustitutiva si cumple los demás presupuestos a que hace alusión la norma. Cuando la afiliación es a una Administradora de Fondos de Pensiones, por tratarse de entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad, no se configura la indemnización sustitutiva sino la devolución de saldos. Por las razones anotadas, las expresiones declaradas nulas no limitan el campo de aplicación de las personas que pretenden ser beneficiarias de la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, no resultan contrarias al artículo 11 de la Ley 100 de 1993, ni excluyen de tal beneficio a quienes a la entrada en vigencia de la referida ley no se encontraban prestando sus servicios en calidad de trabajadores dependientes o independientes, como señala el fallo del cual me aparto, pues dichas personas, como ya se anotó, siguen siendo consideradas por la ley como afiliados.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-24-000-2006-00322-00\(0984-07\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.](#)

* Con salvamento de voto

5. EL GOBIERNO AL REGLAMENTAR LA EXPERIENCIA A UN CARGO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR EXCEDIÓ LA POTESTAD REGLAMENTARIA AL COMPENSARLA CON DESEMPEÑO SOBRESALIENTE

La Sala dirá que no es acertada la interpretación que de la norma acusada hace el demandante, pues no se refiere a una compensación del requisito de la experiencia en lugar del título universitario, pues el decreto reglamentario es claro en exigir, en su artículo 1º, que “Las Personas designadas en provisionalidad, deberán cumplir las condiciones contempladas en el artículo 61 del Decreto-ley 274 de 2000”, es decir, a poseer un título de tal naturaleza, reconocido oficialmente y expedido por un establecimiento de educación superior, o acreditar experiencia, según exija el reglamento, lo que implica una conjunción que no admite alternativa entre estas dos exigencias, las cuales deben reunirse al mismo tiempo. La compensación a la que hace referencia el artículo 3º del Decreto 337 de 2000, denota la posibilidad de suplir el requisito de experiencia por el de “desempeño sobresaliente” en alguna disciplina, ocupación, arte u oficio, pero en casos excepcionales, si así lo considera la Comisión Evaluadora de los méritos del candidato y además lo autoriza el Ministro de Relaciones Exteriores. Bajo ese entendido, el solo hecho de que el Gobierno Nacional -precedido de una facultad constitucional (art. 189-11)- hubiese procedido a “reglamentar la compensación” del requisito de la experiencia, introdujo no sólo modificaciones sustanciales a la estructura del decreto reglamentado, al ampliar su contenido, dictando disposiciones que no señaló la ley, sino que excedió su potestad al actuar sin competencia, porque ello no sería reglamentar sino legislar ya que esta materia es exclusiva del legislador, pues conlleva la ampliación de los requisitos para acceder a los cargos en provisionalidad. Si por experiencia se ha entendido, los conocimientos, las habilidades y las destrezas que adquiere una persona en el ejercicio de una profesión, ocupación, arte u oficio, no podía el Gobierno Nacional, al reglamentar el decreto ley, compensar dicha exigencia con el “desempeño sobresaliente en una disciplina...”, por cuanto se estaría desdibujando la esencia misma del contenido del requisito implícito en la experiencia, por cuanto ésta involucra dos elementos básicos: la aptitud y el tiempo, mientras que el reglamento se ocupa simplemente del primero, referente a la evaluación en el desempeño.

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

[Sentencia de 25 de febrero de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2005-00123-00\(5240-05\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

6. a) LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA ES COMPETENTE PARA DIRIMIR EL CONFLICTO ORIGINADO EN LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS DE LOS TRABAJADORES OFICIALES

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al resolver un conflicto negativo de competencia mediante entre el tribunal Administrativo del Quindío y el Juzgado Primero laboral del Circuito de Armenia, por auto de 4 de agosto de 2004, determinó que la competencia del asunto de la referencia es de conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, por considerar que: “(...) resulta claro que el origen de la demanda cuya competencia por jurisdicción aquí se ventila, es el proceso disciplinario (Ley 200 de 1995 y Ley 734 de 2002) que terminó con la sanción ya anotada, circunstancias en las cuales no es válido acudir a argumentaciones referidas a la forma de vinculación de la demandante, en tanto se trata de resoluciones con carácter de actos administrativos proferidas en proceso de similar naturaleza. En consecuencia la normatividad aplicable en el asunto que nos ocupa es el Código contencioso Administrativo en su artículo 132 numeral 2º. (...)” (Fls. 4-9 C-1). El C.C.A. en el numeral 2º del artículo 132 dispone que esta Jurisdicción pueda conocer de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo. El Código Procesal del

Trabajo y la Seguridad Social, por su parte, consagra en el artículo 2º, numeral 1º que la Justicia Ordinaria es la encargada de dirimir los conflictos jurídicos que se originen directa o **indirectamente** del contrato de trabajo. A folio 25 se encuentra acreditado que la demandante ostentaba la calidad de Trabajadora Oficial, ocupando el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, Grado 12, Nivel E, en la Oficina de Planeación Operativa E.P.S., del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Quindío, calidad que ostentó hasta el momento de la terminación del contrato de trabajo como consecuencia del proceso disciplinario iniciado en su contra. En estas condiciones, en principio en tratándose de trabajadores oficiales el competente para dirimir su conflicto es el Juez Ordinario Laboral, empero como el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante Auto de 4 de agosto de 2004 dispuso que la competencia se halla radicada en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Sala asumirá el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia de 2 de febrero de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío que negó las súplicas de la demanda.

b) ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD FRENTE A LA REVOCATORIA DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA COMO MECANISMO TRANSITORIO

La interesada presentó la demanda el 19 de junio de 2003 y la Resolución No. 2237 de 24 de mayo de 2002 mediante la cual se agotó la vía gubernativa, le fue notificada el 12 de junio de 2002 (Fl. 527 C-2), y se ejecutó el 25 de junio de 2002 según da cuenta la Resolución No. 2769 (Fls. 531-532 C-2); es decir, que a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sanción disciplinaria debe contabilizarse el período de cuatro (4) meses de caducidad, concluyéndose entonces que para la fecha de presentación de la demanda ya había transcurrido el término establecido en la Ley y por ende había operado el fenómeno de la caducidad. El accionante debe acudir al sistema jurídico en ejercicio de las acciones que la Ley le otorga en procura de la defensa de sus derechos fundamentales, toda vez que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, que no puede ser utilizado para corregir omisiones del actor. En el Sub-judice la tutela se interpuso como mecanismo transitorio, por lo que era preciso demostrar que ésta era necesaria para evitar un perjuicio irremediable. En el sub-examine el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia - Quindío, Sala de Decisión Civil Familia, mediante sentencia de 17 de febrero de 2003, resolvió revocar el fallo de 17 de enero de 2003 proferido por Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia Quindío, dentro de la acción de tutela promovida por la demandante contra el ISS, en que por ésta vía pretendía el desconocimiento de la actuación válidamente surtida en el proceso disciplinario adelantado en su contra, por considerar que para obtener lo pretendido se consagran otros medios de defensa a los que deberá acudir la interesada, pues no tiene fundamento ni aún como mecanismo transitorio, toda vez que no se ha evidenciado una urgencia manifiesta, gravedad o perjuicio irremediable. En estas condiciones, el apoderado del actor era conocedor de la caducidad de la acción contencioso administrativa y la pérdida de la oportunidad de que los derechos del demandante se protegieran a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues como lo indicó el máximo Tribunal Constitucional, dado el carácter excepcional de éste mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro

[Sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 63001-23-31-000-2003-00546-01 \(0885-2009\), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

7. SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR FUERZA MAYOR ORIGINADA EN MEDIDA DE ASEGURAMIENTO NO ES APLICABLE POR ANALOGÍA A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES. REINTEGRO AL SERVICIO POR DECISIÓN JUDICIAL DE JUEZ CON MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, NO ES PROCEDENTE POR CONSTITUIR INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE CARGO

En el *sub júdice*, el accionante al posesionarse en el cargo de Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, como consecuencia de una orden judicial de reintegro, manifestó encontrarse en una situación de fuerza mayor o caso fortuito que le impedía acceder temporalmente al cargo. Dicha

circunstancia, concretamente, la fundó en el hecho de que en su contra existía una orden de autoridad judicial de detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria. Ante dicha situación peticionó la suspensión de su relación laboral por configurarse la causal establecida en el artículo 51, numeral 1º del Código Sustantivo de Trabajo. Al respecto, lo primero que debe aclararse es que el actor es un funcionario de la Rama Judicial, razón por la cual, goza de un régimen laboral no equiparable, *tabula raza*, al de los trabajadores del sector privado, dadas sus especiales responsabilidades y funciones dentro del Estado. Por dicha razón no es predicable, como lo solicita el accionante, la aplicación, por vía de analogía, de la disposición normativa contenida en el artículo 51 del C.S. del T, no sólo por cuanto no existe un criterio relacional de igualdad entre los dos grupos referidos, sino porque, además, el legislador se encargó dentro de dicho régimen especial de regular los eventos en los que procede la suspensión en el ejercicio de cargo. Se procede a analizar el asunto planteado a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley 270 de 1996. Con tal objeto se efectúan las siguientes reflexiones: a. Dentro de las causales de suspensión de la relación laboral en la Rama Judicial se encuentra la “solicitud de autoridad judicial”; b. De conformidad con las disposiciones transcritas del Código de Procedimiento Penal (artículo 359 Ley 600 de 2000), la imposición de medida de aseguramiento, cuando ello se considere pertinente, implica la solicitud a la autoridad nominadora de la suspensión en el ejercicio del cargo; c. En el presente caso ello no ocurrió así, en principio, porque el accionante a la fecha de la imposición de la medida referida, el 20 de junio de 1996 de conformidad con la información obrante a folio 158, se encontraba por fuera del ejercicio de sus funciones adelantando un proceso contencioso de reintegro; d. Sin embargo, otra razón determina que, incluso en el evento de que hubiera estado en el ejercicio del cargo, la situación esgrimida no se encuentre enmarcada dentro de la referida causal de suspensión, y es la existencia de un hecho inhabilitante para el ejercicio del cargo, esto es, el establecido en el numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996; e. Por esta última razón, tal como se sostuvo en los actos cuestionados, la situación del actor no podía dar lugar a la suspensión de la relación laboral, pues lo cierto es que al momento en que se iba a ejecutar la orden de reintegro el señor Pinilla Cuervo se encontraba incurso, se reitera, en una causal de inhabilidad, que le impedía su acceso al cargo o la continuación de su ejercicio. Ahora bien, no cabe duda de que la medida de seguridad que cobijaba al actor era de aquellas sin derecho a la libertad provisional, en razón a que, a folio 158 del expediente, obra documento en el que consta que dicho beneficio sólo lo logró luego de 6 años de detención domiciliaria, esto es, el 20 de junio de 2002. Así entonces, al configurarse la medida de aseguramiento sin derecho a la libertad provisional en causal de inhabilidad y no de suspensión de la relación laboral, debe concluirse que los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad, no sin antes resaltar que el presente asunto, dada su especificidad y la existencia de una causal de inhabilidad que genera insubsistencia del cargo, debe ser analizado bajo los precisos términos efectuados anteriormente.

[Sentencia de 1 de octubre de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2001-12069-01 \(6801-05\) , M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

8. UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS TÉCNICOS CIENTÍFICOS DE INGEOMINAS CON LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN NACIONAL NO VULNERA DERECHOS ADQUIRIDOS

El Congreso de la República el que fija, por medio de Leyes Marco, los parámetros generales, objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para reglamentar el régimen salarial y prestacional, marco legal que fue establecido en la Ley 4ª de 1992 artículo 2º. El Gobierno Nacional al reglamentar el régimen Salarial y Prestacional de los empleados públicos debe respetar, los derechos que en tales aspectos han sido reconocidos a los servidores públicos. En consecuencia, el Gobierno tiene la competencia para reglamentar el régimen Salarial y Prestacional de los empleos del orden Nacional, como en el caso de los empleados públicos vinculados a INGEOMINAS, tal como lo ha realizado a través de decretos reglamentarios, como el que en esta oportunidad es objeto de debate. Mediante el Decreto 251 de 28 de enero de 2004, se unificó el sistema para determinar el nivel Salarial de los empleados dependientes del Área Técnico -Científica de INGEOMINAS, con el

sistema aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional, eliminando así el sistema de evaluación de estudios y rendimiento regulado en los Decretos Leyes 1321 de 6 de julio de 1978 y 319 de 10 de febrero de 1981. Con esta reforma consideran los actores que se vulneraron los derechos laborales adquiridos por los empleados, y que por ello devengarían un menor Salario y Prestaciones Sociales, más no allegan prueba sumaria de la existencia de perjuicio con ocasión de la expedición del Decreto demandado, y en cambio de la lectura del mismo se puede deducir que no se vulneraron los Derechos Salariales y Prestacionales de los referidos empleados públicos, por cuanto en el 2º párrafo del artículo 1º del Decreto 251 de 2004, indicó que en caso de disminución del Salario, producto de las equivalencias de los cargos, se continuaría pagando la mayor remuneración, igualmente, en el artículo 2º dispuso que a los empleados vinculados en el Área Técnico - Científica no les exigirían requisitos distintos a los ya acreditados para el cargo ocupado.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00191-00 \(3726-04\). M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

9. SE SANCIONA CON DESTITUCIÓN AL SERVIDOR PUBLICO QUE PARTICIPA EN POLÍTICA, EN FORMA ACTIVA O PASIVA, POR CUANTO AFECTA EL DEBER DE IMPARCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

El artículo 48 numeral 39 de la Ley 734 de 2002, dentro de las conductas que constituyen faltas gravísimas enlista la de: “utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la constitución y la ley”. De la anterior descripción normativa se infiere que su verbo rector está constituido por la “participación” del servidor encaminada a colocar el ejercicio de la misión constitucional de gobernar al servicio de un partido o de sus seguidores, ya sea que de manera activa se influya en el electorado, o que de manera pasiva y aún con la sola presencia se esté indicando el asentimiento con la causa o movimiento político. el ejercicio de sus funciones el servidor público debe ser imparcial, y por ello cualquier conducta activa u omisiva que indique un favorecimiento a un candidato o grupo político, rompe esta imparcialidad y lo hace estar inmerso en la causal de indebida participación en política que como falta gravísima da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria más grave que el legislador ha consagrado para este tipo de comportamientos. Se sanciona así la conducta del servidor que toma parte y que por la misma característica del comportamiento, activo o pasivo, no precisa actuaciones directas del sujeto obligado por un deber funcional de imparcialidad, ni tampoco demanda actuaciones evidentes a los ojos de todos, de que se está atacando a terceros o favoreciendo a una determinada persona en razón o por el ejercicio del cargo. El Alcalde puede y en efecto tiene una determinada inclinación política y por tanto es legítima la simpatía hacia un candidato o partido político, pero sus derechos se limitan al ejercicio del sufragio ya que dado su carácter de servidor público no le es permitido efectuar manifestaciones en las que se ponga de presente su respaldo a un ciudadano o movimiento, en procura de lograr un manejo serio y responsable de la función que cumple y que podría verse comprometido en el ejercicio de la actividad política partidista. Es decir que al Alcalde se le prohíbe su participación en política por razón de la naturaleza de sus deberes funcionales, que se insiste, deben estar precedidos del principio de imparcialidad. El alcalde sometido a investigación disciplinaria, con su actuar en ese acto público respaldó políticamente a una posible candidata a la que permitió intervenir en el acto de protocolo que daba por finalizada la inauguración de la obra, acto que fue observado e identificado por todos los asistentes, es decir, que la conducta del disciplinado se enmarca dentro de la de participación en política, al inobservar su deber de imparcialidad frente a quienes participarían en la contienda electoral que se acercaba.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-2363-02 \(504-2008\) M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

SECCIÓN TERCERA

1. La Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta del contrato estatal No. 002 de 1994, celebrado entre la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá y la sociedad Coinverpro Ltda., como consecuencia de ello, ordenó la restitución inmediata del Coliseo Cubierto el Campín.

