



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 10
• Sección Primera	10 - 13
• Sección Segunda	13 - 21
• Sección Tercera	21 - 26
• Sección Cuarta	26 - 34
• Sección Quinta	34 - 35
• Sala de Consulta y Servicio Civil	35 - 39
• Noticias Destacadas	40

## Noticias destacadas

**ANTE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SE POSESIONARON JAIME ALBERTO SANTOFIMIO GAMBOA Y DANILO ALFONSO ROJAS BETANCOURTH**

## EDITORIAL

La Ley 1285 de 2009 “*Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*”, dispuso que la Sección Tercera de la Corporación se divide en (3) Subsecciones, cada una integrada por tres (3) Magistrados. Por tal motivo surgió la necesidad de suspender los términos, para clasificar cada uno de los expedientes por temas, subtemas y años; y proceder a redistribuirlos por sorteo, entre todos los integrantes de la Sección. Este sorteo se llevó a cabo el pasado 30 de septiembre de los corrientes, para los expedientes acumulados, y el 7 de octubre para aquellos procesos que ingresaron durante el termino de suspensión, en ambos casos mediante Audiencia Pública que contó con la dirección del Presidente de la Corporación y de la Presidenta de la Sección Tercera, la participación de todos y cada uno de los Magistrados que componen la Sección y la asistencia de los Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado, entre otros. Le auguramos muchos éxitos a la Sección Tercera presidida por la Doctora Ruth Stella Correa Palacio, pues sabemos el gran esfuerzo que han venido realizando para reorganizar el trabajo en la Sección.

Por otra parte, es grato informar que el Proyecto de Reforma al Código Contencioso Administrativo, luego de haber surtido el trámite legislativo en el Senado de la República, fue aprobado en primer debate por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes. Ello constituye un respaldo a la importante labor que durante estos dos últimos años ha realizado esta Corporación, conjuntamente con el Gobierno y el Congreso, con la finalidad de dotar a la Administración Pública y a la ciudadanía de una herramienta eficaz para la protección de los derechos de los asociados y la realización efectiva de la Justicia.

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:

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

1. a) Vulneración del debido proceso en el concurso de méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil por presentación de pruebas antes de la escogencia del empleo.

La Sección Primera tuteló los derechos al debido proceso y a la igualdad del actor, los cuales estimó vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, al realizar las pruebas de competencias funcionales, dentro del concurso de méritos de que trata la Convocatoria 001 de 2005, antes de la escogencia del empleo específico, lo que obligó al solicitante a aplicar para la prueba correspondiente con base en un eje temático y no en un empleo concreto.

La Sala encontró que la medida adoptada por la CNSC, consistente en determinar que las pruebas números 132 y 133, podían realizarse antes de la escogencia del empleo, tiene visos de juridicidad, en cuanto la ley la autoriza para variar cualquier aspectos de la Convocatoria y, en esa medida, no se advierte arbitrariedad alguna de la demandada, lo cual no quiere decir que no se esté en presencia de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del actor. Observó que dicha variación en el orden “*presentación de pruebas - escogencia del empleo*”, creo un riesgo para los participantes de las pruebas números 132 y 133, quienes confiadamente, escogieron la prueba a la luz de los ejes temáticos de las mismas, los cuales, sin lugar a dudas guardaban relación entre sí. Por lo tanto, para la Sala fue claro que el actor, al no conocer a cuál de dichos ejes temáticos correspondería el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, podía optar por una u otra prueba creyendo, legítimamente, que el cargo al que aspiraba podía quedar clasificado en cualquiera de ellas. Esa circunstancia, permite inferir que el demandante no escogió en forma caprichosa la prueba para la cual aplicó y aprobó, sino que lo hizo sujeto a los ejes temáticos establecidos para la misma, en relación con las funciones que se encontraba desempeñando como funcionario de la Alcaldía de Cali, esto es, las de Profesional Universitario Código 219 Grado 02. Ahora bien, como consecuencia de una “errada” escogencia de la prueba presentada (la N° 133) y pese a haberla aprobado, el actor quedó excluido del concurso, por el hecho de que para dicha prueba no se ofertó ningún cargo y porque el de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, quedó clasificado en la prueba N° 132. En ese orden de ideas, en virtud del principio de confianza legítima, bajo cuyo amparo actuó el demandante, como quedó plenamente demostrado, en cuanto presentó y aprobó la prueba de competencias laborales en atención a la relación que encontró entre el eje temático establecido por la CNSC para esta prueba y las funciones que venía desempeñando, hay lugar a proteger su derecho a continuar dentro del proceso de selección, pues su exclusión del mismo no obedeció a la incompetencia o bajo puntaje en la prueba presentada, sino a una confusión creada por la Administración -CNSC-, quien también actuó ajustada a la Ley, esto es, amparada en el Decreto 4500 de 2005. De no ordenarse la inclusión del actor en el proceso de selección podrían resultar comprometidos sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad.

**b) Vulneración del derecho de igualdad en el concurso de méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil por no permitir cambio de inscripción a participantes de la prueba 133.**

La CNSC explicó el trato diferenciado que dio a los participantes de las pruebas 139 y 142 frente a los de las pruebas 132 y 133, en el hecho de que “algunos contenidos temáticos de la prueba 142 estaban subsumidos en la prueba 139, por lo cual se determinó unificar los empleos asociados a las mencionadas pruebas...” mientras que “los contenidos de las restantes pruebas aplicadas en el concurso si bien pueden compartir algunos elementos, se consideran excluyentes y son producto de un trabajo técnico realizado conjuntamente por la CNSC y las Entidades.” Es decir, que a juicio de la CNSC no existe similitud entre los ejes temáticos de las pruebas 132 y 133, razones que no compartió la Sala habida cuenta de que en uno y otro se establecen funciones para el mismo nivel jerárquico (nivel profesional), relativas a la profesión de abogado, con la única diferencia de que las actividades previstas en la prueba 133 corresponden al área de contratación estatal, incluyendo conocimientos del acto administrativo y las previstas para la prueba 132 son generales, con inclusión del conocimiento en contratación estatal. El hecho de que el estudio para clasificar los cargos en las pruebas de competencias, haya implicado un estudio técnico hecho entre la CNSC y las entidades públicas oferentes, no es razón suficiente para dar un trato diferente a los participantes en pruebas con ejes temáticos afines, máxime si se trata de concursantes que aprobaron dichas pruebas, pero fueron excluidos al no encontrar cargos clasificados en las mismas, como le ocurrió al actor. El trato diferenciado que dio la CNSC a los participantes de las pruebas 139 y 142 frente a los de las pruebas 132 y 133, implica una ventaja injustificada de los primeros frente a los segundos, habida cuenta de que mientras aquellos tienen la oportunidad de continuar participando en el proceso, éstos no tienen el mismo derecho, pese a haber aprobado la prueba correspondiente, como lo hizo el demandante.

[Sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2010-00474-01\(AC\), MP. \(E\) MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

## **2. El concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación no puede extenderse a cargos no ofertados en las convocatorias.**

La Sección Segunda confirmó la providencia de primera instancia que amparó el derecho al trabajo del actor y, en consecuencia, ordenó al Fiscal General de la Nación abstenerse de proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Florencia, cargo que ocupa el demandante, con personas que se encuentren en el registro de elegibles conformado en virtud de la Convocatoria 004 de 2007.

Mediante Convocatoria N° 004 de 2007, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 60 de la Ley 938 de 2004, llamó a concurso público para proveer 52 cargos a nivel nacional de Fiscal ante Tribunal de Distrito. Durante la época de la convocatoria (septiembre de 2007) se encontraba vigente un programa de reducción gradual de la planta de personal, que obligaba a la entidad a sacar a concurso sólo los cargos con los que contaría definitivamente, es decir, únicamente convocó para el número de cargos proyectados al finalizar la reducción. En virtud de la expedición del Decreto 122 de 2008 que modificó la planta de personal de la entidad, creando algunos cargos transitorios y otros definitivos, el programa de reducción de planta se suspendió, pues el mencionado decreto derogó la norma que consagraba reducción gradual de la misma para los años 2006 a 2008. Para ese momento, es decir, enero de 2008, no era posible modificar las convocatorias que ya habían sido publicadas, razón por la que quedaron muchos cargos por fuera del concurso. La Comisión Nacional de Carrera, el 9 de septiembre de 2007, citó a concurso de méritos, diferentes cargos de la Fiscalía a través de las convocatorias públicas abiertas Nos. 001-2007 Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, 003-2007 Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito Especializado, 004-2007 Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito (52 cargos) 005-2007 Asistente de Fiscal I, II, III, IV y 006-2007 Asistente Judicial IV, para un total de 4.697 cargos que se encontraban ocupados en provisionalidad. En el asunto objeto de estudio los cargos que se tenían que proveer mediante concurso eran 52 Delegados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial y ante la existencia de otras vacantes en dichos cargos la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 004-2007. Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos el cual estaba restringido a las normas reguladoras y obligatorias que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007, las cuales limitan el número y los cargos en ellas determinados, pues es a partir del registro que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 52 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir al registro de elegibles constituido para proveer las mismas. Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada los 52 nombramientos de Fiscales Delegados ante Tribunal Superior que fueron objeto de la convocatoria N° 004-2007, se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas incluidas en el registro de elegibles para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso se había agotado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 52 cargos que fueron materia de la convocatoria. Lo anterior significa que respecto de los demás cargos no existe concurso y por esa razón es que la entidad debía designar sólo a los registrados que se encontraban en los primeros lugares hasta completar las 52 vacantes materia de la convocatoria.

**[Sentencia de 5 de agosto del 2010, Exp. 18001-23-31-000-2010-00239-01\(AC\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)**

## **3. Improcedencia de la acción de tutela para el pago de retroactivo salarial si no se demuestra un perjuicio irremediable.**

La Sección Segunda rechazó por improcedente una acción de tutela por medio de la cual, la actora pretendía obtener la liquidación y el pago de unas sumas de dinero correspondientes al retroactivo

que el Municipio de Tunja le adeuda como consecuencia del proceso de homologación de cargos administrativos. Adujó la peticionaria, que la mora de la Administración en liquidar y pagar las cantidades que se le adeudan, vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a un trabajo digno.

La Sala concluyó que, conforme a los elementos de prueba del proceso, el instrumento procesal idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados por la actora es la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante lo Contencioso Administrativo previo agotamiento de la vía gubernativa, en tanto que no se vislumbró la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable la transitoriedad de la acción de tutela. De esta manera, la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo constituye la vía que ofrece las garantías suficientes para la defensa de los intereses de la actora y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo de defensa judicial pertinente, la cual debe instaurarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto (artículo 136-2 ibídem), previo agotamiento del presupuesto procesal de la conciliación de que trata la Ley 1285 de 2009.

[Sentencia de 29 de julio de 2010, Exp. 15001-23-31-000-2010-00957-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

#### **4. Procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para proteger el derecho de igualdad y evitar un perjuicio irremediable a pescador artesanal del Parque Natural Tayrona.**

La Sección Segunda amparó el derecho a la igualdad del actor vulnerado por la Resolución N° 194 de 2003, expedida por la -UAE- del Sistema de Parques Nacionales Naturales que ordenó demoler su vivienda ubicada en el Parque Nacional Natural Tayrona.

La Sala estableció que si bien le asiste razón al Tribunal al afirmar que en la situación del actor se presentó un hecho consumado, lo cierto es, que tal situación recae sólo respecto de la demolición de su vivienda, frente a la cual se hizo efectiva la orden policiva, pero ello no obsta, para desconocer, que en consecuencia del cumplimiento de las competencias atribuidas a las Autoridades Ambientales y el Gobierno Distrital, se genera una afectación a los derechos de quienes habitan y obtienen su sustento en áreas de protección ecológica. En este sentido, la consecuencia legítima de la actuación administrativa, genera un estado de desprotección, no sólo de quién en este caso, presenta la solicitud de amparo, sino de todos aquellos, que ejercen la actividad de pesca como una práctica natural y de supervivencia. En razón de ello, es claro que hay una tensión entre el deber estatal de proteger la integridad de los recursos naturales y garantizar el derecho colectivo al ambiente sano por un lado, y, por otro, procurar la efectividad de los principios del Estado Social de Derecho e impedir el menoscabo de los derechos fundamentales del actor, en especial la observancia del principio de igualdad. La Sala indicó, que la actividad pesquera que ejercita el actor, ostenta una protección especial del Estado (CP art. 65), unida al principio de diversidad étnica y cultural (CP art. 7). La Sala advirtió, que la protección a la población pesquera, en este caso al petente en su actividad, es propio del marco económico ontológicamente cualificado en la Norma Constitucional, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente, por lo que la protección estatal se direcciona a favor de las poblaciones desprotegidas (art.13C.P.), en razón de ello las comunidades que derivan su sustento de prácticas con especial protección requieren de la intervención del Estado en la distribución equitativa de oportunidades y recursos económicos (art.334 CP). Así las cosas, resulta indispensable que la Administración implemente medidas encaminadas a mitigar los efectos que tiene la recuperación del área de Gayraca para el tutelante. De no ser así, se propiciaría una situación de pobreza y marginalidad que, desde luego, pugna con el deber estatal de la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, la Sala en atención, al *principio de igualdad* que aboga por mitigar las diferencias en las oportunidades de los ciudadanos y el derecho al desarrollo que estas comunidades pesqueras ostentan; concluyó, que existe el deber de protección respecto de la situación del actor, toda vez que la demolición de

su vivienda, constituye un perjuicio irremediable como quiera, que lo despoja de un lugar donde residir sin una posibilidad concreta de reubicación y aunado a ello, le impide desarrollar la actividad de pesca de la que devenga el medio de subsistencia propio y el de su familia.

[Sentencia de 29 de junio de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2010-00072-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

**5. Vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia por indebido decreto de la perención del proceso.**

El problema jurídico se concentró en determinar si se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la actora, con las decisiones adoptadas por el Juzgado Once Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en las providencias de 26 de febrero y 12 de noviembre de 2009, respectivamente, que decretaron la perención del proceso sin tener en cuenta que la consignación ordenada en el auto admisorio de la demanda se había realizado.

En el caso concreto, se corroboró que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la actora transcurrieron más de 6 meses sin que la parte interesada suministrara las expensas necesarias para dar cumplimiento a las notificaciones ordenadas en el auto admisorio de la demanda, luego se configuró el hecho que da origen a la perención. No obstante, lo anterior no hay que desatender otras circunstancias ocurridas en el caso bajo estudio, como el hecho de que la demandante, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento, consignó la suma ordenada por el Juzgado el 6 de febrero de 2009, cuando aún no se había decretado la perención del mismo. La Sala advirtió que el Juez previo a dictar el auto por medio del cual decretó la perención, debió consultar si se había realizado la consignación ordenada en el auto admisorio, a través del reporte de los movimientos financieros de la cuenta asignada al Despacho, máxime cuando el Juzgado estuvo cerrado desde el 28 de enero de 2009 hasta el 25 de febrero del mismo año, lo cual imposibilitaba físicamente a la actora para que allegara la copia de la consignación realizada dentro de ese lapso. El hecho del cierre extraordinario del Juzgado por cambio de secretario no se tuvo en cuenta por el Tribunal al momento de resolver el recurso de alzada, a pesar de habersele puesto en conocimiento, pues en el auto de 12 de noviembre de 2009 se resalta que sólo hasta el 26 de febrero se allegó la copia de la consignación sin referirse al cierre del Juzgado. En efecto, las circunstancias puestas de presente no fueron atendidas por los Jueces de conocimiento del proceso de nulidad y restablecimiento, lo cual generó una situación gravosa a la demandante, pues en estricto sentido a pesar de que transcurrieron exactamente siete meses desde la notificación al Ministerio público, la carga de consignar la suma para cubrir los gastos del proceso fue cumplida previo al decreto de la perención del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (2008-00340) tal como consta en la consignación visible a folio. 26 del expediente, por lo que desaparece el fundamento del Juez para decretar la terminación del proceso. La Sala resaltó que la perención es una forma anormal de terminación del proceso, que al ser decretada por la aparente inactividad de la parte accionante del proceso (pues se consignó previo a dictarse el auto de perención) impide en el presente caso que la actora tenga efectivamente acceso a la administración de justicia, entendiéndose éste por el derecho que tiene a que su conflicto administrativo se resuelva por el juez competente.

