



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 11
• Sección Primera	11 - 17
• Sección Segunda	17 - 28
• Sección Tercera	28 - 31
• Sección Cuarta	31 - 40
• Sección Quinta	40 - 42
• Sala de Consulta y Servicio Civil	42 - 48
• Noticias Destacadas	49

Noticias destacadas

CULMINÓ CON ÉXITO EL SEMINARIO INTERNACIONAL “INSTITUCIONES JUDICIALES Y DEMOCRACIA” ORGANIZADO POR LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO

EDITORIAL

El Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia conmemoraron el pasado 4 de noviembre los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia, con ocasión de su Vigésimo Quinto Aniversario con una celebración eucarística en memoria de las víctimas. Para la Corporación este lúgubre episodio recobra un sentimiento de tristeza y desolación al recordar la pérdida del Dr. Lisandro Romero Barrios (Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado), Carlos Horacio Urán Rojas y Luz Stella Bernal Marín, (Abogados Asistentes del Consejo de Estado) y Aura María Nieto de Navarrete, Blanca Inés Ramírez de Angulo, María Teresa Barrios Rodríguez y Jaime Alberto Córdoba Ávila, (auxiliares del Consejo de Estado).

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

ACCIÓN DE HABEAS CORPUS

1. La declaratoria de nulidad de proceso penal no afecta la imputación de cargos realizada por la Fiscalía

En cumplimiento del artículo 293 [2] de la Ley 906 de 2004 el Juez Primero Penal del Circuito de Villavicencio, con funciones de conocimiento, improbió la aceptación que hizo el actor de los cargos que le imputó la Fiscalía y, en consecuencia, declaró la nulidad de lo actuado en el proceso penal desde la audiencia de formulación de imputación. Lo anterior, porque el allanamiento no fue coherente con la imputación. Así mismo, remitió el proceso al juez en función de control de garantías para que resolviera lo pertinente.

El actor promovió la acción constitucional de *habeas corpus* para que se ordenara su libertad inmediata, pues consideró que la privación de su libertad se prolongó ilegalmente. Alegó que el juez de conocimiento incurrió en vía de hecho, porque, a pesar de que decretó la nulidad de la actuación, no ordenó su libertad como correspondía, pues con la nulidad de la audiencia de formulación de imputación desapareció el fundamento de la medida de aseguramiento.

Esta afirmación no es acertada, dado que la imputación como acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación comunica al indiciado su condición de imputado obedece al ejercicio de la acción penal de la que es titular el Estado (artículo 286 de la Ley 906 de 2004), y es independiente a la eventual aceptación de cargos por parte del procesado. De allí que la decisión del juez accionado no afectó la imputación sino la decisión del juez en función de control de garantías, que aceptó el allanamiento a cargos como si fuera pleno frente a la imputación de la Fiscalía.

Así las cosas, la medida de aseguramiento que privó de la libertad al actor se encuentra incólume, toda vez que los efectos de la nulidad del proceso penal no se extienden a la formulación de imputación, que como se indicó es un acto independiente. Además, se resalta que en la audiencia del 4 de octubre de 2010, celebrada por el Juez Primero Penal del Circuito de Villavicencio, la medida de aseguramiento contra el actor no fue objeto de controversia ni estudio. En razón de ello, sus efectos legales continúan, salvo que el juez competente decida lo contrario, lo que desde luego no ha sucedido en el presente asunto.

[Auto de 2 de noviembre de 2010, Rad. 50001-23-31-000-2010-000428-01\(HC\), MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

TUTELAS

1. Vulneración del debido proceso por dilación en el trámite de una solicitud de concesión portuaria

La Sección Primera estimó vulnerado el derecho al debido proceso de la sociedad actora, por parte del INCO, al incumplir su deber de decidir oportunamente la solicitud de concesión portuaria presentada por la demandante.

La Sala consideró que los artículos 11 y 12 del Decreto 838 de 1992 y el artículo 10° Decreto 4735 de 2009, son claros en cuanto establecen la manera y el término en que la autoridad competente, en este caso el INCO, debe resolver una solicitud de concesión portuaria que ha sido presentada en debida forma, esto es: a) mediante resolución motivada y b) dentro de los cinco (5) meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial. Por otra parte, advirtió que el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009 establece que cuando la petición de concesión portuaria se presenta en forma incompleta, ésta puede sanearse por el interesado, para lo cual la entidad competente (INCO), lo requerirá “por una sola vez” para que subsane la deficiencia. De lo cual se deduce que, ante una solicitud incompleta, el INCO debe señalar claramente cuáles son sus deficiencias, pues la ley solo le da una oportunidad para tal efecto. Sostuvo, que en el caso concreto, las pruebas daban cuenta de que, en efecto, la solicitud de concesión portuaria de la actora, fue presentada en forma incompleta, lo cual explicaba que hasta la fecha el INCO se haya abstenido de proferir la resolución motivada que decidiera tal solicitud. Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009, el INCO no cumplió con su deber legal de requerir “por una sola vez” a la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua para que subsanara su solicitud, sino que, contrario a ello, informó en forma escalonada acerca de los requisitos faltantes, mediante cuatro requerimientos expedidos en un lapso de dos (2) años y 8 días, lo cual no se compadece con el mandato legal que establece el término de cinco (5) meses para proferir resolución motivada frente a una solicitud de concesión portuaria. Ello, sin lugar a dudas, implicaba un abierto desconocimiento del procedimiento señalado en la ley para decidir tales solicitudes y en esa medida se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la Sociedad actora quien dio respuesta a cada uno de los requerimientos, por lo demás, dilatorios del trámite indicado en la ley, sin haber obtenido la respuesta que ordena la normativa vigente.

[Sentencia de 7 de octubre de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-01958-01\(AC\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ](#)

2. a. Procedencia de la tutela si se vulneran derechos fundamentales en el ámbito de un conflicto interno armado

La Sección Segunda concedió el amparo de tutela a los residentes de las veredas El Vergel y El pedregal del Municipio de Caloto, Cauca, cuyos derechos fundamentales se han visto afectados a causa del conflicto armado que se presenta en la zona y ordenó la conformación de un comité interinstitucional de verificación de los hechos vulnerantes de los derechos humanos.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, dispone en el artículo 1° que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En desarrollo de tal preceptiva, nuestra Carta Política, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública. Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, el cual deberá probarse. A partir de lo anterior y toda vez que se ventila la vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de un conflicto armado interno, la Sala encuentra la procedencia de la acción de tutela.

b. Conformación de comité interinstitucional de verificación de hechos vulnerante de derechos humanos en la comunidad de Caloto (Cauca)

En el caso concreto, la Sala encontró que en efecto, las autoridades accionadas han desplegado una serie de actividades frente a las diferentes denuncias efectuadas por los pobladores de la zona de Caloto (Cauca), aquí actores; no obstante, dichas actuaciones, aunque procedentes y necesarias, no resultan suficientes para la situación ventilada. Recordando los fines esenciales del Estado, en concordancia con las normas del derecho internacional humanitario, es claro que emerge el deber imperativo del Estado de garantizar la seguridad mínima a sus conciudadanos. Es sabida la dificultad que le asiste en poder llegar a todos los rincones del País, teniendo en cuenta no sólo el conflicto armado, sino la geografía que facilita el ocultamiento de grupos al margen de la ley, cerca de asentamientos humanos, donde las Fuerzas Militares deben acudir para generar espacios de seguridad ciudadana, lo que a pesar de pretender mejores condiciones, implica la puesta en peligro de la integridad física de aquellos civiles aledaños, ante la posibilidad de combates entre ambas fuerzas. Es por esta razón que la pretensión de la acción de tutela tendiente a que se aisle de manera perimetral a la Fuerza Pública del Municipio de Caloto, implica la posibilidad del repliegue de los grupos al margen de la ley y de contera, la desprotección de la Comunidad, así como la intromisión del juez de tutela frente a la estrategia e inteligencia militar para combatir grupos subversivos, razones por las cuales, no está llamada a prosperar. No obstante, la presencia de las Fuerzas Armadas debe ser de tal entidad que garantice condiciones de seguridad plenas para la población donde se localice, de lo contrario, como se indicó, ante una denuncia de vulneración de los derechos humanos por parte de una Institución consagrada para su garantía y efectividad, debe iniciarse la correspondiente investigación y, de comprobarse su ocurrencia, aplicarse el correctivo; igualmente la investigación no sólo debe hacerse para las fuerzas armadas, sino para todos los participantes de la violencia que azota la Región, como grupos subversivos, autodefensas, paramilitares, bandas de narcotraficantes, delincuencia común, etc. En ese orden, y dado que en el presente caso se ventilan sendas denuncias en contra de las Fuerza Militares, a partir de la ofensiva militar desplegada en la zona de Caloto (Cauca) Veredas El Vergel y El Pedregal, esta debe ser objeto de indagación y de

evaluación por parte de las entidades disciplinarias, penales y de derechos humanos del Estado, de manera que si bien, se repite, las autoridades accionadas han actuado en el marco de su competencia, la especial situación de la población civil aledaña a la zona roja de conflicto armado, requiere de medidas más contundentes para dar cumplimiento a los fines del estado, sin perjuicio de las actuaciones hasta el momento adelantadas. Es preciso recordar que no basta la consagración en la Carta Política del catálogo de derechos, esta tiene una vocación hacia la realización y efectividad de sus postulados y mandatos, no en el plano de lo teórico sino en el campo de lo real y tangible. A partir de lo anterior, a juicio de esta Sala, es necesaria la protección tutelar de las Comunidades de El Vergel y El Pedregal del Municipio de Caloto (Cauca), para lo cual se requiere disponer de un comité interinstitucional de verificación de los hechos en la zona afectada, tanto de Ejército como de cualquier actor armado interviniente en el conflicto, que deberá estar integrado por la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Presidencia de la República y la Defensoría del Pueblo, quienes designarán un funcionario que los represente a nivel Departamental, y un representante de las Comunidades afectadas. Dicho Comité deberá verificar, en el marco de acción de cada Entidad, las condiciones de vulneración de los derechos humanos de la población de las Veredas El Vergel y El Pedregal de Caloto, por parte de todos los actores del conflicto, y deberán elevar un informe contentivo de las mismas, en el que se presenten las medidas de mitigación del riesgo de la población y, de existir mérito, adelantarán las investigaciones del caso de acuerdo a sus funciones. Lo anterior, sin perjuicio de las actividades que hasta el momento estén adelantando relacionadas con la situación *sub lite*.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2010, Rad. 19001-23-31-000-2010-00193-01\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

3. Las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sólo pueden ser rectificadas por esta y vinculan a sus Secciones, los Tribunales Contencioso Administrativos, los Jueces Administrativo y a la Administración Pública

La Sección Segunda determinó que el Tribunal Administrativo de Boyacá, al proferir la sentencia de 10 de marzo de 2010 y la providencia del 28 de abril del mismo año, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la actora contra el Instituto de Tránsito del mismo Departamento, quebrantó los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, al no dar aplicación al precedente vertical contenido en la sentencia de 29 de enero de 2008, proferida por la Sala Plena de esta Corporación dentro del proceso identificado con el número 76001-23-31-000-2000-02046-02 (IJ).

El funcionamiento del Consejo de Estado previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, le asigna a la Sala Plena, entre otras, la función de “conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación”. En esta secuencia, principiando en el Código Contencioso, el ingreso de los procesos al conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso, en procura del efecto aludido, se consagró en el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 97 del Estatuto aludido, para señalar que “la Sala Plena conocerá por importancia jurídica o trascendencia social”; pero es más, de manera precisa y perentoria desde los numerales 5° y 6° del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), quedó radicada en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la competencia para “conocer de los procesos que remitan las Secciones por su importancia jurídica y trascendencia social”, y en complemento “conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la Jurisprudencia de la Corporación”, de lo que fluye el énfasis que el orden jurídico asignó a las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado como Máximo Tribunal Contencioso (Artículo 34 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). De lo anterior es fácil colegir, que estos dos conceptos (la importancia o la trascendencia social), desde lo práctico y también desde lo sustancial, constituyen los elementos que le otorgan significado jurídico a las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, entendido constitucionalmente como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa. Lo señalado constituye

razón para que esta Sala defina de manera asertiva, que las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, tienen una proximidad casi inescindible con el artículo 230 de la Carta Política, en cuanto diseña la arquitectura de la independencia judicial, condicionada al respeto de la ley, que por supuesto, resultaría menguada si se desconoce que la ley - entendida en su sentido material, norma parlamentaria y norma constituyente -, le impone al Juez tener en cuenta primero, la organización judicial y segundo, la naturaleza jurídica de las decisiones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme lo ordena el artículo 237-2 de la Carta Fundamental. Lo anterior es tan claro, que la modificación de las decisiones tomadas en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, solo pueden ser rectificadas por este mismo órgano, e indiscutiblemente vinculan también a las Secciones del Consejo a quienes obliga su observancia, con mayor razón estarán obligados a ella, los Tribunales Contencioso Administrativos y los Jueces Administrativos, y por encima de todo, la Administración Pública del Estado.

b. Vulneración del derecho de igualdad por orden de descuento de salarios recibidos durante retiro

La Sala consideró que la discusión en torno a si lo percibido por el empleado público restituido al servicio como consecuencia de una sentencia anulatoria, es o no incompatible con las sumas dejadas de devengar en razón a la condición de salario de estas últimas que, en esa medida, actualizan la incompatibilidad constitucional del artículo 128, es un asunto que ya fue resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la Sentencia de 29 de enero de 2008, proceso con numeración interna 02046-02. Tal circunstancia crea una situación que le resta validez a la posibilidad del resto de operadores jurídicos de la Jurisdicción Contenciosa para discutir el problema que originó el pronunciamiento por importancia jurídica.