Mediante sentencia proferida el pasado 18 de marzo de 2010, la Corporación analizó la legalidad de unos actos administrativos a través de los cuales se dio por terminado unilateralmente el referido contrato y se dispuso tanto su liquidación como la restitución del inmueble -Coliseo el Campín- objeto del contrato. También se ocupó la Sala de estudiar, de manera íntegra, el vínculo contractual celebrado entre las partes, aspecto frente al cual se determinó que si bien el contrato No. 002 de enero de 1994 se había celebrado bajo la denominación de un contrato de “Arrendamiento”, lo cierto era que se trató, en realidad, de un contrato de concesión, pues se precisó que más allá de la nominación que las partes le hubieren dado a tal vínculo, lo que interesaba era la presencia de los elementos que determinaban la función económico-social del negocio; es decir, de los elementos sin los cuales el negocio no produciría efecto alguno o degeneraría en otro diferente, los cuales, según concluyó la Sala, eran los propios de un contrato de concesión. Como fundamento de la ilegalidad del contrato celebrado y, por ende, de la declaratoria de nulidad del mismo, la Sección Tercera encontró probado en el proceso que se habían pretermitido en forma indebida los procedimientos de selección objetiva del contratista, más concretamente la licitación pública, la cual debió adelantarse, habida consideración que se trató, como se dijo, de un contrato de concesión, el cual exige de tal mecanismo de escogencia del contratista para su celebración. En consecuencia, se ordenó la restitución inmediata -en el evento en que ello aún no se hubiere dado- del Coliseo Cubierto el Campín a la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá, toda vez que la sociedad concesionaria Coinverpro Ltda., debió devolver dicho inmueble desde el mes de marzo de 1994.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-26-000-1994-00071-01\(14.390\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

* Con aclaración de voto de la Doctora Ruth Stella Correa Palacio.

2. Procedencia de medidas cautelares en las acciones de repetición y en el llamamiento en garantía con fines de repetición

A juicio de la Sección Tercera, la admisión de las referidas medidas preventivas dentro de las acciones de repetición y dentro del llamamiento en garantía con fines de repetición resulta procedente pero en tanto existan razones objetivas que las justifique tales como la presencia de prueba sumaria, pero plena, del dolo o de la culpa grave respecto de la conducta de los demandados.

[Auto de 3 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-26-000-2009-00062-01\(37.590\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPETICIÓN.](#)

* Con salvamento de voto del doctor Enrique Gil Botero y con aclaración de voto de la doctora Ruth Stella Correa Palacio.

3. La Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió, de manera provisional, los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009, por medio del cual se modificaron parcialmente los Decretos 2474 de 2008 y 2025 de 2009.

A juicio de la Sala, los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009 establecen una modalidad de contratación no prevista en la Ley 1150, proferida en el año 2007, pues el Gobierno Nacional, vía reglamentaria, pretende introducir una modalidad de escogencia dentro del proceso de selección abreviada cuando el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía, el cual no está previsto en el ordenamiento jurídico.

[Auto del 18 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-26-000-2009-00116-00 \(37.785\).M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD](#)

* Con salvamento de voto de la doctora Myriam Guerrero de Escobar y del doctor Enrique Gil Botero.

4. La Sección Tercera confirmó la medida cautelar de suspensión provisional dispuesta el año pasado respecto de los parágrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009.

Al desatar el recurso de reposición interpuesto por la Nación - Ministerio del Interior y de Justicia contra del auto proferido por el 21 de octubre de 2009, cobró firmeza entonces la suspensión provisional de los efectos de los parágrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 y del artículo 2 del Decreto 127 de 2009.

a) Suspensión provisional del Parágrafo 2 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

Sostuvo la Sala -como lo hizo en el proveído impugnado- que mientras la ley (numeral 4, letra d, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007) sólo autoriza a las entidades que integran el Sector Defensa y al DAS, para acudir a la contratación directa para la adquisición de bienes y servicios que por razones de seguridad nacional debe ser reservada, la norma suspendida permite a otras entidades, como la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Superior de la Judicatura, el INVIAS e incluso aquellas que cuenten con concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, contratar directamente, disposición que comporta una transgresión directa y palmaria de la ley, dado que por vía de reglamento se extendió y adicionó la mencionada hipótesis de contratación directa a otras entidades que no fueron señaladas o habilitadas por el legislador.

b) Suspensión provisional del parágrafo 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

La norma suspendida contempla que el procedimiento en ella señalado podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las mencionadas en la misma, en el evento de que requieran adquirir bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada por la entidad interesada. A juicio de la Sala, resulta notoria la infracción a la ley porque en la disposición reglamentaria se creó un trámite o requisito que no está contemplado para la procedencia de los mecanismos de selección, ni para la aplicación de las causales consagradas para ellos, a lo cual agregó que asignar a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República la función de definir qué otras entidades públicas y en qué casos pueden contratar mediante el procedimiento a que hace referencia el reglamento bajo la causal de adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, constituye una prerrogativa o atribución que no está otorgada por la ley al reglamento en el marco de los procesos de selección contractual.

c) Suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 127 de 2009.

Reiteró la Sala que la norma suspendida comporta una delegación al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que determine en su manual de contratación, el procedimiento que bajo la modalidad de selección abreviada deberá aplicarse para obtener la oferta más favorable en los contratos de prestación de servicios para labores materiales y de apoyo referidos a la defensa y seguridad nacional, que pretenda celebrar la citada entidad pública. De esa manera, precisó la Corporación que el Gobierno Nacional no reglamentó el procedimiento para la selección abreviada de los contratos en ella mencionados, sino que encargó su elaboración a la entidad pública contratante para que lo incluyera en su manual interno; es decir, que dentro del reglamento se omitió establecer el procedimiento de selección abreviada para esos contratos y se defirió a la entidad pública contratante su elaboración a través de su manual interno, desconociendo así las normas superiores que le imponen al Gobierno Nacional reglamentar la materia.

[Auto de 3 de marzo de 2010. Exp. N° 11001-03-26-000-2009-00043-00 \(36.805\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

5. La Sección Tercera ratificó la suspensión provisional decretada mediante auto de 25 de noviembre de 2009, frente al parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009.

Para confirmar, por razón de las impugnaciones presentadas por la Nación - Ministerio del Interior y de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación, la suspensión provisional del parágrafo del artículo 5 del Decreto 2025 de 2009, la Sala consideró que mientras la Ley 1150 de 2007, en el parágrafo 2 del artículo 2º, no excluyó del deber de dar publicidad a ningún procedimiento o acto dentro del proceso de selección, esto es sin prescindir de la convocatoria pública para dichos procesos, el reglamento sí lo hizo al suprimir o eliminar dicha convocatoria en el procedimiento de selección abreviada para la celebración de los contratos que celebren las entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, menospreciando de esa manera la regla establecida en la norma legal y, por ende, en abierta oposición a la misma.

[Auto de 3 de marzo de 2010. Exp. N° 11001-03-26-000-2009-00073-00 \(37.083\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

6. El Consejo de Estado declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de un menor que jugaba en un parque infantil y cayó de una cancha de fútbol móvil.

Por medio de sentencia fechada en febrero 18 del presente año, la Sala resolvió un caso relacionado con la muerte de un menor de 10 años, quien se encontraba jugando en un parque y se subió a una cancha de fútbol móvil para evadir un perro que lo perseguía. Aunque en el proceso no se determinó con claridad si el deceso del menor se produjo porque éste se cayó desde la cancha y se golpeó contra el piso o porque la cancha se precipitó al no soportar el peso del menor y éste recibió un golpe en la cabeza con la misma cancha, lo cierto es que el daño, precisó la Sala, le era imputable a las entidades responsables del mantenimiento del parque y, por ende, de ese elemento deportivo (Departamento de Nariño, Municipio de Pasto y COMFAMILIAR Nariño), por cuanto la cancha no se encontraba debidamente asegurada y cayó cuando el menor se colgó de ella, de modo que al no encontrarse fijada al suelo el hecho dañoso se tornaba previsible. Agregó la Corporación que las entidades demandadas no adoptaron las previsiones necesarias para evitar accidentes como el que causó la lamentable muerte del menor.

[Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. N° 52001-23-31-000-1998-08834-01 \(17.179\).. M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

7. La Sección Tercera del Consejo de Estado precisó acerca de la competencia que le asiste a la Corporación para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

A través de una sentencia dada a conocer este año, la Sección Tercera se refirió a la competencia que le asiste a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad interpuestas contra los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional -que se asemejan a la ley por ser actos reglas generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas, leyes en sentido material-, cuyo conocimiento no esté atribuido a la Corte Constitucional. En ese sentido, la Sección también precisó cuáles demandas le competen a la Sala Plena y cuáles a las diferentes Secciones que integran el Consejo de Estado. Así pues, se indicó que son de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, siempre y cuando se cumpla con los siguientes presupuestos: i) que la impugnación recaiga sobre un Decreto de carácter general; ii) que ese Decreto haya sido expedido por el Gobierno Nacional (entendiéndose el acto proferido conjuntamente por el Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Directores de Departamentos Administrativos) y iii) que ese acto no obedezca a función propiamente administrativa, esto es, que se trate de actos de poder, de autoridad o políticos. Por consiguiente, si la acción de nulidad por violación directa de la Constitución Política versa sobre actos administrativos propiamente dichos, expedidos por una autoridad nacional, diferente de aquellas que integran el Gobierno nacional, el conocimiento corresponderá a las Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, según la especialidad o materia de que trate el acto impugnado, de conformidad con la distribución de asuntos hecha por el Reglamento Interno de la Corporación. La anterior precisión se produjo dentro del marco de una acción de nulidad instaurada contra un acto administrativo expedido por la CRA, dentro de la cual se abordaron aspectos de gran relevancia jurídica, entre los cuales se destacan: a) el régimen jurídico de los servicios públicos en Colombia; b) los contratos de concesión celebrados por entidades territoriales para otorgar áreas de servicio exclusivo en la prestación de servicios públicos; c) las funciones de regulación ejercidas por las Comisiones de Regulación; d) la naturaleza jurídica de los actos expedidos por tales entidades; e) la libertad de competencia; f) la posibilidad de constituir monopolios distintos a los rentísticos y g) la procedencia de indemnizaciones con ocasión de la conformación de tales monopolios a causa de la concesión, por parte de los entes territoriales, de áreas de servicio exclusivo para la prestación de servicios públicos domiciliarios.

[Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2001-00037-01\(20.691\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

* Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero.

8. El Consejo de Estado declaró la nulidad de una norma contenida en el Acuerdo 0011 de septiembre de 2007, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE), expedido por el Comité para la Operación del SICE.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, al ocuparse de una demanda ejercida mediante la acción pública de nulidad, analizó la legalidad del artículo 2 del Acuerdo 0011 de septiembre de 2007, expedido por el Comité para la Operación del SICE, a través del cual se disponía que las entidades y particulares que manejen recursos públicos con régimen especial de contratación, debían registrar en el Portal del SICE, dentro de los primeros cinco días hábiles del mes, todos los contratos celebrados en el mes inmediatamente anterior, sin importar su cuantía. A juicio de la Sala, la disposición anulada transgredía, de manera palmaria, el artículo 14 del Decreto 3512 de 2003 -el cual

se encontraba vigente-, al no poder exigir éste la obligación de registro en el portal SICE de todos los contratos celebrados por las entidades y particulares que manejen recursos públicos con régimen especial de contratación sin importar la cuantía, cuando una norma de rango superior excepcionó de este deber a aquellos contratos cuya cuantía fuese inferior a 50 SMLMV.

[Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2008-00033-00 \(35.313\) M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE NULIDAD.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) LAS CIRCULARES DE SERVICIO SON ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDABLES

Situación fáctica: La actora pidió la nulidad de la expresión “aeropuertos” de los incisos acusados de las Circulares 10 de 28 de febrero de 2005 y 18078 de 6 de diciembre del mismo año, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía.