[Sentencia de 28 de junio de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-00056-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

\* Con salvamento de voto de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez

**6. a) Configuración del defecto sustantivo en una providencia judicial por aplicación de norma derogada sobre retiro del servicio de empleados que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera administrativa.**

En síntesis, el actor argumenta que la sentencia del 11 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal accionado al invocar como fundamento normativo la Ley 443 de 1998 y los Decretos 1572, 1567 y 2504 de 1998, incurrió en un defecto sustantivo, por cuanto desconoció que estas disposiciones fueron derogadas por la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, que establecen la necesidad de expresar las razones por las cuales se retira del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa.

La Sala consideró necesario precisar, que esta Corporación ha sostenido, “que respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público (...)”, pero en aquellos casos que se presentaron durante la vigencia de la Ley 443 de 1998 y normas concordantes, esto es, antes de la Ley 909 de 2004. Se realizó la anterior precisión, porque la Ley 909 de 2004 mediante su artículo 54 derogó la Ley 443 de 1998 (a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82) y las demás disposiciones que le son contrarias, como el Decreto 1572 de 1998 (modificado por el Decreto 2504 de 1998) que reglamentaba la Ley 443 del mismo año, aunque éste expresamente fue derogado por el artículo 112 del Decreto 1227 de 2005, que reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998. Estimó la Sala que la situación antes descrita es de significativa importancia, como quiera que las normas citadas por el Tribunal como fundamento de su decisión, al ser derogadas por la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, no podían ser aplicadas para determinar la legalidad o ilegalidad del Decreto N° 086 de 2007 del Gobernador de Arauca, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del accionante como Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, de la Secretaría de Educación Departamental, como quiera que este acto administrativo se profirió después de la derogatoria de la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario. En ese orden de ideas, evidenció la Sala que la sentencia de 11 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Arauca, al aplicar normas derogadas y la jurisprudencia existente sobre las mismas, para resolver el recurso de apelación y verificar la legalidad del acto administrativo demandado, incurrió en un defecto sustantivo.

**b) El juez de tutela no puede ordenar a la autoridad judicial demandada el sentido del fallo.**

Sobre las medidas de protección solicitadas por el petente, es preciso aclarar que el Consejo de Estado en esta oportunidad actúa como juez de tutela y no como juez ordinario o de instancia, razón por la cual no puede ordenarle a la autoridad judicial accionada que falle en determinado sentido el proceso contencioso promovido por el accionante, so pena de desconocer que legalmente el Tribunal Administrativo de Arauca es el competente para resolver en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En concordancia con lo anterior, no es válido que en protección del derecho al debido proceso se obligue a la autoridad judicial demandada a resolver en favor del petente la referida acción, o que se le indique la forma en que debe interpretar las normas aplicables al asunto que fue puesto en su conocimiento, so pena de desconocer el principio de la autonomía funcional y su condición de juez natural del asunto. No obstante lo anterior, ante la evidente vulneración del derecho al debido proceso por la configuración de un defecto sustancial en el sentido expuesto, no puede predicarse el carácter absoluto del principio de la autonomía funcional y por ende la intangibilidad de la providencia controvertida, so pena de no reconocer el carácter prevalente que le asigna la Constitución Política a este derecho fundamental, y la supremacía que ésta tiene como norma de normas. En ese orden de ideas, estima la Sala que para armonizar los principios de la autonomía funcional y la legalidad en la asignación de competencias, con el derecho fundamental al debido proceso, debe dejarse sin efectos la sentencia controvertida, y ordenársele al Tribunal Administrativo de Arauca, que en el término prudencial de un mes a partir de la notificación

del presente fallo, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2007-00120, profiera una nueva sentencia teniendo en cuenta el marco legal vigente a la fecha del expedición del Decreto 086 del 9 de mayo de 2007, proferido por el Gobernador de Arauca.

[Sentencia de 28 de junio de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2010-00540-00\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**\* Con salvamento de voto de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez**

**7. En el aspecto cualitativo de los nombramientos en carrera, debe tenerse en cuenta reglas que sólo atiendan al mérito.**

La Sección Segunda exhortó a la Fiscalía General de la Nación y a la Comisión Nacional de la Administración de Carrera de la misma para que, al momento de escoger el municipio donde realizará los correspondientes nombramientos en período de prueba, utilice reglas objetivas que atiendan al mérito demostrado dentro del concurso.

Teniendo presente las decisiones de tutela de las Honorables Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sobre la obligatoriedad de proveer los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación, por vía del concurso de méritos de forma expedita y diligente, lo cual esta Subsección comparte plenamente, debe decirse que el respeto a tal mandato constitucional, no se agota en la realización del proceso de selección ni en el agotamiento del aspecto meramente cuantitativo de los nombramientos de la lista de elegibles, sino que, además ha de observarse el contenido cualitativo de aquellos, a fin de no defraudar el proceso de selección y los principios del mérito, objetividad y transparencia que lo rigen. En estos términos la Sala, observa con suma preocupación -dados los hechos que fueron planteados en la demanda y las intervenciones de algunos ciudadanos -, que pese a que, durante las etapas evaluativas del proceso de selección (pruebas, entrevistas, análisis de antecedentes, etc.) se promueven y respetan reglas objetivas que garantizan igualdad y transparencia; al momento de realizar los nombramientos en período de prueba, se podría caer en el error de dejar de lado tales postulados, provocando intencionalmente o no, la no aceptación de los cargos y la consecuente vacancia de éstos, con lo que en palabras más precisas, se llegaría a defraudar el proceso o hacerlo inoficioso. Para esta Sala es claro que, los principios constitucionales del mérito, objetividad y transparencia que inspiran las etapas evaluativas del proceso de selección, no pueden abandonarse en la de nombramientos en período de prueba, a riesgo de afectar gravemente el ya referido mandato constitucional. Así, para el aspecto cualitativo de los nombramientos -referido en líneas anteriores-, deben tenerse en cuenta en primer orden reglas que sólo atiendan al mérito demostrado en el proceso de selección, por lo cual se exhortará a las entidades accionadas para que, al momento de escoger el municipio donde realizará el correspondiente nombramiento en período de prueba, utilice reglas objetivas que atiendan al mérito demostrado dentro del concurso, es decir, al mejor derecho que respecto de la sede laboral escogida, indica el lugar ocupado en la correspondiente lista de elegibles, pues como se expuso previamente una práctica contraria, reiterada y caprichosa, no sólo pone en riesgo la materialización de un mandato constitucional, sino los derechos fundamentales de los participantes, así como la confianza en la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 68001-23-31-000-2010-00163-01\(AC\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

**8. Vulneración del debido proceso y el acceso a la administración de justicia por indebido computo de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.**

La Sección Cuarta confirmó la providencia de primera instancia que amparó los derechos al debido proceso y al acceso a la administración del actor y ordenó dejar sin efectos una providencia judicial

que declaró probada la excepción de caducidad de la acción; por lo tanto, dispuso el pronunciamiento de fondo frente a la causa petendi dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Observó la Sala que la entidad actora presentó un escrito ante la Superintendencia Financiera en el que solicitó que se le exonerara de intereses. En dicho escrito además afirmó que estaba enterada de la decisión desde el 27 de octubre de 2005. Sin embargo, a partir de la afirmación contenida en el referido escrito, consideró la Sala que la entidad actora no desplegó conducta concluyente alguna, como lo consideró de manera errada el Tribunal, por cuanto es claro que el fin de la actuación del Banco fue precisamente señalar la irregularidad en la notificación del acto administrativo, y en virtud de ello la Superintendencia Financiera procedió a corregir su yerro y realizó una nueva notificación previa anulación de la indebida notificación anterior, es por lo anterior que la notificación que se debe tener en cuenta es la que corrige la anterior, ninguna otra, ya que con el escrito presentado por la entidad bancaria no se anula la nueva notificación personal realizada por la entidad accionada, si ello fuera así cabría la pregunta de cuál fue el fin de corregir la notificación irregular. Igualmente, fue claro para la Sala que el único objetivo del escrito por parte del banco fue pagar el crédito contenido en el acto administrativo para evitar el cobro de unos intereses que en virtud del error de la administración le serían cobrados. En este punto le asiste también la razón *al a quo* al señalar que dicho pago no tiene injerencia alguna para determinar que con ello se configuró la conducta concluyente, por cuanto la entidad bancaria tenía todo el derecho de efectuarlo debido al error cometido por la Superintendencia Financiera. Así las cosas, en el caso en estudio no es procedente avalar un error de la administración en detrimento de los derechos del administrado, toda vez que ello iría en contravía de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y defensa, así como de principios constitucionales como la buena fe y la confianza legítima que deben imperar en las actuaciones tanto del ciudadano como - *en especial* - del Estado.

[Sentencia de 29 de abril de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2009-01074-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **9. La citación a la audiencia de pacto de cumplimiento en acción popular debe notificarse conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil**

Mediante el ejercicio de la acción de tutela, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, pretendía que se declarara sin valor ni efecto alguno la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento celebrada el 5 de noviembre de 2009, y, en su lugar, se ordenara al Juzgado 24 Administrativo del Circuito de Medellín fijar nueva fecha y hora para la celebración de la misma, por cuanto no se le notificó en debida forma la fecha de celebración de mencionada audiencia.

La Sala encontró que el despacho judicial demandado no vulneró ningún derecho fundamental de la entidad accionante, ya que la notificación del auto mediante el cual se citó a audiencia especial de pacto de cumplimiento y del auto que fijó nueva fecha para la misma, se realizó de acuerdo a las directrices señaladas en el artículo 321 del C. de P. C. Así mismo se observa que, al pie de los autos con los que se adoptaron estas decisiones, figuran los estados notificatorios, y que del conjunto conformado por los autos y los estados se derivó una información completa sobre el proceso y las diligencias de que se trataba, conocida por las demás partes del proceso, que al final de cuentas concurrieron a la audiencia de pacto de cumplimiento, como lo acredita el acta.

**b) La acción de tutela interpuesta por la indebida notificación de una providencia judicial, no constituye tutela contra providencia judicial**

Guiados por el texto de la demanda de tutela y particularmente por la pretensión que la inspiró, esta Corporación entiende, contrario a lo concluido por el Tribunal de Antioquia, que la tutela no fue dirigida contra providencia judicial, sino que giró alrededor del desconocimiento del derecho al debido proceso por indebida notificación de de varias de éstas; evento que no se ha producido y en virtud de lo cual lo que se impone es denegar el amparo deprecado, revocando el fallo del a-quo y dándole el giro anunciado.

[Sentencia de 08 de julio de 2010, Exp. 05001-23-31-000-2010-00141-01\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

**10. Vulneración del derecho de petición por no remitirse la solicitud al funcionario competente.**

El problema jurídico consistió en determinar si la respuesta que brindó la Comisión Nacional de Servicio Civil a la petición que formuló la actora fue completa, toda vez que no le informó si el cargo que desempeñaba había sido ofertado en la Convocatoria 001 de 2005, ni le expidió la copia del acto administrativo que así lo dispuso, al considerar que la entidad en que laboraba la peticionaria era la encargada de indicarle con exactitud si su cargo estaba reportado o no en la OPEC.

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política, la formulación de una petición conlleva para la autoridad ante la que se presenta, el deber de dar respuesta oportuna y de fondo a la solicitud del peticionario, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo que decidió. Para que la respuesta sea efectiva debe ser expedida oportunamente, resolver de fondo la petición de manera clara, congruente con lo solicitado y debe ser notificada al interesado. Empero, la respuesta no implica que la Administración acceda al objeto de la petición. En cuanto a la oportunidad para responder, el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo señala el término de quince (15), si se trata de una petición de interés particular. No obstante, ante la imposibilidad de dar respuesta en dicho lapso, la autoridad debe explicar los motivos y señalar el plazo en el que va a decidir sobre el asunto, con apego al criterio de razonabilidad y de acuerdo con el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. El artículo 33 del Código Contencioso Administrativo prevé que “si el funcionario a quien se dirige la petición (...) no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días”. La falta de cumplimiento de alguno de los requisitos enunciados implica la vulneración del derecho fundamental de petición. En el caso concreto, la Sala encontró vulnerado el derecho de petición de la actora, dado que la CNSC no respondió la solicitud completamente ni la remitió a la entidad que, en su criterio, podía informar sobre la oferta del cargo en la Convocatoria 001 de 2005 y expedir copia del acto administrativo que así lo dispuso.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2010-02156-01\(AC\), MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

## **ACCIONES POPULARES**

**1. Vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público por acto administrativo que ordena cerramiento. Suspensión de acto administrativo a través de acción popular.**

En el caso bajo estudio, la actora reclamó la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público, la defensa y utilización de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, debido a la existencia de cerramientos o rejas metálicas en varias vías públicas de la Urbanización La Ronda del Municipio de Floridablanca sin que la administración haya procurado su

retiro para garantizar a la comunidad la libre movilización por ellas y que los mismos han sido autorizados por el Concejo Municipal, a través del Acuerdo 065 de agosto 31 de 1992.

Conforme al acervo probatorio, no queda duda, entonces, que se trata de áreas de cesión gratuita de la Constructora del Conjunto Residencial La Ronda etapas I, II, III y IV, al Municipio de Floridablanca, la cual se protocolizó mediante escritura pública. En este sentido, tanto las vías como las demás zonas son consideradas como espacio público, por lo que no pueden ser entregadas a particulares para su uso individual, en desmedro del interés general. Si se lee atentamente la parte motiva del Acuerdo 065 de 1992, se puede observar que el propio Concejo Municipal de Floridablanca conocía que el Conjunto Residencial no se había concebido como una Urbanización cerrada y, a pesar de ello, decidió expedir el mencionado acto. Incluso, se advierte que el Concejo sustentó el acto con el argumento de que en la Urbanización no existe ninguna vía que comunique los diferentes sectores del Municipio, hecho que por sí sólo no justifica tal medida, toda vez que con ella se impidió el uso y disfrute de todos esos espacios por parte de la comunidad en general. Lo anterior permite concluir que dicha Corporación sin el sustento suficiente, en flagrante vulneración a los derechos colectivos de la Comunidad y en evidente contravía a las disposiciones generales que reglamentan la protección del espacio público, ordenó el cerramiento de zonas acreditadas en el expediente como de esa naturaleza. Se trata, por lo demás, de un acto que transgrede claramente lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Política, a través del cual se establece la necesaria protección de la integridad del espacio público por su destinación al uso común. En este orden de ideas, en coincidencia con lo expuesto por el a quo, la Sala consideró palmaria la confrontación del Acuerdo 065 de agosto de 1992, con las disposiciones constitucionales y legales reguladoras del espacio público, por lo que resulta procedente, tal y como se hizo, ordenar la suspensión del acto administrativo, mientras la jurisdicción contenciosa se pronuncia sobre su legalidad.

[Sentencia de 19 de agosto de 2010, Exp. 68001-23-15-000-2004-00848-02\(AP\), MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### **1. Legalidad del artículo 6 del Decreto 1788 de 2004 que reglamenta parcialmente la Ley 388 de 1997 en relación con el pago de la participación en la plusvalía por quien solicita una licencia de construcción o urbanismo para un inmueble beneficiado**

Se demanda la nulidad de la citada disposición al estimarse que ella vulnera la norma legal reglamentada, por cuanto desconoce que existen varios casos en que es exigible el pago de la participación en la plusvalía que genera la acción urbanística de las entidades públicas y no solo el antes mencionado.