Para la Sala existía suficiente claridad para reconocer, que tanto lo dispuesto en el numeral 5° de la sentencia de 10 de marzo de 2010, que determinó que de los valores que le fueran reconocidos a la actora debían descontarse lo que durante ese mismo lapso hubiere percibido del tesoro público, como lo contenido en el auto de 28 de abril del mismo año, dictado en el proceso que fue promovido por la señora MLSM en contra del Instituto de Transito de Boyacá - ITBOY -, constituye una decisión judicial en si misma contraria del orden jurídico y por ende con capacidad de lesionar el derecho fundamental de la igualdad, uno de cuyos insumos principales, lo constituye la tutela judicial efectiva que estructura el derecho fundamental de las personas para ser tratadas en condiciones de igualdad cuando recurren a los órganos judiciales en procura de dispensa de Justicia.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00830-00\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN](#)

4. Vulneración de los derecho a la igualdad, al acceso a los cargos públicos y a la confianza legítima por modificación de condiciones en concurso de méritos de la Rama Judicial. Inaplicación de acto administrativo

La Sección Segundo consideró vulnerados los derechos a la igualdad, al trabajo, al acceso a cargos públicos y la confianza legítima del actor por parte de las autoridades demandadas, al haber suspendido su nombramiento en el cargo de Escribiente del Juzgado 14 Laboral de Barranquilla, hasta tanto finalice el denominado Plan Piloto de Oralidad en materia Labora e inaplicó para el caso concreto el Acuerdo No. 4155 de 2007 *“Por el cual se adoptan medidas que permitan garantizar la sostenibilidad de las experiencias piloto en Oralidad”*.

La Sala consideró que, según los antecedentes del caso, el actor participó y aprobó un proceso de selección objetiva que dio cuenta de sus méritos y capacidades para desempeñar el cargo de Escribiente en el Juzgado 14 Laboral de Barranquilla; no de otra manera se explica el por qué ocupa el primer lugar para ingresar en dicha especialidad. Por tanto, suponer que personas empleadas en provisionalidad, es decir, sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus méritos y con

fundamento en la sola circunstancia de haber recibido una capacitación en técnicas de la oralidad (aspecto que además no fue probado por las autoridades accionadas), constituye una medida lesiva y desproporcionada que atenta grave e indefinidamente contra la legítima expectativa con la que cuenta el peticionario de ocupar un empleo público que se acomoda a sus preferencias y perspectivas laborales. Ahora bien, es cierto que los Juzgados de la Oralidad tienen una vocación experimental lo cual hace suponer variaciones para la implementación definitiva del sistema, entre ellas, modificaciones en la planta de personal de los citados Despachos. Sin embargo, la Sala llamó la atención, con especial rigor, para dejar en claro que en virtud de los principios constitucionales de transparencia, igualdad y del mérito como criterio de acceso a la función judicial, la designación tanto de funcionarios (Jueces) como de empleados judiciales, hace inexcusable acatar las Listas de Elegibles conformadas por quienes han agotado todas las etapas de un concurso de méritos y se encuentran a la espera de su nombramiento definitivo. Sólo de esta manera la creación e implementación del programa piloto de oralidad, es compatible con los principios que rigen la carrera judicial, en particular el mérito. Finalmente, puso de relieve que la medida adoptada desconoció el principio de Confianza Legítima contenido en el artículo 83 de la Ley Fundamental, en razón a que el Operador del Concurso le creó expectativas favorables al ciudadano, pero luego de manera súbita, lo sorprendió con la eliminación de dichas condiciones; razón demás para que la tutela prospere, pues no es el ciudadano quien debe asumir las diferencias jurídicas que se presenten entre los órganos que componen la Administración Judicial. En estas condiciones, la Sala confirmó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Atlántico, que amparó el derecho a la igualdad en acceder a cargos públicos y al principio de confianza legítima del actor e inaplicó para el caso concreto el Acuerdo No. 4155 de 2007 “Por el cual se adoptan medidas que permitan garantizar la sostenibilidad de las experiencias piloto en Oralidad”.

[Sentencia de 26 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-00386-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN](#)

5. a. Eventos excepcionales de aplicación del reten social frente a personas desvinculadas con ocasión de un concurso de méritos

La Sección Segunda amparó los derechos fundamentales de la actora, quien fue declarada insubsistente del cargo que ocupa en la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad pese a su condición de pre pensionada y ordenó su permanencia hasta el que se le reconozca el derecho pensional, sea incluida en nomina de pensionados y se cancele la primera mesada.

Entendió la Sala que, el denominado reten social dispuesto en la Ley 790 de 2002, tiene lugar en el marco de la renovación de la administración pública, con el fin de que la igualdad sustantiva pudiera ser exigible en dicho ámbito; pues fue así como en el artículo 12 de la mencionada ley, con algunos matices jurisprudenciales, se dispuso que no podrían ser retirados del servicio en el desarrollo del programa de renovación de la administración pública: i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de 3 años a partir de la expedición del acto desvinculación. En este orden de ideas, para la Sala la figura del reten social propiamente dicha, fue concebida para procesos de extinción entidades públicas y supresión de cargos por motivos de reestructuración de la planta de personal, mas no para ampararse en ella ante la desvinculación para la provisión de empleos por vía de concurso de méritos e impedir la materialización de los garantías de quienes tienen el legítimo derecho a ser nombrados en periodo de prueba. No obstante, dado que los sectores de la población incluidos en aquella figura jurídica merecen protección especial del Estado, por esta vía en casos especiales que la Sala determinó, deben aplicarse los principios y finalidades de esta. Para esquematizar, la posición de la Sala sobre este asunto, estableció cuándo deben aplicarse los principios y finalidades del reten social al momento de realizar las desvinculaciones con motivo de la provisión de cargos dentro de un concurso de méritos, e indicó que, en las convocatorias a procesos de selección y ofertas de empleos, existen por lo menos 2 métodos claramente

diferenciados. El primero donde la entidad convocante identifica e individualiza claramente el cargo ofertado, de manera que el concursante - bien sea en una primera etapa o en una segunda etapa-, tiene certeza de la denominación, código, grado, dependencia y hasta ubicación del empleo al que aspira, y consecuentemente quien ocupa aquel en provisionalidad, también tiene certeza que éste fue ofertado, de manera que ante la provisión de la lista de elegibles la entidad nominadora no tiene la libertad para escoger de entre un número variable de empleos en la categoría del ofertado, cuál será el que entrará a entregar en período de prueba y cuál no. En concordancia con lo anterior se observa que, existe un segundo método, como el aplicado por la Fiscalía General de la Nación, en el que debido a la naturaleza global de su planta de personal, sólo se identifica el cargo ofertado pero no se individualiza, de manera que, si el número de empleos convocados a concurso resulta ser menor al de los existentes en la planta de personal y dado que con la lista de elegibles no pueden proveerse en período de prueba más cargos de los ofertados, será la entidad nominadora la que entrará definir cuáles de estos serán los escogidos para ser provistos. En virtud de lo anterior, los principios y finalidades de la figura jurídica del retén social, son inaplicables a quienes obtuvieron, por estar en la lista de elegibles dentro del número de cargos ofertados, el derecho a ser nombrados en período de prueba, pues de no ser así se defraudaría y el proceso de selección, se atentaría contra la transparencia y objetividad del mismo, así como contra los derechos fundamentales de quien en franca lid obtuvo el cargo, y se infringiría de paso el mandato constitucional de provisión de empleos de carrera mediante el sistema de méritos. Establecido lo anterior concluyó que los principios y finalidades del retén social cuando de provisión de cargos por concurso de méritos se trata, sólo pueden oponerse por quien detenta en provisionalidad un empleo ofertado al nominador, en el evento en que éste esté en la posibilidad de elegir de entre un número de cargos mayor a los convocados en los cuales se harán los nombramientos en período de prueba, es decir en aquellos concursos en los cuales los empleos ofertados sólo fueron identificados pero no individualizados, como es el caso del proceso de selección de la Fiscalía General de la Nación.

b. Aplicación del reten social a pre pensionado nombrado en provisionalidad. En la Fiscalía General de la Nación

Para la Sala estaba probado en el expediente la condición de pre-pensionable de la actora, y se dio plena credibilidad al dicho de aquella según el cual de los 431 cargos de carrera de la categoría del que desempeñaba en provisionalidad se escogió indiscriminadamente el suyo para proveer los 298 que fueron convocados a concurso, era claro que, en este caso eran aplicables a la Fiscalía General de la Nación los principios y finalidades del retén social, en consecuencia aplicó protección constitucional de la demandante de manera transitoria hasta que le sea resuelta su solicitud pensional, y en caso de tener derecho, cuando sea incluida en nómina de pensionados y cancelada su primera mesada, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 y 2003, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.

[Sentencia de 7 de octubre de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-02045-01\(AC\), MP. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

6. Vulneración del debido proceso administrativo por desconocimiento del trámite para obtener la reparación individual por vía administrativa

La Sección Segunda consideró que las entidades accionadas no garantizaron el derecho fundamental al debido proceso administrativo de los actores dentro del trámite las solicitudes de reparación individual que estos elevaron.

Conforme a lo probado en el proceso, la Sala observó que han transcurrido más de 18 meses desde la radicación de la solicitud de reparación de uno de los actores y a la fecha Acción Social no ha asignado un número consecutivo a la petición, ni ha rendido el estudio técnico pertinente ante el Comité de Reparaciones Administrativas. Por tanto, frente a este tutelante encuentra la Sala que al

no haberse dado trámite a la solicitud de reparación dentro del término legalmente establecido para resolver la misma de fondo, Acción Social desconoció el derecho al debido proceso administrativo al pretermitir el plazo previsto e impedir que el Comité rinda un concepto de fondo. En lo concerniente a otra de las actoras, quien realizó la solicitud de reparación el 28 de agosto de 2008 se observa que Acción Social rindió el estudio técnico, el cual fue aprobado por el Comité de Reparaciones Administrativas, sin embargo, sobre el particular evidenció que Acción se limitó a decir que se aprobó el estudio técnico que presentó, pero en forma alguna acreditó que dicha decisión se haya notificado a la interesada, lo que impidió que ésta pudiera ejercer el derecho de contradicción mediante la interposición del recurso de reposición, en desconocimiento del debido proceso administrativo, máxime cuando el Comité decidió rechazar la solicitud de reparación. De conformidad con las consideraciones expuestas encontró la Sala que el derecho al debido proceso administrativo de los actores se había vulnerado, por lo que revocó la decisión del A quo de negar el amparo solicitado frente a éstos.

[Sentencia de 26 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-01570-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

7. La anotación “registra antecedentes penales, pero no es requerido por autoridad judicial”, contenida en el certificado judicial, vulnera derechos fundamentales

Se tutelaron los derechos a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y a la intimidad del actor vulnerados con la anotación “*registra antecedentes*”, contenida en su certificado de antecedentes judiciales, y se inaplicó por inconstitucional la Resolución Interna No. 1157 de 2008 que permite la mencionada expresión.

La Sala advirtió que el certificado del actor con la anotación “registra antecedentes penales, pero no es requerido por autoridad judicial”, constituye una grave discriminación frente al sujeto que pretende reincorporarse a la sociedad una vez cumplió con la sanción penal impuesta mediante sentencia, pues por esa inscripción se convierte en objeto, esencialmente en el ámbito laboral, de distinción, estigmatización y exclusión ante el resto de la sociedad. Consiente de tal situación, el Legislador dispuso en el artículo 162 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) en relación con el pasado judicial de una persona, que “cumplida la pena los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan.” El hecho que el organismo de seguridad ponga de relieve la referida anotación en el certificado judicial del actor cuando el mencionado documento tiene fines laborales, en contravención con la disposición indicada, se constituye en una merma ostensible de las posibilidades de que sea escogido para un cargo, pues conlleva necesariamente a que cuando aquel necesite acceder a un empleo en el cual no se encuentre inhabilitado por su condena penal extinta, sea rechazado a pesar de que ya ha cumplido la sanción. Por otro lado, la Sala resaltó que el artículo 28 superior proscribía las penas imprescriptibles, no obstante, con el referido certificado se le imponía al accionante una sanción a perpetuidad, consistente en el hecho que a pesar de haber pagado su deuda con la sociedad, sigue estando sometido al señalamiento, a la falta de oportunidades laborales, a la imposibilidad de seguir su vida y progresar luego de haber purgado sus culpas. Señaló la Sala que la entidad accionada argumentó que su proceder se sustentó en el párrafo del artículo 1º de la Resolución Interna No. 1157 de 2008, según la cual el DAS advierte que la persona “registra antecedentes, pero no es requerida por autoridad judicial”, normatividad que para la Sala resulta claramente inconstitucional, toda vez que contraviene el artículo 28 de la Carta Política, por lo que se inaplicó en el caso concreto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4º superior.

[Sentencia de 26 de agosto de 2010, Rad. 05001-23-31-000-2010-01246-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

8. Se puede acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin haber interpuesto el recurso de reconsideración, si el contribuyente dio respuesta al requerimiento especial

Mediante el ejercicio de la acción de tutela la sociedad actora pretendía que se dejara sin valor ni efectos la providencia del 20 de abril de 2010, proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual confirmó el auto de primera instancia, que rechazó la demanda por no agotamiento de la vía gubernativa, al no ejercerse el recurso de reconsideración.