Tesis: De acuerdo con el inciso 3 del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, son demandables en acción de nulidad, las circulares de servicio y los actos de certificación y registro. Al respecto ha precisado la Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues, si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Los actos acusados en cuanto prevén que entidades como los aeropuertos están obligadas al pago de la contribución de solidaridad y las empresas de servicios públicos deben cobrarles dicho tributo, son actos administrativos porque son decisiones capaces de producir efectos jurídicos tanto respecto de los obligados al pago de la contribución como frente a quienes deben recaudar el importe del mismo. De otra parte, aunque el Viceministro de Minas y Energía no es el superior jerárquico de las empresas comercializadoras de energía, como lo afirma la demandada, los actos acusados son vinculantes para dichas empresas, dado que es función del Ministerio de Minas y Energía, hacer cumplir las normas técnicas relativas a los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, en los términos previstos en las normas legales vigentes (artículo 3 num 4 del Decreto 70 de 2001).

b) LA FALTA DE PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL NO AFECTA SU EXISTENCIA

Tesis: Las circulares se expidieron para precisar el alcance de los artículos 89.1 y 89.7 de la Ley 142 de 1994, en relación con la contribución de solidaridad creada por dicha Ley, y, si bien no existe constancia de la publicación de tales actos en el Diario Oficial, tal hecho no significa que las circulares no existan como actos administrativos, y, por lo mismo, no puedan ser demandables, pues, la falta de publicidad no afecta la existencia y validez del acto general, dado que la publicación del acto es posterior a la expedición del mismo. De otra parte, del numeral 1 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo se concluye que para el ejercicio de la acción pública de nulidad, sólo se requiere que el acto administrativo haya sido expedido, por lo que, a contrario sensu, para instaurar la acción es indiferente si el mismo fue o no publicado. En consecuencia, para el ejercicio de la acción de nulidad es suficiente que el acto haya sido expedido, que exista o haya existido. Lo anterior no significa que la Administración quede relevada de la obligación de publicar sus actos (artículo 43 del Código Contencioso Administrativo y 119 de la Ley 489 de 1998), o que se levante la prohibición de ejecutarlos mientras su publicación no se haya cumplido de acuerdo con la Ley. Lo que sucede es que la obligación de publicarlos y la prohibición de ejecutarlos no obstan para que la acción de nulidad pueda iniciarse independientemente de ellas.

c) LA AERONÁUTICA CIVIL NO ESTÁ OBLIGADA A PAGAR LA CONTRIBUCIÓN DE SOLIDARIDAD PORQUE SUS FUNCIONES SON PÚBLICAS

Tesis: Como resultado de la fusión entre el Fondo Aeronáutico Nacional y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, ordenada en el artículo 67 del Decreto 2171 de 1992, se creó la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil AEROCIVIL, cuyo régimen se encuentra previsto en el Decreto 260 de 2004. El artículo 1 del Decreto 260 dispuso que la AEROCIVIL Es una entidad especializada, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Conforme al artículo 2 del Decreto 260 de 2004 LA AEROCIVIL es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete: i) regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano por parte de la aviación civil, y coordinar las relaciones de ésta con la aviación de Estado, mediante la formulación y desarrollo de planes, estrategias, políticas, normas y procedimientos sobre la materia; ii) prestar servicios aeronáuticos y, con carácter exclusivo, desarrollar y operar la infraestructura requerida para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad; iii) reglamentar y supervisar la infraestructura aeroportuaria del país; iv) administrar directa o indirectamente los aeropuertos de su propiedad o los de propiedad de la Nación.; v) autorizar y vigilar la construcción de aeródromos, actividad que continuarán desarrollando las entidades territoriales, las asociaciones de éstas o el sector privado. En suma, las funciones a cargo de AEROCIVIL son públicas, como administrar, regular, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano, es decir, prestar los servicios aeronáuticos necesarios para garantizar la operación segura y eficaz del transporte aéreo y velar por la seguridad aérea, mediante la administración directa o indirecta de los aeropuertos de su propiedad o de la Nación. No corresponden al ejercicio de actividades industriales ni comerciales, pues, no tienen por objeto la fabricación de bienes ni mucho menos la realización de actos de comercio (artículo 20 del Código de Comercio). Dado que las funciones de la AEROCIVIL no son industriales ni comerciales y que la administración de los aeropuertos públicos tiene como finalidad que la entidad en mención cumpla las funciones públicas a su cargo, debe entenderse que los aeropuertos administrados por la AEROCIVIL no están obligados al pago de la contribución de solidaridad. Por lo tanto, por falsa motivación se anulará la expresión “aeropuertos” de los incisos acusados de las Circulares 10 de 28 de febrero de 2005 18 078 de 6 de diciembre del mismo año, en el entendido de que la nulidad sólo se refiere a los aeropuertos administrados por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL.

[Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2007-00046-00 \(16853\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA \(E\)](#)

2. a) NO ES AL CONTRIBUYENTE AL QUE LE CORRESPONDE VERIFICAR EL RÉGIMEN DEL IMPUESTO A LAS VENTAS A QUE DEBA PERTENECER SU PROVEEDOR

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de 2001.

Tesis: A juicio de la Sala, el argumento expuesto por la DIAN para rechazar la deducción no tiene fundamento jurídico. En primer lugar, la DIAN sólo aduce para efectos de establecer la obligación de la actora de exigir factura a quien le prestó el servicio, la declaración de renta de esta persona y no el documento que realmente demostrase que en el período discutido pertenecía al régimen común. Este único elemento de juicio no es la prueba para establecer en qué régimen está inscrito un responsable del impuesto a las ventas ni es suficiente para trasladar al contribuyente la carga de cumplir un requisito que no está previsto en la ley para la procedencia de las deducciones. En efecto, las autoridades sólo pueden exigir a los contribuyentes los requisitos previamente establecidos en la ley. Para la Sala, además de la presunción de buena fe del actor, no obra en el expediente prueba de que el prestador del servicio estuviera inscrito o perteneciera al régimen común. El demandante tuvo la conciencia de que quien le prestaba la asesoría pertenecía al régimen

simplificado y por ello le bastaba con el documento que soportaba el cobro por el servicio prestado. Ya la certeza de que el señor García estuviera en el régimen correspondiente a sus ingresos no debía obtenerla el contribuyente, pues sólo la podía tener el propio prestador y no un tercero, como el demandante. Tampoco es dable suponer que el contribuyente que adquiere un servicio o un bien inicie un negocio comercial presumiendo que quien le provee bienes o servicios ha incumplido una obligación tributaria. Entonces, no es razonable considerar que el contribuyente tuviera la obligación que se le adjudica en los actos acusados. De manera que, si existió omisión del contratista en inscribirse en el régimen común, anunciarse como tal y expedir factura con todos los requisitos legales, es una circunstancia que no puede trasladarse al contribuyente que actuó de buena fe y que, con la convicción de haber contratado los servicios de una persona del régimen simplificado del IVA, no exigió factura. Se trató entonces de una exigencia injustificada de la DIAN para la procedencia de la deducción.

b) LA DEDUCCIÓN POR SALARIOS PROCEDE EN FORMA PROPORCIONAL AL PAGO DE LOS APORTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y NO HAY LUGAR A SU DESCONOCIMIENTO POR FALTA DE PAZ Y SALVO

Tesis: La doctrina de la DIAN citada por el actor, sostiene que si existe un acuerdo de reestructuración que incluye las obligaciones parafiscales, la DIAN no puede desconocerlo y exigir paz y salvo de obligaciones parafiscales como lo exige el artículo 664 del Estatuto Tributario; y concluye que las obligaciones parafiscales reconocidas en el proceso liquidatorio y sometidas a las reglas sobre prelación de los créditos en la medida en que deben cumplirse en el orden previsto, no constituyen requisito previo para efectos del reconocimiento de la deducción por salarios del empleador sometido a liquidación obligatoria; sin embargo, el acto demandado no desconoce ni contradice esta situación. La exigencia de la DIAN tuvo como propósito establecer que todas las obligaciones del año gravable objeto de fiscalización hacían parte del acuerdo de reestructuración, lo cual sólo se pudo determinar parcialmente. Como se pronunció la Sala en sentencia de 12 de marzo de 2009, una interpretación de los artículos 108 y 664 del Estatuto Tributario en concordancia con el espíritu de justicia que debe regir la determinación de los impuestos, permite considerar que en la medida en que se prueben los pagos a la seguridad social y a las entidades beneficiarias de los aportes parafiscales, así sea parcialmente, procede el reconocimiento de la deducción por salarios en forma proporcional a lo que se acredite según los porcentajes de las cotizaciones, y no hay lugar a su desconocimiento total por falta de los certificados de “paz y salvo” de las entidades beneficiarias, pues además de que la Ley no consagra una tarifa legal de prueba, existen otros documentos, como las planillas de aportes o los recibos que expiden las entidades respectivas, suficientes para acreditar el pago de los aportes parafiscales.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2006-01257-01 \(17074\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

*** Aclaración de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas**

3. EL SANEAMIENTO DE BIENES RAÍCES DEL ARTICULO 90-2 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO SÓLO SE APLICÓ PARA EL AÑO 1995 Y NO ES POSIBLE DESCONTARLO DE LA BASE DEL IMPUESTO AL PATRIMONIO

Situación fáctica: Los actores demandan la nulidad de los Conceptos de DIAN 091434 de diciembre 30 de 2004 y 034196 de junio 7 de 2005.

Tesis: el artículo 80 la Ley 223 de 1985 autorizó a los contribuyentes de renta y complementarios, sólo para el año gravable 1995, ajustar al valor comercial de los bienes raíces que poseían al concluir dicha anualidad, haciendo la salvedad de que la diferencia obtenida por este saneamiento “no generará renta por diferencia patrimonial, ni ocasionará sanciones, ni será objeto de requerimiento especial, ni de liquidación de revisión ni de aforo”. Naturalmente estos beneficios se refieren sólo a la misma anualidad gravable en la cual se incrementa el patrimonio declarado por efecto del ajuste

autorizado, ya que una vez quede incorporado el ajuste al patrimonio del declarante, no pueden hacerse extensivos a vigencias posteriores. La previsión anterior atañe únicamente al impuesto sobre la renta y sus complementarios, razón por la cual, el inciso 6° de la norma enunciada advierte que “El valor estimado por los contribuyentes con base en este artículo, no producirá en ningún caso efectos para la determinación del impuesto predial, ni otros impuestos, tasas y contribuciones, diferentes del impuesto sobre la renta y complementarios”. el beneficio establecido por el artículo 90-2 E.T, aparte de afectar sólo el impuesto sobre la renta, tuvo el carácter de transitorio, ya que la misma norma solamente autorizó realizar el ajuste para la vigencia fiscal de 1995, por tanto, una vez concluida y declarada la citada vigencia, desapareció la razón de ser del beneficio, del que solamente se podía hacer uso en el citado año gravable. no puede hablarse de “derogatoria tácita” del artículo 80 de la ley 223 de 1995 por el artículo 17 de la Ley 863 de 2003, en virtud del artículo 2° de la Ley 153 de 1887 que ordena: “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”. Es lógico entonces, que cuando se haya hecho uso del saneamiento en la declaración de renta de 1995, y, a partir del momento en que se incorpore el ajuste a los bienes raíces ya poseídos, se parte de una nueva base para establecer el costo fiscal de dichos bienes y, desde luego, para su valor patrimonial en vigencias posteriores. En conclusión, como acertadamente lo afirma el Ministerio Público, la base para liquidar el impuesto al patrimonio por los años gravables 2004, 2005 y 2006, es el “Patrimonio Líquido” del sujeto pasivo, entendido como la universalidad jurídica, diferente de cada uno de los bienes inmuebles que lo componen y que puedan haber sido tomados en cuenta por el contribuyente para llevarlos a su valor comercial. Entonces, lo que se debe tener en cuenta para dilucidar si es o no factible detraer el valor de los ajustes realizados a los bienes raíces en la declaración de 1995 de la base gravable para el impuesto al patrimonio, como lo señala el artículo 295 E.T. es el Patrimonio Líquido declarado en cada uno de los años anteriores a la causación del citado tributo, que solo puede ser afectado con las exclusiones expresas contenidas en la norma citada. En consecuencia se niega la nulidad de los conceptos de la DIAN 091434 de diciembre 30 de 2004 y 034196 de junio 7 de 2005.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2007-00043-00 \(16839\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

4. a) EL AVISO DE CITACIÓN NO ES UNA FORMA DE NOTIFICACIÓN

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 2000.

Tesis: Según los artículos 732 y 734 del Estatuto Tributario la DIAN tiene un año para resolver el recurso de reconsideración, contado a partir de su interposición en debida forma. Si dentro del plazo en mención el recurso no se ha resuelto, debe entenderse fallado a favor del recurrente. Por su parte, el artículo 565 inciso 2 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los hechos, dispone que “Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación”. Así, el acto que decide el recurso de reconsideración debe notificarse personalmente y solo en caso de que esto no sea posible, debe notificarse por edicto. Por su parte, el envío del aviso de citación no puede entenderse como una notificación por correo. Es solo el medio que utiliza la Administración para que el interesado se acerque a las oficinas de impuestos para notificarse personalmente de la decisión del recurso. Además, la citación para notificación no es un acto administrativo. No crea, modifica ni extingue una situación jurídica. Por lo tanto, no hace parte de las decisiones que deben notificarse por correo, según el artículo 565 inciso primero del Estatuto Tributario. En consecuencia, los diez (10) días que tiene el administrado para notificarse personalmente de la resolución que resuelve el recurso de reconsideración, deben contarse a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación, como lo prevé el artículo 565 del Estatuto

Tributario. Y, no desde el recibo de la citación, como lo pretende la actora en aplicación del artículo 566 ibídem.

b) SON DEDUCIBLES DEL IMPUESTO A LA RENTA LOS PAGOS HECHOS POR ESTAMPILLAS AL SER EXPENSAS NECESARIAS

Tesis: Los pagos por estampillas son expensas necesarias para DICEL E.S.P. Son obligatorios para esta cuando contrata con entidades públicas y le permiten desarrollar su actividad. Ello, porque tales pagos se hicieron como consecuencia de la celebración de contratos en los que las entidades públicas en mención vendieron energía a DICEL. Y, el objeto social de esta es precisamente distribuir y comercializar energía eléctrica que necesariamente requiere para desarrollar su actividad generadora de renta. Los citados pagos también guardan relación de causalidad con la actividad de DICEL. Son obligatorios para la celebración de ciertos contratos que, a su vez, le permiten el cumplimiento de su objeto social y la obtención de rentas. Así, el pago de estampillas por los contratos con entidades públicas (causa), le permite a DICEL desarrollar su actividad generadora de renta. De otra parte, el criterio comercial con el que deben analizarse los presupuestos de necesidad y proporcionalidad, supone que la carga que asume la contribuyente para realizar su objeto social, sea una expensa normal, acostumbrada y necesaria en su actividad productora de renta. En este caso, si DICEL no hubiera pagado las estampillas no podría celebrar contratos con entidades públicas que, a su vez, le permiten la obtención de la renta. Por último, el hecho de que solo ciertos impuestos sean deducibles (artículo 115 del Estatuto Tributario), no significa que otros tributos no lo sean, según la norma general del artículo 107 del Estatuto Tributario. Eso sí, en cada caso debe analizarse si se cumplen los requisitos de la última norma en mención.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2004-05247-01 \(16557\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA \(E\)](#)

5. PARA QUE PROCEDA LA TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LA LEY 1111 DE 2006 DEBE ACREDITARSE EL PAGO DEL 75% DE LA SANCIÓN

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN negó la solicitud de terminación por mutuo acuerdo del proceso administrativo tributario presentada por la demandante en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 1111 de 2006.