**Extracto:** Pasando al primero de los artículos demandados, 6° del Decreto 1788 de 2004, se observa que se ocupa de fijar como requisito para la expedición de licencias de urbanización o construcción, la acreditación del pago de la participación en la plusvalía por parte del interesado o peticionario, cuando el inmueble o predio respectivo se encuentra beneficiado por el efecto de plusvalía. Para una mejor comprensión de ese alcance que encuentra la Sala, sirve traer nuevamente el enunciado de dicha norma, a saber: “Artículo 6°. Para la expedición de licencias de urbanización o construcción y sus modalidades, tratándose de inmuebles beneficiados por el efecto de plusvalía, las autoridades competentes solo podrán expedir los respectivos actos administrativos cuando el interesado demuestre el pago de la Participación en la Plusvalía correspondiente al área autorizada. Significa que simplemente le está dando desarrollo a uno de los cuatro (4) eventos o situaciones en las que se debe hacer efectivo el pago de la aludida participación en la plusvalía, justamente el del numeral 1° del artículo 83 de la Ley 388 de 1993, sin que en modo alguno se hubiere ocupado de los otros tres

numerales o eventos previstos en dicho precepto legal, de allí que no puede predicarse que la disposición acusada tenga cualquier efecto sobre ellos, y mucho menos que los hubiere suprimido o excluido del referido pago. En este caso, lo que ocurre es que mediante el artículo 6° en cuestión se ha reglamentado una parte del artículo 83 en comento, y nada obsta para ello pueda ser así, como tampoco implica que la parte no reglamentada de una norma haya dejado de tener vigencia y aplicabilidad por efecto de esa reglamentación parcial. Interpretar lo contrario, como ahora lo hacen los actores, no tiene asidero alguno en la técnica y hermenéutica jurídicas, de modo que carece de toda lógica y *sindéresis* lo planteado por ellos en los cargos de la demanda. Visto entonces como disposición reglamentaria del artículo 83 de la Ley 388 de 1997, la Sala no encuentra que el artículo 6° exceda, restrinja o contraríe el numeral 1° de aquél, objeto de dicha reglamentación, y mucho menos el resto de ese precepto legal por la obvia razón de que no trata de los eventos señalados en los demás numerales del mismo. *Tema nuevo.*

[Sentencia del 25 de agosto de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2007-00159-00, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

## **2. Bienes de capital importados al amparo del Plan Vallejo no pueden enajenarse ni destinarse a fin diferente del autorizado antes de estar en libre circulación so pena de que se incurra en la infracción aduanera de contrabando**

En acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demandan unos actos de la DIAN que ordenaron el decomiso de un tractocamión que hacía parte de un programa de importación en la modalidad del Plan Vallejo. Se estima en la demanda que el cambio de destinación del vehículo no constituía motivo para su aprehensión o decomiso.

**Extracto:** Para dilucidar la controversia que ocupa la atención de la Sala, es necesario tener en cuenta que el Plan Vallejo es un régimen aduanero especial que permite la importación temporal de maquinarias, equipos, materias primas e insumos que deben ser utilizados en la producción de bienes destinados a la exportación. Quien se somete a ese régimen obtiene, de una parte, beneficios tributarios y aduaneros, y asume, de la otra, la obligación de exportar en un plazo determinado los bienes producidos en la cantidad y calidad acordada, y la reexportación los equipos empleados en su elaboración. De acuerdo con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra debidamente acreditado que el INCOMEX autorizó a la sociedad demandante para que importara temporalmente maquinarias y equipos de acuerdo con las disposiciones que regulan el Plan Vallejo, para la producción de carbón en la mina El Cerrejón, con destino a la exportación. No obstante lo anterior, uno de esos equipos importados, el tractocamión marca Kenworth (...) fue aprehendido por funcionarios de la Administración Especial de Aduanas de Bucaramanga (...) en momentos en los cuales transportaba 25 bultos de electrodos de procedencia mexicana en la vía Bucaramanga - San Gil (...) dando lugar a la expedición de la Resolución 185 del 12 de septiembre de 1997 y su confirmatoria la Resolución 003 del 2 de enero de 1998 (...) mediante las cuales se dispuso su decomiso a favor de la Nación, por presunción de contrabando. Al respecto es preciso señalar que el artículo 236 del Decreto 2666 de 1984, vigente para la época de los hechos, establecía claramente una limitación a la circulación de los bienes de capital y repuestos importados al amparo de dicho régimen, al disponer que los mismos no podían ser enajenados antes de estar en libre circulación ni ser destinados a fines diferentes de los autorizados. La norma legal en cita, es del siguiente tenor literal: Artículo 236. Limitación a la circulación de bienes de capital y repuestos. Los bienes de capital y repuestos importados en desarrollo de los artículos 173, literal c) y 174 del Decreto-ley 444 de 1967, no podrán enajenarse ni destinarse a fin diferente del autorizado antes de estar en libre circulación, lo cual ocurrirá una vez se hayan cumplido totalmente los compromisos adquiridos. En concordancia con lo anterior, se hace necesario tener presente que al término del Programa de Importación Temporal aprobado por el INCOMEX, el importador debía reexportar las maquinarias o proceder a su legalización, tal como se colige de lo que prescriben las siguientes disposiciones: [Decreto 2666 de 1984, artículos 231, 233, 234 y 235; Decreto 1909 de 1992, artículos 46, 48 y 80]

(...) En el caso de autos, no aparece demostrado que al momento de la aprehensión o decomiso del tractocamión, la restricción que pesaba sobre él hubiese sido levantada, ni aparece demostrado tampoco que para ese entonces el importador hubiese cumplido la totalidad de los compromisos adquiridos con el INCOMEX dentro de los plazos acordados, en los términos del Programa BR-1093, en donde se precisa por demás que los bienes debían destinarse a la explotación del carbón en la mina de El Cerrejón. En ese orden de ideas, se infiere que en este caso la medida de decomiso se encontraba plenamente justificada. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 25 de agosto de 2010. Exp. 68001-23-31-000-1998-00569-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

### 3) Principio de *non bis in idem* no es vulnerado cuando se imponen varias multas por haberse desconocido una misma norma en distintas formas

Se demanda la nulidad de unas resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que imponen unas multas a la sociedad demandante por información comercial engañosa, entre otras razones, porque supuestamente la sancionan varias veces por un mismo hecho.

**Extracto:** La demandante alega que la Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto el hecho de que Carulla Vivero S.A. sólo tiene un procedimiento de etiquetamiento de la totalidad de productos ofrecidos en los distintos puntos de venta de Carulla Vivero, de donde se sigue que la conducta imputable y sancionable es una sola, pese a que una falla en el procedimiento se haya visto reflejada en información errónea sobre cuatro productos en promoción, a saber: “ZUM NARANJA, AHORRE 10%”, “ZUM KILO, GRATIS 330 gr”, DOS JABONES COCO BARRA, GRATIS PURO” y “CREMA LAVAPLATOS LA GUERRERA LIMÓN x 500 G, pague 2 lleve 3”. Acerca de la violación o desconocimiento del principio de non bis in ídem, esta Sala ha dicho lo siguiente: “Efectivamente, nuestra Constitución Política consagra el derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Pero es necesario precisar el alcance de este principio, pues para que se consolide un hecho igual que excluya un nuevo juzgamiento sobre el mismo, se requiere: a) Identidad del sujeto; b) Identidad de la conducta; c) Identidad de circunstancias de tiempo, modo y lugar.”. Asimismo, en providencia de 11 de octubre de 2007 (M.P. Marco Antonio Velilla Moreno), en relación al principio de non bis in ídem, la Sala precisó que éste se configura cuando por unos mismos hechos se juzga a una persona natural o jurídica dos o más veces, en una misma modalidad. Ahora bien, de conformidad con los documentos obrantes en el expediente, el 20 de junio de 2001 funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio adelantaron una inspección al punto de venta de Carulla Vivero S.A. ubicado en el sector de Montevideo, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, relativas a la indicación pública de precios, específicamente resoluciones 2416 y 11448 de 2000 y artículos 14 y 16 del decreto 3466 de 1982. Practicada la inspección, las autoridades constataron irregularidades en la información ofrecida al consumidor al momento de la venta, respecto de cuatro productos que se encontraban en promoción (...) Visto lo anterior, para la Sala es claro que en el asunto objeto de estudio no existió violación del principio de non bis in ídem, puesto que los hechos que dieron lugar a la imposición de las tres (3) multas son diferentes, en tanto la Superintendencia de Industria y Comercio constató que en cuatro productos se había brindado información errónea al consumidor, ofreciéndose como gratuitos bienes que realmente tenían un valor adicional. Así pues, aun cuando el procedimiento de etiquetamiento utilizado por Carulla Vivero S.A. sea uno solo, lo cierto es que el mismo originó la publicación errada en el precio de cuatro productos en modalidades de promoción distintas y, por ende, no puede concluirse que una misma conducta haya sido sancionada en tres ocasiones, puesto que está probado que la demandante infringió los artículos 14 y 16 del Decreto 3466 de 1982 de, al menos, cuatro formas diferentes. (Sobre el alcance del principio non bis in idem, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 1998 0603, del 17 de mayo de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; y Expediente núm. 1994 04373 01, del 11 de octubre de 2007, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno). *Reiteración de jurisprudencia*.

[Sentencia del 25 de agosto de 2010. Exp. 25000-23-21-000-2002-00598-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**4) Nulidad de registro de la marca NEW GATES al no ser posible su coexistencia en el mercado con la marca GATES y el nombre comercial THE GATES CORPORATION notoriamente conocidos**

En ejercicio de la acción especial de nulidad marcaria de solicita la nulidad del acto de la SIC que concedió el registro de la marca mixta NEW GATES, por cuanto el mismo desconoce la normativa comunitaria que protege a las marcas y a los nombres comerciales notorios.

**Extracto:** Por otra parte, para efectos de determinar si efectivamente la marca mixta “GATES” es notoriamente conocida, en las clases de productos 7ª, 12 y 17 Internacional, el artículo 84 de la Decisión 344, establece los siguientes criterios: “a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada; b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca; c) La antigüedad de la marca y su uso constante; d) El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca”. De la norma transcrita se infiere, como se ha sostenido en diversas providencia de esta Sala, que cualquier medio idóneo de prueba puede ser utilizado para demostrar la notoriedad de un signo distintivo, así varíen sus factores de penetración, uso y aplicación en el sector pertinente. Ahora bien, dado que los signos distintivos de la actora contienen la misma denominación GATES, deberán evaluarse, en forma conjunta las pruebas allegadas por la sociedad demandante, con el objeto de precisar el alcance de la causal invocada, relacionada con la notoriedad de su marca mixta “GATES”, clases 7ª, 12 y 17 de la Clasificación Internacional de Niza. (...) Del acervo probatorio relacionado, se colige sin duda alguna, que la marca mixta “GATES”, clases 7ª, 12 y 17, es notoriamente conocida (...). Además, se encuentra probado que desde el año 1919, THE GATES CORPORATION, ha utilizado su nombre comercial y la marca “GATES”, en la que se destaca que es una de las más grandes fábricas de los EE.UU en productos de caucho, tal como lo indica el representante legal de la misma, y los testimonios que obran en el expediente. (...) Así mismo, registró su marca mixta “GATES” en Colombia en 1976 para las clases 7ª, 12 y 17 Internacional, y en diferentes partes del mundo, incluyendo el aludido signo para la clase 25, mucho antes de la fecha de solicitud de registro de la marca “NEW GATES” cuestionada. Todo lo anterior permite concluir que la marca mixta “GATES” incluyendo el nombre comercial THE GATES CORPORATION de la actora, al ser considerados como notoriamente conocidos, deben ser protegidos tanto en su prestigio como en el good will de la empresa, ya que si se mantuviese el registro de la marca cuestionada, podría afectar el poder que por si mismo tiene la marca notoria para ofrecer en ventar sus productos, los cuales según la actora los viene construyendo desde el año 1919, gracias al esfuerzo de mercadeo, publicitario y de calidad invertido en los mismos. Además, mantener los registros de la marca mixta “NEW GATES” demandada, o permitir su coexistencia en el comercio con la marca de la actora, hace que se pueda diluir la fuerza distintiva que caracteriza a la marca notoriamente conocida “GATES”, así como deteriorar su valor comercial y publicitario, tal como lo predica la jurisprudencia de esta Corporación. *Reiteración de jurisprudencia.*

[Sentencia del 25 de agosto de 2010. Exp. 1100- 03-24-000-2000-06535-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

**1. En la liquidación parcial de cesantías la sanción para el trabajador procede cuando la inversión de los dineros se efectúa por fuera de los casos previstos en la ley**

Situación fáctica: Determinar si es procedente la acción de lesividad contra el acto administrativo propio que reconoce el auxilio parcial de cesantías a trabajador para remodelación de vivienda y lo destina para compra de vivienda y la ilegalidad de dicho acto.

La Resolución No. 0149 de 2001 “por la cual se reglamenta el trámite para el pago de Cesantías a servidores públicos del HOSPITAL LA VICTORIA III Nivel Empresa Social del Estado”, estableció en su artículo vigésimo segundo que cuando “por cualquier motivo determine que no hubo inversión de los dineros en la destinación para la cual fue solicitada, deberá solicitar al empleado hacer el reintegro de los mismos en la Tesorería del Hospital, sin perjuicio de las medidas que se tomen conforme a las normas vigentes”. Estima la Sala que dicha norma debe entenderse en el sentido de que la sanción para el trabajador resulta aplicable cuando la inversión de los dineros se efectúa por fuera de los casos previstos en la ley. Admitir que el trabajador debe devolver las cesantías parciales que le fueron entregadas cuando las destinó para compra de vivienda, situación expresamente autorizada por la ley, aunque así no lo hubiera manifestado desde el principio, conllevaría a sostener que el reglamento establecido para el trámite de pago de cesantías de la E.S.E. demandante estaría regulando un asunto que es de competencia exclusiva del legislador, desmejorando además los derechos y garantías de los trabajadores dentro de un Estado Social de Derecho, en contravía de lo dispuesto en el artículo 53 Superior. Si bien la ley permite sólo excepcionalmente los anticipos sobre cesantías y uno de esos eventos es para compra o remodelación de vivienda, cuando el servidor logra demostrar que por circunstancias especiales y ajenas a la mala fe, no utilizó el dinero para remodelar sino para comprar un bien inmueble que le servirá como vivienda, dicha situación no va contra el interés jurídico protegido porque, en todo caso, las normas que se refieren a los pagos parciales de cesantías permiten igualmente su destinación para la compra de vivienda del trabajador. En el sub lite aparece plenamente probado que la demandada decidió no remodelar su inmueble porque sobre el mismo había un serio problema de hongo, lo que en ningún momento pretendió ocultar al hospital sino que, antes bien, facilitó la visita de la Oficina de Control Interno que efectivamente pudo corroborar dicha situación. De igual manera, se demostró con la copia del certificado de tradición la adquisición por parte de la demandada de un inmueble para vivienda, situación expresamente permitida por la ley para el destino de las cesantías parciales. Adicionalmente, los dineros provenientes de las cesantías no forman parte del patrimonio de la entidad estatal como equivocadamente manifiesta el recurrente, sino que son una de las prestaciones sociales establecidas a favor del trabajador y que constituyen el mínimo de los derechos laborales previstos a su favor por la prestación efectiva del servicio y, por tanto, con carácter irrenunciable. En conclusión, si bien la acción de lesividad es la pertinente para que la administración pueda demandar su propio acto administrativo por medio del cual efectuó el reconocimiento y pago de cesantías parciales a la trabajadora demandada, no se encontró demostrada ninguna causal de nulidad que lo invalidara, razón por la cual, se denegarán las pretensiones de la demanda.

[Sentencia del 12 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-01080-01\(0423-09\). M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

## **2. Legalidad de la decisión proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que declaró insubsistente a funcionario de la Rama Judicial por inhabilidad sobreviniente**

Situación fáctica: Se demanda la nulidad de la decisión proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Magistrado de Tribunal por haber sido impuesta medida de aseguramiento.