La Sala consideró, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 720 del Estatuto Tributario, que si bien era cierto que la empresa actora no hizo uso del recurso de reconsideración, ello no implicaba que debía ser rechazada la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que el parágrafo de la norma tributaria mencionada, contempla la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin haber interpuesto dicho recurso, cuando el contribuyente haya dado respuesta al requerimiento especial, obligación con la que cumplió la accionante en debida forma. Precisó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentada dentro del término legal establecido para ello, es decir, 4 meses contados a partir del día siguiente a la notificación de la liquidación oficial, dado que la resolución No. 147 del 29 de julio de 2009, fue notificada el 25 de agosto de 2009 y la demanda fue presentada el 11 de septiembre de 2009. Teniendo en cuenta lo anterior, evidenció que no le asistía razón a los órganos judiciales accionados al rechazar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la empresa accionante en contra de la resolución No. 147 del 29 de julio de 2009, “Por medio de la cual se practica una liquidación de revisión”.

[Sentencia de 29 de julio de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00747-00\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

9. a. Procedencia de la acción de tutela en casos de acoso laboral

La Sección Cuarta amparó los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, libre desarrollo de la personalidad y profesión, derechos de la actora vulnerados por el Ministerio de Transporte, al considerar que ha sido víctima de acoso laboral.

La Corte Constitucional ha establecido que en los casos de acoso laboral, si bien la Ley 1010 de 2006 consagra una serie de medidas encaminadas a prevenir, corregir y sancionar las conductas constitutivas de acoso, violencia y hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, cuando el acoso tiene lugar en el sector público, la víctima del mismo cuenta tan sólo con la vía disciplinaria para la protección de sus derechos, mecanismo que no sólo es de carácter administrativo y no judicial en los términos del artículo 86 Superior, sino que no resulta ser eficaz para el amparo del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas. Dice la Corte que para el caso del sector público, el legislador no previó la puesta en marcha de medidas preventivas, como sí su sucede en el ámbito privado. Que no sólo la vía disciplinaria no es tan rápida como la tutela, sino que, además, por medio de ella, no se puede lograr el traslado del trabajador o, al menos, la imposición de una orden al superior para que cese de inmediato en su conducta. Que, adicionalmente, el mencionado mecanismo no tiene efectos frente a particulares como, por ejemplo, las Aseguradoras de Riesgos Profesionales cuando éstas se nieguen a practicar exámenes médicos para calificar el origen de una enfermedad profesional (estrés laboral). Entonces, al igual que la Corte Constitucional, la Sala estima que para los casos de acoso laboral que se presenten en el sector público, la vía disciplinaria puede no ser un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los trabajadores. Y, por ende, la tutela resulta ser el instrumento idóneo, sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que se pueda imputar al sujeto activo de la conducta que sanciona la Ley 1010 de 2006.

b. Violación del derecho al trabajo en condiciones dignas por acoso laboral

La Sala consideró que existían serios indicios de que la actora, desde el año 2000, año en que ingresó a laborar en el Ministerio de Transporte, había sido víctima de acoso por parte de sus superiores, situación que no fue controvertida por el Ministerio accionado, pues éste se limitó a decir que la actora contaba con otro medio de defensa judicial, pero no desvirtuó las pruebas aportadas por la demandante. Que la actora era víctima de un constante acoso laboral por parte de sus superiores era prueba el hecho de que ha sido objeto de investigaciones en varios procesos disciplinarios, archivados por falta de pruebas; ha sido trasladada numerosas veces de cargo, algunas por solicitud propia y otras por gestión de sus superiores y, en algunos casos, no le han sido entregadas herramientas de trabajo. Adicionalmente, las funciones que le han sido asignadas no corresponden a la naturaleza del cargo para el que fue incorporada, esto es Profesional Especializado Código 2028, Grado 13. Este es el elemento más fuerte del que se desprende una situación de acoso laboral en este asunto. Así mismo, a la actora le fueron asignadas las funciones de atención al público, incluso telefónicamente, y de avalúo de carros, las que manifiesta no debería desempeñar, la primera porque tiene una discapacidad auditiva del 65% en cada oído y, la segunda, porque esa no es una función para la profesión que ostenta: Abogada. Por esta razón, consideró la Sala que el empeño reiterado de parte de sus superiores en el sentido de que la actora absuelva consultas al público vía telefónica es una actitud que desconoce y burla la discapacidad y vulnera la dignidad y la salud de la actora. Para la Sala resultó claro que las funciones que la actora desempeñaba en el Grupo de Información y Asesoría Especializada en materia de Tránsito y Transporte se limitaban a brindar información de acuerdo con los lineamientos fijados por la Oficina Asesora Jurídica y a atender consultas de público, lo que se asemeja más a una labor de otro perfil, por lo que resultan desaprovechadas ampliamente las calidades y la experiencia de la accionante. Advirtió de todo el acervo, que, en efecto, la actora no tiene funciones propias de su formación y experiencia y que ha sido objeto de varias y repetidas conductas que le impiden desarrollarse como profesional en la rama de la Abogacía, o del Derecho. Finalmente, consideró la Sala que la orden dada por el juez de primera instancia resultó insuficiente para detener la violación de los derechos fundamentales de la actora, pues, como se mencionó antes, a folio 383 del expediente de tutela obra una solicitud de la actora, en la que solicitaba que le adecuara un cubículo con las herramientas de trabajo necesarias para desarrollar sus nuevas funciones, lo que permitió inferir que la violación del derecho a un trabajo en condiciones dignas persistía, pues de nada sirve que le sean asignadas las funciones jurídicas si la actora no cuenta con los medios para desarrollarlas. En consecuencia, la Sala adicionó el fallo impugnado, en el sentido de ordenar a la entidad accionada que otorgara a la actora todas las herramientas de trabajo necesarias para desarrollar sus nuevas funciones jurídicas asignadas.

[Sentencia de 19 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-01304-01\(AC\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

ACCIONES POPULARES

1. Vulneración de la dignidad humana y la salubridad pública por reubicación de vendedores ambulantes en edificio inhabitable

El actor solicitó la protección de los derechos colectivos toda vez que el Centro Comercial en el que fueron reubicados como vendedores ambulantes carece de cubierta y de un sistema de drenaje de aguas de escorrentía, lo que causa la pérdida de mercancías de los diferentes almacenes y representa amenaza para la salubridad pública, a causa de su exposición a los rayos solares y por el aseptamiento de aguas lluvias.

La consagración en la Carta de acciones colectivas -como las acciones populares y de grupo-, entre otros mecanismos de protección judicial de los derechos constitucionales, tiene importantes implicaciones sobre la noción de Estado, acogida por la Carta y las particularidades de su esquema de garantías. En particular, el reconocimiento de las acciones colectivas está asociado a dos de los

principios fundantes del Estado: la dignidad humana y la solidaridad (CP Art. 1º), los cuales deben ser tomados en cuenta al momento de definir correctamente las instituciones jurídicas, los derechos constitucionales y los mecanismos judiciales para la protección de diversos intereses. Esta relación entre el modelo de Estado constitucional, la importancia de los principios de dignidad humana y de solidaridad, y el instituto de las acciones colectivas, ha sido resaltado por la Corte Constitucional en varias oportunidades. Para la Sala era inaceptable que en el caso presente sean las propias autoridades municipales las responsables de violar la dignidad de los conciudadanos y de propiciar con sus omisiones el menoscabo de los derechos al trabajo y a la propiedad de los vendedores reubicados. Se demostró que las autoridades municipales reubicaron a los vendedores ambulantes en una edificación con una infraestructura, tan deficiente que lo hace prácticamente inhabitable, conculcaron el principio constitucional de la dignidad humana y violaron el derecho colectivo a la salubridad pública, por no contar el referido Centro Comercial con una cubierta ni con un sistema de drenaje de aguas escorrentías. Así se constató en la inspección judicial llevada a cabo el 7 de abril de 2006 en el Centro Comercial Popular. La Sala no podía pasar por alto la conducta contraria a la protección de los derechos colectivos en que ha perseverado el Alcalde al perpetuar su vulneración, cuya problemática agravó a pretexto de cumplir la orden de protección inmediata que le impartió el Tribunal, pese a tener el deber legal de remediarla.

[Sentencia de 12 de agosto de 2010, Rad. 63001-23-31-000-2005-01898-01\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Nulidad parcial del Decreto 1020 de 2007 por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al modificar expresión municipio por región en disposiciones sobre la contratación obligatoria y efectiva del gasto en salud con Empresas Sociales del Estado en el régimen subsidiado

Se demanda la nulidad parcial del Decreto 1020 de 2007, al estimarse que en él se incurrió en ejercicio desbordado de la potestad reglamentaria al ampliarse la cobertura territorial establecida para la contratación de los servicios de salud con las Empresas Sociales del Estado señalada en la Ley 1122 de 2007.

Extracto: Hechas las anteriores acotaciones, estima la Sala que en el asunto sub examine, efectivamente los artículos demandados [8 numeral 1 y 9 párrafo, del Decreto 1020 de 2007] son contrarios a lo que se dispone en el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, pues no es dable afirmar que al emplearse en tales disposiciones el vocablo “región”, el Gobierno Nacional simplemente esté aclarando o haciendo mucho más explícito lo dispuesto en la norma reglamentada, en donde, como queda dicho, se hace clara referencia al concepto de “municipio”, categoría administrativa que en el derecho público colombiano tiene una connotación constitucional y legal propia, de suyo distinta a la idea de región. No sobra expresar además, como bien lo señala el señor agente del Ministerio Público, que el concepto de región que se desarrolla en la Constitución alude a una modalidad concreta de organización “necesariamente interdepartamental”. Aparte de ello, la Sala no puede desconocer que por virtud de lo previsto en otras disposiciones, existe otro tipo de medidas de “Regionalización”, encaminadas a garantizar la eficiencia y la racionalidad de la gestión pública. A manera de ejemplo se pueden citar las regiones creadas por el Ministerio de Salud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Acuerdo 244 de 2003, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en la Resolución 1013 de 2005, dictada por el Ministro de la Protección Social, a las cuales se alude en la contestación de la demanda. No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que ni el Acuerdo ni la Resolución precitadas, son normas jerárquicamente

superiores a las de la Ley 1122 de 2007, ni tienen tampoco la fuerza vinculante suficiente para condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo, pues éste sólo se encuentra sujeto a la Constitución y la Ley. Dicho de otra manera, el hecho que las normas precitadas hayan dispuesto un esquema de regionalización, no significa necesariamente que el Presidente de la República, al reglamentar el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, tenga que modificar el vocablo “Municipio” por el de “Región”, por el sólo hecho de que el Acuerdo y la Resolución precitadas hayan establecido el esquema de regionalización allí previsto. En suma, si la norma legal se refiere de manera explícita a los municipios, no podía el ejecutivo sustituir esa expresión por la de regiones. En tales circunstancias, el simple cotejo de los actos acusados con el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, que aquellos dicen reglamentar en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento, permite concluir que en realidad lo que están haciendo tales preceptos es modificar y ampliar indebidamente el alcance de la norma reglamentada, lo cual es constitutivo de una extralimitación en el ejercicio de las potestades reglamentarias, razón por la cual habrán de ser retirados del ordenamiento jurídico. Consecuente con lo anterior, debe la Sala acceder a las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. *Tema nuevo*

[Sentencia del 2 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2007-00265-00, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

2. Sanción se impone de manera individual a cada uno de los responsables por el incumplimiento de las obligaciones aduaneras. Legalidad de Conceptos 144 de 1995 y 128 de 2003 de la DIAN que interpretan el artículo 503 del Estatuto Aduanero.

En acción de nulidad se demandan los Conceptos 144 de 1995 y 128 de 2003 de la DIAN, porque, según los actores, hacen una indebida interpretación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, al disponer que el monto de la multa allí establecida debe ser aplicado por separado a todos aquellos que hayan infringido la legislación aduanera, cuando esa norma lo que dispone, en su criterio, es la responsabilidad solidaria por las operaciones de contrabando.

Extracto: Estima la Sala que los cuestionamientos que se formulan en la demanda se encuentran estructurados a partir de una premisa falsa, según la cual, la multa a pagar en aquellos casos en los cuales resulte imposible la aprehensión y el decomiso de la mercancía, es una sola y debe ser cancelada entre todos los infractores, pues lo cierto es que el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, en ningún momento está disponiendo que el importe de dicha sanción pecuniaria deba distribuirse entre los propietarios, poseedores o tenedores de mercancías, a prorrata de su participación en las operaciones de contrabando. Al respecto, no puede perderse de vista que el artículo 4° ejusdem, de manera clara y perentoria determina lo siguiente: ARTICULO 4. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella. Así las cosas, si las obligaciones aduaneras son “de carácter personal”, resulta lógico pensar que la responsabilidad que se derive de su incumplimiento participe igualmente de ese mismo carácter. Por lo anterior, no es dable entender, tal como lo hacen los demandantes de manera equivocada, que la multa equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía a que alude la norma interpretada, deba ser asumido de manera conjunta por todos los responsables de las obligaciones aduaneras y menos aún que el legislador, al establecer el importe de dicha sanción, haya estado inspirado en el propósito de establecer un sistema de responsabilidad compartida, buscando que todos los que participaron en la infracción aduanera, concurren solidariamente en el pago de la multa. Eso sería tan extremo como entender que en los casos de coautoría en la comisión de un delito, el tiempo de privación de la libertad previsto como sanción deba distribuirse equitativamente entre los distintos implicados, o que habiéndose condenado a uno de ellos a la pena máxima prevista en el Código Penal para el respectivo delito, los demás queden exonerados de ir a la cárcel. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2004-00081-00, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

3. Legalidad de resolución de la SIC que negó el registro de la marca PUNTO AZUL por su similitud y el riesgo de confusión que generaría con las marcas PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO

Se solicita en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. que se anule el acto que negó el registro de la marca PUNTO AZUL, pues, según el demandante, dicho acto desconoce que la misma no es similar a las marcas PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO y que la expresión PUNTO no es fundamental en dichas marcas.