Tesis: El artículo 55 de la Ley 1111 de 2006 contempla dos supuestos para acceder al beneficio de la terminación por mutuo acuerdo de los procesos administrativos tributarios, tratándose de sanciones impuestas mediante resolución independiente. 1) Conforme al literal c) el contribuyente podía transar con la DIAN hasta el 31 de julio de 2007 hasta el 50% del valor de la sanción propuesta en el pliego de cargos, siempre y cuando no haya operado la notificación de la resolución sancionatoria, es decir paga el 50% de la sanción. 2) Conforme al literal d), notificada la resolución sancionatoria el contribuyente solamente podía transar hasta el 25% del valor de la sanción impuesta, siempre y cuando se acredite el pago del 75% de la misma, o sea, que paga el 75% del valor de la sanción impuesta. En el caso concreto la solicitud de terminación por mutuo acuerdo fue presentada el 23 de abril de 2007, esto es, con posterioridad a la notificación de la resolución sancionatoria (27 de febrero de 2007), en consecuencia, la demandante debió acreditar el pago del 75% del valor de la sanción impuesta (\$222.480.000) y toda vez que acreditó solamente el pago de \$14.832.000 no procede la solicitud de terminación por mutuo acuerdo.

b) NO PROCEDE LA SANCIÓN REDUCIDA CUANDO SE HA NOTIFICADO LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

Respecto al alegado derecho de aplicar la sanción reducida al 10% conforme lo dispone el artículo 651 del Estatuto Tributario, anota la Sala que el contribuyente debió subsanar la omisión detectada por las autoridades tributarias antes de que se notificara la imposición de la sanción y acreditar el

pago de la suma de \$29.664.000, (10% DE LA SANCIÓN PROPUESTA EN EL PLIEGO DE CARGOS) debiendo presentar ante la oficina que está conociendo la investigación un memorial de aceptación de la sanción reducida, en el cual se acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma, requisitos que no se encuentran acreditados dentro del expediente y que en todo caso constituye un asunto ajeno a la decisión adoptada en los actos acusados.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2008-00011-01 \(17338\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

6. a) NO ES REQUISITO PARA LA EXENCIÓN DEL IVA EN LA EXPORTACIÓN DE SERVICIOS EL REINTEGRO DE DIVISAS

Situación fáctica: Se demanda la nulidad de la expresión “previamente al reintegro de las divisas” del artículo 6 del Decreto 2681 de 1999, expedido por el Gobierno Nacional.

Tesis: La exigencia del reintegro cambiario solo fue prevista por el legislador como requisito para la procedencia de la exención, en el caso de los servicios turísticos, que es distinta a la exportación de servicios, porque se prestan en el país. A contrario sensu, el reintegro de divisas no es un requisito legal para la procedencia de la exención de IVA en la exportación de servicios. Cabe anotar que las modificaciones al artículo 481 lit e) del Estatuto Tributario han sido respecto de la exención de IVA a los servicios turísticos. Así, el artículo 33 de la Ley 633 del 2000 permitió que el beneficio tributario también se concediera si los paquetes turísticos eran vendidos hoteles inscritos en el Registro Nacional de Turismo (Ley 300 de 1996) y mantuvo la exigencia del reintegro cambiario. Por su parte, el artículo 62 de la Ley 1111 del 2006 precisó que en el caso de servicios hoteleros, la exención rige independientemente de que el responsable del pago sea el huésped no residente en Colombia o la agencia de viajes. Y, eliminó el requisito del reintegro de divisas para los servicios turísticos. En suma, el reintegro de divisas nunca ha sido requisito legal para la procedencia de la exención de IVA por exportación de servicios. Y, en virtud del artículo 62 de la Ley 1111 de 2006 dejó de serlo para la exención por servicios turísticos y hoteleros. La exportación de servicios no es una operación que deba canalizarse a través del mercado cambiario, pues, se canalizan la importación y exportación de bienes (artículo 7 Resoluciones 21 de 1993 y 8 de 2000). Por lo tanto, el régimen de cambios no impone la obligación del reintegro de divisas por exportación de servicios (artículo 8 Resoluciones 21 de 1993 y 8 de 2000). En ese orden de ideas, no tiene justificación legal ni resulta razonable la exigencia del acto acusado de registrar los contratos de exportación de servicios antes del reintegro de divisas. Además, el artículo 481 lit e) del Estatuto Tributario no previó el registro de los contratos previamente al reintegro de divisas, como requisito para la procedencia de la exención de IVA por exportación de servicios. Se insiste en que esta exigencia solo la impuso para la exención de IVA por servicios turísticos (artículo 58 de la Ley 488 de 1998, que adicionó el artículo 481 lit e) del Estatuto Tributario) y fue eliminada por el artículo 32 de la Ley 1111 de 2006. No obstante, la exención por estos servicios no fue materia de reglamentación en la norma acusada, ni de discusión en este proceso. En síntesis, dado que el acto acusado condiciona la exención de IVA por exportación de servicios a que el registro de los contratos sea anterior al reintegro cambiario, y que el citado reintegro no fue previsto en la ley que creó el beneficio tributario ni es una exigencia del régimen de cambios (que es ley en sentido material), se impone anular la expresión “*previamente al reintegro de las divisas*” del artículo 6 del Decreto 2681 de 1999.

[Sentencia de 11 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2007-00013-00 \(16469\). M.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA \(E\)](#)

7. LA ADMINISTRACIÓN PUEDE TRASLADAR PRUEBAS PRACTICADAS DENTRO DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE OTRO TRIBUTO SIEMPRE QUE ÉSTAS HAYAN SIDO CONOCIDAS POR EL CONTRIBUYENTE

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de 2001 de la actora.

Tesis: El traslado de pruebas a diferencia de lo considerado por el Tribunal, es procedente, no sólo por la facultad de fiscalización que tiene la Administración acorde con el artículo 684 del Estatuto Tributario sino porque no es indispensable para efectos del traslado de pruebas el requerimiento previo del contribuyente a fin de que pueda surtirse el traslado probatorio, esto en concordancia con los principios de economía, celeridad y eficacia establecidos en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo que rigen la actuación de la Administración. Las pruebas fueron trasladadas mediante Auto de Traslado No. 004 de 2004-02-06 y de dichos hechos se da cuenta al contribuyente en el Requerimiento Especial, razón por la cual se concluye que tuvo la oportunidad procesal de controvertirlas. Según se puede apreciar la Administración en momento alguno tuvo en cuenta como pruebas las de una persona diferente a la de la demandante a fin de modificar la liquidación privada de esta, toda vez que las pruebas trasladadas del impuesto a las Ventas Acta de Verificación No 2406320030000072, 73 y 74 al impuesto de Renta, efectivamente pertenecían al mismo contribuyente, Reyes López y Cia Ltda. Además no es cierto que la prueba trasladada deba tener la misma naturaleza que la prueba de destino, pues no tendría finalidad alguna hacer dicho traslado mas aún como lo dice la Administración “qué sentido tendría volver a practicar una prueba que ya reposaba en la Administración y que se practicó en otro expediente de la misma parte con todas las formalidades legales.”

[Sentencia de 11 de marzo de 2010. Exp. 20001-23-31-000-2005-02356-01 \(16920\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

8. EL ALCALDE NO TIENE COMPETENCIA PARA ASIGNAR UNA TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO PARA LA EDICIÓN DE LIBROS DIFERENTE A LA PREVISTA POR EL CONCEJO DISTRITAL

Situación fáctica: El actor demandó la nulidad parcial del artículo 1 de la Resolución 1195 de 1998.

Tesis: Se observa que si bien el Alcalde Mayor de Bogotá podía acoger la clasificación CIU Revisión 3.A.C., no es menos cierto que, para efectos del impuesto de industria y comercio, así el Distrito considere que existe una actividad industrial y una actividad de servicios claramente diferenciable, no podía, so pretexto de esa subdivisión, asignar una tarifa de impuesto de industria y comercio que el Concejo Distrital no había establecido. La intención de esa corporación desde la promulgación del Acuerdo 2 de 1985, fue la de mantener la actividad de edición de libros como una actividad de servicios gravada con una tarifa del 3 por mil y no del 8 por mil como se estableció en la Resolución 1195. Por lo tanto, y con las limitaciones que el artículo 338 de la Constitución Política impone, para la Sala es evidente que, en el caso in examine, el Alcalde Mayor de Bogotá no tenía competencia para asignar a la actividad de edición de libros, folletos, partituras y otras publicaciones la tarifa del 8%, porque el Concejo Distrital la fijó en 3%. La Sala resalta que el Decreto 1421 de 1993 sólo le otorgó facultades al Alcalde Mayor para expedir la normatividad necesaria para reunir en un sólo texto todas aquellas disposiciones que en materia de impuestos distritales se encontraban vigentes en ese momento, pero sin llegar a modificar el contenido y alcance de las mismas. Es por ello que resulta acertada la consideración que hizo el a quo al afirmar que no era posible que una norma de rango inferior, como lo es la Resolución 1195 de 1998 modificara lo dispuesto en una norma de rango superior, como lo es un Acuerdo Distrital. De allí que devenga en ilegal e inconstitucional el acto acusado, porque además de desconocer los artículos 121, 287 y 338 de la Constitución Política de Colombia; desconoció el Acuerdo 2 de 1985, artículo 2 y 3; el Acuerdo 11 de 1988, artículo 15, literal c) código 301; el Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 12, numeral 3° y, el Decreto Distrital 423 de 1996, artículo 42, literal c). Si bien, como lo afirma la Administración, de la actividad de “edición de libros” pueden derivarse ingresos por ejecutar la actividad para sí mismo como actividad industrial o por cuenta de otros, como actividad de servicios, la asignación de una tarifa diferente para las dos actividades, se reitera, era de competencia exclusiva del Concejo Distrital y no de la autoridad local.

[Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2002-01129-02 \(16751\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

9. LAS GANANCIAS DE CAPITAL ORIGINADAS EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA SÓLO SERÁN GRAVABLES POR EL PAÍS EN CUYO TERRITORIO SE HUBIERA EMITIDO

Situación fáctica: El actor demandó los actos mediante los cuales la DIAN le modificó la declaración de renta de 2000.

Tesis: La Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que aprobó “el Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y el Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión”., y *en* cuanto a la materia del Convenio, el artículo 1 estableció que éste es aplicable a las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros respecto de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. En Colombia, al impuesto nacional sobre la renta y a los complementarios de patrimonio y exceso de utilidades (ahora Impuesto de Renta y Complementarios). Para efectos del Convenio, el artículo 2 definió la expresión “ganancias de capital” como el beneficio obtenido por una persona en la enajenación de bienes que no adquiere, produce o enajena habitualmente dentro del giro ordinario de sus actividades. Las anteriores disposiciones son claras en establecer una regla para evitar la doble tributación sobre un mismo hecho económico: las ganancias de capital, cuando se trata de la enajenación de títulos, acciones y otros valores, sólo se gravan en el país donde se hubieren emitido. Es decir, las normas establecen un factor objetivo para la imposición del gravamen, que es el lugar de emisión de tales títulos o acciones, independientemente de la residencia del sujeto pasivo. Lo cual significa que en virtud del convenio, el Estado del domicilio del sujeto renuncia a gravar las rentas obtenidas en el país de la fuente. El artículo 12 establece que las ganancias de capital sólo podrán gravarse por el País Miembro en cuyo territorio estuvieren situados los bienes al momento de su venta, con excepción de las obtenidas por la enajenación de: [...] Títulos, acciones y otros valores, que sólo serán gravables por el País Miembro en cuyo territorio se hubieren emitido”. Lo cual quiere decir, se repite, que el país del domicilio renuncia en virtud del convenio a gravar esta renta, que en principio y bajo otras circunstancias sería una renta gravada en Colombia. Si bien dentro del ordenamiento interno no existe una disposición que regule precisamente este tema, a juicio de la Sala, dentro del contexto del convenio y siendo necesario, como se mencionó, integrar esta norma internacional al sistema jurídico colombiano con el fin de darle efectivo cumplimiento, debe entenderse que las ganancias de capital por la venta de las acciones que poseía la actora en el Banco de la República de Venezuela son ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional. En efecto, cuando la norma supranacional establece que sólo serán gravables en el país de emisión de tales títulos o acciones con el fin de eliminar la doble imposición, significa que en Colombia no serían gravables, pues, en virtud del convenio un solo país puede gravarlas y el otro, en consecuencia, se abstendrá de hacerlo.

b) LAS GANANCIAS DE CAPITAL POR ENAJENACIÓN DE ACCIONES EN PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA DEBEN DECLARARSE COMO INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL

Para dar plena aplicación al convenio y satisfacer su propósito esencial de gravar las rentas, en este caso, solo en el país de emisión de tales títulos y además de no afectar la tributación del otro país, bien porque pudiera generar una doble tributación o por el contrario pudiera disminuir la tributación interna, la Sala observa que esta circunstancia participa con mayor proximidad del concepto de ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, debiendo por tanto incluirse dentro de la totalidad de los ingresos, como lo señala el artículo 26 del Estatuto Tributario, para detraerlos luego como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, previniendo con ello la doble tributación y dejando a salvo la base gravable, entendida como la renta líquida que por norma general es la que se somete a impuesto, salvo las excepciones legales. Por ello, si se le diera el

tratamiento de renta exenta se vería afectada la base gravable conforme a lo dispuesto en el artículo 26 antes citado. En resumen, para el caso particular de rentas originadas en los países miembros del Pacto Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones - CAN, por personas naturales o jurídicas domiciliadas o residentes en Colombia, se debe observar el régimen previsto en la Decisión 40 del Acuerdo de Cartagena, y en particular lo señalado en los artículos 2, 4 y 12 que prevén que las rentas provenientes de la enajenación de títulos, acciones y otros valores, solo serán gravables por el país miembro en cuyo territorio se hubiera emitido. En consecuencia, para la sala, serán consideradas como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional habida cuenta que el espíritu del convenio es evitar la doble tributación mediante la exoneración de rentas percibidas dentro del territorio de los demás países firmantes del acuerdo.

c) LA PÉRDIDA EN LA ENAJENACIÓN DE CARTERA DE UN BANCO NO ES DEDUCIBLE PORQUE NO TIENE RELACIÓN DE CAUSALIDAD CON LA ACTIVIDAD PRODUCTORA DE RENTA