Para el momento en que el nombramiento del actor fue declarado insubsistente, pesaba sobre él, la suspensión en el ejercicio de sus funciones, medida que había sido solicitada por la Fiscalía General de la Nación. Cabe precisar, si estando suspendido en el ejercicio del cargo, era procedente además, declarar insubsistente su nombramiento, por las mismas razones que dieron origen a la primera medida. Lo anterior, por cuanto es insistente el demandante en afirmar que el acto acusado está viciado de nulidad por infringir las normas en que debía fundarse, puesto que para la aplicación de la

inhabilidad “sobreviniente”, en los términos del numeral 3º del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, era indispensable que existiera privación efectiva de la libertad, pues de lo contrario, no era viable la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, sino únicamente la suspensión en el ejercicio del cargo, mientras se decidía definitivamente su situación penal. Para la Sala el planteamiento anterior es inaceptable, de una parte porque es indiscutible la existencia de la inhabilidad sobreviniente por las razones que han quedado ampliamente consignadas: El actor se encontraba bajo medida de aseguramiento que implicaba privación de la libertad sin derecho a libertad provisional, y el párrafo del artículo 150 de la Ley 270 de 1996 perentoriamente imponía la decisión que adoptó la Corte Suprema de Justicia en el acto acusado. Así se desprende con claridad meridiana del texto de dicho precepto cuando ordena que aquellos nombramientos, “... respecto de los cuales surgiere inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.”. La expresión serán no es potestativa.

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

[Sentencia del 4 de agosto de 2010, Sala Plena, Exp. 44001-23-31-000-2001-00041-02\(7382-05\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

### **3. Se decreta suspensión provisional de los Decretos Reglamentarios 3164 de 2003 artículos 1 y 2 y 2719 de 1993 artículos 1 y 3, al suprimir y restringir las actividades propias y esenciales de la industria del petróleo**

Situación fáctica: Se solicita la nulidad de los decretos reglamentarios 3164 de 2003 artículos 1 y 2 y 2719 de 1993 artículos 1 y 3 por el cual se reglamentó el artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957 que fijó normas sobre salarios y prestaciones de los trabajadores de contratistas

El Ejecutivo al modificar, suprimir o restringir los Decretos Reglamentarios demandados, las actividades propias y esenciales de la Industria del Petróleo, con el fin de establecer un “nuevo, único y exclusivo listado de actividades” para ajustar la reglamentación contenida en el Decreto Reglamentado, a labores que se han considerado como inherentes a cualquier operación petrolera; va en contravía al objeto de su potestad reglamentaria que es contribuir a lo dispuesto en la Ley. Máxime que esta facultad no es absoluta, cuando advirtió, la Corte Constitucional en el mismo pronunciamiento arriba señalado: “... Lo dicho enlaza con la idea según la cual la extensión de la potestad radicada en cabeza del Ejecutivo por el artículo 189 numeral 11, depende de la forma, así como del detalle, con que la Ley reguló los temas correspondientes. Precisamente aquí se acentúa que la facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley. El objeto de la potestad reglamentaria consiste, entonces, en contribuir a la concreción de la ley y se encuentra, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador. ...”. Si se aceptara la modificación de exclusión que se hizo con relación a las labores propias y esenciales de la Industria del Petróleo, por ejemplo, transporte, construcción y mantenimiento de oleoductos y refinerías, de los sistemas de bombeo, recolección, tratamiento térmico, entre otras; se estaría cambiando las reglas del juego con respecto a los salarios y prestaciones de los empleados de los contratistas independientes, lo cual se reitera, es abiertamente inconstitucional en virtud del artículo 189 numeral 11 de Constitución Nacional.

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

[Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 11001-03-26-000-2008-00047-00\(2559-08\), M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad.](#)

#### **4. Se decreta la nulidad de la Resolución 00010 de 2003 que declaró la ilegalidad del cese de actividades en cuanto no se escuchó a los afectados por violar el debido proceso**

Situación fáctica: Se trata de establecer la legalidad de la resolución 00010 de 2003 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (hoy de Protección Social), por medio de la cual declaró la ilegalidad de los ceses de actividades realizados por los trabajadores de la Empresa de Telecomunicaciones de Maicao - Telemaicao- S.A. E.S.P.

Se colige, que NO se cumplió con los presupuestos señalados en la jurisprudencia transcrita, pues el Ministerio de la Protección Social se limitó a dar cumplimiento a su circular 019 de 1991, que contiene los requisitos mínimos y la forma como debe avanzar la diligencia de constatación, en cuanto se invitó a participar a los directivos del sindicato en la elaboración del acta como posibles afectados, se procedió a realizar el recorrido por la Empresa, siendo éste imposible, pues la puerta principal se encontraba cerrada y finalmente a elaborar las actas respectivas. La omisión como lo señala la jurisprudencia transcrita está relacionada con el procedimiento que desencadena la petición de declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, y no en el procedimiento previo de constatación, en cuanto no se escuchó a los posibles afectados y no se practicaron pruebas, transgrediendo con ello los postulados del artículo 29 de la Carta Política sobre la garantía del debido proceso que envuelve tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas. No bastaba, en consecuencia, como lo hizo la Empresa, con dejar constancia sobre la negativa de la junta directiva del sindicato de -Telemaicao- S.A. E.S.P. de participar en la elaboración de las Actas, sino que han debido brindarse las garantías constitucionales y legales a quienes podían resultar afectados con la decisión que habría de tomar. En las anteriores condiciones, se impone la declaración de nulidad del acto acusado, por haber infringido las normas en que debía fundarse y así se hará en la parte resolutive de la presente providencia.

[Sentencia del 29 de julio de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2007-00003-00\(0032-07\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad.](#)

#### **5. El Acto administrativo de insubsistencia, por razones de conveniencia, del nombramiento de un empleado de carrera especial del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS-, como es el caso de los detectives, debe ser motivado, por derogación de la norma que consagraba la excepción a la regla general de motivación, o darse a conocer en sede judicial los motivos de dicha decisión.**

Situación fáctica: Establecer la legalidad del acto administrativo de insubsistencia por razones de conveniencia del nombramiento de un detective del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS

En los eventos en que la administración fundaba su facultad discrecional sin motivar los actos, (artículo 34 Decreto 2146 de 1989), ya no hace parte del ordenamiento jurídico, salvo el inciso primero de esta disposición que según la interpretación de la Corte solo es aplicable a los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción. Tenemos que en materia de actos administrativos la regla general es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa y atendiendo a que las excepciones a esa regla son de carácter taxativo, no existe razón suficiente para no motivar los actos a través de los cuales el Director del D.A.S declara la insubsistencia del nombramiento de un cargo de régimen especial de carrera en ejercicio de la facultad discrecional. Sin embargo, la Sala recalca que la exigencia de la motivación del acto en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del Director del D.A.S al momento de la declaración de la insubsistencia, siempre y cuando exponga las razones o motivos que lo llevaron a la declaratoria de insubsistencia. En consecuencia, es imperativo conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, en el acto administrativo o como mínimo en sede judicial, de ahí la obligación de indicarle, y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la

decisión, conforme a lo expuesto anteriormente. Como quiera que bajo estas consideraciones la entidad demandada se encontraba obligada a motivar el acto o a dar a conocer en sede judicial los motivos de la decisión adoptada, en este caso se comporta una vulneración de las garantías mínimas, ya que las razones para la desvinculación se mantuvieron en reserva, lo cual impide establecer si éstas se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 36 del C.C.A, y a los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2001-01626-01\(0516-07\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

6. Se confirma sentencia que decreta la nulidad del Decreto 1080 de 1996, proferido por el Alcalde de Medellín, y por el cual se aumenta la cuantía de las primas de matrimonio y maternidad y el aguinaldo, creadas por Acuerdo del Consejo Municipal, por cuanto ninguna autoridad municipal es competente para fijar prestaciones sociales, y por considerar, que si bien la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 de 1980 amparan los derechos adquiridos con base en normas expedidas por entes territoriales, no significa que pueden ser modificadas o reglamentadas por autoridades que carecen de competencia.

Situación fáctica: Establecer si el Alcalde de Medellín tenía competencia para incrementar unas prestaciones sociales creadas mediante Acuerdo del Concejo Municipal

Bajo la antigua Constitución la expedición del RÉGIMEN PRESTACIONAL de los empleados estatales era de competencia del Legislador y en la actual, y conforme a la Ley Marco, el Gobierno Nacional tiene competencias en dicha materia para regularlas en el ámbito nacional y local. La Ley 11 de 1986 (Estatuto Básico Municipal) definió parámetros de competencias para los municipios, dentro de los cuales quedó claramente establecida su competencia limitada en materia salarial y la competencia del Legislador en materia prestacional. Y en el parágrafo del art. 43 estableció que “*Las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales no serán afectadas por lo establecido en los artículos 41 y 42 de la presente Ley*”, con lo cual dejó a salvo las situaciones consolidadas y definidas al amparo de normas municipales, pero sin que esto significara que tales normas (v. gr. Prestacionales) pudieran seguir produciendo efectos en nuevos casos. En el año de 1996 cuando se expidió el Código de Régimen Municipal -Decreto Ley 1333- el legislador extraordinario determinó que el régimen prestacional de los empleados públicos municipales sería el que estableciera la Ley, aclarando de esta manera que ni los Concejos, ni otras autoridades municipales tienen competencia para reglar la materia prestacional, menos para hacer modificaciones. En la Nueva Carta Política de 1991 se dispone que el Legislador debe trazar criterios y objetivos generales (en la ley marco) que, posteriormente, el Gobierno Nacional debe observar al momento de determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Sin embargo, el hecho de que las Corporaciones públicas territoriales hayan expedido normas administrativas sin competencia en materia prestacional, las cuales como ya se dijo quedaron “amparadas” en virtud de la figura de los “derechos adquiridos” (ley 11 de 1985; Decreto 1333 de 1980); no significa que las mismas puedan ser modificadas o reglamentadas por autoridades que actualmente carecen de competencia para hacerlo. Por ello la Sala no puede aceptar la tesis expuesta por uno de los recurrentes en cuanto considera que el Alcalde municipal lo que hizo fue incrementar un “emolumento” ya existente, en virtud del artículo 315 No. 7 de la Constitución Política, puesto que como ya se vio el aguinaldo tiene connotaciones que lo catalogan como una prestación social y no como un emolumento.

[Sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp No 05001-23-31-000-1998-00307- 01\(4935-05\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO . Acción de nulidad](#)

**7. a) El término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el reajuste de la cesantía debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia, cuando surge un hecho nuevo producto de una decisión judicial anulatoria. Prima Especial de Servicio - Inclusión en la base liquidatoria de la cesantía**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto. Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento. Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 2002., que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. Sobre el tema, en consecuencia, la Sala acoge lo planteado por las sub- Secciones A y B cuando han considerado que procede estudio de fondo al haber surgido el derecho al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial.

**b) Como efecto de las sentencias de nulidad de los actos administrativos que regulaban la prima especial de servicios en la Fiscalía General de la Nación, se debe reconocer como base liquidatoria de todas las prestaciones sociales desde la anualidad de 1993 a 2000, por tener carácter salarial.**

Así las cosas, sin lugar a dudas, el restablecimiento deprecado con fundamento en la declaratoria de nulidad de las referidas normas (Artículos 7 Decreto 50 de 1998; 7 Decreto 38 de 1999; 7 del Decreto 2729 de 2001), se producirá para los años en que se estableció que el porcentaje del 30% hacía parte

del salario, es decir, para los años 98, 99 y 2001<sup>1</sup>, en el entendido que es salario la remuneración permanente y periódica que percibe el empleado como retribución por sus servicios y que se constituye en la base para efectos de la liquidación prestacional. Rectificación jurisprudencial. La Sección Segunda ha venido, a través de sus Subsecciones, negando la inclusión del porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones reconocidas a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, con fundamento en los efectos que a este porcentaje se le otorgó en cada una de las sentencias que decidieron sobre la legalidad de las normas anuales que se citaron en párrafos precedentes y que consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo. Esta negativa será objeto de rectificación y unificación a través de esta decisión, al considerar la Sala que la consecuencia que la anulación de cada una de estas normas genera, no es otra que la de incluir el 30% que a título de prima especial percibían los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor. Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-05159-01\(0230-08\) MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia de RECTIFICACIÓN Y UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado

**8. Se niega la suspensión provisional del artículo 43 del Decreto 1406 de 1999, por la cual se exige el paz y salvo para el traslado de una EPS a otra EPS, por no ser violatoria del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, por ser muy diferente la deuda por el no pago de las cotizaciones debidas a la deuda y los intereses por el “período de suspensión” del servicio de salud, dependiendo del caso.**

Situación fáctica: Se solicita la nulidad del acto demandado por considerar el demandante que al exigir el paz y salvo para el cambio de EPS al trabajador independiente se vulnera el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que en el período de suspensión del servicio no se podrán causar deuda ni intereses de ninguna clase

Concluyó la Corte Constitucional con relación a los primeros (asalariados y servidores públicos), que lo que se adeude por el no pago del servicio a la salud la conducta es imputable al empleador porque no efectuó los aportes correspondientes, y la responsabilidad para la prestación del servicio ya no es de la Empresa Promotora de Salud -EPS-, sino del patrono; y para los pensionados y trabajadores independiente el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 es Constitucional, ya que ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. En cuanto al “período de suspensión” que no se podrán causar deuda ni intereses de ninguna clase, con relación al primer grupo dijo la Corte Constitucional, que en aquellos casos el incumplimiento del pago es imputable al patrono por lo cual no hay razón para que lo excluya de la cancelación de la deuda y intereses, porque de esta manera evitaría el cumplimiento de sus obligaciones parafiscales. Sin embargo en el caso de los

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A” sentencia del 30 de octubre de 2008 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. No. Interno 1295-07. Actor. José Eleuterio Ruíz Martínez.

trabajadores independientes y pensionados, consideró que durante este período no se podrá causar deuda ni interés de ninguna clase, porque el hecho de la suspensión del servicio de salud ya es una consecuencia drástica y no se puede hacer más gravosa su posterior vinculación al Sistema de Salud. Al establecer el Decreto No. 1406 de 1999 artículo 43 parcialmente demandado, la exigencia de un paz y salvo para el traslado de una EPS a otra; no contraría el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que como dijo la Corte Constitucional una cosa es la deuda por el no pago de las cotizaciones debidas, y otra muy diferente la deuda y los intereses por el “período de suspensión” del servicio de salud, dependiendo del caso.

[Auto de 4 de agosto de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2009-000178-00\(0414-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad](#)

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado

**9. a) El cambio de naturaleza jurídica de entidad descentralizada del orden departamental, del cual se derive una modificación del régimen de sus empleados no puede restringir el restablecimiento del derecho, frente a la declaración de nulidad de la decisión, a la fecha de transformación de la entidad, el límite está dado por las condiciones concretas en cada caso. Seguridad jurídica. Confianza legítima.**

Situación fáctica: El demandante manifiesta la inconformidad por cuanto en la sentencia de primera instancia solo ordenó a título de restablecimiento de su derecho, el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde su retiro del servicio hasta la fecha en que fue aprobada la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Lotería de Santander, que originó el cambio de naturaleza de los servidores públicos

La Jurisprudencia de esta Sección ha sostenido, que la transformación de la naturaleza jurídica de las entidades públicas, que implique modificación en el régimen jurídico de sus servidores, constituye una razón válida para limitar el ámbito del restablecimiento del derecho, solo hasta el momento en que cronológicamente se sitúa el instante de la transformación, en razón a que esta circunstancia hace jurídicamente imposible la extinción resarcitoria mas allá de este episodio. No obstante existe suficientes motivos para jurídicos para variar esta posición conforme al sal pasa a precisarlo. No existe una razón jurídica a la luz del artículo 261 del decreto 1222 de 1986, de donde sea posible deducir, que el cambio de naturaleza jurídica de una entidad descentralizada del orden departamental, se constituye en causa eficiente para restringir las posibilidades resarcitorias derivadas de la nulidad de decisiones administrativas, que por esta vía proyectarían su capacidad reparatoria a un supuesto no previsto por el Legislador ni por el Derecho. Así las cosas, el cambio de naturaleza de una entidad descentralizada no constituye un factor que neutralice la vigencia de los derechos laborales y prestacionales constituidos para los servidores públicos dentro del marco de una relación laboral estatutaria, sencillamente porque una operación administrativa de cambio de naturaleza de una entidad, no supone una figura para sustraer de las obligaciones laborales a la Administración básicamente en función de 3 variables: En primer lugar, del carácter unitario de la Administración que conduce a tener que aceptar que la modificación de sus formas, no implica por ningún motivo la desaparición de las funciones y del ente estatal como tal; en segundo lugar, los derechos laborales válidamente constituidos en atención a lo previsto por los artículos 25 y 53 de la Carta, gozan de amparo constitucional que le dan la intangibilidad necesaria a un derecho protegido por el orden jurídico .La seguridad jurídica sobre las relaciones laborales de los ciudadanos con el Estado y el fenómeno de la confianza legítima de los asociados frente a las condiciones de acceso y permanencia en la función pública, que si bien no le impiden a esta última modificar los supuestos accidentales del régimen de forma unilateral, no por ello la desligan del goce pleno del derecho así constituido. Los límites reales son esencialmente contra fácticos, esto es, en atención a las

condiciones concretas que hacen viable o no la extensión del restablecimiento, conforme se procede a estudiar para el caso.