Extracto: Es evidente que entre ellos se da una semejanza en virtud de estar conformadas ambas por la palabra PUNTO, de suerte que cabe decir que el signo PUNTO AZUL reproduce gráfica o visualmente las marcas PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO, al contener la primera palabra de éstas, que visualmente se apreciaría así: PUNTO BLANCO PUNTO AZUL PUNTO BLANCO PUNTO AZUL PUNTO AMARILLO PUNTO AZUL PUNTO AMARILLO PUNTO AZUL. En esas circunstancias, cabe decir que las marcas son parcialmente semejantes, y para establecer que tanta confundibilidad entre dichos signos puede generar esa semejanza, lo que ha de hacerse es verificar la fuerza distintiva que la palabra adicionada a la que tienen en común, puede imprimirle a la marca solicitada frente a las otras dos objeto de este cotejo. Se trata de la palabra AZUL, con la cual es claro que se quiere fijar la diferencia con PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO. Sin embargo, la Sala observa que si bien es diferente en el aspecto gráfico o visual, esa diferencia no es significativa o preponderante en el conjunto del signo PUNTO AZUL frente al conjunto de los otros dos, PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO, puesto que sólo introduce una diferencia marginal o de simple matiz entre todos ellos, sin que afecte los otros aspectos de los mismos, esto es, el fonético, gramatical y conceptual o ideológico, toda vez que éstos giran en torno de la palabra PUNTO que tienen en común. (...) En el presente caso, se tiene que la palabra PUNTO resulta con un papel preponderante en todos esos tópicos, toda vez que todos los conjuntos la tienen como su objeto central, en la medida en que gramaticalmente conforman una frase en la que hay un sustantivo y un predicado, en donde el sustantivo es PUNTO y el predicado en cada una de ellas la palabra que se agrega: BLANCO, AMARILLO y AZUL en su orden, que si bien corresponden a un sustantivo en tanto denotan el nombre de un color, operan como adjetivos del sustantivo, lo califican en función de un color y, como tal, contribuyen a la delimitación conceptual de dicho sustantivo, como más adelante se verá. Así las cosas, cada signo está conformado por un sustantivo, que en todos es el mismo, y un adjetivo, que en todos corresponde a un color que califica el sustantivo y lo delimita conceptualmente, de modo que lo único que distingue al sustantivo de cada frase es el color que se le atribuye. Por consiguiente, entre la expresión PUNTO AZUL, PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO hay semejanza gramatical por su estructura, por su número de palabras, e incluso de sílabas. Hay semejanza fonética por la palabra PUNTO, que predomina en el conjunto, en tanto es el referente de la respectiva palabra que le sigue, lo que hace que la sílaba tónica en la primera palabra sea idéntica, además de que está situada al inicio de la frase. PUNTO AZUL PUNTO BLANCO PUNTO AMARILLO. En el aspecto conceptual es mayor la semejanza, toda vez que todas las expresiones tienen el mismo significado general, que no es otro que el de un PUNTO en sentido geométrico o de figura geométrica dada su delimitación cromática, del cual lo único que cambia es el color, pero al fin y al cabo se trata de un punto, que en razón de estar determinado por un color, corresponde a la primera de las 43 acepciones que trae el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, a saber: “Señal de dimensiones pequeñas, ordinariamente circular, que, por contraste de color o de relieve, es perceptible en una superficie.” En esa noción de la palabra PUNTO llama la atención el papel determinante que tiene el color, tanto que pasa a estar implícito en el concepto PUNTO, como quiera que resulta ser un elemento sustancial del mismo, ya que el color o el relieve es lo que lo hace perceptible. Por consiguiente, los tres signos o las tres frases que conforman, están hablando de

lo mismo, esto es, de una señal circular de dimensiones pequeñas delimitada y perceptible por contraste de color. De esa manera, la palabra AZUL adicionada a la palabra PUNTO no le imprime suficiente distinción al signo PUNTO AZUL frente a las expresiones PUNTO BLANCO y PUNTO AMARILLO en ninguno de los aspectos atrás anotados, lo cual hace que predomine la semejanza dada por la palabra PUNTO que tienen en común, de allí que sea menester pasar a dilucidar el riesgo de confundibilidad que comporta esa semejanza respecto de los productos que con ellos se distinguen en el mercado. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2004-00342-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. Anulada parcialmente Resolución del Hospital Militar Central al consagrar una inhabilidad para ser miembro de su Consejo Directivo, que no resulta razonable y proporcional con el propósito de su señalamiento

El demandante estima que la Resolución 0801 de 2002 del Hospital Militar Central al establecer que no podrá inscribirse como candidato a representante de los empleados, trabajadores y jubilados en su Consejo Directivo quien haya demandado a esa entidad, y so pretexto de garantizar la imparcialidad, vulnera el derecho a la participación política y el derecho de acceso a la administración de justicia.

Extracto: No hay duda de que el literal d) del artículo 4º de la Resolución 0802 de 27 de diciembre de 2002 acusado establece una causal de inhabilidad para ser elegido representante de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Hospital Militar Central ante la Junta Directiva al señalar que quienes se inscriban como candidatos al cargo deben cumplir con el requisito de “No haber instaurado ni estar iniciando acción judicial por sí mismo o por medio de apoderado, contra el Hospital Militar Central”. La constitucionalidad y legalidad de dicha causal está sujeta, como se concluyó antes, a que cumpla la condición de ser razonable y proporcional a los fines previstos en la norma que la creó, asunto que se examina a continuación. De acuerdo con lo manifestado por el Hospital demandado en la contestación, la condición de “No haber instaurado ni estar iniciando acción judicial por sí mismo o por medio de apoderado, contra el Hospital Militar Central” se exigió a quienes aspiraran al cargo de representante de empleados, trabajadores y jubilados con el propósito de garantizar que cuando fueran elegidos no incurrieran en conflicto de intereses si eventualmente debieran sobre las demandas que hubieran incoado contra el Hospital y no pudieran presionar indebidamente a los subalternos para obtener un eventual arreglo a su favor. La conducta prohibida constituye un medio desproporcionado para obtener la finalidad propuesta porque para preveer un futuro y eventual ejercicio parcializado del cargo asegura la actual y real limitación de derechos constitucionales fundamentales a quienes aspiren a ser elegidos para desempeñarlo, como el de participar en la conformación del poder político postulándose como candidato, e igualmente el derecho de elegir de quienes pretendan postular o sufragar por dicho candidato, amparados todos por los artículos 1, 2 y 40 superiores. Tampoco resulta razonable restringir el ejercicio de derecho de acceso a la administración de justicia garantizado en el artículo 229 constitucional como condición para el ejercicio de los derechos políticos, porque se estaría exigiendo a los candidatos el sacrificio de sus intereses y derechos, algunos de los cuales son irrenunciables, con tal de poder acceder a un cargo público. Para asegurar la imparcialidad de los candidatos al cargo mencionado en los casos en que los procesos en que son partes deban ser objeto de estudio por la Junta Directiva basta con aplicar las reglas relativas a impedimentos y recusaciones, instituidas en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo (...). Carece de toda *sindéresis* desconocer el mecanismo de separación del cargo previsto en la norma comentada, que permite la armoniosa convivencia de la garantía de imparcialidad con los derechos constitucionales fundamentales a elegir, ser elegido y acceder a la administración de justicia, y remplazarlo por otro mecanismo que, para asegurar dicha garantía, sacrifica radicalmente los derechos fundamentales enunciados. El principio *pro libertatis* analizado previamente impone darle a las normas que establecen los derechos a elegir, ser elegido y acceso a la administración de justicia su más amplio alcance y la causal de inhabilidad examinada lo

desconoce, en aras de asegurar la vigencia de un principio - la imparcialidad - que puede ser alcanzado por otros medios, como lo demuestra la regulación contenida en el artículo 30 del C. C. A. En suma, la norma demandada establece una conducta que no es adecuada, razonable ni proporcional respecto de la finalidad que persigue y viola, sin duda, los derechos de participación política que los artículos 43 de la Ley 352/97 y 50 del Decreto 1795 de 2000 establecen a favor de los empleados públicos, trabajadores oficiales y pensionados del Hospital Militar Central y de quienes aspiren a representarlos en la Junta Directiva, así como los artículos 1, 2 y 40 de la Constitución y los instrumentos internacionales examinados previamente que garantizan el ejercicio de tales derechos. Igualmente, viola el derecho de acceso a la administración de justicia establecido en el artículo 229 ibídem. En consecuencia, debe ser anulado. *Tema nuevo*

[Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2004-00194-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad](#)

5. Legalidad de acto que ordena decomiso al constatarse que mercancía descrita en declaración de importación no coincide con la señalada en el acta de aprehensión

El actor considera que la decisión de la DIAN de decomisar una mercancía es ilegal, toda vez que, en su criterio, la misma corresponde íntegramente a la reportada en la declaración de importación. Por lo tanto, solicita que se anule esa decisión y se le restablezcan sus derechos.

Extracto: Para resolver es necesario precisar cuál es la naturaleza de la mercancía aprehendida, esto es del «TENCEL», pues de ello depende si su descripción se hizo en debida forma o no según la Resolución 2954 de 21 de mayo de 1996 proferida por la DIAN «por la cual se señalan los requisitos de descripciones mínimas para algunas mercancías importadas», fundamento de los actos acusados. «TENCEL» es el nombre comercial registrado de «LYOCELL», que es un tejido biodegradable hecho a partir de pulpa de celulosa de madera. El artículo 1º de la Resolución 2954 de 21 de mayo de 1996 establece: «Artículo 1º.- En la declaraciones de importación, de las mercancías que se clasifiquen en los capítulos 50 a 63 del arancel de aduanas, la descripción de las mercancías deberá contener los elementos que a continuación se indican para cada una de ellas. [...] 50 a 63 III Tejidos: - Denominación del tejido: ejemplo: trama y urdimbre, punto, tul, bordado, terciopelo, etc. - Composición: % de fibras según naturaleza. -Grado de elaboración y tipo de acabado: ejemplo: crudo, blanqueado, hilados de diversos colores, sanforizado, impermeabilizado, etc. - Peso por m2: gramo por m2. -Ancho del tejido: ejemplo: 1.50m, 2.20 m, 0.80 m, etc.» En las casillas 45 y 66 de la Declaración de Importación 1450199078702-0 (fl. 67 c.1), la mercancía se describió de la siguiente manera: (...) El resultado del análisis de laboratorio efectuado por la Policía Fiscal Aduanera a la mercancía descrita en la Declaración de Importación 1450199078702-0 (fl. 65 C.1), fue el siguiente: «LA DESCRIPCIÓN DE LA MERCANCÍA NO INCLUYÓ LA SUBPARTIDA SUGERIDA.» Procede la Sala a comparar los elementos consignados en la descripción de la mercancía según la Declaración de importación 1450199078702-0 visa vis el Acta de Aprehensión 363 de 13 de julio de 1999: (...). Efectuada la comparación de la mercancía relacionada por la actora en la declaración de importación con la del acta de aprehensión, se observa que pese a que en la declaración se indicaron todos los elementos relativos a la composición del tejido, el porcentaje, el ancho del tejido y el peso, elementos que permiten su identificación e individualización, se advierte que no son coincidentes, de lo que se infiere que la mercancía aprehendida no esta amparada por la declaración de importación presentada, pues se trata de mercancías diferentes. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2001-03463-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6) Son ajustadas a la ley las resoluciones del INVIMA que negaron la adición del registro sanitario de Natural Freshly Esteberes con la expresión Novadiette, al generar confusión sobre su naturaleza como alimento y no como medicamento

Se considera vulnerado por parte del INVIMA con los actos acusados el derecho de propiedad industrial, al impedirse que en el registro sanitario de Natural Freshly Esteberes se inscriba una expresión que hace parte de una marca suya, respecto de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que no es engañosa.

Extracto: De la lectura de los actos acusados, se desprende que una vez la actora presentó su solicitud, el Invima la requirió para que eliminara la expresión NOVADIETTE por infringir lo dispuesto en el artículo 272 de la Ley 9 de 1979, porque no se puede hacer alusión a propiedades medicinales en un producto que es un alimento; la Resolución N° 2006021668 de 21 de septiembre de 2006, reiteró lo anterior y agregó que la expresión “NOVADIETTE” podría dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición del alimento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 272 de la Ley 9 de 1979, porque se estaría ofreciendo un producto con cualidades que no son de su naturaleza y, la Resolución N° 2006026911 del 24 de noviembre de 2006, reitera lo anterior y además explica, teniendo en cuenta las normas pertinentes, que en los rótulos o en cualquier medio de publicidad de un alimento o bebida, se prohíbe hacer alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas, nutritivas o especiales que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre su verdadera naturaleza o den lugar a confusión. Esta última Resolución anota que en el caso particular la expresión marcaría “NOVADIETTE”, hace pensar que se trata de un producto medicamentoso (sic), indicado para hacer una dieta y no de un alimento. Para la Sala resulta evidente que la entidad demandada motivó los actos acusados amparada en las normas transcritas que con el objeto de proteger la salud, exigen que el consumidor de alimento o bebida, tenga una información suficientemente clara y comprensible sobre el producto que va a adquirir, de tal manera que no lo induzca a engaño o confusión y que le permita efectuar una elección conciente sobre las cualidades y naturaleza. En este caso la sociedad actora pretendió que se autorizara la adición de un registro sanitario con la expresión “NOVADIETTE” que a juicio de la Sala, por las razones que explicó el INVIMA, no puede ser incluida en el rótulo o publicidad de un alimento o bebida, en razón a que podría dar lugar a una apreciación errónea sobre el origen y la composición del alimento o bebida con registro Sanitario N° RSiA 15/04799; lo anterior porque en efecto, dicha expresión daría a entender que se trata de un producto nuevo para hacer dieta, lo cual es propio de un medicamento, para cuya producción, envase, expendio y demás requisitos existen normas propias. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2007-00148-00, MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

7. Creación de los comités de conciliación es potestativo en entidades sujetas a régimen jurídico especial

Se pretende la nulidad parcial del Decreto 1214 de 2000 que, a juicio del demandante, vulnera las Leyes 446 y 489 de 1998, al hacer obligatoria la creación de los comités de conciliación en todas las entidades públicas, incluidas aquellas con régimen jurídico especial.