La pérdida en la enajenación de activos se presenta cuando se vende un bien que hace parte del activo del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal incluidos los ajustes integrales por inflación, conforme al artículo 90 citado. En este caso se deben tener en cuenta los límites consagrados en los artículos 149 y siguientes del Estatuto Tributario. el proceder de la demandante de solicitar como “otras deducciones”, la pérdida en la venta de cartera, no corresponde al procedimiento de depuración de la renta previsto en el artículo 26 del Estatuto Tributario, en concordancia con el artículo 90 *ibidem*. Además, tal proceder resulta contradictorio con los argumentos de la actora para justificar la aplicación del artículo 90 en mención. Ello, porque solicitó la pérdida como deducción en el renglón correspondiente a “otras deducciones”, y, por lo mismo, en aplicación de la regla general de procedencia de las expensas necesarias (artículo 107 del Estatuto Tributario), pero justificó el tratamiento fiscal de la pérdida con la norma sobre determinación de la renta bruta o pérdida en enajenación de activos. Y, alegó que en ningún momento estaba reclamando la aplicación del artículo 107 del Estatuto Tributario y que no era necesario cumplir los requisitos previstos en este. En todo caso, la pérdida llevada como deducción por la actora no es deducible con fundamento en el artículo 107 del Estatuto Tributario. En efecto, para que un gasto sea deducible debe tener relación de causalidad con la actividad productora de renta, debe ser necesario y proporcionado de acuerdo con cada actividad. En este caso ni siquiera existe relación de causalidad, pues la venta de cartera no hace parte del objeto social de DAVIVIENDA. Si bien los bancos están legítimamente autorizados para vender la cartera (artículo 7 del Decreto 663 de 1993), la venta de cartera no tiene vínculo de causa - efecto con la actividad propia de los establecimiento de crédito (captar y colocar recursos del público). Por las anteriores razones se confirma la decisión del tribunal de no aceptar dicha deducción.

d) LA SANCIÓN POR INEXACTITUD PROCEDE CUANDO SE INCLUYEN DATOS EQUIVOCADOS

El demandante considera que no hay lugar a mantener la sanción por la venta de cartera, pues el hecho de la pérdida es cierto y verdadero, de manera que su desconocimiento obedece a simples motivos de improcedencia que no son sancionables. Conforme al artículo 647 del Estatuto Tributario constituye inexactitud sancionable la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente. Como en este caso la sociedad solicitó como deducción la pérdida en la enajenación de cartera, que si bien, puede ser cierta y existente, fue un factor equivocado que dio lugar a un mayor saldo a favor. Esta conducta es sancionable con inexactitud.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-00694-01 \(16652\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

SECCIÓN QUINTA

1) SE NIEGA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL DIRECTOR DE CORPOGUAJIRA: NO EXISTÍA IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE EL CONSEJO DIRECTIVO REHICIERA LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DIRIGIDA A LA ELECCIÓN DEL DIRECTOR, LUEGO DE LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL ANTERIOR

La Sección Quinta negó la nulidad de la elección de Arcesio José Romero Pérez como director de la Corporación Autónoma Regional de La Guajira, Corpoguajira, acto administrativo al que el actor atribuía todas las causales de nulidad del artículo 84 del C.C.A. porque el Consejo Directivo de dicha entidad rehizo la actuación administrativa para elegir, después de que la misma Sala anulara la elección del director anterior. A juicio del actor, el órgano elector debió utilizar la misma lista de elegibles que había conformado para la elección anulada y, en respaldo de su tesis, invocaba la sentencia de 6 de diciembre de 2007, proferida por la Sección Quinta dentro del proceso electoral promovido contra el director de Codechocó (2007-00009).

La Sala advirtió, de una parte, que en el fallo de 22 de mayo de 2008 (Rad. 2007-00011) en el que, efectivamente, anuló la elección de Ana Cecilia Castillo Parodi como directora de Corpoguajira, no hizo pronunciamiento alguno sobre la validez de la actuación administrativa preparatoria a esa decisión y que no existía norma alguna que invalidara el nuevo trámite que adelantó aquella entidad. De otra parte, explicó que el proceso electoral contra el director de Codechocó era sustancialmente distinto al caso concreto.

El fallo consigna los siguientes razonamientos:

“Revisados los antecedentes del presente asunto, es claro que la censura del demandante reposa en la forma como Corpoguajira cumplió el fallo de 22 de mayo de 2008 del Consejo de Estado que anuló la elección de Ana Cecilia Castillo Parodi como Directora General de la institución, para el período 2007 - 2009. (...) el demandante asume que lo dispuesto en la sentencia de 22 de mayo de 2008 de esta Corporación surte efectos sólo en relación con el acto administrativo de elección individualmente considerado, sin que se afectara la validez de la actuación administrativa preparatoria; lo cual implicaba que el Consejo Directivo de Corpoguajira, para subsanar el vicio que dio lugar a la nulidad de la elección de la señora Castillo Parodi, sólo tenía que votar y elegir nuevamente Director General, con exclusión de los 2 miembros inhabilitados. (...) no es cierto que en la sentencia del 22 de mayo de 2008 se haya dispuesto, tácita o expresamente, sólo la anulación del acto administrativo de elección de Directora General de Corpoguajira de la señora Castillo Parodi, individualmente considerado, y haya dejado “incólume” toda la actuación administrativa preparatoria que le precede, como afirma el actor. En segundo lugar, concatenado con lo anterior, cabe decir que los cargos e imputaciones ahora formulados contra el acto administrativo de elección de Arcesio José Romero como Director General son imprecisos y abstractos, por las razones que se expresan enseguida. (...) el actor invocó todas las causales de nulidad del artículo 84 del C.C.A. y dijo que todas concurrían y se configuraban en este caso. Sobre esta imputación, la Sala recuerda que uno de los efectos del principio de justicia rogada que rige en la acción de nulidad electoral, así como de la previsión del artículo 137-4 del C.C.A. que exige en la demanda se invoquen las normas violadas y se formule el concepto de violación, es la identificación y explicación precisa y concreta de las razones de hecho y de derecho por las cuales se considera que existe nulidad en el acto administrativo acusado. En este sentido, se advierte que la imputación en estudio ni siquiera precisa cuál de las diferentes causales de nulidad allí mencionadas se configura en este caso, por tanto no tiene prosperidad alguna. (...) La única razón que el demandante expuso para el efecto es que el Consejo Directivo de Corpoguajira realizó la elección de Arcesio José Romero como Director General con base en una nueva lista de elegibles, de suerte que desconoció la lista inicial legalmente consolidada y por tal motivo “se extralimitó en el ejercicio de las facultades o atribuciones que le

fueron concedidas para el cumplimiento de la sentencia mediante la cual el Consejo de Estado, Sección Quinta, anuló el acto de elección de Ana Cecilia Castillo Parodi”. Sin embargo, en este punto, la Sala también destaca que el demandante no indicó de forma clara y expresa cuáles son las facultades o atribuciones a que alude, ni en dónde están contenidas; lo cual imposibilita la verificación de la extralimitación demandada y de paso condena, de entrada, la improsperidad de los cargos.”

(...)

En tercer lugar, resulta evidente que, en el fondo, el actor discute el alcance de los efectos de la anulación judicial de un acto administrativo. Sobre esta materia, es pertinente señalar que esta Sección se ha pronunciado sobre el particular (...) Entonces, el acto de elección es el acto administrativo en sentido estricto porque contiene una decisión definitiva de elección susceptible de control por la vía jurisdiccional, en tanto que los actos que lo preceden son actos preparatorios o de trámite. De allí que los actos que se profieran en el proceso de elección en comento, que se produzcan contraviniendo las reglas establecidas en la ley, afectan la validez del acto definitivo, y el análisis de su legalidad por vía jurisdiccional es procedente en la medida en que se proponga dentro de la acción de nulidad del acto definitivo. En estos términos, es regla general que la nulidad de los actos administrativos produce consecuencias ex tunc, es decir que abarca el trámite de elección desde su inicio. El caso de Codechocó, contenido de una decisión inter partes y no erga omnes, citado por el actor, es especial y excepcional a esta regla general y no puede traerse a colación al caso presente, mucho menos como criterio para determinar cómo debió proceder el Consejo Directivo de Corpogujaira al cumplir la sentencia que anuló la elección de la señora Castillo Parodi, como sugiere el actor, porque: i) precisamente la decisión de esta Sala en Codechocó es diametralmente diferente a la decisión de la Sala en Corpogujaira; así, en Codechocó, por las circunstancias particulares del caso, se estableció de forma expresa los efectos de la nulidad que se decretó; mientras que en Corpogujaira no, por lo que se siguió la regla general. ii) las circunstancias en los casos en cuestión son completamente disímiles; así, en Codechocó se determinó que el elegido no podía haberlo sido porque se comprobó que en las pruebas del proceso de selección que antecede a la conformación de la lista de elegibles no superó el 70% exigido por la ley; por su parte, en Corpogujaira se comprobó que la señora Castillo Parodi había sido elegida con el concurso y sumatoria definitiva para la decisión de los votos de 2 miembros del Consejo Directivo de la corporación que estaban inhabilitados para el efecto. Así, se concluye que los casos citados de Codechocó y Corpogujaira son diferentes y por tanto los criterios que sirvieron para la decisión en el primero no son aplicables en el segundo, como se evidencia en el texto de cada sentencia que los resolvió.”

[Sentencia de 8 de abril de 2010. Exp. 11001-03-28-000-2009-00003-00. M.P.: MAURICIO TORRES CUERVO](#)

2) SE NIEGA NULIDAD DE ELECCIÓN DE COMISIONADO NACIONAL DE TELEVISIÓN REPRESENTANTE DE ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA, TELEVIDENTES Y FACULTADES DE EDUCACIÓN Y COMUNICACIÓN SOCIAL: LA IRREGULARIDAD ACONTECIDA EN LA ELECCIÓN FUE INSUSTANCIAL

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, la demanda sostenía que la elección de Alberto de Jesús Guzmán Ramírez como comisionado representante de los sectores arriba mencionados estuvo precedida por una irregularidad en la conformación del grupo elector, que consistió en que la Registraduría Nacional del Estado Civil negó la participación de facultades de educación y comunicación de varias universidades, sobre la base de que eran contratistas de la Comisión.

La Sala advirtió que tal exclusión, en efecto, ocurrió y que, en la medida en que estuvo soportada en un decreto reglamentario (3560 de 2007), era inconstitucional y se imponía su inaplicación por vía de

excepción, porque las restricciones a los derechos fundamentales, como el derecho a elegir y ser elegido en este caso (Constitución Política, artículo 40), están reservadas al legislador.

No obstante lo anterior, la Sala consideró que la aplicación de ése decreto por parte de la Registraduría y el consiguiente rechazo de varias universidades en la elección del mencionado miembro de la CNTV, era una irregularidad insustancial que no conducía a la nulidad de la elección demandada, porque aún habiendo participado los excluidos, el resultado habría sido el mismo.

Textualmente dice el fallo:

“Como ha sostenido reiteradamente esta Corporación, las irregularidades ocurridas en un procedimiento administrativo vician de nulidad el acto administrativo definitivo cuando tienen carácter sustancial, esto es, ‘cuando determinen el sentido o resultado de la decisión definitiva. Si el acto administrativo es de carácter electoral, es sustancial la irregularidad cuando es capaz de determinar o modificar el resultado de la elección’.

(...)

Señaló el actor, por otra parte, que las Universidades Pedagógica Nacional, Externado de Colombia, Tecnológica del Chocó, Santiago de Cali, de Nariño y del Valle, 5 en total, se inscribieron para participar en la elección mencionada y que la Registraduría Nacional del Estado Civil no les permitió participar en ella con el argumento de que sus nombres figuraban en un listado de contratistas de la CNTV que le remitió el Ministerio de Comunicaciones y que el parágrafo 1º del artículo 10 del Decreto 3560 de 2007 prohíbe participar de la elección a quienes tengan esa condición. (...) Estudiado este caso, la Sala observa que la decisión de la Registraduría es contraria a la Constitución porque en verdad las limitaciones y prohibiciones al derecho de participar en la conformación del poder político mediante el ejercicio del voto no pueden ser establecidas por el Gobierno Nacional en desarrollo de la potestad reglamentaria - en este caso mediante el Decreto No. 3560 de 2007 - puesto que las restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales de naturaleza política previstos en el artículo 40 de la Constitución Política -derecho a elegir y ser elegido- están sujetos a reserva de ley, tal como lo estableció de manera categórica esta misma Sección en la sentencia de 17 de julio de 2008, expediente 2008-00009-00, que declaró la nulidad del aparte del parágrafo 1º del artículo 10 del Decreto 3560 de 2007, precisamente la misma norma en que se fundó la Registraduría para negar la participación de las universidades a que se refiere el actor. (...) Entonces, la inconstitucionalidad del parágrafo mencionado por haber sido dictado con extralimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional y desconocimiento de la reserva de ley respecto de las limitaciones a los derechos fundamentales, impone en el presente caso su inaplicación por vía de excepción con fundamento en el artículo 4º de la C.P., lo cual conduce a reconocer la inconstitucionalidad de la decisión de la Registraduría de excluir del proceso de elección a seis facultades de educación que tenían la condición de contratistas y prestadores del servicio de televisión; decisión que, se insiste, se fundó en el parágrafo señalado. No obstante, en principio no se puede predicar ipso iure la inconstitucionalidad de la decisión de la Registraduría en el acto preparatorio no vicia per se el acto definitivo de la elección del candidato de las facultades de educación porque, como quedó establecido en un acápite anterior, las irregularidades ocurridas en el trámite de una elección sólo la vician de nulidad cuando tienen carácter sustancial, y únicamente tienen este carácter cuando de manera eficaz determinan su resultado. Por tanto, para establecer si la exclusión de las cinco facultades señaladas del proceso de elección cuestionado tiene carácter sustancial se debe estudiar si en el evento en que hubieran podido votar a favor de algún candidato, la participación de las excluidas hubiera permitido obtener un resultado distinto. Efectuado este cálculo, si el candidato elegido conserva la mayoría de votos, entonces debe concluirse que la exclusión de las facultades señaladas por el actor no tiene la potencialidad de modificar el resultado de la elección. (...) Los datos anteriores permiten concluir sin duda que la exclusión de las cinco facultades de educación mencionadas no tuvo carácter sustancial porque si ellas hubieran podido participar, sus votos no habrían modificado el resultado de la elección. En efecto, de acuerdo con el numeral 10-4 del artículo 10 del Decreto 3560 de 2007 la elección del

candidato en estudio debe efectuarse por el sistema de mayoría simple y el representante legal de cada universidad tendrá un voto por cada facultad de educación habilitada; de modo que si las universidades cuyas facultades fueron excluidas hubieran votado por el candidato ganador habrían aumentado la ventaja de éste sobre sus competidores y si hubieran votado por el segundo (13 votos) o el tercero (o votos) antes reseñados, el total no les permitiría alcanzar y menos sobrepasar al primero. En consecuencia el cargo no puede prosperar.”

[Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-28-000-2008-00012-00. M.P.: MAURICIO TORRES CUERVO](#)

3) SE NIEGA NULIDAD DE ELECCIÓN DE CONCEJALES DE VILLAVICENCIO

La Sección Quinta confirmó el fallo del Tribunal Administrativo del Meta, que negó la nulidad de la elección de los concejales de Villavicencio, elegidos para el período 2008-2011.

Los actores atacaban el acto demandado por varias razones: 1) expedición irregular, porque hubo un cambio en el logo de un movimiento político en el tarjetón, 2) participación de candidatos inhabilitados, que no fueron elegidos, 3) inhabilidad de uno de los elegidos por intervención en la celebración de contratos y por ejercicio de autoridad administrativa antes de la elección, por haber sido miembro de la junta directiva del consejo superior de una universidad y 4) inhabilidad de otro de los elegidos, por parentesco con autoridad administrativa.

La Sala desestimó todos los cargos, con base en los siguientes argumentos:

a) La nulidad de un acto de elección por el vicio de expedición irregular sólo procede por omisión sustancial de formalidades o trámites. Las alteraciones al tarjetón ocurridas en el caso concreto no constituyeron irregularidades sustanciales

“El artículo 84 prevé que los actos administrativos pueden anularse cuando se expiden en forma irregular. El vicio de la expedición irregular se configura cuando se desconocen las reglas establecidas para la formación del acto administrativo, ya porque no se cumple con alguna formalidad en el trámite previo, ora porque se desconoce la forma en la que, según la ley, debe dictarse. En el procedimiento de formación del acto pueden darse 2 clases de irregularidades, unas relevantes o sustanciales y otras irrelevantes o accidentales. Son relevantes aquellas que tienen la suficiencia para alterar el sentido de la decisión e irrelevantes aquellas otras que no inciden en éste. Sólo las primeras son capaces de estructurar el vicio de la expedición irregular, en términos generales, por virtud del principio de legalidad con arreglo al cual se cumple la función pública administrativa y, de manera especial, tratándose de actos electorales, por virtud del principio de eficacia del voto establecido en el numeral 3º del artículo 1º del Código Electoral. En la demanda radicada bajo el número 2007-01133 se alegó que en el tarjetón utilizado en las elecciones para Concejo de Villavicencio - Meta, período 2008 - 2011 se modificó el logo del Movimiento Colombia Viva en Unidad Cristiana pues se hizo consistir en un cuadrado cuando era un octágono en el que, además, la segunda parte del nombre, la expresión “en Unidad Cristiana” se imprimió en una letra ilegible, circunstancia que causó confusión en los electores - miembros de las comunidad cristiana - la que se reflejó, según se dijo, en la votación obtenida por el citado movimiento. Dicha circunstancia bien podría configurar el vicio de la expedición irregular, sin embargo, examinado el expediente, resulta que el cambio en el citado símbolo es inexistente, pues sigue siendo un octágono, que conserva las mismas características del que aparece en el boceto allegado al expediente. (...) En gracia de discusión si se aceptara que la circunstancia antes descrita pudo confundir al electorado, el vicio de expedición irregular tampoco se configuraría porque no existe prueba de su magnitud, ni de la incidencia que pudo haber tenido en los resultados de la elección.”

b) La demanda electoral dirigida contra candidatos no elegidos es inane

“Una demanda afincada en la inelegibilidad de un candidato que no alcanzó el favor popular, como la presentada en el proceso radicado con el número 2007-01133, resulta inane pues como quedó dicho, la acción de nulidad electoral tiene por objeto la verificación de la legalidad de un acto de elección, o si se quiere: corroborar la conformidad de una elección, y en casos como el planteado en el sub lite -en el que conforme al acto de elección los partidos por los que se inscribieron los candidatos cuya inhabilidad se alegó ni siquiera alcanzaron alguna curul-, la elección no existe.”

c) Concepto y finalidad de las inhabilidades electorales

“Sobre el concepto de inhabilidades, esta Sala ha dicho que corresponden a una serie de circunstancias subjetivas que limitan el derecho de acceso a cargos públicos en orden a garantizar la prevalencia del interés general. En materia electoral, están previstas para garantizar el equilibrio en la respectiva contienda en la medida en que impiden que los candidatos se coloquen, de cara al electorado, en unas condiciones que les otorguen ventajas frente a los demás aspirantes. Han sido dispuestas para preservar a los ciudadanos de presiones e influencias que afecten su libre elección, por lo que puede decirse, tributan al principio de la transparencia del voto. Constituyen una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político, de raigambre fundamental, y en esa condición son de interpretación restrictiva.”

d) Presupuestos de la inhabilidad de concejal por intervención en la celebración de contratos. No se configuró en el caso concreto por pertenecer el elegido antes de la elección a junta directiva de consejo superior universitario y participar en autorizaciones al rector para contratar

“La intervención en la celebración de contratos implica la ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato o en la celebración o suscripción del mismo. Tratándose de inhabilidad de concejales se configura cuando el elegido, dentro del año anterior a los comicios, ha desplegado alguna actividad dentro de una operación contractual enderezada a la celebración de un contrato o ha suscrito el respectivo acuerdo de voluntades, por lo mismo, es plausible considerar que se trata de actividades desarrolladas una vez la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado. De esta forma no configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual, ni aquellas que se verifiquen luego de que se haya suscrito el respectivo negocio jurídico. (...) En los expedientes 2007-01123 y 2007-01129 se alegó que Miguel Iván Martínez Baquero se hallaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido como concejal porque en su condición de miembro del Consejo Superior Universitario de la Universidad de los Llanos - Unillanos -, Representante del Sector Productivo, participó en sesiones de 20 de diciembre de 2006 y 11 y 20 de abril de 2007, en las que se autorizó al Rector para que suscribiera convenios y contratos, con lo que se configuró una intervención en la celebración de contratos. Sin embargo, tal actuación en modo alguno puede tenerse como inhabilitante porque corresponde a un asunto previo a la iniciación de la operación contractual, que permitió la celebración de los respectivos acuerdos de voluntades. Además, fue cumplida por el Consejo Superior Universitario, como máximo órgano de administración del centro de estudios superiores y no por el demandado individualmente considerado, quien si bien pudo haber participado en el otorgamiento de las citadas facultades, lo hizo en cumplimiento del deber que emanaba de la condición de consejero.”

e) Presupuestos de inhabilidad de concejal por ejercicio de autoridad administrativa. No se configuró en el caso concreto porque el elegido no tenía la calidad de funcionario público como representante del sector productivo en consejo superior universitario

“Para que se configure la referida causal de inhabilidad, se requiere: 1°.- Que exista un vínculo laboral del candidato o elegido, es decir, que sea “empleado público”. 2°.- Que por virtud del

respectivo vínculo cumpla funciones que implique ejercicio de autoridad administrativa, es decir, “poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.” 3º.- Que esa autoridad se haya ejercido durante los 12 meses anteriores a la elección. 4º.- Que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito. La citada inhabilidad se configura cuando se alegan y se prueban los cuatro elementos. La verificación de uno permite que se prosiga con el examen acerca de la presencia de los otros. (...) En los expedientes 2007-01123 y 2007-1129 se adujo, también, que el concejal Miguel Iván Martínez Baquero se hallaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido porque durante el año anterior a su elección se desempeñó como miembro del Consejo Superior Universitario de la Universidad de los Llanos - Unillanos - y, en esa condición, ejerció funciones públicas que comportaban autoridad administrativa. (...) En este caso, el demandado no actuó como empleado público, pues desempeñó la dignidad de representante del sector productivo, la que no corresponde a un empleo público, que como es el “[e]l conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado” pues en realidad no tiene asignada ninguna tarea, función o responsabilidad, éstas corresponden al Consejo Superior Universitario como órgano colegiado. Sobre este aspecto es del caso precisar que las funciones de orden administrativo de los consejos u juntas directivas de las entidades públicas corresponden a estos organismos y no a cada una de las personas que los integran.”

f) Presupuestos de inhabilidad de concejal por parentesco con autoridad administrativa. No se configuró porque el pariente del elegido no era funcionario público

“Para que se configure la referida causal de inhabilidad, se requiere: 1º.- Que exista vínculo de matrimonio, unión permanente o de parentesco, en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil entre el candidato o el concejal elegido y un funcionario público. 2º.- Que el funcionario público con quien se presenta el correspondiente vínculo haya ejercido autoridad administrativa. 3º.- Que esa autoridad se haya ejercido durante el año anterior a la elección. 4º.- Que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito. Aquí también se requiere que se aduzca y prueben los cuatro elementos. (...) En los expedientes 2007-1123 y 2007-1129 se dijo, además, que el concejal Miguel Iván Martínez Baquero se hallaba inhabilitado porque su hermano Adolfo Hernando Martínez Baquero, durante el año anterior a la elección, fue miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y, en esa condición, ejerció funciones públicas que comportaban autoridad administrativa. (...) Es necesario precisar que la inhabilidad a la que se refiere el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, sólo se configura cuando cualquiera de los vínculos que consideró el legislador se presenta con un funcionario público, es decir, con una persona vinculada laboralmente a la administración, ya sea a través de una relación legal y reglamentaria como empleado público, o de una contractual, como trabajador oficial, y no de un servidor público concepto genérico que comprende a todas aquellas personas que prestan un servicio público. Y ello porque las funciones propias del Estado, de ordinario, se cumplen a través de sus servidores, no obstante que por virtud del contenido normativo del artículo 210 superior, en el caso de las administrativas, también puedan ser cumplidas por los particulares, en todo caso, conforme a la Ley. Siendo así las cosas, se tiene que la inhabilidad endilgada no se configuró porque el hermano del concejal demandado no tenía la condición de funcionario público y, resulta inoficioso el examen de los demás elementos de la causal.”

[Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 50001-23-31-000-2007-01129-01. M.P. : FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**1) EL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN EN LÍNEA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DISEÑADO POR EL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES TIENE PLENO VALOR JURÍDICO**

En ese sentido contestó la Sala de Consulta y Servicio Civil la consulta elevada por la ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En la consulta, la ministra sometió a consideración de la Sala el sistema de notificación en línea y todos sus componentes y preguntó en concreto si, a su juicio, el proyecto cumplía el principio de equivalencia funcional consagrado en la Ley 527 de 1999 y si ofrecía las garantías de las notificaciones de los actos administrativos, establecidas en los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

La Sala consideró que “La solución diseñada por el Programa Gobierno en Línea, se ajusta a las exigencias de la ley 527 de 1999, de manera que en virtud del principio de la equivalencia funcional, tiene el efecto legal de la notificación personal en los términos de los artículos 44 a 48 del C.C.A., bajo los presupuestos señalados en la parte motiva.”

Para llegar a esa conclusión, la Sala se ocupó de a) las formas de notificación de los actos administrativos y la importancia de la notificación personal como garantía del debido proceso y el derecho de defensa de los administrados, b) la notificación por medios electrónicos y, dentro de este tema, la equivalencia funcional entre los documentos físicos y los electrónicos y los elementos de los mensajes de datos, c) el objetivo de la estrategia “gobierno en línea” y d) las características del sistema de notificación en línea propuesto por el ministerio consultante.

a) Notificación de los actos administrativos

“Entonces, armonizando los artículos 43 y 44 del C.C.A, la ‘notificación’ hace referencia a los actos administrativos de carácter particular y concreto, esto es, los que crean, modifican o extinguen un derecho en cabeza de una persona, natural o jurídica, bien por la actuación oficiosa de la administración o como resultado de una petición en interés particular, previo el procedimiento regulado en el C.C.A. La persona, natural o jurídica, afectada positiva o negativamente por la decisión de la Administración, es la destinataria de tal decisión y debe ser informada en forma directa y oportuna, para garantizar sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso; el modo de hacerlo, por disposición legal, es la diligencia de notificación personal revestida de unos requisitos formales que tienen un efecto jurídico especial pues su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso hace ineficaz la notificación y, de contera, también hace ineficaz la decisión administrativa respecto del interesado. Vale decir que es la eficacia del acto administrativo, en últimas, el bien jurídico tutelado con el conjunto de exigencias formales que integran, por disposición legal, su notificación. La diligencia de notificación se centra en hacer concurrir al despacho público competente a la persona interesada, por sí misma o por un representante debidamente acreditado; el artículo 44 del C.C.A., antes transcrito, califica de ‘personal’ la notificación, para denotar que se trata de un acto presencial, esto es, realizado con la asistencia física del interesado en la decisión, al despacho público; de esa forma la autoridad administrativa tiene la certeza de que la persona destinataria de su decisión efectivamente la conoce y se informa sobre qué hacer para ejercer su derecho de defensa, si fuera necesario, puesto que la ley ordena entregarle la copia completa de la decisión de que se trata, con información escrita acerca de los recursos que contra ella procedan, ante quién y en qué plazo deben interponerse. Para lograr esa concurrencia, el citado artículo 44 del C.C.A., establece que al destinatario o interesado debe llamársele por cualquier medio que sea eficaz o, en su defecto, enviársele una comunicación de

citación para la práctica de la diligencia, dejando en el respectivo expediente la prueba de las actuaciones adelantadas para lograr la comparecencia personal del interesado. El artículo 45 del C.C.A. prevé la notificación por edicto si, enviada la comunicación de que trata el artículo 44 del mismo Código, transcurren cinco (5) días hábiles y el interesado no comparece. Como las actuaciones y decisiones administrativas no pueden quedar supeditadas a la voluntad del particular, cuando se han agotado los medios establecidos para que comparezca y garantizarle sus derechos, la ley da al edicto los efectos de la notificación personal. De todas las actuaciones que integran el trámite de la notificación personal debe dejarse la prueba en el respectivo expediente, porque la Administración debe tener la constancia de que realizó la diligencia presencial o, en su defecto, fijó el edicto correspondiente, en aras de la efectividad de los derechos de defensa y debido proceso del interesado y de la eficacia de sus propias decisiones.”