**b) Se ordena a título de restablecimiento el pago indemnización por no reincorporación por inexistencia del cargo hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y no a la fecha de cambio de naturaleza de la entidad**

Los empleos públicos que se crearon al interior de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, que pueden guardar alguna relación con el que venía desempeñando en carrera, fueron solo los de Jefe de Oficina Asesora - Control Interno-, Asesor General y Asesor de Planeación, sin que las funciones asignadas a los mismos se compadezcan con la Ingeniería de Sistemas y sin que dentro de dicha planta exista otro cargo con funciones que en particular pueda desempeñar la actora en su calidad de Ingeniera de Sistemas. El restablecimiento del derecho traducido en la reincorporación, en este caso en particular no es posible ante la ausencia de cargo en la planta de personal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, es por lo que a título de restablecimiento del derecho, solo procede ordenar que en su favor se le reconozca una indemnización, que debe liquidarse, desde que se produjo el retiro real del servicio, es decir, desde el 1º de febrero de 2000 hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, con independencia de la fecha en que tuvo ocurrencia la transformación de la Entidad, además con la respectiva actualización, y por supuesto, con el descuento de la suma que otrora le fuera reconocida por concepto de indemnización, cuando se acogió a dicha opción preferencial que le asistía como empleada de carrera.

[Sentencia de 29 de julio de 2010, Exp. 68001-23-15-000- 2000- 01897-01\(2442-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia de RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado

## SECCIÓN TERCERA

**1. El Estado no responde patrimonialmente, bajo régimen objetivo, por los daños causados a sus Agentes, cuando provengan de la materialización de los riesgos propios de la actividad peligrosa que ejercen.**

La Sala resolvió un caso en el cual se pretendía la declaratoria de responsabilidad del Estado por la muerte de un agente de Tránsito del Municipio de Tunja, quien, en su motocicleta de uso oficial y en cumplimiento de sus funciones, acompañaba una válida ciclística. El accidente se produjo cuando ya había terminado el circuito ciclístico pero aproximadamente a un kilómetro del centro del Municipio de Samacá, el agente perdió el control de su vehículo, se salió de la vía y cayó sufriendo graves heridas que le ocasionaron la muerte, momentos más tardes en el Hospital de Tunja.

El Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, en cuanto consideró que la víctima estaba desempeñando una actividad peligrosa como es la conducción de automóviles; sin embargo, la Corporación reiteró que quien ejerce una actividad peligrosa y el daño deviene de la materialización de los riesgos propios de esa actividad, la decisión sobre el derecho a la indemnización debe ser adoptada bajo el régimen de la falla del servicio y no mediante el régimen de responsabilidad objetiva (por riesgo excepcional), dado que dicho régimen no puede ser aplicado al funcionario que resulte lesionado o muerto con la conducción del vehículo que le ha sido asignado para el cumplimiento de sus funciones, cuando la actividad es ejercida por la misma víctima y no se acredita la falla del servicio.

La Sala destacó, además, que a los agentes de tránsito encargados de acompañar el circuito ciclistico -entre ellos la víctima- se les dio la orden de no salir del perímetro urbano, pese a lo cual ellos decidieron acompañar toda la carrera hasta su finalización, además de que no se acreditó que el accidente se hubiere producido por una falla mecánica del automotor.

### **Riesgo propio del servicio.**

Agregó el Consejo de Estado que para el ejercicio de la función de guarda de tránsito se requería el cumplimiento de unos presupuestos legales, los cuales fueron satisfechos por la víctima, la cual se vinculó de manera legal y reglamentaria al ejercicio de esa actividad peligrosa y, por ende, asumió los riesgos propios de la misma, de modo que la entidad estatal a la cual estaba vinculado no veía comprometida su responsabilidad patrimonial, más allá de las obligaciones derivadas de esa relación laboral, las cuales se cubren con la indemnización a *fort fait* a que tiene derecho por virtud de la vinculación.

Concluyó la Sección Tercera que sólo habrá lugar a la reparación cuando los daños se causen como consecuencia de una falla en el servicio o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, sin que en este caso se hubiere configurado alguno de esos dos supuestos porque si bien la víctima, de manera voluntaria y con un loable sentido de la prestación de sus servicios, accedió a acompañar la caravana cuando se lo solicitaron, esa circunstancia no genera responsabilidad patrimonial a la entidad pública diferente a la que legalmente le corresponde por tratarse de un accidente sufrido por el servidor en ejercicio de sus funciones.

[Sentencia de 23 de junio de 2010. Exp. 15001-23-31-000-1994-04412-01 \(17.632\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

## **2. La solidaridad por pasiva no constituye un litisconsorcio necesario.**

Luego de abordar, de manera amplia, las modalidades de intervención litisconsorcial en los procesos judiciales; las obligaciones solidarias, su exigibilidad en el proceso, su incidencia dentro de la integración de la litis, sus características y sus efectos, la Sala concluyó que cuando existen obligaciones solidarias pasivas, el acreedor cuenta con la facultad de demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial y, por ende, ni el juez posee la competencia para conformar la relación procesal litis consorcial, ni tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla.

En el caso analizado, una de las entidades demandadas solicitó la vinculación al proceso de una sociedad concesionaria, a título de litisconsorte necesario, toda vez que para la época del accidente que dio lugar a la demanda de reparación directa en contra del Estado, la compañía era la encargada de llevar a cabo las actividades constructivas, de mantenimiento y de señalización en la avenida donde ocurrió el hecho dañoso.

A juicio de la Sala, la sociedad concesionaria -cuya vinculación se solicitó- no reunía la condición de litisconsorte necesario porque no era indispensable su presencia dentro del litigio para que el proceso pudiese desarrollarse válidamente y se pudiese dictar decisiones de fondo, así como culminarlo mediante la sentencia respectiva, por cuanto que no se trata de una de aquellas relaciones sustanciales, únicas e irrevocables, objeto de la decisión judicial y de un pronunciamiento uniforme.

Señaló que la petición tiene como fundamento la participación que la compañía hubiere podido tener en la causación del daño, de modo que podría eventualmente predicarse una responsabilidad

solidaria, por cuya virtud, la acción reparatoria puede dirigirse contra todos o contra cualquiera de los posibles responsables, situación que descarta la existencia de un litisconsorcio necesario entre todos los causantes del daño.

[Auto de 19 de junio de 2010. Exp. 66001-23-31-000-2009-00073-01 \(38.341\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

**3. La falta de aporte de la providencia que precluyó la investigación en acciones de reparación directa por privación injusta de la libertad, no da lugar a la inadmisión y al consiguiente rechazo de la demanda.**

Dentro del caso analizado por el Consejo de Estado, el Tribunal de primera instancia rechazó la demanda ejercida por la privación injusta de la libertad de la cual habría sido objeto una persona, porque no se aportó copia autenticada de la decisión que precluyó la investigación penal, no obstante que se le había concedido a la parte actora un término para ello, mediante la inadmisión previa del libelo demandatorio.

Aunque la decisión cuestionada encontró fundamento en que para computar el término de caducidad de la acción debía existir certeza de la fecha en que cobró firmeza la providencia que precluyó la investigación a favor de la parte accionante, la Sala consideró que ese documento no es un presupuesto formal de la demanda y, por lo mismo, su exigencia resulta improcedente al momento de considerarse su admisión, puesto que lo que se pretende demostrar con esa prueba, es la antijuricidad del daño.

Dado que existían dudas en relación con la operancia, o no, de la caducidad de la acción, la Corporación optó por favorecer a la parte demandante a través de la admisión de la demanda y definir ese tema al momento de dictar sentencia.

[Auto de 28 de julio de 2010. Exp. 52001-23-31-000-2009-00395-01 \(38.347\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

**4. Conflicto de competencia entre la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Justicia Arbitral.**

La Sala, de manera previa, había conocido del asunto y dispuso su remisión a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por considerar que lo suscitado era un conflicto de jurisdicciones, el cual debía ser dirimido por dicha Corporación; sin embargo, ésta última estimó que se estaba en presencia de un conflicto de competencia.

Aunque la Sección Tercera mantiene su postura acerca de que el Tribunal de Arbitramento constituye una jurisdicción distinta a la Contencioso Administrativa y, por lo tanto, sí existe un verdadero conflicto de jurisdicción, se procedió a dirimir el asunto como si se tratase de un conflicto de competencia con el fin de no generar mayores traumatismos y garantizar el efectivo acceso a la Administración de Justicia de la parte actora.

**La cláusula arbitral hace parte integral del contrato porque se pactó en el pliego de condiciones.**

Pese a que en el contrato no se había pactado en forma expresa la cláusula compromisoria, la Sala encontró que la misma sí fue establecida en el pliego de condiciones, el cual hace parte integral del contrato y, por ello, existe una cláusula arbitral que es válida y traslada la competencia a la Justicia Arbitral.

Dado que en el pliego de condiciones se estableció una cláusula compromisoria con la finalidad de acudir a la Justicia Arbitral para dirimir las controversias que se presentaren entre las partes, se concluyó entonces que el competente para conocer del asunto era un Tribunal de Arbitramento y no la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[Auto de 19 de julio de 2010. Exp. 25000-23-26-000-2005-01347-01 \(33.795\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. CONFLICTO DE COMPETENCIA.](#)

#### **5.Llamamiento en garantía del contratista del Estado con fines de repetición.**

El surgimiento de la relación de garantía por virtud de la cual el Estado está legitimado para llamar en garantía con fines de repetición al contratista, asesor o consultor, con ocasión del daño que la actividad de estos genera durante la ejecución del contrato que los vincula con el Estado, está constituido, de un lado, por la ley 678 de 2001, la cual, en sus artículos 1° y 2°, prevé la responsabilidad patrimonial frente al Estado de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, dentro de los cuales incluye expresamente al contratista, interventor, asesor y consultor; de otro lado, por la existencia del contrato que le permite al contratista, interventor, asesor o consultor realizar la actuación que ha dado lugar a que el Estado resulte condenado. En otras palabras, la relación de garantía que le permite al Estado llamar en garantía a un contratista, interventor, asesor o consultor, surge de la ley que dispone la responsabilidad de éste frente al Estado, pero para que se estructure es menester la existencia del contrato que vincula al particular como contratista, interventor, asesor o consultor.

**La facultad de llamar en garantía al particular que desempeña funciones públicas no depende de la existencia de un vínculo entre aquél y la parte demandada.**

La Sala consideró que la legitimación para formular el llamamiento surge del hecho de que la entidad haya sido demandada por el acto de un contratista, interventor, asesor o consultor y éste bien puede haber celebrado la relación negocial con otra entidad para prestar un servicio a quien lo llama en garantía y con ocasión del cual se demanda indemnización.

No obstante que la entidad demandada no tenía vínculo contractual alguno con la compañía llamada en garantía, el Consejo de Estado concluyó que la primera sí podía llamar en garantía a la segunda, por cuanto fue con base en una actuación de ésta última (contratista) que se causó el daño que se reclama a través de la acción indemnizatoria.

#### **Prueba de la relación de garantía (contrato).**

El llamante está en la obligación de acreditar la relación de garantía y para el efecto debe acompañar prueba, siquiera sumaria, del contrato que le permita exigir del tercero llamado, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de una eventual sentencia condenatoria que se profiriera en su contra.

#### **Prueba del dolo o de la culpa grave del llamado en garantía.**

Dado que el contratista llamado en garantía es un particular que cumple funciones públicas, está sujeto a la Ley 678 de 2001, razón por la cual, además de acreditarse la relación de garantía, debe probarse el dolo o la culpa grave en su actuación.

[Auto de 28 de julio de 2010. Exp. 15001-23-31-000-2007-00546-01 \(38.259\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.](#)

\* Con salvamento de voto del señor consejero Enrique Gil Botero.

**6. Término de caducidad de la acción de reparación directa por privación injusta de la libertad se contabiliza a partir de la ejecutoria de la providencia de segunda instancia proferida dentro del proceso penal.**

Se solicitó la declaratoria de responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación por la privación injusta de la libertad de un ciudadano; el Tribunal de instancia rechazó la demanda por considerar que el término de caducidad debía computarse, en ese caso, desde la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, porque ésta resolvió la situación de varios procesados, incluido el actor, quien fue absuelto de responsabilidad penal y, por lo mismo, no recurrió la decisión, con lo cual debía entenderse que el superior jerárquico no podía reformarla y el daño entonces se habría consolidado a partir de ese momento (desde la decisión de primera instancia).

A juicio de la Sala, la decisión adoptada por el Tribunal a quo debía revocarse porque dentro de los procesos penales en los cuales se estudien conductas punibles conexas, existe unidad procesal y, por ello, cuando la sentencia de primera instancia resuelve varias situaciones de forma diversa y es impugnada por algunos de los que tienen interés jurídico, las diferentes decisiones que se adopten en ese mismo fallo -así no hubieren sido apeladas- solamente quedarán en firme con la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

[Auto de 19 de julio de 2010. Exp. 25000-23-26-000-2009-00236-01 \(37.410\) M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ \(E\). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

**7. Incidencia del acto demandado en los contratos de exploración o explotación minera no torna el asunto en minero.**

El Consejo de Estado conoce, en única instancia, de los procesos que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros, es decir que el legislador asignó en este caso la competencia con fundamento en un criterio de especialidad, esto es sobre la materia respecto de la cual versa el proceso, de manera que en cada caso concreto se deberá efectuar un análisis estricto, con fundamento en los supuestos de hecho y de derecho alegados en la demanda, la naturaleza del acto acusado según el caso, las partes involucradas, entre otros criterios, con el fin de determinar si determinado proceso debe ser conocido en única instancia por la Corporación.

Ante el Consejo de Estado se presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto “por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento y Manejo de la Cuenca Hidrográfica de la Ciénaga de Mallorquín y los Arroyos Grande y León y se dictan otras disposiciones”, proferido por la Comisión Conjunta integrada por la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena y el Departamento Administrativo de Medio Ambiente de Barranquilla.

La parte demandante catalogaba el asunto como minero “en virtud de la existencia del contrato de concesión de minas (...) y los efectos de su celebración frente al acto cuya nulidad se impetra”; sin embargo, la Sala precisó que aunque el asunto puede relacionarse o tener incidencia sobre un aspecto minero, tal circunstancia, por sí sola, no resulta suficiente para concluir que el proceso verse sobre un asunto de tal naturaleza, pues para la asignación de competencia al Consejo de Estado, en única instancia, el proceso correspondiente debe versar necesariamente respecto de asuntos directamente mineros, es decir, que tanto las pretensiones, como los hechos del caso, así como el acto impugnado y el análisis jurídico pertinente deben girar en torno a este tipo de asuntos, sin que la sola relación o incidencia que eventualmente un proceso pudiere a tener sobre un asunto minero, resulte suficiente para concluir que la litis le corresponde a esta Corporación en única instancia.

La duda acerca del juez competente para conocer del proceso abre paso a la aplicación al principio de la doble instancia.

En el hipotético caso en el cual existiere la duda acerca de si el asunto debe conocerlo el Consejo de Estado en única instancia o el Tribunal o el Juez Administrativo en primera instancia, en aplicación del postulado general de la doble instancia, habría que adoptar la tesis según la cual serían los jueces o los Tribunales, de conformidad con las normas generales, los llamados a conocer en primera instancia de la litis, con el fin de darle la oportunidad a las partes de apelar las decisiones correspondientes.