Extracto: La actora solicita declarar nulo los siguientes apartes del Decreto 1214 de 29 de junio de 2000: La frase resaltada en negrilla del párrafo 1°, del artículo 1°: “Las entidades de derecho público de los demás órdenes podrán conformar comités de conciliación. *De hacerlo se regirán por lo dispuesto, en el presente decreto*”. El párrafo 2°, del artículo 1°: “Los Comités de Conciliación creados con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto, tendrán un plazo de dos (2) meses para adecuarse a los requerimientos aquí establecidos, si a ello hubiere lugar”. Y el párrafo 2° del artículo 3°: “El Comité invitará a sus sesiones a un funcionario de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio de Justicia y del Derecho, quien podrá asistir a sus sesiones con derecho a voz”. A través del acto administrativo acusado el Gobierno estableció funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y dictó otras disposiciones. El citado artículo 75, prevé: “Comité de conciliación. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así: “Art. 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de

los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad." La Sala no advierte la contrariedad del acto acusado con las normas de orden superior que se invocan como quebrantadas, con el alcance de violación fijado por el actor. En efecto, conforme se colige del último inciso de la disposición legal transcrita y del párrafo 1°, del artículo 1°, del acto acusado, a las entidades de derecho público de los demás órdenes, entre las cuales estarían incluidas las entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial, no se les está imponiendo la obligación de conformar el comité de conciliación, sino que la expresión "podrán" que allí se emplea es potestativa o discrecional, a diferencia de lo que se consagra en el artículo primero, que expresamente dice: "Campo de aplicación. El presente decreto es de obligatorio cumplimiento para las Entidades y Organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento....". Ahora, asiste razón a la Agencia del Ministerio Público en cuanto sostiene que el hecho de que un organismo goce de autonomía, no implica que deje de formar parte del Estado. Precisamente, el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, relaciona tales organismos bajo la denominación "ENTIDADES Y ORGANISMOS ESTATALES SUJETOS A RÉGIMEN ESPECIAL"; y de acuerdo con el artículo 41, ibídem, la orientación, control y evaluación de las actividades corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel a los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, etc. De tal manera que en la forma como están redactados los apartes cuestionados, no vislumbra la Sala ni la vulneración a la autonomía de los organismos descritos en el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, ni la contradicción con el artículo 75 de la Ley 446 de 1998. De otra parte, la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos y de éstos no están exentos los organismos autónomos. De ahí que bien pueda acudir al mismo en aras de proteger de manera más eficiente los intereses públicos. *Tema nuevo*

[Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2003-00490-01, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Al aplicarse la causal de terminación por la expiración del plazo al contrato de trabajo de los empleados oficiales de término definido como indefinido y no vulnerar los principios de igualdad y de trabajo se niega la nulidad del literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945

Situación fáctica: Establecer si la causal de terminación por expiración del plazo se aplica a los contratos de trabajo de los empleados oficiales a término definido e indefinido y si de ello se deriva la vulneración de los principios de igualdad y trabajo.

El literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, resulta aplicable a los contratos a término fijo es decir de plazo pactado, y a aquellos en los que las partes no señalaron término alguno, es decir, los contratos a término indefinido, en el entendido que al no haberse pactado término alguno, se presumen celebrados por seis meses renovables por otros seis meses. Se responde así el argumento del demandante referido a que la norma demandada no establece si el contrato al que se aplica es de carácter definido o indefinido, porque, se insiste, tal y como está redactada la norma "por expiración del plazo pactado o presuntivo", es claro que se incluyen las dos categorías de contrato, en el entendido que el contrato definido implica un plazo previamente pactado y el indefinido incluye el de plazo presuntivo que como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-003 de 1998, es el que se celebra por seis meses sin perjuicio de que las partes estipulen expresamente un término indefinido. De otra parte, al confrontar la legalidad de la causal de terminación que constituye hoy el objeto central de esta demanda de anulación, con los principios constitucionales de igualdad y trabajo, al considerar que no existían parámetros de comparación al no estarse en

situaciones de igualdad puesto que para cada uno de los grupos de trabajadores existía un régimen especial de vinculación así, la Ley 909 de 2004 para empleados públicos; las Leyes 6 de 1945 y 61 de 1987 y el Decreto 2127 de 1945 para los trabajadores oficiales; y el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores particulares. Adicionalmente, si bien la vinculación de los trabajadores oficiales se realiza a través del contrato de trabajo al igual que los trabajadores privados, sus regímenes laborales son distintos debido a que los primeros prestan su servicio al Estado mientras que los últimos satisfacen necesidades privadas e intereses particulares.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No11001-03-25-000-2007-00006-00\(0066-2007\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad](#)

2. El acto de retiro del servicio de empleado en provisionalidad debe ser motivado en vigencia de la Ley 909 de 2004.

Situación fáctica: Establecer la legalidad del acto administrativo de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad

La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

[Sentencia de 23 de septiembre de de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-01341-02\(0883-2008\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

3. La vacancia por abandono del cargo debe estar precedida de un procedimiento breve y sumario. Desviación de poder

Situación Fáctica: Estudia la legalidad del acto que declara la vacancia por abandono del cargo.

En los eventos en que se presente la ausencia de un servidor al trabajo durante tres días consecutivos, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y proceder a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia. En este orden de ideas, al empleado le incumbe la carga de la prueba, sin perjuicio del procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, porque nada indica que éste deba relevar al inculpado de la carga probatoria. Es apenas lógico que la insuficiencia de la prueba justificativa deba soportarla el empleado ausente. Empero, no se evidencia dentro del plenario que haya existido dicho procedimiento, con el fin de verificar las razones de la ausencia del demandante; ahora bien no se puede olvidar que éste se encontraba disfrutando de sus vacaciones y que también estaba cumpliendo con una designación realizada por el Gobernador, circunstancias que imposibilitan la adecuación de actor a las situaciones fácticas señaladas. En sentir de la Sala frente a la decisión tomada por el Alcalde, al declarar la vacancia del cargo ocupado por el actor, tiende a inclinarse por

una presunta desviación de poder, por cuanto se alcanza a evidenciar que su decisión estuvo motivada por haberse expedido el Decreto 071 de 29 de agosto de 2003, suscrito por el Alcalde encargado, el cual congeló la incorporación a la planta administrativa como medida tendiente a garantizar la transparencia en los comicios electorales del 25 de octubre de 2003, prueba de ello, es que al momento de ser reintegrado el Alcalde titular, suscribió los Decretos Nos. 072 y 073 de 2003, los cuales hacen referencia a la derogación en su totalidad del Decreto 071 y a la declaración de la vacancia del cargo de Jefe de Grupo, respectivamente.

[Sentencia de 12 de agosto de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2003-03835-01\(2165-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

4. Se niega nulidad del Decreto 210 de 2004, por el cual se regula la amortización y pago de cálculo actuarial por empresas privadas de aviación al régimen privado de prima media con prestación definida

Situación fáctica: Establecer la legalidad del acto administrativo.

La Sala no observa el desbordamiento del decreto acusado, 2210 de 2004, porque, si bien, esta regla contiene especificidades no contempladas en la ley reglamentada, como son el pago anticipado, la forma como debe pagarse, su imputación contable y la prelación del crédito en caso de disolución de las empresas responsables del pago del cálculo actuarial, tal regulación está referida al mismo tema, la amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados, es decir, se ciñe en un todo a la materia regulada. Así las cosas, los cargos formulados tendientes a la anulación de la totalidad del Decreto acusado deben desestimarse, se repite, porque las normas fueron proferidas bajo las competencias otorgadas al Presidente de la República y dentro del marco regulatorio, a él deferido conforme al artículo 189-11 de la Carta Política. En cuanto a los demás cargos de anulación propuestos, en contra del artículo 1°. , que corresponden a las expresiones “podrán”, “la totalidad del valor”, y, “en forma anticipada frente a los plazos previstos por dicha disposición legal” y del artículo 3°, la expresión “anticipado”, del Decreto 2210 de 2004, para la Sala, no existe un desbordamiento del ejecutivo al autorizar, de manera potestativa, que el cálculo actuarial, que es la masa de dineros requeridos para el pago de las obligaciones pensionales contraídas por las empresas, se sufrague de manera anticipada. Autorizado por el legislador el pago o transferencia, de manera gradual de las obligaciones pensionales a cargo de la entidad administradora del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el Decreto 1282 de 1994, lo mismo que del régimen de pensiones especiales transitorias contenido en el artículo 6 de dicho decreto, esto es, la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC, denominada “CAXDAC” (artículo 3° de la Ley 860 de 2003), a las administradoras generales de pensiones, así sea de manera gradual, también resultaba procedente el pago del cálculo actuarial de forma total. Por último, en criterio de la Sala la situación anómala de disolución de la empresa encargada de trasladar el cálculo actuarial, regulada en el Artículo 5 del acto acusado, está dentro de las potestades reglamentarias del Gobierno Nacional, pues, regla la misma materia, el traslado de los dineros necesarios para la pensión de los afiliados a CAXDAC al régimen general de pensiones, bajo la modalidad de prima media definida, es decir, no está usurpando las funciones del legislador señaladas como violadas por los demandantes previstas en el artículo 150, numerales 12 y 19, de la Carta Política. Esta hipótesis no prevista por el legislador se justifica, como también se indicó al momento de resolver las suspensiones provisionales porque “resulta razonable que una empresa en disolución deba sufragar el costo del cálculo actuarial dentro del proceso de liquidación y no esperar los plazos normales porque en este último evento se corre un mayor riesgo de que la obligación quede insoluble y, por consiguiente, desprotegidos, en mayor proporción, los derechos pensionales que garantizan las transferencias financieras que se deben efectuar por ese concepto.”.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00223-01\(4649-2004\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad](#)

5. a) El acto de calificación de la muerte de Agente de la Policía Nacional es definitivo cuando impide continuar con la actuación administrativa.

El sub lite donde se demandó el acto que calificó la muerte del Agente como “simplemente en actividad”, precisamente porque tal calificación impide la continuación de la actuación administrativa para lograr el reconocimiento de la pensión mensual por muerte por no estar contemplada en la norma para los casos en que el deceso es calificado como en simple actividad. En este sentido, es necesario citar el último inciso del artículo 50 del C.C.A. que se refiere a los actos administrativos definitivos no sólo como los que ponen fin a una actuación administrativa decidiendo el fondo del asunto sino también como los que imposibilitan su continuación.

b) Muerte ocasionada a Agente de la Policía Nacional al hurtarle el arma de dotación oficial se calificó como acto del servicio.

El parágrafo del artículo 31 del Decreto 1022 de 1992, determina que la muerte ocurrida por la comisión de “actos contra la ley o con violación de los reglamentos u órdenes superiores o como consecuencia de suicidio”, debe ser calificada como ocurrida “simplemente en actividad”, porque, según se deduce del contenido normativo, comprometen la voluntad del uniformado. En este sentido, la muerte ocurrida por el homicidio del uniformado a quien le es hurtada su arma de dotación a las 12:20 del día no puede ser equiparada a la ocurrida como consecuencia de la comisión de un acto contra la ley u orden de superior o por la intención de ocasionar su propia muerte que, al comprometer la voluntad del Policial justifican, en principio, la calificación de muerte “simplemente en actividad”. En el sub lite la muerte no compromete la voluntad del uniformado, que fue asesinado cuando se dirigía a disfrutar de su almuerzo, sino que al parecer ocurrió por el hecho de ostentar la calidad de Policía y con el fin de robarle su arma de dotación, razón por la cual la calificación de la muerte debe ser considerada como ocurrida “en actos del servicio”, máxime si se tiene en cuenta que la investigación penal adelantada por el homicidio involucra a cabecillas de la guerrilla que operan en la zona donde ocurrieron los hechos, además, el Oficial en ningún momento se despoja de su condición en horas de almuerzo .

[Sentencia de 10 de junio de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2004-02694-01\(0652-2008\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

6) Se niega nulidad del parágrafo único del artículo 12, y los artículos 13 y 14 del Decreto 810 de 2008, por el cual se suprimió la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander

Situación fáctica: Establecer la legalidad del acto administrativo demandado

a) La no inclusión de los prejubilados en el reten social no afecta los derechos que su favor se encuentran consagrados en leyes especiales. Frente a la omisión la nulidad del acto no produciría ningún efecto al demandarse un contenido jurídico inexistente.