b) Notificación de actos administrativos por medios electrónicos: equivalencia funcional con documentos físicos

“Un sistema de notificación por medios electrónicos, como el que se estudia en este concepto, debe garantizar los mismos resultados prácticos de la notificación presencial en cuanto al conocimiento de la decisión y la posibilidad de ejercer los recursos, para poder dar los mismos resultados jurídicos a la presencia física del interesado en la oficina pública como a su presencia virtual expresada en la interacción por medios electrónicos, entre esa oficina y ese interesado. El ordenamiento jurídico vigente da soporte a esa posibilidad, bajo el criterio de la equivalencia funcional, conforme al cual el medio de notificación que se adopte debe reunir los requisitos necesarios para preservar los derechos de los interesados, la exigibilidad de las decisiones de la Administración, y su prueba. (...) El conocimiento y el desarrollo de los medios electrónicos de comunicación, fortalecidos y en continuo avance a partir de la década de los 90 en el siglo pasado, han sido recogidos por la legislación colombiana como instrumentos para mejorar la actividad de la Administración Pública y su interacción con los particulares. (...) Como puede observarse, los artículos transcritos regulan aquellos requisitos de los documentos o de la información, relacionando y definiendo como tales: el escrito, la firma, el original, la integridad, la fuerza probatoria y la conservación; para cada uno de ellos se señala el modo como debe ser satisfecho, sea que la ley exija expresamente el requisito de que se trata o que solamente establezca las consecuencias de su omisión. Dichos requisitos en los documentos físicos o en los electrónicos apuntan a garantizar: la accesibilidad para su posterior consulta; la identidad de quien emite el mensaje y la certeza de que aprobó su contenido; la integridad de la información desde cuando se generó de manera definitiva y la posibilidad de mostrarla; y su conservación en el formato original de envío o de recibo, con los datos de origen, destino, fecha y hora de envío, recepción o producción del documento. Así, estos requisitos aplicados al documento físico y al documento electrónico deben hacerlos equivalentes, es decir, iguales en su valor, estimación, potencia o eficacia y, como consecuencia, deben tener los mismos efectos jurídicos. (...) Con respecto a la consulta que ahora se resuelve, lo hasta aquí dicho significa que a partir de la entrada en vigencia de la ley 527 de 1999, la lectura del artículo 44 del C.C.A., puede hacerse entendiendo que la expresión “personal”, que califica la notificación de los actos administrativos de carácter particular, es comprensiva no sólo de la presencia física del interesado o de quien lo represente, sino de la presencia virtual, propia de las comunicaciones por vía electrónica, puesto que el acto formal de la notificación no está incluido en las excepciones que dicha ley 527 consagra para su aplicación, pero siempre que se observen los requisitos técnicos y jurídicos que permiten dar valor probatorio al mensaje de datos. Entonces, bajo la rigurosa observancia de los requisitos formales que garantizan al particular el conocimiento, cierto y confiable, de los actos administrativos que afecten sus derechos o intereses, así como el ejercicio oportuno de los recursos que sean procedentes, la administración puede acudir a los medios electrónicos para notificar sus actos, teniendo presente que bajo esta modalidad sigue vigente el efecto consagrado en el artículo 48 del C.C.A. para el caso de la notificación inexistente o irregular, esto es, la ineficacia de la decisión de que se trate.”

c) Gobierno en línea: Objetivo

“‘Gobierno en línea’ fue el nombre dado a la estrategia para lograr los objetivos de la Agenda de Conectividad respecto del Estado, y se orientó a ‘mejorar el funcionamiento del Estado, mejorar la transparencia del Estado y fortalecer el control social sobre la gestión pública, y fortalecer la función del Estado de servicio al ciudadano a través del uso de tecnologías de la información.’ La estrategia ‘Gobierno en línea’ fue incorporada en el artículo 14 de la ley 790 de 2002, ordenando al Gobierno Nacional promover ‘el desarrollo de tecnologías y procedimientos denominados gobierno electrónico o en línea’, en la Rama Ejecutiva, especialmente respecto de la contratación pública, los portales de información, prestación de servicios, participación ciudadana y sistemas intra gubernamentales de flujo de información, ‘bajo criterios de transparencia, de eficiencia y eficacia de la función pública’.”

d) Características técnicas básicas del proyecto de sistema de notificación en línea

“Habiendo optado por la notificación electrónica, el sistema le exige a la persona interesada hacer un pre-registro que lo habilitará, mediante el uso de contraseña o de certificado digital, para acusar recibo de su notificación, conocer el texto de la decisión, los recursos que procedan, las condiciones para su ejercicio, y efectivamente agotar la vía gubernativa. (...) una vez proferido el acto administrativo de contenido particular, el responsable de la información al Sistema en cada entidad lo ingresará, con lo cual se activa un mensaje de texto al celular del destinatario de la decisión, o a su correo electrónico, o a tarea en bandeja de entrada de la página del sistema, indicándole, como mínimo, el número del acto administrativo, la fecha de inicio de términos, el nombre de la entidad notificante y la fecha de envío. (...) Los términos, por supuesto, son los de ley, inician al día siguiente hábil del envío y pueden ser controlados automáticamente por el Sistema. El usuario a notificar, esto es, el interesado, entra con su contraseña o certificado digital al Sistema, y firma electrónicamente el acuse de recibo, con estampado cronológico. Este acuse indicará a la entidad cuándo es efectiva la notificación y le permitirá al interesado leer el texto del acto administrativo, la primera vez. Si el acto administrativo está incompleto, el interesado debe informar justificando las razones; en este caso, la notificación pasa al estado de “suspensión”, y el funcionario autorizado debe revisar lo dicho por el interesado y realizar los cambios necesarios; el sistema vuelve al estado anterior al de suspensión, y debe generar nuevo mensaje informativo al interesado. El interesado puede renunciar a términos, para lo cual requiere certificado digital o una segunda contraseña. En ningún caso el sistema ejecutoría el acto administrativo automáticamente. Vencido el tiempo para que el interesado acepte el acuse de recibo o para que vaya a notificarse personalmente (léase, presencialmente), el Sistema permite publicar el edicto en el portal Web, para lo cual el usuario notificante debe subir el documento digitalizado como edicto y transcribir la parte resolutive del acto administrativo. La desfijación del edicto puede ser por vencimiento del tiempo límite, o porque todos los interesados den acuse de notificado. Si el proceso es manual, el sistema envía una alerta al usuario notificante para que confirme la fecha y la hora en que se desfijó. En el estado “en espera de interposición de recursos”, el interesado puede interponer los recursos, electrónicamente. El recurso así interpuesto llega a un rol de “repartidor” que lo distribuye a los funcionarios para su trámite. El sistema, a la vez, envía al usuario notificante, por mensaje de texto a celular, o por correo electrónico, o por la página, un mensaje informando sobre la recepción del recurso. Vencidos los términos, automáticamente el sistema deja de recibir recursos. (...) Esta breve descripción del Sistema, el detalle con el que se representa el trámite de la notificación personal por vía electrónica, y las funcionalidades del Sistema que se propone, en los términos del documento escrito allegado con la consulta, muestra que su estructura cumple los requisitos jurídicos identificados como escrito, firma, original, integridad y conservación, de los mensajes de datos, vale decir que lleva a la práctica el criterio de la “equivalencia funcional”, por lo que tiene, según la ley, pleno valor jurídico en general, y probatorio en particular, pues de acuerdo con el documento soporte de la consulta, los instrumentos tecnológicos han sido diseñados siguiendo una secuencia que garantiza la expresión de la voluntad del interesado en ser notificado por vía electrónica; las definiciones y los requisitos jurídicos establecidos en la ley 527 de 1999; y los controles para el acceso, la conservación de la información y la oportunidad de los recursos de que disponen los interesados. Bajo esta

perspectiva, para la Sala es claro que la propuesta en estudio cuenta con los fundamentos legales necesarios para su formulación, desarrollo y aplicación, como mecanismo alternativo de notificación personal de los actos administrativos, siempre que medie la voluntad de los interesados. Sugiere la Sala al Ministerio que el documento sea adoptado mediante un reglamento, a fin de preservar su integridad y la transparencia y uniformidad requeridas en razón de los efectos de la notificación respecto de la eficacia de los actos administrativos.”

[Concepto 1989 de 18 de marzo de 2010. M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO No. 0304 DE 9 DE ABRIL DE 2010 DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES](#)

2) PARA EFECTOS DE LA COMPOSICIÓN DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES, LA EXPRESIÓN “REGIÓN” DEBE ENTENDERSE COMO ENTIDAD TERRITORIAL

El ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil su interpretación del literal d) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, que al referirse a los alcaldes miembros de los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales exige que *“queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación”*. Al ministro le preocupaba el alcance del término “regiones” que usa la norma, *“pues algunos municipios pertenecientes a la jurisdicción de CORPOGUAVIO, han sostenido que para garantizar la participación de todas las regiones en el Consejo Directivo de esa Corporación... debe entenderse que se ‘asimila a provincia’”*.

A partir de las normas constitucionales que hacen referencia a regiones y provincias, de algunas discusiones al respecto en la Asamblea Nacional Constituyente y de las disposiciones pertinentes de la Ley 99 de 1993, la Sala concluyó que en el precepto que originó la consulta el término “regiones” se utiliza en el sentido de entidad territorial, aunque todavía no existan legalmente.

El concepto lo explica como sigue:

a) Región: Concepto en términos constitucionales

“En este sentido, el concepto de región establecido en la Constitución hace referencia a modalidades de organización interdepartamental que pueden presentarse en dos ámbitos: i) como ordenación del territorio (región como entidad territorial), y ii) como mecanismo de desarrollo económico y social (región administrativa y de planificación), a saber: i) El primero de ellos es el aludido en la consulta, esto es, región como entidad territorial. El artículo 286 de la C.P. dispone que la ley “podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución”. Se trata de una fórmula en la que, sin perder de vista que Colombia es un Estado unitario, se permite la utilización de mecanismos de descentralización territorial para el cumplimiento de las funciones administrativas. Así, el artículo 307 de la C.P. ordena que la ley orgánica de ordenamiento territorial que ha de expedir el Congreso, debe establecer las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente, definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región. ii) La Constitución también admite la posibilidad de contribuir al desarrollo integral de sectores del país en distintos frentes. Es así como el artículo 306 C.P. permite que dos o más departamentos se constituyan en “regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio”. Su objeto principal será “el desarrollo económico y social del respectivo territorio” y, por lo mismo, las regiones administrativas y de planificación, no son entidades territoriales, sino divisiones administrativas, tal como lo ha sostenido esta Sala en los Conceptos 906 de 1996 y 1361 de 2001. No escapa a la Sala que el concepto de “región” es enciclopédico y puede corresponder a múltiples

criterios según la necesidad política, social, histórica, geográfica o ambiental. Pero jurídicamente, la Constitución Política de 1991 la enmarca en los dos ámbitos expuestos en precedencia y a ellos debe atenerse el intérprete, en atención al carácter normativo de la Constitución y al principio de interpretación conforme que de él se deriva.”

b) Provincia: Concepto. Diferencia con región

“Las provincias según el artículo 321 C.P., se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento. Es claro entonces que en nuestro ordenamiento jurídico, los conceptos de región y provincia tienen características propias que los hacen diferentes. El sólo hecho de que las regiones como entidad territorial o como mecanismo administrativo o de planificación, se constituya por dos o más departamentos, y las provincias con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento, es suficiente para descartar cualquier similitud constitucional entre región y provincia.”

c) Corporaciones autónomas regionales: El territorio como factor determinante de sus competencias. Interpretación de la expresión “regiones” en cuanto a representación de entidades territoriales en consejos directivos

“Constitucional y legalmente, el territorio nacional puede dividirse, para efectos de fijar la competencia de las CAR, en áreas o espacios territoriales que no necesariamente coincidan con la división político - administrativa del mismo, como en efecto ocurre en el artículo 33 de la ley 99 de 1993; allí puede apreciarse que la competencia de algunas CAR se ubica dentro de ámbitos geográficos que corresponden a municipios pertenecientes a más de un departamento o a uno o varios departamentos. La interpretación sistemática de los principios y normas de la ley 99 de 1993 citados en precedencia, indican que la función estatal de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables se realiza de manera descentralizada a través de las CAR y que son factores reales y objetivos presentes en un territorio que cumple con características homogéneas desde el punto de vista geopolítico, biogeográfico o hidrogeográfico, los determinantes para establecer el ámbito de competencia de las CAR. Ahora, el hecho de que legalmente se tengan en cuenta los criterios expuestos para fijar dicha competencia, no implica dejar de lado que las CAR, según el artículo 23 de la ley 99, la “integran las entidades territoriales” que reúnen tales características y, por lo mismo, su jurisdicción comprende los municipios de uno o varios departamentos, o un departamento, o varios departamentos (como puede constatarse en el artículo 33 de la ley 99), todas ellas entidades territoriales en los términos previstos en el artículo 286 de la Constitución Política: “son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”. En consecuencia, cuando el artículo 26 de la ley 99 de 1993 regula la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales y establece en el literal d) ibídem que deberá darse participación hasta 4 alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, exigiendo representación para todos los departamentos o regiones que la integran, utiliza esta última expresión en el sentido de entidad territorial, equiparando para los efectos de la norma región con departamento. Dicha equiparación en modo alguno es absurda, comoquiera que las regiones están conformadas por departamentos y éstos a su vez por municipios, según se explicó en párrafos anteriores. Pero no sólo es la interpretación sistemática de las normas lo que lleva a la Sala a la anterior conclusión. Debe recordarse que en el contexto histórico en que se expidió la ley 99 de 1993, se encontraba en funcionamiento la Comisión de Ordenamiento Territorial que fue creada por el artículo 38 transitorio de la Constitución Política de 1991, cuyo texto alude directamente a la región en los términos que fueron expuestos, circunstancias que servían de insumo a una fuerte corriente ideológica que proponía la “regionalización del país”, pretensión que si bien finalmente no se materializó, sí pudo influir en el legislador al momento de expedir la ley 99, llevándolo a incluir el término región en el literal d) del artículo 26 ibídem. Así las cosas, para la Sala el artículo 26 de la ley 99 de 1993, transcrito en el punto 1 de este concepto, regula la conformación del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, órgano que cumple funciones de administración de esas

entidades. Ese Consejo tiene una composición plural, y en lo referente al literal d) ibídem, su interpretación puede darse en los siguientes términos: a) Requisito material: la elección recae en alcaldes que pertenezcan a los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación; b) Requisito de participación: deben quedar representados todos los departamentos o regiones (previsión hacia el futuro) que integran la Corporación Autónoma Regional. Por regiones se entiende la entidad territorial que reúna los requisitos que exigen la Constitución y la ley. Si el territorio de la Corporación comprende un número plural de departamentos o regiones, la participación será definida en forma equitativa de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional; c) Elemento cuantitativo: hasta 4 alcaldes, de donde se infiere que la norma prevé un mínimo (uno) y un máximo (cuatro); d) Órgano titular de la elección: la Asamblea Corporativa de la CAR correspondiente; e) Forma de elección: sistema de cuociente electoral.”