[Auto de 19 de julio de 2010. Exp. 11001-03-26-000-2009-00004-01 \(36.255\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.](#)

## SECCIÓN CUARTA

### **1. a) Las sociedades de intermediación aduanera son responsables del pago de los tributos aduaneros cuando incurren en error en la clasificación arancelaria**

Se establece cuál es la responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera que se deriva del desarrollo de la actividad de intermediación aduanera. Así mismo, se establece si son o no responsables del pago de los mayores impuestos y de las sanciones que le son impuestas con ocasión de la inexactitud en la información consignada en las declaraciones de importación, concretamente, por incurrir en errores en la clasificación arancelaria. Por último, se define si es necesario vincular al importador al proceso administrativo de liquidación del mayor impuesto o de imposición de sanciones derivadas de la inexactitud de la información consignada en las declaraciones de importación.

**Extracto:** Para la Sala no es admisible la afirmación de la demandante de que fue inducida en error por la importadora, toda vez que a partir de sus conocimientos pudo advertir la supuesta información inconsistente que le suministró el importador. De hecho, ese era su deber como auxiliar de la función pública. De tal forma que COLADUANAS S.A. debió verificar la procedencia de las exenciones o de los tratamientos preferenciales que se derivaban cuando optó por importar los bienes en la modalidad C165. La actora, en cuanto sociedad de intermediación aduanera, sí es responsable administrativamente y, de manera directa, por los actos de intermediación que ejecutó en los términos del artículo 22 citado, en concordancia con el artículo 26 del mismo decreto, vigente para la ocurrencia de los hechos, que fijaba las obligaciones de tales sociedades. Por tanto, COLADUANAS S.A. es responsable directo del pago de los tributos aduaneros dejados de pagar, así como de la sanción que fue impuesta en los actos acusados, con ocasión de las inexactitudes consignadas en las declaraciones de importación discutidas, y la DIAN podía exigirle el pago de dichos gravámenes.

### **b) No debe vincularse al importador al proceso administrativo de liquidación o de imposición de sanciones derivadas de la inexactitud de la información consignada en las declaraciones de importación por ser ésta una responsabilidad de las sociedades de intermediación aduanera**

En cuanto a que debió vincularse al importador, porque este es el responsable de los tributos aduaneros al tenor del artículo 3º del Decreto 2685 de 1999, se reitera que, conforme lo avaló la Sala en la sentencia del 27 de septiembre de 2007, la legislación aduanera y la civil son coherentes en cuanto precisan que la responsabilidad que surge entre la SIA y el Estado se sujeta a la legislación aduanera y, por eso, el sujeto al que se debe vincular a la actuación administrativa como directo responsable de la exactitud en los datos consignados en la declaración de importación es el auxiliar

de la función pública aduanera autorizado, esto es, las SIA. Por su parte, los derechos que se deriven por el incumplimiento del contrato de mandato por cualquiera de las partes se discuten mediante las acciones civiles que las partes de ese contrato consideren pertinentes para demandar en su favor el cumplimiento de obligaciones o el reconocimiento de derechos. Lo que avaló la sentencia citada es que, en todo caso, no se debe perder de vista que el mandatario debe realizar el encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados para el mandante. En ese orden de ideas, los intermediarios aduaneros, en calidad de auxiliares de la función pública aduanera, asumen, además, la obligación de cumplir el mandato con apego estricto a la ley, en garantía del recaudo de los tributos aduaneros. En la medida que cumplan su encargo con apego a la ley, se garantiza que actúan en beneficio del importador y del Estado.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-00279-01 \(16772\) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**2. El Secretario de Hacienda de Bogotá no tenía competencia para asignar a las actividades de “construcción de edificaciones para uso residencial realizada por cuenta propia y construcción de edificaciones para uso no residencial realizada por cuenta propia” la tarifa del 11.04 por mil, porque el Concejo Distrital la fijó en 6.9 por mil**

Corresponde a la Sala definir la nulidad parcial, en los apartes subrayados, del artículo 1° de la Resolución 0219 del 25 de febrero de 2004, expedida por la Secretaría de Hacienda de Bogotá, D.C., por medio de la cual se establece la clasificación de actividades económicas para el impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital

**Extracto:** En el caso de Colombia, en atención a las recomendaciones hechas por la Comisión Estadística de las Naciones Unidas, el DANE estableció una única clasificación de actividades económicas en el país, a partir de la clasificación industrial internacional uniforme CIIU. En el caso de la Resolución 0219 de 2004, cuando se acoge la clasificación CIIU para la actividad de “construcción de edificaciones para uso residencial realizada por cuenta propia y construcción de edificaciones para uso no residencial realizada por cuenta propia” en el impuesto de industria y comercio, desagregó dicha actividad; es decir en el Distrito Capital la actividad de la construcción quedó subdividida en dos actividades: una industrial, bajo la tarifa de 11.04 por mil, y otra de servicios, con tarifa de 6.9 por mil. Adicionalmente, se observa que si bien el Secretario de Hacienda de Bogotá D.C. podía acoger la clasificación CIIU 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 65 de 2002, fue la de mantener la actividad de construcción como una actividad de servicios gravada con una tarifa del 6.9 por mil y no del 11.04 por mil como se estableció en la Resolución 0219 acusada. 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 Secretario de Hacienda de Bogotá no tenía competencia para asignar a las actividades de “construcción de edificaciones para uso residencial realizada por cuenta propia y construcción de edificaciones para uso no residencial realizada por cuenta propia” la tarifa del 11.04 por mil, porque el Concejo Distrital la fijó en 6.9 por mil. Es por ello que resulta equivocada la consideración que hizo el *a quo* al afirmar que la Resolución 0219 de 2004, estaba dando aplicación correcta al Acuerdo 65 de 2002, ya que no es posible que una norma de rango inferior, como lo es la Resolución 0219 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 65 de 2002, el Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 12, numeral 3°. Si bien, como lo afirma la Administración, de la actividad de “construcción” pueden derivarse ingresos por ejecutar la actividad por cuenta propia realizando un proceso de transformación o ensamble de materiales como actividad

industrial o por cuenta y beneficio de un tercero que ordena la realización de la actividad, que será catalogada como 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. En consecuencia se anula parcialmente el artículo 1 de la Resolución 0219 del 25 de febrero de 2004.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-00013-01\(16414\) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)

3. a) Constituye un requisito para acreditar la exclusión del impuesto sobre las ventas por la importación de maquinaria pesada para industria básica, obtener, previo a la presentación de la declaración de importación y para efectos del levante, el certificado de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (antes INCOMEX)

la Sala resuelve si es requisito obligatorio para la exclusión del impuesto sobre las ventas por la importación de maquinaria pesada para industria básica, obtener y presentar antes de la autorización de levante en las declaraciones de importación, el certificado del INCOMEX que certifica la calidad de los bienes importados, si procede la devolución del impuesto sobre las ventas cuando con la solicitud se aporta el certificado del INCOMEX con el que se acredita que la maquinaria cumple los requisitos del literal e) del artículo 428 del Estatuto Tributario. Si está excluida del impuesto sobre las ventas la maquinaria pesada para industria básica importada con posterioridad a la vigencia de la Ley 223 de 1995, cuando esa importación se hace en virtud de un contrato con entidades públicas.

**Extracto:** Sí constituye un requisito para acreditar la exclusión del impuesto sobre las ventas por la importación de maquinaria pesada para industria básica, obtener, previo a la presentación de la declaración de importación y para efectos del levante, el certificado de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (antes INCOMEX) que certifique que el bien a importar tiene las condiciones que prevé el Estatuto Tributario para gozar de la exclusión. Conforme se precisó, el hecho de que la DIAN pueda, de manera selectiva, exigir los documentos soporte de la declaración de importación, no constituye un aval para que el importador los obtenga cuando a bien tenga. El Decreto 1803 de 1994, el Decreto 1909 de 1992, en su momento, y el Decreto 2685 de 1999, en la actualidad, consagraron la obligación de manera clara, al punto que, como lo reconoce la demandante, su incumplimiento deriva en la no aceptación de la declaración de importación hasta que se entregue el documento o se corrija la declaración de importación en el sentido de liquidar el impuesto correspondiente. También está probado que la DIAN aceptó las declaraciones y autorizó el correspondiente levante, porque para ninguna de las dos modalidades, la demandante invocó el beneficio. Por eso, también está probado que la demandante no obtuvo el certificado correspondiente antes de presentar las respectivas declaraciones, como era su deber, sino que lo hizo posteriormente, para efectos de solicitar la devolución.

**b) El derecho a la devolución por error de hecho o de derecho del importador, sólo nace a partir del momento en que quien recibió de buena fe, se entera que era un pago no debido**

**Extracto:** Tanto la imposición del tributo como su exclusión, exención o cualquier otro beneficio, deben estar previstos en la Ley, cuya promulgación es obligatoria y su conocimiento también, no es pertinente presumir que el contribuyente o usuario que paga el tributo lo paga por error. No hay error de derecho, en principio, frente a una ley que se presume conocida por todos, máximo por profesionales de actividades económicas pasibles de impuestos. Por eso, el art. 768 del C.C. Dispone que se presume la mala fe cuando se incurre en error, en materia de derecho, presunción que, además, no admite prueba en contrario. Y, así mismo, se presume que alguien ha recibido un pago de buena fe cuando lo recibe con la firme convicción de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. De todas maneras, de conformidad con el artículo 2319 del C.C., el que recibe el pago de buena fe, adquiere las obligaciones del poseedor de mala fe, a partir del momento en que se entera que recibió un pago no debido y, en consecuencia, se obliga a restituir el capital y los intereses del mismo (Arts 961, 964 y 717 del C.C.) En vigencia del

Decreto 1909 de 1992, habida cuenta de que el importador no podía corregir la declaración de importación para disminuir los tributos aduaneros y de que no había norma especial que regulara la devolución, ésta se regulaba por el artículo 850 del E.T. y el C.C.A. De manera que, el importador debía iniciar la actuación mediante solicitud, que podía presentar dentro del término de firmeza de la declaración, tratándose de pagos en exceso, o dentro del término de prescripción ordinaria, tratándose de pagos de lo no debido. El Decreto 2685 de 1999, por su parte, reguló el procedimiento que hay que seguir para probar el derecho a la devolución. Conforme con ese decreto, en la actualidad el importador debe solicitar a la Dirección de Aduanas o de Impuestos y Aduanas competente, que profiera la liquidación oficial de corrección para que con fundamento en ésta, el importador pueda solicitar, a la Dirección de Impuestos competente, la devolución del mayor valor pagado en exceso o el valor que se pagó de manera indebida. En ese contexto, habida cuenta de que la importación de maquinaria pesada para industrias básicas, conforme se comentó, estaba excluida del impuesto sobre las ventas, el pago del impuesto será indebido si el importador prueba que incurrió en error, sea de hecho o de derecho, pero en este último caso, el derecho a la devolución sólo nace a partir del momento en que quien recibió de buena fe, se entera de que recibió un pago no debido. Y se entiende que se ha recibido de buena fe cuando se tiene la firme convicción de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. (art. 678 C.C.).

**c) Está excluida del impuesto sobre las ventas la maquinaria pesada para industria básica, cuando esa importación se hace en virtud de un contrato con entidades públicas, cuya adjudicación se hizo con anterioridad a la Ley 223 de 1995, siempre que la maquinaria haya entrado al país antes de la vigencia de esa ley**

Para absolver este problema jurídico debe tenerse en cuenta que el literal e) del artículo 428 del Estatuto Tributario, antes de la Ley 223 de 1995 consagraba la exclusión del impuesto sobre las ventas para la importación de maquinaria pesada para industrias básicas, sin distinguir la modalidad por la cual se importaba, esto es, importación temporal u ordinaria. Es decir, que con la Ley 223 de 1995 se restringió el beneficio de la exclusión a las importaciones temporales. Adicionalmente, el artículo 50 de la citada Ley adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 258-2 del E.T. Conforme con esa adición, el impuesto sobre las ventas que se cause en la importación de maquinaria pesada para industrias básicas, debe liquidarse y pagarse con la declaración de importación, pero que cuando la maquinaria importada tenga un valor CIF superior a quinientos mil dólares (US\$ 500.000), el pago del impuesto sobre las ventas puede realizarse de la siguiente manera: 40% con la declaración de importación y el saldo en dos (2) cuotas iguales dentro de los dos años siguientes. Adicionalmente, para el pago de dicho saldo, el importador debe suscribir acuerdo de pago ante la administración de impuestos y aduanas respectiva, en la forma y dentro de los plazos que establezca el Gobierno Nacional. Respecto de la maquinaria que ingresó al país antes de la Ley 223 de 1995, el parágrafo del artículo 50 dispuso que se le aplicaran las normas en materia del impuesto sobre las ventas vigentes al momento de su introducción al territorio nacional. la Sala precisa que a las operaciones “gravadas con el impuesto sobre las ventas” que se realicen en virtud de contratos con entidades públicas cuyas licitaciones hayan sido adjudicadas con anterioridad a la Ley 223 de 1995, se les aplicarán las tarifas vigentes a la fecha de adjudicación de la licitación. En ese sentido se pronunció la Sala en la sentencia del Consejo de Estado del 12 de diciembre de 2006, C. P. Germán Ayala Mantilla, que citó el demandante. Así mismo, si en ejecución del contrato adjudicado se importa maquinaria pesada para industria básica, de conformidad con el parágrafo del artículo 50 de la Ley 223 de 1995 esa maquinaria seguirá con el régimen de la exclusión del impuesto sobre las ventas si se introduce al territorio nacional antes de la entrada en vigencia de la Ley 223 de 1995 e independientemente de la modalidad de importación que haya declarado, esto es, importación temporal o importación ordinaria.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Exp. 13001-23-31-000-2003-02344-01 \(17193\) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**4. a) Al no estar definida la noción de gastos de funcionamiento para efectos de las contribuciones especiales a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se adopta la definición jurisprudencial**

Decide la Sala la legalidad del inciso 6° de la descripción de la Clase 5 - Gastos del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios contenido en la Resolución N° 20051300033635 del 28 de diciembre de 2005, en cuanto señala la base para la liquidación de la contribución a la Superintendencia de Servicios Públicos por parte de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.

**Extracto:** Teniendo como fundamento el artículo 354 de la Carta y la Ley 298 de 1996, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expidió la Resolución 20051300033635 del 28 de diciembre de 2005, conocido como el Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, para armonizar las normas contables de los prestadores públicos, mixtos o privados y en particular, para sentar las bases para el registro en la contabilidad de los hechos económicos. Este Plan de Contabilidad está compuesto por el marco conceptual, el modelo instrumental y el manual de procedimiento. Dentro del Capítulo de Normas Técnicas Específicas, el numeral 4.2.8.4.2 define los “Gastos”, así: “Los gastos representan flujos de salida de recursos, en forma de disminuciones del activo o incrementos del pasivo o una combinación de ambos, que generan disminuciones del patrimonio, incurridos en las actividades de administración, comercialización, investigación y financiación, realizadas durante un período, que no provienen de los retiros de capital o de utilidades o excedentes. También corresponden a los importes monetarios no recuperables en que incurren los entes prestadores de servicios públicos domiciliarios en el período contable, necesarios para la obtención de bienes y servicios requeridos en el normal desarrollo de las actividades básicas y complementarias adelantadas en cumplimiento de la gestión operacional u administrativa, susceptibles de reducir el patrimonio”. El modelo instrumental concebido para mejorar la calidad, transparencia, comparabilidad, armonización y unificación del sistema contable del sector de servicios públicos domiciliarios, está compuesto por: a) el catálogo de cuentas y b) las descripciones y dinámicas. Dentro del catálogo de cuentas, la Clase 5 - Gastos tiene como Grupo de Cuentas las de administración (51), provisiones, agotamiento, depreciaciones y amortizaciones (53), otros gastos (58) y cierre de ingresos, gastos y costos (59). Del anterior recuento normativo contable, aplicable a los entes públicos mixtos y privados prestadores de servicios públicos domiciliarios, se establece que ni en el Plan General de la Contabilidad Pública contenido en la Resolución 354 de 2007 de la Contaduría General de la Nación, ni en el Modelo Instrumental del Plan de Contabilidad para los Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, aparecen los “gastos de funcionamiento” como una clase de gastos, lo que revela que el concepto no ha sido considerado como criterio contable para agrupar los distintos conceptos de gastos. Aunque el Diccionario de Términos Contables contenido en el Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios define los “gastos de funcionamiento” como “Erogaciones que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la ley”, este concepto resulta amplio e impreciso para efectos de determinar la base gravable de la contribución especial. Por lo tanto, será necesario acudir a otros elementos conceptuales para encontrar un criterio auxiliar que ayude en la interpretación del término “gastos de funcionamiento”. Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del término “gastos de funcionamiento” en la sentencia del 9 de noviembre de 2001, Expediente 11790, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa. Por tanto, ante la ausencia de normativa contable que defina con claridad lo que debe entenderse por el término “gastos de funcionamiento” y los conceptos que involucra, la Sala acogerá la noción que ha desarrollado la jurisprudencia y, en consecuencia, el presente proceso se decidirá bajo tales parámetros, es decir, que los gastos de funcionamiento tienen que ver con la salida de recursos que de manera directa o indirecta se utilizan para ejecutar o cumplir las funciones propias de la actividad, que son equivalentes a los gastos operacionales u ordinarios, es decir los normalmente ejecutados dentro del objeto social principal del ente económico o, lo que es lo mismo, los gastos asociados al servicio

sometido a regulación, de manera que deberán excluirse aquellas erogaciones que no estén relacionadas con la prestación del servicio público domiciliario.