No discrepa el demandante del contenido material de la norma, protesta porque considera que otro grupo de personas debió ser incluido, en tanto hay leyes que otorgan beneficios entre otros, a los prejubilados o prepensionados. Aquí el debate propuesto resulta ser entonces de técnica legislativa, pues la inclusión que hiciera el Decreto de las personas con discapacidad, embarazadas, padres o madres cabeza de familia, no tiene la virtud de derogar las normas especiales que otorgan beneficios a los prepensionados y a los prejubilados, ni prohíbe la aplicación de las sentencias de constitucionalidad y de tutela que puedan beneficiar a las personas en trance de consolidar el

derecho a la pensión de jubilación. En suma, la inclusión de una categoría de beneficiarios, no excluye los otros a los que las leyes especiales, no derogadas por este decreto, les reconozcan beneficios. No prospera entonces el cargo porque si se decretara la nulidad de la norma, por lo que supuestamente no dijo, se llegaría al absurdo de aniquilar los derechos de las personas con discapacidad, padre o madre cabeza de familia incluidos en ellas. En conclusión, se ha demandado un contenido jurídico inexistente, por lo cual, la acción no podría prosperar.

b) Es improcedente la aplicación de la convención colectiva para la indemnización por la supresión de la entidad, pues ésta es aplicable en caso de despidos injustificados

La Convención Colectiva es una sanción al empleador que despide injustamente a un empleado, mientras que la indemnización prevista en el Decreto demandado está llamada a compensar al trabajador por la desaparición de la empresa y por supuesto del cargo, extinguida por razones de conveniencia social. Por lo anteriormente expuesto, como la tabla de indemnización prevista en el Decreto demandado, no coincide en los supuestos de hecho, con la tabla prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la norma acusada no ha violado la convención ni los derechos adquiridos, pues sencillamente el empleador y los trabajadores en la Convención Colectiva de Trabajo nunca pactaron una indemnización para el caso de liquidación de la empresa.

c) El período de aplicación para la indemnización por supresión de cargos no viola ninguna norma superior

El primer límite que fija el parágrafo 2º del artículo 14 que ha sido demandado, es el de la fecha de ingreso, el segundo será, desde luego el de la fecha de retiro del cargo por supresión del mismo. Mayor será entonces la indemnización, si mayor es el tiempo de servicio a la institución, esa es la inspiración del parágrafo del artículo 14 del Decreto 810 de 2008, que lleva naturalmente a buscar el límite más antiguo de vinculación del empleado, el que debe estar referido al ingreso al Instituto de Seguros Sociales, criterio este que no viola ninguna norma de orden superior y que si fuera declarado nulo, lejos de beneficiar a los empleados cuyo cargo se suprime, causaría la supresión de uno de los parámetros para fijar el monto de la indemnización. Puestas en esta dimensión las cosas, dicho parágrafo no puede ser retirado del ordenamiento.

d) La indemnización por supresión de cargos no procede para empleados de libre nombramiento y provisionales

El derecho de igualdad se predica entre iguales y no hay esa identidad entre los empleados que ingresaron al servicio por el sistema de mérito, con sujeción al artículo 125 de la Carta y quienes no pueden exhibir ese mérito. Repítase a manera de conclusión, si la indemnización es la compensación por la pérdida del derecho a la estabilidad, fruto de haber superado las etapas de un concurso, cómo otorgar tal beneficio a quienes no concursaron y carecen del derecho a la estabilidad. Por lo mismo, el parágrafo tercero del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, en cuanto establece que la “indemnización no se aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción”, no contraviene la normatividad superior, ni está aquejado de nulidad.

[Sentencia de 22 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2008-00045-00\(1227-2008\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad](#)

7. Se niega nulidad del Decreto 19191 de 2002 por el cual se fija el Régimen de Prestaciones Sociales para los Empleados Públicos y se regula el Régimen Mínimo Prestacional de los Trabajadores Oficiales del Nivel Territorial

Del análisis del artículo 150 de la Constitución Política y del artículo 12 de la Ley 4 de 1992, se concluye que la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos Territoriales

competente al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el Legislador; en cuanto al régimen salarial el Gobierno señala el límite máximo salarial de los servidores públicos Territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden Nacional. Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, M.P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se dijo que esta atribución del Gobierno no pugna con la que el constituyente expresamente otorgó a las Entidades Territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, siempre y cuando se entienda que tal facultad está referida, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales. La pretensión de nulidad de la derogatoria expresa de los Decretos 1133 y 1808 de 1994, contenida en el artículo 6º, no tiene vocación de prosperidad porque mediante el decreto acusado se unificó el régimen territorial y el Distrital y ello comporta la derogatoria de los regímenes especiales vigentes en el Distrito, lo que no sólo no vulnera ninguna norma superior sino que desarrolla y aplica el principio de igualdad.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2002-00224-01\(4564-2002\) \(4904-2002\) \(5882-2002\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad](#)

8. El reajuste especial de la pensión de jubilación de los Ex-magistrados de Altas Cortes, que se pensionaron antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992, debe corresponder al 50% de lo que ganaba un Congresista en el año de 1994, al existir norma especial que lo regula y un criterio diferenciador con los magistrados y congresistas que no permite un tratamiento igual. (Reiteración jurisprudencial)

Situación fáctica: Solicita un ex magistrado de Alta Corte el reajuste especial de la pensión de jubilación para que desde el 1 de enero y de forma vitalicia se nivel frente a lo que devenguen los Ex congresistas

Esta Sala considera que los estudios que sobre reajuste pensional especial partieron de los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1359 de 1993 para concluir que éste debía ascender al 75% de lo devengado por un Congresista al año 1994, no se ajustan a la configuración normativa planteada por el Ejecutivo en el referido Decreto, pues de conformidad con la distribución en capítulos efectuada se concluye que el Decreto en términos generales regula el régimen pensional de los Congresistas vinculados con posterioridad a la Ley 4ª de 1992. De forma excepcional, y en un capítulo aparte, el Decreto se refirió a una situación pensional adquirida por Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y es precisamente la relativa al reajuste especial del artículo 17 ibídem, por lo cual no es preciso hacer extensivas normas aplicables a un conjunto de servidores a otro grupo de personas cuya situación, además de consolidada, fue excepcionalmente regulada por una norma especial. En conclusión, para efectos del reajuste especial de ex Congresistas aplicable a ex Magistrados, ha de atenderse a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994; esto es, el reajuste pensional al que tienen derecho por una sola vez los ex Congresistas y ex Magistrados asciende al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los Congresistas para el año 1994. Esta interpretación no sólo atiende al alcance de la facultad que tenía el Ejecutivo en desarrollo de la Ley Marco de salarios y prestaciones sino a la diferenciación existente entre ex Congresistas y ex Magistrados, por un lado; y, Congresistas y Magistrados, por el otro, lo cual impide que sean tratados de forma igual. Asimismo, es preciso resaltar que el reajuste pensional en referencia no se erige en un reconocimiento pensional diverso del que previamente le fue otorgado al beneficiario del mismo sino que, se reitera, constituye un reajuste especial previsto por el ordenamiento jurídico en consideración a la desigualdad que surgió entre el monto de las pensiones de los Congresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y los que lo fueron con

posterioridad a ella y que, en atención a criterios de justicia y equidad, se hizo extensivo a los ex Magistrados de las Altas Cortes, tal como ha quedado expuesto en esta providencia.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2001-06120-01\(8418-2005\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

El reajuste especial en un porcentaje del 50% de la pensión de jubilación de los Ex magistrados de Altas Cortes no prohija la situación más favorable del trabajador (ACLARACIÓN DE VOTO)

Si bien en los fallos emitidos con anterioridad, que recogen la aplicación del reajuste pensional con base en el Decreto No. 1359 de 1993, en lo referente a los miembros del Congreso, prohijé la teoría de que dicho reajuste debía ser del 75% del valor del salario de referencia, debo manifestar, que acato la decisión mayoritaria de la Sala, que entiende el alcance de dicho reajuste en un 50%.

Lo anterior no obsta para advertir, que en la hipótesis de duda, por mandato constitucional, se debe prohijar la situación mas favorable al trabajador, cuestión que al parecer no ha sucedido en esta caso, a cuyo trasluz resulta viable jurídicamente la teoría acogida por la Sala.

[Salvamento de voto de 18 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2001-06120-01\(8418-2005\) MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

9. Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensión del personal del cuerpo de bomberos de Bogotá incluyendo la prima de riesgo

Situación fáctica: Establecer el régimen pensional de la actora, para efectos de determinar los factores salariales a tener en cuenta en la base pensional y de acuerdo a ello determinar si tiene derecho a la reliquidación.

Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales. No sobra precisar que existen algunas prestaciones sociales (prima de navidad y de vacaciones), que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, pero por disposición expresa de la misma ley como lo consagra expresamente el Decreto 1045 de 1978. La Sala puede concluir que en atención a la calificación como actividad de alto riesgo respecto de la labor que cumplen todos los cuerpos oficiales de bomberos, se creó la prima de riesgo, la cual se encuentra señalada en el Decreto 306 de 1975 “Por el cual se reglamentan las Primas de Riesgo y Alimentación para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y se dictan otras disposiciones”. Es de aclarar que el decreto no hizo distinción alguna sobre si era o no factor salarial. Es claro que la prima de riesgo fue creada por la responsabilidad y complejidad del cargo de Bombero, lo cual constituye una retribución directa por la labor desempeñada, que se pagó, conforme a la certificación allegada, mensualmente, es decir, de manera habitual y periódica. Tales características hacen pensar, sin duda, que la prima de riesgo constituye salario. No sobra advertir que el artículo 2º de la Ley 5 de 1969, autoriza en las liquidaciones pensionales, que trata el artículo 5 de la Ley 4 de 1966, incluir como asignación actual, “el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc “. Por los dos anteriores argumentos expuestos, se debe incluir en la base de liquidación del actor la prima de riesgo que devengó en el último año de servicios. Como el actor en

el último año de servicio también devengó auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y la prima de riesgo, dichos factores debieron ser incluidos en la base pensional. La Sala concluye, que en el caso sub judice la entidad demandada liquidó la pensión con base en la ley 6ª de 1945 para la edad y para la liquidación la ley 33 y 62 de 1985, lo que a todas luces rompe con el principio de inescindibilidad de la ley, que no permite tomar disposiciones de dos estatutos diferentes.

[Sentencia del 7 de octubre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-02392-01\(0265-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

10. Se niega nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, que regula el monto de la pensión de jubilación por aportes

Situación Fáctica: Determinar si el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria, al expedir el Decreto 1474 de 1997 que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.

La cumplida ejecución de las leyes de que trata el numeral 10º del artículo 189 de la Constitución, exige la adaptación de los reglamentos a la variación de las circunstancias. Tal cosa se muestra con mayor énfasis en este evento, si se observa que en materia de seguridad social, ha existido un cambio permanente del marco normativo, especialmente en el periodo de transición, abundancia legislativa que muestra el necesario ejercicio dinámico de la potestad reglamentaria, a fin de que la cumplida ejecución de las leyes tenga cabal realización como manda la Carta Política para inspirar la potestad reglamentaria. Además, si el advenimiento de la Ley 100 de 1993, hacía menester que el Presidente de la República ejerciera de nuevo la potestad reglamentaria, esta vez mediante la derogación expresa de un reglamento precedente, nada habría de inconstitucional o ilegal en ese proceder, si es que resultaba indispensable, a juicio del Gobierno, para atender las nuevas realidades legales sobrevinientes a una reforma, pues, repítase un decreto reglamentario no es inderogable, todo lo cual se dice sin perjuicio de los derechos adquiridos y de las situaciones consolidadas de quienes específicamente se encontraban en régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley, mientras la norma derogada tuvo vigencia como complemento y desarrollo de la Ley 71 de 1988. Sería inaceptable que el legislador pudiera derogar esta ley, pero que uno de sus decretos reglamentarios pudiera conservar vigencia, lo cual no descartaría casos para los cuales aquella ley y sus decretos reglamentarios puedan ser aplicados para situaciones consumadas durante el tiempo de su vigencia. En síntesis, así como el Presidente de la República puede proveer un reglamento apoyado en las atribuciones que le otorga el artículo 189 de la Constitución, está facultado para retirarlo del ordenamiento jurídico mediante otro decreto de idéntica jerarquía, de lo cual emerge que no hay exceso de la potestad reglamentaria.

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

[Sentencia del 22 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2007-00132-00\(2586-07\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad.](#)

11. Nulidad del inciso 2 del artículo 71 del decreto 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional”.

Situación fáctica: Determinar si la exoneración al pago de los aportes a la seguridad social en caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos, que consagra el inciso 2 del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, desconoce el derecho fundamental a la seguridad social del servidor público y vulnera los principios de igualdad, universalidad y equilibrio financiero del sistema

En efecto, si conforme a la Constitución los mecanismos de acceso al sistema de seguridad social son de competencia exclusiva del legislador, resulta lógico que las restricciones que se impongan para acceder al mencionado sistema deben tener también su fuente en la ley. Invocando las citadas normas, el Decreto 806 de 1998 introduce en el artículo 71 las siguientes interrupciones o excepciones al deber de cotización de los empleadores y los trabajadores al sistema de salud: En primer lugar, contempla el caso de la huelga o suspensión del contrato de trabajo: aquí se trata en realidad de una sola situación jurídica, cual es la suspensión del contrato de trabajo, respecto de la cual la ley laboral contempla diversas causales, una de las cuales es el caso de la huelga legalmente declarada. En segundo lugar, la norma introduce variación a las reglas de cotización al sistema de salud en los casos de suspensión disciplinaria o de licencia no remunerada de servidores públicos, al consagrar que en caso de que se presente una cualquiera de estas situaciones administrativas, no hay lugar al pago de los aportes a la seguridad social y que este pago se reanudará cuando concluya el período de la licencia o de la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema. Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado. Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

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

[Sentencia del 22 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2006-00049-00\(1067-06\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad.](#)

12. Legalidad del Literal c) del artículo 3 del Decreto 1748 de 1995 por no establecer ningún tipo de limitación o exclusión para la liquidación o cálculo del bono pensional

Situación fáctica: Establecer la legalidad del Literal c) del artículo 3 del Decreto 1748 de 1995 referente al tiempo de cotización, que ni la Ley 100 de 1993 ni el Decreto 1299 de 1994 establecieron

La disposición acusada indica que para poder, entre otras cosas, calcular el bono pensional, se deben atender sólo las vinculaciones laborales válidas, que según el Decreto 1748 - artículo 1º - son aquellas que se tienen en cuenta para la expedición de un bono, entendido este último concepto como el momento de suscripción del título físico o del ingreso de la información al depósito central. Si existen entonces dos momentos previos al pago del bono pensional, a saber: Primero, el de la “emisión” entendido como el instante en que queda en firme el acto administrativo que RECONOCE el derecho al bono pensional y Segundo: la “expedición” del bono, que como ya se vio es el momento de la suscripción del título físico o del ingreso de la información al depósito central. Para que se llegue a la etapa de la “expedición” del bono debe estar el derecho consolidado a recibirlo, el cual se causa, para los afiliados que estuviesen cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o a las Cajas o Fondos del Sector Público, cuando logren acreditar como mínimo 150 semanas cotizadas al momento del traslado. Por eso, resulta lógico que para efectos de “calcular” el bono pensional no sean válidas la vinculaciones laborales con cotización al ISS o a

cualesquiera Cajas o Fondos del Sector Público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, simplemente porque ese número resultaría insuficiente para consolidar el derecho al bono, lo que impide que se efectúe su emisión, expedición y pago.