Concepto 1983 de marzo de 2010. M.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO No. 32342 DE 24 DE MARZO DE 2010 DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

3) LAS COMISIONES DEMARCADORAS DE LIMITES DEPARTAMENTALES DEL SENADO DE LA REPUBLICA DESAPARECIERON CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. EXISTE UN VACÍO NORMATIVO RESPECTO DE LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LÍMITES INTERDEPARTAMENTALES

En un concepto de 16 de marzo de 2006, cuya reserva legal se levantó recientemente de conformidad con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo, la Sala de Consulta y Servicio Civil respondió la consulta del ministro del Interior y de Justicia relacionada con la definición de los límites entre los departamentos de Antioquia y Chocó en la zona de Belén de Bajirá.

El ministro preguntaba si era jurídicamente viable realizar una consulta popular en los municipios limítrofes o en los dos departamentos e informaba sobre la conformación de una Comisión Accidental Demarcadora del Senado de la República para el proceso de definición de límites.

La Sala contestó que no era posible llevar a cabo la consulta popular, porque éste mecanismo estaba previsto en el artículo 14 de la ley 136 de 1994 exclusivamente para definir límites entre dos o más municipios de un mismo departamento y añadió que tampoco era viable la consulta popular prevista en los artículos 51 y siguientes de la Ley 134 de 1994 porque “*sería impracticable*”.

Del mismo modo, advirtió que las normas constitucionales y legales que facultaban la conformación de comisiones demarcadoras de límites departamentales por parte del Senado de la República (artículos 5º, Constitución Política de 1886 y 8º del Decreto Ley 1222 de 1986) fueron derogadas por el artículo 380 de la actual Constitución Política, de modo que la comisión creada para resolver el conflicto limítrofe del caso concreto carecía de competencia.

Por último, la Sala llamó la atención sobre el vacío legal que existe en cuanto a definición de límites departamentales y la necesidad de expedir la ley de ordenamiento territorial que anuncia la Constitución Política.

La Sala expuso sus argumentos en los siguientes términos:

a) La consulta popular no es legalmente viable para definir límites entre departamentos

“La consulta popular ha sido establecida para definición de límites intermunicipales, al interior de un mismo departamento, sin que sea procedente la aplicación de la analogía con el argumento de que todo conflicto de límites departamentales, encierra un conflicto de límites intermunicipales, pues no siempre hay municipios limítrofes, y además, no se presenta la hipótesis normativa, pues de

existir éstos, pertenecerían a dos departamentos distintos con Asambleas y Gobernadores diferentes, de manera que no sería viable la solución por autoridades únicas prevista por la norma. Podría pensarse sin embargo, que de acuerdo con la ley estatutaria 134 del 31 de mayo de 1994, referente a los mecanismos de participación ciudadana, dentro de los cuales se encuentra el de la consulta popular, es factible utilizar dicho instrumento, a nivel de los dos departamentos, como parte del trámite para resolver el asunto. (...) Como se aprecia, este trámite, en la hipotética situación de que se pudiera aplicar al caso analizado, sería impracticable, por cuanto habría que realizarlo de manera simultánea y coordinada entre las autoridades de cada uno de los dos departamentos, y conllevaría una serie de dificultades como las siguientes: ¿Qué pasaría si un departamento decide hacer la consulta y el otro no?, o en uno participa el mínimo electoral requerido y en el otro no? ¿Se contarían las consultas por separado sin tener en cuenta el número de habitantes, mayor en un departamento que en el otro?, ¿La decisión final sería de las dos Asambleas y no de la plenaria del Senado de la República, teniendo en cuenta que la decisión popular es obligatoria?, etc. De otra parte, habría que tener en cuenta exactamente la materia de la consulta popular, esto es, las preguntas formuladas al pueblo, que se deben contestar con un “Sí” o un “No”, como lo señala el artículo 52 de la ley 134. Esta misma ley establece que las consultas son “para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales...” (art. 51). En este caso, sería sobre un asunto departamental que interesa al departamento propio y al departamento vecino, con lo cual se sale de su ámbito territorial, y no sería acerca de un sentimiento o voluntad popular, esto es, si el pueblo del departamento desea que determinado municipio o municipios sean anexados o pertenezcan a su territorio (como sucede en la consulta popular sobre límites intermunicipales), sino sobre un asunto eminentemente técnico e histórico: la aprobación del trazado de un límite, realizado provisionalmente por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, pues se trata de una definición de límites entre dos departamentos, lo cual no tiene sentido que sea sometido a una consulta popular.”

b) Falta de competencia del Senado de la República para conformar comisiones demarcadoras de límites departamentales a partir de la Constitución Política de 1991

“Se ha entendido hasta ahora que, el procedimiento legal de creación, deslinde y amojonamiento de los departamentos se encuentra consignado, básicamente, en el Título II, artículos 8° a 15, del decreto ley 1222 del 18 de abril de 1986, “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”. (...) Esta norma legal transcribe literalmente, con excepción del primer inciso, todo el artículo 5°, de la Constitución Política anterior, cuerpo constitucional derogado en forma expresa y total por el artículo 380 de la Carta de 1991. (...) Es claro entonces, que al ser derogada la facultad constitucional fue igualmente derogada la competencia legal que dependía de aquella, máxime cuando el artículo 8 del decreto ley 1222 era una transcripción literal de esa parte de la Constitución, como ya se demostró. En consecuencia, el inciso del artículo 5° de la Constitución anterior que confería competencia a las Comisiones Demarcadoras designadas por el H. Senado de la República, para determinar las “líneas divisorias dudosas” entre los departamentos, no se encuentra vigente. Así las cosas, también se encuentra derogado el artículo 12 del decreto ley 1222 de 1986 que asignaba la competencia al Senado para aprobar la delimitación territorial entre dos departamentos, con base en la atribución privativa del artículo 98.5° de la Constitución anterior, que lo habilitaba para “nombrar las comisiones demarcadoras de que trata el artículo 5”. (...) Desde otro ángulo, es bueno anotar que la nueva Constitución no solo derogó la competencia en comento sino que no la reprodujo en el nuevo texto, como sí ocurrió con otros artículos. En efecto, al revisar el artículo 173 de la Constitución actual que señala expresamente las atribuciones del Senado, en parte alguna indica la designación de Comisiones Demarcadoras de límites departamentales, ni menos que le corresponda a esa corporación legislativa la aprobación del límite definitivo entre dos departamentos. En el mismo sentido, se constata que el artículo 313 de la ley 5ª de 1992, sobre atribuciones especiales del Senado de la República, tampoco le confiere tales facultades. Es claro también que las atribuciones del Senado sobre demarcación de límites entre departamentos no se

encuentran comprendidas ni puede inferirse de la función de “definir la división general del territorio” que contempla el artículo 150-4 de la Carta vigente, ni en la de realizar “el examen periódico de los límites de las entidades territoriales”, de que trata el artículo 290 de la misma, pues éstas se refieren a temas materia de leyes, vale decir, que son competencia del Congreso Nacional. Por todo lo anterior se concluye que a la luz de la Constitución vigente, no existe competencia del H. Senado de la República para designar Comisiones Demarcadoras de límites departamentales y de aprobar el trazado definitivo.”

c) Vacío normativo sobre solución de conflictos de límites entre departamentos: El tema deberá regularse en ley orgánica de ordenamiento territorial

“El anterior argumento de la derogatoria constitucional y legal de la competencia y la inexistencia de actividad legislativa al respecto, bastan para afirmar que hoy en día no hay legislación sobre el tema, y que, por tanto, el procedimiento para solucionar los conflictos de límites entre departamentos deberá incluirse en la ley orgánica de ordenamiento territorial. (...) Los artículos 29 y 30 de la ley 962 del 8 de julio de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, más conocida como ley anti-trámites, se refirió en dos de sus normas, al proceso de deslinde y amojonamiento de las entidades territoriales, con la finalidad de facilitar su tramitación. (...) Como se aprecia, de conformidad con estas normas, el trazado técnico realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi constituye el límite provisional entre los dos departamentos, el cual estará vigente necesariamente hasta tanto se dicte la ley orgánica de ordenamiento territorial, que determine la entidad competente para expedir el acto de aprobación del límite definitivo. (...) La expedición de la ley orgánica de ordenamiento territorial constituye una necesidad para el país, a fin de dar vida legal a una serie de preceptos constitucionales relacionados con las entidades territoriales y su desarrollo económico y social. (...) son muchos los temas que han de ser regulados mediante una ley orgánica de ordenamiento territorial y dentro de éstos, se debe contemplar el referente a la definición de límites departamentales cuando exista controversia al respecto, mediante un procedimiento claro y ágil.”

[Concepto 1722 de 16 de marzo de 2010. M.P.: GUSTAVO APONTE SANTOS. LEVANTADA LA RESERVA CON AUTO DE 8 DE ABRIL DE 2010, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 110 DEL CCA.](#)

4) LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES: INTEGRACIÓN DE RESTRICCIONES EN CAMPAÑA PRESIDENCIAL Y EN CAMPAÑAS PARA LOS DEMÁS CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR

El ministro del Interior y de Justicia consultó a la Sala sobre el alcance y la interpretación de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, conocida también como Ley de Garantías Electorales. En concreto, el ministro preguntó si “¿Las expresiones ‘dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones’ y ‘dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular’ contenidas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 hacen referencia exclusivamente a los cuatro meses anteriores a la campaña presidencial o cubren también cualquier tipo de elecciones para los cargos de elección popular? y si ¿Son aplicables a las restricciones contempladas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 las excepciones contempladas en los artículos 32 y 33 de la misma?”

En su respuesta, la Sala aclaró que la Ley de Garantías Electorales contiene unas restricciones a las autoridades del orden nacional y territorial de la Rama Ejecutiva durante la campaña presidencial y otras en el curso de cualquier campaña electoral, incluida la presidencial. El análisis de los artículos 32, 33 y 38 de dicha Ley resultó en las siguientes consideraciones:

a) Ley de Garantías Electorales: Contenido. Estructura. Objeto

“La ley está dividida en tres títulos que se desarrollan en 42 artículos. El título primero contiene normas generales que delimitan su objeto y definen algunos conceptos básicos. El título segundo desarrolla la temática propiamente dicha de la campaña presidencial así: mecanismos de selección de candidatos, proceso de inscripción de candidaturas, financiación de las campañas, topes de los gastos de campaña, auditoria de las mismas, acceso a los medios de comunicación por parte de los candidatos, mecanismos para la garantía del equilibrio en el acceso a dichos medios, encuestas electorales, derecho a réplica y regulaciones especiales durante la campaña. El título tercero establece las disposiciones relacionadas con la facultad de intervención en política de los servidores públicos. De conformidad con las reglas de la técnica legislativa, la división de una ley en títulos implica que la misma está integrada por partes claramente diferenciadas como, por ejemplo, una general y otra especial, o una de derecho sustantivo y otra de procedimiento. En el caso de la ley que nos ocupa, dicha división encuentra sustento en el hecho de que algunas de sus normas son particulares para el evento en que el Presidente o el Vicepresidente participen como candidatos en la campaña presidencial, y las demás son reglas generales que regulan las elecciones presidenciales, independientemente de que los referidos funcionarios aspiren o no. (...) De lo dispuesto tanto en los artículos 4o. del AL 2 del 2005 y 1o. de la ley 996 del mismo año, como en el aparte de las consideraciones de la Corte Constitucional, antes transcritas, se infiere la ley tiene por objeto permitir el equilibrio electoral en cualquier elección presidencial, particularmente cuando se presenten como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio; no obstante lo cual el parágrafo del artículo 38 de la misma contiene un régimen de prohibiciones aplicable en todo periodo preelectoral a las entidades territoriales, como se analizará más adelante.”

b) Ley de Garantías Electorales: Alcance de las restricciones a vinculaciones en nómina de la Rama Ejecutiva y contratación estatal

“Durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial se suspende toda vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva, a excepción de que la misma se requiera en los casos de defensa y seguridad del Estado, para cubrir emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras o infraestructura energética y de comunicaciones que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y para las de entidades sanitarias y hospitalarias. (...) la prohibición de contratación directa se aplica a todos los entes y órganos del Estado, mientras que la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal rige únicamente para la rama ejecutiva del poder público.”

c) Ley de Garantías Electorales: Integración de restricciones en campaña presidencial y en campañas para los demás cargos de elección popular

“La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley -incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38. El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las

segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32.”

[Concepto 1717 de febrero de 2006. M.P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. LEVANTADA LA RESERVA CON AUTO DE 8 DE ABRIL DE 2010, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 110 DEL CCA.](#)

NOTICIAS DESTACADAS

**COMISIÓN DE LA REFORMA AL CÓDIGO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SE REUNIÓ
EN PAIPA**

Del 22 al 24 de abril la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo se reunió en Paipa con el fin de revisar el Proyecto de Ley por medio del cual se reforma el Código Contencioso Administrativo; dicho proyecto fue presentado hace algunos meses en la Comisión Primera del Senado.

En Paipa se analizaron las observaciones que hicieron diferentes instituciones gubernamentales y la academia; además, se realizaron algunos ajustes pertinentes al Proyecto de Ley.

El documento definitivo y las conclusiones de esta reunión, serán presentados nuevamente al Congreso en los próximos días.

CONSEJO EDITORIAL

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Rafael E. Ostau De Lafont P.
Presidente Sección Primera
Gustavo Gómez Aranguren
Presidente Sección Segunda
Ruth Stella Correa Palacio
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Mauricio Torres Cuervo
Presidente Sección Quinta
Enrique J. Arboleda Perdomo
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Lucía Mazuera Romero**
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