**b) La base gravable para la liquidación de las contribuciones especiales a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por parte de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia sólo está conformada por los gastos de funcionamiento, es decir, aquellos que tengan una relación necesaria e inescindible con los servicios que prestan dichos entes**

**Extracto:** La noción de gastos de funcionamiento debe incluir las erogaciones causadas o pagadas durante el período contable que estén relacionadas con la prestación de los servicios públicos de cada ente prestador, lo que implica que no hagan parte de tales gastos los recursos que el ente destine para otros efectos, tales como, servicios de la deuda e inversión. Lo anterior demuestra que no pueden tenerse en cuenta para la base gravable la totalidad de los gastos mencionados en las cuentas de la Clase 5 - Gastos o del Grupo 75 del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, porque, se insiste, el legislador solamente se refirió a los de funcionamiento, cuyo alcance ha sido dilucidado por la jurisprudencia reseñada y sin que sea procedente extenderlos a otros gastos que no tengan una relación necesaria e inescindible con los servicios que prestan, pues los elementos que conforman la base gravable están limitados. De la lectura del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, antes transcrito, es claro que la intención del Legislador fue la de limitar la base gravable de la contribución especial a los gastos de funcionamiento, lo que excluye la posibilidad de entender que se refería a todo lo que involucra el concepto general de “gastos” del Plan de Contabilidad, pues, de lo contrario, como lo afirma el demandante, no tendría ningún sentido que el Legislador hiciera esa precisión. Determinar la base sobre la totalidad de los gastos administrativos, de comercialización, investigación y financiación que son los grupos que conforman los Gastos según el numeral 4.2.8.4.2 de la Resolución demandada, o a las provisiones, agotamiento, depreciaciones y amortizaciones según las descripciones de la Clase 5 - Gastos, amplía lo previsto en el numeral 85.2 de la Ley 142 de 1994, ya que involucra gastos no contemplados en la norma reglamentada. Si bien en el numeral 85.1 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 se mencionan como parámetros los gastos de funcionamiento, la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, estos son para establecer los costos de los servicios prestados por los entes de control y vigilancia, pero para el cálculo propiamente de las contribuciones especiales, solamente se refiere a los gastos de funcionamiento. Además, la ampliación ilegal de la base gravable por parte de la entidad administrativa, en este caso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, desconoce el mandato constitucional previsto en el inciso 1° del artículo 338 de la Carta Política, porque tratándose de contribuciones fiscales, la facultad para crearlas en tiempo de paz, solamente le corresponde al Congreso, quien, además, debe establecer los elementos de la obligación tributaria, entre ellos la base gravable, lo que implica que ningún otro órgano de las Ramas del Poder Público puede modificarla o ampliarla so pena de violar dicho precepto constitucional, aspecto por el cual también prosperan las pretensiones de la demanda. En consecuencia se anula el inciso 6° de la descripción de la Clase 5 - Gastos del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, adoptado mediante la Resolución 20051300033635 de 2005 expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

**[Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2007-00049-00 \(16874\) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)**

**5. a) Los predios calificados como de conservación arquitectónica en el Distrito Capital están obligados a presentar declaración de impuesto predial aunque estén exentos del pago del mismo**

Se precisa si la Administración Distrital contaba con la facultad legal para negar la solicitud de devolución del pago de lo no debido por concepto de impuesto predial, o si por el contrario, los actos oficiales no cuentan con el apoyo legal y deben ser revocados.

**Extracto:** El Decreto 678 expedido el 31 de octubre de 1994 estableció para el Distrito Capital un tratamiento especial de conservación arquitectónica a determinados inmuebles, dentro de los cuales se vio beneficiado el predio en discusión al ser calificado en la categoría “B” del tratamiento de conservación histórica, lo que lo convierte en exento del citado impuesto. Es cierto, y este es un aspecto que el ente fiscal no discute, que los predios declarados por el enunciado decreto como de Conservación Histórica, y concretamente el inmueble discutido que fue calificado en la categoría “B” - Conservación Arquitectónica, se encuentran exentos de pagar impuesto predial. Sobre el particular amerita aclarar que los términos tributarios “Excluído” y “Exento” no son sinónimos, ya que mientras el primero hace referencia a una persona o un bien que por su propia naturaleza o condición no puede ser gravado, es decir, se encuentra liberado tanto de declarar como de pagar, en el caso de los exentos se trata de bienes gravados con la particularidad de que por ley en forma taxativa se les ha asignado tarifa cero (0) circunstancia que los libera de pagar el impuesto. El bien sobre el que recae la discusión fue declarado “exento” de pagar impuesto predial por el Decreto 678 de 1994, lo que implica que si bien no tenía la obligación de pagar el tributo, subsistía la de presentar las declaraciones correspondientes, responsabilidad que fue cumplida dentro de la oportunidad legal. No obstante, y a pesar de contar con el beneficio aludido desde 1994, durante siete años consecutivos la sociedad liquidó y pagó el impuesto sobre el predio beneficiado sin tener la responsabilidad legal de hacerlo.

**b) En la devolución del pago de lo no debido es innecesaria la corrección a la declaración privada independientemente que haya operado la firmeza de la misma**

**Extracto:** En el evento de que la devolución verse sobre un saldo a favor generado en una declaración, es necesario que el saldo se registre en el cuerpo de la misma, por tanto si existe error en su elaboración, es menester corregirla por el artículo 19 del Decreto 807 de 1993, o solicitar su corrección bajo las prescripciones del artículo 20 *ibidem*, no por el artículo 43 de la Ley 962 de 2005 como lo asevera el actor, ya que ésta última solo permite la corrección de rubros que no tengan nada que ver con la liquidación o determinación del impuesto, que no es el caso. Cuando existe un pago en exceso puede o no requerirse la aludida corrección, por cuanto no siempre los pagos de más devienen de una declaración. Sin embargo, la corrección es innecesaria cuando se trate del pago de lo no debido, por cuanto en este caso, el contribuyente ha efectuado un pago sin que exista una norma que soporte la existencia de la obligación de pagar, o cuando dicha obligación ha existido pero desapareció del mundo jurídico, por tanto, en el evento de que la Administración Tributaria pretenda retener dicho dinero, estaría incurriendo en enriquecimiento sin causa a favor del Estado. Como para el evento en estudio se trata de un pago efectuado por error de derecho de quien lo hizo, dado el desconocimiento del declarante de la exención consagrada por el Decreto 678 de 1994 que declaró el inmueble en discusión como patrimonio histórico- categoría B, exento del impuesto predial, lo que lo hace que se configure la ausencia de causa legal previa a la presentación de las declaraciones por los años analizados, estamos sin duda alguna frente a un típico “Pago de lo no debido”, cuya devolución procede sin requerir corrección alguna a las declaraciones presentadas. Además, al no versar la devolución sobre un saldo a favor contenido en las declaraciones presentadas, es decir, no estar ligada a ellas, opera el derecho a solicitar y obtener el reintegro de lo pagado sin causa legal, independiente de que sobre las declaraciones presentadas haya operado la firmeza de que trata el artículo 24 del Decreto 807 de 1993.

**c) Cuando la devolución se origina por error del contribuyente se reconocen los intereses a partir de la notificación del acto administrativo que negó la devolución**

En lo que hace al término para solicitar ante el ente fiscal los pagos de lo no debido, la normativa tributaria remite el requisito de la oportunidad para efectuar la correspondiente solicitud a lo prescrito por el artículo 2536 del Código Civil para la prescripción de la acción ejecutiva la que se fijó inicialmente en diez (10) años y fue modificada con la expedición de la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002 que redujo dicho plazo a cinco (5) años. Respecto de los intereses que la Administración debe liquidar a favor de los contribuyentes que soliciten devolución, es aplicable el

artículo 863 E.T. En el caso de pago de lo no debido, tratándose de liquidación de intereses, debe entrar a valorarse el origen de la obligación objeto de devolución para efecto de liquidarlos, siendo diferente el evento en que el error sea imputable al responsable, que cuando no lo es. Teniendo en cuenta que en este caso el pago se genera por error del contribuyente, la falencia no es imputable a la administración tributaria, por lo que no se deberán liquidar intereses a partir de realizados los pagos, sino desde que fue notificado el acto administrativo que denegó la devolución solicitada, de conformidad con lo estipulado por el artículo 863 E.T.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00060-01 \(17669\) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

**6. a) La liquidación oficial puede tener un efecto económico presente y determinado; o un efecto económico presente y neutro, y futuro y determinable**

Se decide el recurso ordinario de contra el auto que declaró la nulidad del proceso, por falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Administrativos de Bogotá.

**Extracto:** De conformidad con el artículo 134E del C.C.A, en asuntos tributarios la cuantía se determina por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones o sanciones, al tiempo de la demanda, sin incluir los intereses o perjuicios, que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda. La citada norma no dispuso que la cuantía se determine por el mayor valor a pagar por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones, porque dependiendo del caso concreto, la liquidación oficial puede tener un efecto económico presente y determinado; o un efecto económico presente y neutro, y futuro y determinable. La liquidación oficial conlleva un efecto económico presente y determinado cuando liquide un mayor impuesto a pagar o un menor saldo a favor del contribuyente. El efecto económico es presente, porque inmediatamente la liquidación oficial adquiere ejecutoria, surte efectos económicos para el contribuyente y para el Estado. Y tiene un efecto determinado, porque en la liquidación oficial el valor en discusión es evidente, palpable, concreto. En consecuencia, la cuantía siempre corresponderá a la diferencia entre el resultado de la operación aritmética de la declaración privada y el resultado de la operación aritmética de la liquidación oficial, resultado que contiene el monto discutido por impuestos y sanciones. Y en el caso de no existir liquidación privada, la cuantía corresponderá al valor liquidado oficialmente. la liquidación oficial conlleva un efecto económico presente y neutro, y futuro y determinable, cuando el valor discutido por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones, en la liquidación oficial, es el resultado de la operación aritmética que propone la autoridad tributaria y que discrepa de la operación aritmética que hace el contribuyente, pero que, en todo caso, es igual al valor que por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones declaró el contribuyente en su liquidación privada. En ese contexto, habida cuenta de que “Para efectos de determinar la cuantía del negocio debe tenerse en cuenta el acto [demandado] en sí mismo y no los actos subsiguientes que de él se derivan”, conforme acertadamente lo dijo la sala en auto del 16 de marzo de 2001, para aquellos eventos en los que la liquidación oficial tiene efecto económico presente y neutro, pero, a su vez, futuro y determinable, el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones será el impuesto, la tasa, la contribución o la sanción prevista en la liquidación oficial, independientemente de que ese valor coincida con los de la declaración privada, en atención al efecto presente y neutro de la liquidación oficial.

**b) La cuantía en asuntos tributarios está determinada por la diferencia de la liquidación privada con la liquidación oficial**

El demandante tanto en el recurso como en la demanda dijo que la cuantía era de \$326'350.000, que correspondía al valor de las deducciones rechazadas por la administración y como sustento de esa

afirmación citó autos en los que esta Sección adoptó ese criterio. En esta oportunidad, se hace imperioso modificar esa tesis, pues, como se vio, en casos como el examinado, el efecto económico que se puede derivar de la liquidación oficial es presente y determinado. En ese orden, es forzoso concluir que la cuantía del proceso está determinada por la diferencia de la liquidación privada del impuesto de renta del año 2003 con la liquidación oficial. Esto es, la cuantía es de \$8'479.000, que es la diferencia entre los saldos a favor de \$407'903.000 y \$399'424.000.

[Auto de 23 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2008-00066-01\(17847\) M.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

## SECCIÓN QUINTA

**1. Se declara nulidad de elección de representante de los egresados ante el consejo superior de la Universidad de la Amazonía: falta de competencia del rector para reglamentar el proceso de selección de los miembros de dicho consejo**

La Sala accedió a la pretensión del actor, quien atribuía a la elección de Carlos Alfonso López Urquina como representante de los egresados ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía la causal de nulidad de expedición irregular.

De acuerdo con el fallo, dicha causal se configuró porque el rector expidió resoluciones para reglamentar el proceso de selección de aquél representante, a pesar de que la competencia para el efecto la tiene el propio Consejo Superior Universitario. La Sala explicó su decisión, como sigue:

**a) Expedición irregular de acto de elección: etapas de formación pueden conducir a su nulidad**

“La actuación administrativa, en la que se incluye este proceso electoral, es un todo y se debe observar como tal, no obstante que se componga de unas etapas previas preparatorias y una etapa de decisión final definitiva. Si se pretende la nulidad de la decisión final y definitiva (en este caso la declaratoria de elección) nada obsta para que sólo se aleguen irregularidades ocurridas en las etapas de trámite y para que éstas tengan la suficiente entidad de viciar toda la actuación y producir su nulidad. No es necesario que se destaquen sólo vicios en el acto final de declaratoria de elección para obtener la nulidad de toda la actuación, como pareciere entenderlo el demandado; pues si la actuación administrativa es un todo, probado un vicio en las etapas previas, de formación, también conducirá al mismo resultado. De este modo, se observa que el actor acusó la legalidad del acto que culminó la actuación administrativa electoral, pero arguyendo vicios ocurridos sólo en las etapas previas de su formación, lo cual es procedente en el escenario de esta acción de nulidad electoral, y desvirtúa la existencia de la “indebida acumulación de demandas” propuesta por el demandado.”

**b) La competencia para reglamentar proceso de elección de miembros del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía la tiene el propio Consejo**

“En primer lugar, se advierte que el Rector, en las Resoluciones 1954 y 2124 de 2009, además de Convocar a elecciones para Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario; en la Resolución 1954 dispuso, en su orden: sobre los requisitos de los aspirantes, el período del elegido, las fechas de inscripción de candidaturas y de elección, la organización, preparación, jurados y mesas; sobre las funciones de la Comisión Electoral, el tarjetón, la expedición de listados, regulación de propaganda, resultados y actas, escrutadores, la notificación y la publicidad del proceso de elección. A su turno, en la Resolución 2124 dispuso modificar la Resolución 1954 en el sentido de excluir a algunos jurados previamente designados y designar a otros en su reemplazo. En segundo lugar, con base en el artículo 25 de los Estatutos Generales de la Universidad, concretamente en su literal u) transcrito en precedencia, se concluye con suficiencia y sin duda

alguna que la función de reglamentar los procesos de elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario, dentro de los que se encuentra el de los Egresados, reposa precisamente en esa autoridad colegiada y no en el Rector. De modo que la reglamentación del proceso de elección del Representante de los Egresados que hizo el Rector en las Resoluciones 1954 y 2124 de 2009 comporta el desborde de sus competencias y la intromisión indebida en las competencias del Consejo Superior Universitario. (...) De manera que es forzoso concluir que, por este motivo, sí existe la irregularidad impetrada y el cargo propuesto prospera. Las Resoluciones 1954 y 2124 de 2009 fueron expedidas con la finalidad exclusiva de realizar la elección del Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario; en tanto que el vicio ocurrido en ellas fue demostrado y la actuación administrativa, como un todo, resulta también viciada, se declarará la nulidad de la elección demandada.”