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

[Sentencia del 22 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2009-00073-00\(1085-09\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad.](#)

13. PRESCRIPCIÓN DE CESANTÍAS DEFINITIVAS - Inaplicación por falta de competencia del gobernador para regular materias prestacionales o salariales de los empleados territoriales

Situación fáctica: Establecer si la demandante tiene derecho a que para el cálculo de la indemnización por supresión de cargo y de las cesantías se le debe incluir el período laborado entre el 1 de octubre de 1971 y el 11 de enero de 1991

La competencia para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial radica en forma concurrente en el Congreso de la República, el Gobierno Nacional y la autoridad territorial correspondiente. En efecto, los artículos 300 numeral 7 y 305 numeral 7 de la Carta Política consagran la facultad que tienen las Asambleas Departamentales y los Gobernadores, respectivamente, para determinar las escalas de remuneración a los empleos del orden territorial, atendiendo los topes fijados por el Gobierno Nacional. Siendo así, es claro que la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, a estas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno Nacional y el Congreso de la República. Lo anterior significa, que no resulta aplicable al presente asunto el contenido del Decreto Departamental 0337 de 1992 proferido por el Gobernador de Santander que dispuso: “El derecho a reclamar cesantías definitivas prescribe en tres años.(...). De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la normatividad transcrita, resulta inaplicable en razón a que el Gobernador carece de esa facultad pues no es el competente constitucional ni legalmente para regular materias prestacionales o salariales a favor de los empleados territoriales. El contenido del Decreto es contrario a la Carta si se tiene en cuenta que fue proferido por autoridades incompetente.

[Sentencia del 29 de julio de 2010, Exp. 68001-23-15-000-2000-03326-01\(1065-07\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

14. Retrospectividad de la Ley 332 de 1996 para su aplicación. Por los principios de favorabilidad e igualdad, el nuevo régimen pensional de la rama judicial introducido por la Ley 332 de 1996 que consagra la prima especial como factor salarial cobra eficacia un año antes a la entrada en vigencia de la citada ley

Situación fáctica: Determinar si a la actora se le debe incluir o no en su pensión de jubilación, la prima especial devengada durante el año de 1996 como Magistrada de Tribunal

El principio de favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas, sino también cuando una sola norma admite varias interpretaciones, y consiste en elegir la interpretación más ventajosa o benéfica para el trabajador. Dando aplicación a este principio, acogiendo la interpretación más benéfica para el trabajador, la Sala considera que el nuevo régimen, aludido por la Corte Constitucional, que concibe la prima especial como factor salarial para efectos pensionales, cobra vigencia desde el 28 de diciembre de 1995, de acuerdo con las razones atrás expuestas. Lo anterior significa, que no a todos los pensionados con anterioridad a la Ley 332 de 1996, los cobijó el

anterior régimen. Dos pueden ser los supuestos en los cuales a los pensionados con anterioridad a la Ley 332 de 1996, los pudo gobernar el nuevo régimen: El primero de ellos lo avizó el legislador al conceder expresamente el derecho de incluir la prima especial como factor salarial a quien “teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio...”. El segundo supuesto no considerado en la norma, corresponde a quien recibió la prima especial desde el 28 de diciembre de 1995, fecha en la que cobró naturaleza salarial para efectos pensionales, pero al 28 de diciembre de 1996, cuando entró en vigencia la Ley 332 de 1996, se encontraba retirado del servicio. Esta última situación fáctica no fue advertida por la Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de la norma, realizado bajo la perspectiva del derecho a la igualdad; pese a ello, considera la Sala desproporcionado e injustificado que quien causó legalmente el derecho, no pueda exigirlo por un hecho ajeno no connatural al derecho mismo. Tal suposición rompe de manera grosera el principio de igualdad en perjuicio de los pensionados, que aunque ya retirados del servicio, también alcanzaron a estar cobijados por el nuevo régimen. Todo lo anterior, lleva a la Sala a concluir que, interpretando la misma Ley 332 de 1996, en armonía con los Decretos 546 de 1971 y 767 de 1978, y por el principio de favorabilidad y el derecho de igualdad, quien devengó la prima especial desde el 28 de diciembre de 1995, puede solicitar su inclusión, sin importar su situación laboral a la vigencia de la citada Ley 332.

[Sentencia del 23 de septiembre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-07053-01\(1886-07\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

15. Cotizaciones en salud y pensiones. Legalidad del Decreto 510 de 2003 al reproducir la unificación prevista en la ley

Situación fáctica: Establecer si con la referencia hecha por el Gobierno Nacional al límite de la base de cotización del sistema general de salud, en los incisos 1 y 2 del Decreto 510 de 2003, excedió su potestad reglamentaria toda vez que, la Ley 797 de 2003 únicamente hace alusión al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Con el fin de establecer si el gobierno nacional excedió su potestad reglamentaria al haber unificado las bases de cotización en los sistemas de salud y pensiones, la Sala considera necesario hacer las siguientes consideraciones: Con la expedición de la Ley 797 de 29 de enero de 2003 el legislador introdujo varias modificaciones al Sistema General de Seguridad en Pensiones, previsto por la Ley 100 de 1993, entre ellas el aumento gradual en la tasa de cotización, el incremento en el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez y la obligación de cotizar al sistema de salud sobre la misma base prevista para el sistema de pensiones en los casos en que el afiliado al sistema perciba salario de dos o más empleadores o ingresos como trabajador independiente o como contratista. Estas medidas, entre otras razones, respondían a la necesidad expresada por el gobierno nacional, en la exposición de motivos del proyecto de ley, de alcanzar una mayor equidad, solidaridad y viabilidad financiera del sistema general de seguridad social, ante la reiterada conducta de algunos de sus afiliados de cotizar sobre una base superior al sistema en pensiones y sobre una base inferior o mínima al sistema en salud. Así se observa en el acápite de explicación del articulado, contenido en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003. Cabe advertir que dicha unificación en las bases de cotización de los sistemas de pensiones y salud no es una innovación que introduce el legislador, al Sistema de Seguridad Social Integral, a través de la Ley 797 de 2003 toda vez que, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, parágrafo 1 del artículo 204, ya se encontraba establecido que respecto de los trabajadores dependientes la base de cotización de las personas afiliadas al sistema en salud, sería la misma prevista en el sistema general de pensiones. Las consideraciones que anteceden, le permiten a la Sala afirmar que no le asiste la razón a la parte actora cuando sostiene que el Presidente de la República excedió su potestad reglamentaria al haber unificado las bases de cotización de los sistemas de salud y pensiones a través del Decreto 510 de 2003, en primer lugar por que, como quedó visto, la Ley 797 de 2003 y su Decreto Reglamentario únicamente reproducen lo previsto por la Ley 100 de 1993 en la materia y en segundo lugar, por que

no se puede perder de vista que estamos en presencia de un único Sistema de Seguridad Social Integral que no admite interpretaciones aisladas y sesgadas de las normas que lo integran.

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

[Sentencia del 22 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2003-00269-01\(2524-03 y 2800-03\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad.](#)

16. Nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente por supresión de cargo a empleado en provisionalidad con limitación física por infringir los derechos consagrados en el retén social

Situación fáctica: Se demanda la nulidad del Decreto 111 de 4 de junio de 2004, mediante el cual el Alcalde municipal de Pradera declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad hecho al actor en el cargo de conductor mecánico

Contrario a lo expuesto por la Entidad demandada, estima la Sala, que tanto la Ley 790 de 2002 como el Decreto 190 de 2003, establecieron una protección especial para un determinado grupo de personas vinculadas al sector público que pudieran resultar afectadas con los procesos de reestructuración, esto es, a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a los servidores que, en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la citada Ley, cumplieran con la totalidad de los requisitos (edad y tiempo de servicio) para disfrutar de la pensión de jubilación o de vejez, protección que cubre incluso a quienes no están inscritos en el escalafón de la carrera administrativa. Lo anterior no significa que los empleados de carrera administrativa tengan menos derechos que aquellos a quienes beneficia el retén social, pues por mandato de la Ley, en los procesos de reestructuración quienes ostentan derechos de carrera administrativa tienen derecho preferente para ser incorporados en cargos iguales o equivalentes a los que desempeñaban. Quienes se encuentran en retén social y no estén inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, también están amparados para mantener su estabilidad laboral y continuar en la nueva planta de personal en empleos iguales o equivalentes, aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de realizar los estudios técnicos correspondientes. Al quedar probado que el Municipio de Pradera adelantó un proceso de reestructuración, como se precisó en párrafos anteriores, que tuvo lugar por la época de la expedición de los actos acusados cuando el actor presentaba una discapacidad que le implicó una disminución de su capacidad laboral en un 35.40% originada en un accidente de trabajo al servicio de la entidad demandada, estaba obligado a aplicar en su integridad los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, como bien lo advirtió con antelación el profesional de Recursos Humanos al Alcalde Municipal. En esas condiciones, la Sala llega a la convicción incontrovertible que los actos de insubsistencia acusados, infringieron los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, configurándose así la causal de nulidad de los actos acusados.

[Sentencia del 19 de agosto de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2004-03278-01\(1893-08\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. La ausencia del contrato estatal en el expediente no impide, en todos los casos, decidir de fondo el asunto relativo a controversias contractuales.

Al resolver una acción contractual encaminada a obtener la nulidad de unos actos por medio de los cuales una entidad pública declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra, la Sección

Tercera consideró que si bien no se aportó la copia del contrato estatal que celebraron las partes del proceso, el objeto de la litis no exigía su texto para estudiar las pretensiones, dado que el cuestionamiento de la demanda y del recurso de apelación radicaba en la falta de competencia que habría de tener la Administración para declarar el siniestro, asunto que, a juicio de la Sala, sólo exige demostrar la declaración administrativa de esa decisión y la existencia de la respectiva póliza.

Precisó la Sala que la ausencia del contrato estatal en el expediente no impide, inexorablemente, decidir de fondo porque todo depende del alcance que tenga el debate procesal, de modo que si en el proceso no reposa el contrato -en original o en copia auténtica-, no pueden negarse de manera automática las pretensiones o las excepciones, pues resulta necesario hacer un análisis en cada caso sobre la causa petendi y las pretensiones y, de esa manera, determinar la necesidad del texto del contrato para pronunciarse sobre aquéllas.

De otra parte, la Sala reafirmó su posición en cuanto a la facultad que le asiste a la Administración para declarar los siniestros que se cubren con las pólizas de seguros que los contratistas constituyen para amparar a las entidades estatales por los riesgos que corren con ocasión de la ejecución del contrato; es más, la Corporación señaló que dichas entidades deben, incluso, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista, previo debido proceso.

[Sentencia de 25 de junio de 2010. Exp. 25000-23-26-000-1995-00862-01\(16.494\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

* Con salvamento de voto de la Señora Consejera Ruth Stella Correa Palacio.

2. Responsabilidad patrimonial del Estado, por el defectuoso funcionamiento de la Administración Judicial, como consecuencia de los daños causados a la adquirente de un inmueble a través de un remate que fue invalidado dentro de un proceso ejecutivo.

La Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que le asiste responsabilidad al Estado por los errores que se cometen en las diligencias de remate dentro de los juicios ejecutivos que conducen a la invalidación de la adjudicación del bien objeto de la venta forzada.

Así lo señaló la Corporación al resolver una acción de reparación directa ejercida por una ciudadana que, mediante una diligencia de remate en un proceso ejecutivo, había adquirido un inmueble pero debido a unos errores secretariales del juzgado donde se adelantó el proceso, dicha diligencia fue invalidada y, por consiguiente, la actora (adquirente del inmueble) tuvo que devolver el bien y, a su vez, le fue reintegrado el dinero pagado por aquél.

Ocurre que el remate se efectuó respecto de un bien inmueble que no fue debidamente identificado en el aviso por medio del cual se dio publicidad a la futura diligencia, puesto que el folio de matrícula inmobiliaria era distinto al que correspondía, error que fue repetido por el juzgado, pues al solicitar el registro del embargo aludió al folio de matrícula inmobiliaria incorrecto. No obstante que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos procedió a efectuar el registro en el folio correcto, el juzgado no advirtió el error y persistió en el mismo, pues en las diligencias que en adelante se produjeron y en las cuales tenía que identificarse el inmueble objeto del embargo, procedió a indicar el folio de matrícula inmobiliaria erróneo.