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2010-00004-00. MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### **1) Contralorías departamentales no pueden contratar servicios personales para atender funciones de control fiscal y administrativas de apoyo**

En respuesta a la consulta de la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre el alcance del artículo 15 de la Ley 330 de 1996, formulada, a su vez, a solicitud del auditor general de la República, la Sala analizó la norma y el objeto del contrato de prestación de servicios y concluyó que prohíbe expresamente a las contralorías departamentales celebrar esa clase de contratos para cumplir funciones de control fiscal y administrativas de apoyo.

#### **a) Contrato de prestación de servicios: Objeto**

“De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de “administración o funcionamiento”, cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande. En su interpretación gramatical, los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”. Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo define.”

#### **b) Prohibición legal a las contralorías departamentales de contratar servicios personales para atender funciones de control fiscal y administrativas de apoyo**

“Por disposición del artículo 272 de la Carta, las contralorías departamentales están autorizadas por la Constitución para contratar con empresas privadas nacionales el ejercicio de la función fiscal, para lo cual deben sujetarse a las prescripciones de la ley 42 de 1993, exclusivamente. Por mandato del artículo 15 de la ley 330 de 1996, las contralorías departamentales tienen prohibido celebrar contratos de prestación de servicios para atender las funciones relacionadas con el control fiscal y las funciones administrativas de apoyo, sin excepción, por lo cual no pueden acudir a la autorización general contenida en la ley 80 de 1993. Cabe agregar que como la contratación de la función fiscal con empresas privadas colombianas es una autorización y no una imposición, y el ejercicio de esa función es sin duda permanente y continuo, las contralorías departamentales pueden atender sus necesidades de personal en las áreas misionales con la creación de los empleos que sean necesarios

en la planta de personal, ajustándose a las disposiciones legales en materia de gasto público especialmente contenidas en la ley 617 de 2001 para el nivel territorial, que establecen los límites de gasto de las contralorías departamentales en relación con las categorías de los departamentos sobre los que ejercen su función fiscalizadora.”

[Concepto 2003 de 19 de agosto de 2010. Exp. 11001-03-06-000-2010-00052-00. MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con oficio 20106000071181 de 22 de septiembre del DAFP](#)

**2) El Departamento del Atlántico ha presupuestado de forma inadecuada la transferencia que le corresponde para concurrir en la financiación de la Universidad del Atlántico**

Esa fue la opinión de la Sala al responder la consulta formulada por la ministra de Educación Nacional, ante la disparidad de criterios manifestados por la Universidad del Atlántico, el Departamento del Atlántico y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las transferencias de que trata la Ley 30 de 1992 y la concurrencia para el pago del pasivo pensional de las universidades públicas.

En el concepto quedaron consignados los siguientes argumentos en respaldo:

**a) Financiación de universidades públicas: Concurrencia de la Nación y las entidades territoriales. Base de los aportes**

“Se destaca, sin lugar a discusión, como primera gran idea, la obligación de concurrir a la financiación, por parte de la Nación y las entidades territoriales, de las universidades públicas, creando una obligación de naturaleza presupuestal, cuyo cumplimiento parte de efectuar las apropiaciones de gasto o transferencia en los presupuestos de las entidades obligadas, las que se ejecutan mediante los giros de tesorería que constituyen el pago efectivo de la obligación. Por su parte, las universidades beneficiarias de los mismos, deben presupuestar como ingresos esas transferencias. El segundo inciso describe la forma y el contenido de la obligación impuesta a la Nación y a las entidades territoriales, estableciendo de manera expresa que se trata de recursos presupuestales, de periodicidad anual, en un monto determinable que toma como base los presupuestos de 1993 que siempre deben incrementarse, lo cual, dice la norma, será en pesos constantes; vale decir, que la suma base debe conservar su poder adquisitivo y por ende, el valor de la obligación anual debe ser la suma equivalente a lo presupuestado a partir de 1993 más el IPC, año tras año, y así debe apropiarse en el presupuesto de gastos de cada vigencia, para cumplir debidamente con la obligación legal.”

**b) Financiación de la Universidad del Atlántico: Indevida apropiación y pago Departamento del Atlántico de la transferencia que le corresponde**

“Revisados los antecedentes de la consulta formulada a esta Sala en el año 2006, se encontró un conjunto de ordenanzas de la Asamblea del Atlántico que, por lo menos desde 1985 y con algunas diferencias no determinantes para el punto que ahora se estudia, han ordenado ceder el 30% del recaudo del impuesto a los licores para la Universidad del Atlántico. (...) Entonces, el Departamento en vez de presupuestar el monto determinado por el artículo 86 de la ley 30 de 1992 para transferirlo a la Universidad, continúa presupuestando una suma que a pesar de figurar como fija, resulta ser variable puesto que el recaudo del impuesto de licores está sujeto a factores de diversa índole que pueden preverse pero no modificarse, y por ello el Departamento sigue incumpliendo claramente la orden legal. El efecto concreto de esta inadecuada forma de presupuestar la transferencia, consiste en que en veces ese 30% equivale al monto definido por el artículo 86 de la ley 30 de 1992, otras es inferior y otras superior; y con ello se ha dado lugar al desacuerdo entre el Departamento y la Universidad del Atlántico, que motiva la consulta de la Sra. Ministra. (...) Con el fin de resolver la

controversia, estima la Sala que las ordenanzas que cedían el 30% de la renta de licores a favor de la Universidad del Atlántico, y que fueron expedidas antes de la ley 30 de 1992, por lo cual no podían ser aplicadas a partir del presupuesto de 1994, y las expedidas con posterioridad manteniendo dicho sistema de financiación, que se encuentren vigentes son claramente contrarias a la ley citada. De esta afirmación se desprende el deber de aplicar la norma legal por encima de la ordenanza, y que para solucionar la discrepancia que existe sobre la existencia de un faltante a cargo del Departamento, las cuentas deben hacerse con base en el valor de las asignaciones presupuestales que debía corresponder a la fórmula establecida en el inciso segundo del artículo 86 de la ley 30. Entonces, la obligación inmediata que tiene el Departamento del Atlántico es ajustar su presupuesto para garantizar que las partidas destinadas a atender los aportes para la Universidad del Atlántico, equivalgan al monto ordenado por la ley 30 de 1992, tanto en el presupuesto de rentas como en el de gastos; porque la apropiación debe corresponder a la obligación legal y no a la fuente de los ingresos que se destinen para cumplirla. El Departamento también debe tener presente que tratándose de gasto público social, su atención es prioritaria.”

**c) Convenios de concurrencia con entidades territoriales para financiar fondo de pasivo pensional de universidades públicas. Las estampillas constituyen una fuente de ingresos para financiar pasivo pensional de las universidades públicas por parte de las entidades territoriales**

“Por mandato del artículo 131 de la ley 100 de 1993, las universidades oficiales y las demás instituciones oficiales de educación superior, del nivel territorial, debieron constituir un fondo para pagar el pasivo pensional causado exclusivamente a la fecha de vigencia de la ley 100. Para financiar dicho fondo, el mismo artículo 131 previó aportes de la Nación, los departamentos, distritos y municipios, en la misma proporción en que esas entidades hubieran contribuido al presupuesto de la respectiva institución de educación superior. El decreto 2337 de 1996, reglamentó el artículo 131 de la ley 100 de 1993, estableciendo que una vez determinada la cuantía y la responsabilidad de la Nación, la respectiva entidad territorial y la institución de educación superior de que se tratara, se suscribiría un contrato entre dichas entidades obligadas a la financiación, en el que se establecería como mínimo, el valor de la deuda reconocida por las partes y el monto del aporte de cada entidad; los plazos de cumplimiento de la obligación; el plazo de emisión de los bonos; la duración del contrato, que debe extenderse hasta cuando se garantice el saneamiento del pasivo pensional causado antes del 23 de diciembre de 1993; la periodicidad y el mecanismo de revisión de los contratos; y los mecanismos definidos por las partes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema General de Pensiones. Estos contratos se conocen como contratos o convenios de concurrencia. El artículo 131 de la ley 100 nada dijo sobre la fuente de los recursos que deberían aportar la Nación y las entidades territoriales para el cumplimiento de la obligación que les creó; pero como se trata de entidades públicas, su régimen constitucional y legal de ingresos y gastos les permite apropiarse recursos propios que no tengan otra destinación y que cubran la totalidad del gasto en cada vigencia anual. De una fuente de recursos trata el artículo 95 de la ley 633 de 2000, al disponer la distribución del recaudo de los ingresos que reciben las universidades que tengan vigente ley de estampilla universitaria y hayan concluido la construcción de sede y subsedes, porque ordena que el 20% de ese recaudo de ese se destine al pasivo pensional de la universidad; si bien el mismo artículo 95 excluye de aplicar de su mandato a las universidades que tengan vigentes procesos de construcción, futuras ampliaciones o amortización de créditos, advierte que concluidas esas situaciones deberán aplicar la distribución que en él se determina. De otra fuente de recursos se ocupa el artículo 47 de la ley 863 de 2003. (...) Los ingresos por estampillas son gravámenes autorizados o creados por la ley, generalmente destinados a incrementar los recursos de las entidades del nivel territorial para la atención de sectores determinados, como la educación, la salud, la cultura, la electrificación, etc.; se caracterizan porque para su pago y la prueba de éste, se adhieren estampillas en los documentos que la regulación legal o territorial establezcan, de donde resulta que en el uso cotidiano e inclusive en la terminología de la ley, el vocablo estampilla se confunde con el gravamen mismo. Significa entonces que la retención ordenada por el artículo 47 de la ley 863 de 2003 debe practicarse sobre la totalidad de los ingresos por concepto de estampillas, que cada entidad territorial esté recaudando, esto es, las estampillas para universidades, hospitales,

cultura, electrificación, desarrollo, etc. Las sumas retenidas tienen, por expresa disposición de la norma que se analiza, una única destinación: el pago del pasivo pensional, pero en cabeza de varios destinatarios: en primer término, esos recursos deben atender los fondos pensionales de las entidades beneficiarias de los ingresos por estampillas; en segundo término y sólo si esas beneficiarias no tienen pasivo pensional, los recursos irán a cubrir el pasivo pensional del departamento o municipio, esto es, de la entidad territorial que percibe los ingresos.”

**d) Estampilla Ciudadela Universitaria Del Atlántico: Beneficiarios. Destinación. Administración de ingresos**

“El Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico son entidades beneficiarias de la “Estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico”; y el Departamento del Atlántico es recaudador de los ingresos que ella genera y debe administrarlos a través de la Junta Especial denominada “Junta Ciudadela Universitaria del Atlántico”. Su origen está en la ley 41 de 1966 que ordenó aplicar en el Departamento del Atlántico la estampilla denominada “erradicación de tugurios”, y en la ley 77 de 1981, que en sus artículos 1º, 7º y 8º ordenó que los valores producidos por el recaudo de la estampilla a que se refería la Ley 41 de 1966, seguirían siendo cobrados en todo el territorio del Departamento del Atlántico, exclusivamente, con destino a erradicación de tugurios y construcción de la Ciudadela Universitaria; que el tributo estaría representado en una sola estampilla denominada “Ciudadela Universitaria del Atlántico”; que los recursos serían manejados en sus distintas maneras de recaudo y empleo, por la Junta Especial denominada “Junta Ciudadela Universitaria del Atlántico”; y que la totalidad del producto de la estampilla sería aplicado así: a) Ochenta por ciento (80%) para la construcción, dotación y sostenimiento de la Ciudadela Universitaria del Departamento del Atlántico; b) Veinte por ciento (20%) para los fines y en la forma que se indica en la Ley 41 de 1966. (...) De esta norma se destaca que, además de recoger la normatividad legal especial de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico y darle vigencia indefinida, el legislador la ubicó inmediatamente antes del artículo 95 de la misma ley 633, que, como se explicó, dispuso una específica distribución a los ingresos destinados a las universidades por las leyes de estampillas universitarias que se encontraran vigentes; de manera que hizo expresa su intención de conservar el régimen especial de esa estampilla en particular. Bajo esta disposición, en el concepto emitido el 3 de octubre de 2002, radicación 1434, esta Sala dijo que la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico “es un gravamen del orden departamental” cuyo producido tiene la destinación que la ley le estableció. En vigencia del artículo 47 de la ley 863 de 2003, que para efectos de la retención que establece no introduce excepción alguna a los ingresos originados en las leyes de estampillas que perciben las entidades territoriales, el concepto del 26 de octubre de 2006 (Rad. 1770), explicó que la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico es un “tributo del orden departamental” y que “la destinación legal de los recursos de la estampilla, condiciona los actos y actuaciones administrativas que deban expedirse y cumplirse en el orden departamental...”, agregando que como el citado artículo 47 de la ley 863 “determina no sólo la destinación de los recursos, sino también, de manera simultánea, los destinatarios de los mismos, esto es, la Universidad en un porcentaje del 80% y el Departamento en un 20% ... la retención prevista en el artículo 47 debe destinarse a los fondos de pensiones de las entidades destinatarias de la estampilla, para el caso el Departamento y la Universidad del Atlántico...”. Así mismo, en el concepto del 26 de octubre de 2006, la Sala precisó que los recursos correspondientes a la retención del 20%, “... no están previstos por la ley para atender el cumplimiento de la obligación de aporte a que se refiere el artículo 131 de la ley 100 de 1993, que establece expresamente la obligación de constituir un fondo para tales efectos, y por ello no pueden computarse para el cumplimiento de esta otra obligación legal. Así tengan las dos normas un mismo propósito - financiación de pensiones -, el legislador las previó en forma independiente y autónoma, sin prever su imputabilidad o equivalencia, esto es, sin validar que los recursos apropiados con origen en una obligación se apliquen al mismo tiempo para entender cumplida la otra.” La Sala, en esta oportunidad, con base en el análisis hecho al texto del artículo 47 de la ley 863 de 2003, reitera que la retención por él ordenada aplica a los recursos de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, y el Departamento, como recaudador y administrador de esos recursos, está obligado a hacer la retención y transferirla en un 20% al fondo de pensiones del Departamento y

en un 80% al fondo de pensiones de la Universidad del Atlántico pero como aporte de la misma Universidad; de ninguna manera como aporte del Departamento.”

[Concepto 1996 de julio de 2010. Exp. 11001-03-06-000-2010-00041-00. MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con oficio 2010EE72608 de 30 de septiembre de 2010 del Ministerio de Educación Nacional.](#)

**\*Salvamento parcial de voto: William Zambrano Cetina**

## NOTICIAS DESTACADAS

**ANTE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SE  
POSESIONARON JAIME ALBERTO SANTOFIMIO  
GAMBOA Y DANILO ALFONSO ROJAS  
BETANCOURTH**

Ante Juan Manuel Santos Calderón, Presidente de la República, se posesionaron como nuevos magistrados de la Sección Tercera del Consejo de Estado los Doctores Jaime Alberto Santomfimio Gamboa y Danilo Alfonso Rojas Betancourth.

**Jaime Alberto Santomfimio Gamboa**

Abogado del Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Gobierno Municipal de la misma Universidad; especialista en Administración Municipal del Instituto IBAM de Río de Janeiro y Doctor en Derecho de Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Externado de Colombia.

Se desempeñaba como Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, donde además fue docente por varios años.

**Danilo Alfonso Rojas Betancourth**

Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, en Instituciones Jurídico - Políticas, Derecho Público y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional.

Se ha desempeñado como Abogado Consultor del PNUD, Abogado Consultor de la Oficina del Alto Comisionado, Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Nacional, Abogado Auxiliar del Consejo de Estado, Director Técnico del Ministerio del Interior, Director de la revista Pensamiento Jurídico y Relator del Consejo de Estado. Cuenta con una amplia experiencia docente.

## 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](http://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](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)