A juicio de la Sala, en el asunto resultaba clara la existencia de una falla del servicio del Estado, por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que el daño antijurídico que sufrió la demandante se produjo como consecuencia del error cometido por el juzgado en las

diligencias de remate adelantadas dentro del proceso ejecutivo, en cuyo desarrollo la actora participó haciendo oferta para la adquisición en la venta forzada del inmueble embargado, error consistente en la equivocada identificación del folio de matrícula inmobiliaria correspondiente a dicho bien y que condujo a que se dejare sin efectos la adjudicación que a favor de la demandante se había efectuado en la diligencia de remate.

El perjuicio causado.

Al invalidarse la diligencia de remate se devolvió a la actora la misma suma de dinero que ella había consignado a órdenes del juzgado desde hacía más de un año, lo cual le implicó una disminución patrimonial que no estaba legalmente obligada a soportar, constituida, de un lado, por la desvalorización de la moneda que se produjo por el sólo transcurso del tiempo y, del otro, por los rendimientos que dicho dinero habría podido producir durante ese lapso, esto es los intereses legales.

[Sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-26-000-1995-01337-01 \(17.301\). MP.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ \(E\). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

3. Responsabilidad patrimonial del Estado por lesiones ocasionadas a un ciudadano por parte de la Fuerza Pública, en desarrollo de un operativo militar y con armas de fuego de dotación oficial.

La Sala encontró acreditada la responsabilidad patrimonial del Estado, a título de falla del servicio, por las lesiones físicas que sufrió una persona que se desplazaba en su vehículo automotor y fue impactado por los disparos propinados por miembros del Ejército Nacional que adelantaban un operativo de requisa en un inmueble del sector. Se encontró acreditado en el proceso que los integrantes de la Fuerza Pública accionaron sus armas de fuego de dotación oficial de manera indiscriminada, no sólo contra las llantas del automotor sino contra la puerta que corresponde al conductor, disparos éstos que produjeron las lesiones que sufrió la víctima.

La conducta de la víctima no fue imprevisible.

No se encontró demostrada justificación alguna para el proceder de los miembros del Ejército al abrir fuego indiscriminado en contra de un ciudadano que, a juicio de la Sala, no representaba agresión que pudiese poner en riesgo su vida o la de los demás ciudadanos.

Ocurre que los agentes del Estado efectuaban un allanamiento en un inmueble del sector y, para ello, se acordonó el lugar sin los implementos adecuados, tales como avisos de reducción de velocidad o chalecos reflectivos que pudiesen ser indicativos de la presencia del Ejército y la consiguiente obligación de detener el vehículo, de manera que la conducta asumida por la víctima no fue imprevisible, pues el hecho de realizar el operativo sin los implementos y señales que indicaran a los conductores que debían detener la marcha de sus vehículos y cambiar el rumbo, hacía plenamente viable considerar la posibilidad de que esa no fuese la conducta asumida y que, por el contrario, continuaran su rumbo sin advertir la peligrosidad de hacerlo, situación ante la cual, destacó la Sala, debieron tomarse las medidas que fueren necesarias para brindar seguridad y protección a quienes transitaban por la zona en la que se adelantaba el operativo.

El estado de embriaguez de la víctima.

Consideró la Sala que el hecho de que el conductor del vehículo se hallare en estado de embriaguez, y por tal razón invadiera el sector acordonado por el Ejército, tampoco constituyó una conducta irresistible, ante la cual la única forma de reacción era disparar en su contra lesionándolo, toda vez

que para ello pudieron utilizarse otros mecanismos encaminados a detener la marcha del vehículo, las cuales no implicaran afectar su integridad física.

Recalcó la Sección Tercera, una vez más, que si bien el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y, por tanto, recurrir a las armas para su defensa, tal potestad sólo puede ser ejercida como el último recurso, es decir, luego agotar todos los medios a su alcance que representen un menor daño a las personas, pues la razón de ser de las autoridades no es otra que la de proteger a todos los residentes en Colombia “en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, y lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.

[Sentencia de 23 de agosto de 2010. Exp. 05001-23-26-000-1992-00085-01 \(19.127\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) Los productos Ensure Light, Ensure fibra y Replena son medicamentos que se clasifican arancelariamente en la partida 30.04

Se discute si los ENSURE LIGHT, ENSURE FIBRA, y REPLENA son excluidos o gravados con el impuesto sobre las ventas, que según la sociedad actora se encuentran clasificados en la posición arancelaria 30.04 (excluida del IVA) por corresponder a medicamentos; mientras que para la DIAN, estos productos se encuentran clasificados en las partidas arancelarias 21.06 Preparaciones alimenticias no expresadas ni comprendidas en otra parte y 22.02 Agua, incluidas el agua mineral y gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizante, y demás bebidas no alcohólicas, excepto los jugos de frutas u otros frutos o de hortalizas de la partida 20.09.

Extracto: Para la Sala, el producto “ENSURE LIGHT” de acuerdo con las pruebas que obran en el plenario debe ser clasificado en la partida arancelaria 30.04, dado que las pruebas allegadas, las cuales fueron dirigidas a la Administración por organizaciones cuya autoridad científica no ha sido discutida, corroboran el uso terapéutico y profiláctico del Ensure Light y se adecuan al texto de la partida arancelaria 30.04 “Medicamentos constituidos por productos mezclados o sin mezclar, preparados para usos terapéutico y profiláctico, dosificados o acondicionados para la venta al por menor”. En cuanto al ENSURE FIBRA, debe ser clasificado en la partida 30.04 pues el Registro Sanitario otorgado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y alimentos INVIMA mediante Resolución No. 23562 del 11 de julio de 1996, señala que se trata de un producto de venta bajo fórmula médica y agrega dentro de sus indicaciones que “nutrición enteral total o de soporte para pacientes que no requieran una dieta de poco residuo; de acuerdo con lo cual, es en esa partida en la que debe ser clasificado. Para la Sala, el producto “REPLENA”, debe ser clasificado en la partida arancelaria 30.04, por las razones que se explican a continuación. Sea lo primero anotar, que el Registro Sanitario concedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA señala que el producto “REPLENA”, es utilizado como “nutrición líquida especial para pacientes con enfermedad renal crónica, pacientes que van a ser sometidos a diálisis por insuficiencia renal y pacientes en peligro de uremia”. Las características del producto se ajustan al texto de la partida arancelaria 30.04 “Medicamentos constituidos por productos mezclados o sin mezclar, preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor” y en consecuencia allí debe ser clasificado. En el presente caso, el producto “REPLENA”, no puede considerarse como un complemento alimenticio, a pesar de estar combinado con vitaminas y sales minerales, pues, como ya se señaló este producto está destinado a pacientes con enfermedades como la insuficiencia renal y en peligro de Uremia (Síndrome producido por la acumulación en la sangre de los productos tóxicos que, en estado general normal, son eliminados por

el riñón y que se hallan retenidos por un trastorno del funcionamiento renal.) En este orden de ideas, la Sala concluye que el producto se clasifica arancelariamente en la partida 30.04 del Arancel, y por lo mismo, su clasificación ajustada es en dicha partida y no como lo señaló la Administración, que este producto consiste en una preparación completa y balanceada diseñada para cubrir necesidades nutricionales para algunos pacientes; por lo que se declarará la nulidad de estos actos que clasificaron incorrectamente este bien. Mediante sentencias de esta Corporación, se ha declarado la nulidad de los actos administrativos, a través de los cuales la DIAN, ha manifestado que los productos hoy en discusión se clasifican arancelariamente como alimentos y no como medicamentos, toda vez que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente se determinó que los productos cuestionados, fueron clasificados equivocadamente como productos gravados. Así las cosas, y de acuerdo con los dictámenes presentados a esta Corporación se estableció, que estos productos, son medicamentos y estas decisiones constituyen cosa juzgada, debe entenderse que se clasifican arancelariamente en la partida 30.04, tal como lo informó la sociedad actora en las declaraciones de importación, objeto de este proceso.

[Sentencia de 15 de julio de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2004-03116-01\(17680\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. Las comisiones pagadas a corresponsales de giros en el exterior son una remuneración por un servicio que no implica una venta y compra de divisas; por tanto la deducción está limitada al 15% que señala el artículo 122 del estatuto Tributario

Se determina si las comisiones pagadas por la demandante a los corresponsales de giros en el exterior, pueden ser solicitadas como deducción de gastos en el exterior en un 100%, según lo dispuesto en el artículo 121 literal a) del Estatuto Tributario o si, como lo afirma la Administración Tributaria la deducción esta limitada al 15% que establece el artículo 122 íb.

Extracto: El artículo 121 del Estatuto Tributario establece que, para la procedibilidad de la deducción contemplada en el literal a), el pago a comisionistas debe surgir porque su gestión se encaminó a la compra o venta de mercancías, materias primas u otra clase de bienes. Las labores ejecutadas por los corresponsales en el exterior se encaminaron a promocionar el envío de giros desde sus países de origen hacia Colombia para ser pagados a través de CAMBIOS COUNTRY. A su vez, la actora podía enviar giros fuera del territorio nacional para que fueran entregados a sus beneficiarios a través de los corresponsales. Ahora bien, para efectos del artículo 121 del Estatuto Tributario y de la controversia que se plantea, la demandante incurrió en el gasto cuya deducción se solicita, al pagarles a los corresponsales comisiones respecto de cada giro que CAMBIOS COUNTRY envió de Colombia hacia el exterior y que debían ser pagadas a los beneficiarios a través de los intermediarios extranjeros y por las comisiones que fueron pagadas a los corresponsales por obtener giros que fueron pagados a través de CAMBIOS COUNTRY. Según lo ha expresado la Junta Directiva del Banco de la República, la operación cambiaria de recepción y envío de giros “se ha enmarcado jurídicamente como un contrato de mandato, en el cual un mandante da instrucciones al mandatario para que coloque una cantidad de dinero a órdenes de un beneficiario indicado por el ordenante. Dichas instrucciones pueden consistir en que temporalmente el mandatario con sus propios recursos cumpla con la obligación, originando, en consecuencia, una obligación dineraria a cargo del mandante”. Esta descripción de la operación de giro de divisas permite a la Sala establecer que entre CAMBIOS COUNTRY y el corresponsal en el exterior, no existe una compra y venta de divisas sino la prestación de un servicio por parte del corresponsal, que permite al beneficiario recibir las divisas que fueron enviadas por el remitente desde o hacia Colombia. Así pues, la comisión no tiene relación alguna con una negociación de divisas entre la actora y el intermediario extranjero, pues, según sea el caso, porque se trate de un envío desde o hacia Colombia, la función de CAMBIOS COUNTRY y del corresponsal extranjero se limita al pago del giro que es enviado por el remitente y que debe ser entregado a su beneficiario. Aunque la operación en conjunto del giro puede involucrar eventualmente una compra y venta de divisas, para efectos de la deducción del artículo 121 literal a) del Estatuto Tributario, es claro que la expensa para la actora se deriva de otra relación jurídica, la que se entabla entre la casa de cambio nacional y el corresponsal en

el extranjero. Entre ellas “no hay enajenación de moneda extranjera sino reembolso de las divisas que la casa de cambio entregó al beneficiario del giro en cumplimiento del encargo efectuado por los corresponsales”. Para la Sala no existe duda de que tal comisión corresponde a la remuneración de un servicio que prestan tanto la demandante como los corresponsales en el exterior. En efecto, los corresponsales, a través de sus recursos físicos y tecnológicos, permiten que los giros enviados por CAMBIOS COUNTRY desde Colombia sean entregados a sus beneficiarios fuera del territorio nacional y viceversa. La operación cambiaria consistente en el “envío o recepción de giros y remesas de divisas que no deban canalizarse en el mercado cambiario”, es un servicio que pueden ofrecer, entre otros, las casas de cambio y, por tanto, la labor que realizan los corresponsales en el extranjero y a su vez, CAMBIOS COUNTRY en Colombia, es la culminación de ese servicio que presta la demandante en Colombia de enviar y recibir giros hacia o desde el exterior. Entonces, como se advierte, no se cumple con una de las condiciones del artículo 121 literal a) del Estatuto Tributario, por cuanto la comisión que paga la actora no se deriva de la compra y venta de mercancías sino de la prestación de un servicio, finalidad que no contempla la norma y que por tanto no puede aplicarse extensivamente. Por lo anterior, la deducción de gastos en el exterior solicitada por la demandante, se somete a lo dispuesto en el artículo 122 del Ordenamiento Tributario, por no serle aplicable al caso ninguna de las excepciones que allí se enumeran. En consecuencia, asiste razón a la parte recurrente, porque los actos acusados se ajustaron a derecho al limitar las deducciones por gastos en el exterior al 15% fijado en la disposición transcrita.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-01819 01\(16969\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. a) El maíz para uso industrial por disposición legal está gravado con el IVA

Se decide sobre la legalidad del artículo 6° del Decreto 567 de 2007, la Circular 00041 del 27 de marzo 2007 suscrita por el Subdirector de Comercio Exterior de la DIAN y el Concepto 062680 del 15 de agosto de 2007.

Extracto: Aclara la normativa anterior el concepto de “uso industrial”, al concretar que este se presenta cuando el adquirente (comprador o importador) destine el grano a una transformación industrial con el fin de obtener: harinas, concentrados o utilizarlo como materia prima para otros productos. El 27 de diciembre de 2006 se promulga la Ley 1111, la cual respecto del tema que nos ocupa, por medio del artículo 33 modifica el artículo 468- ET, únicamente para incrementar la tarifa del 7% al 10%, sin cambiar ninguno de los artículos que amparan la tarifa preferencial, de forma que, continúa gravado con dicha tarifa y, ubicado en la posición arancelaria 10.05, el “maíz para uso industrial”. Tenemos entonces, que por expresa previsión de la ley no es lo mismo “maíz” que “maíz para uso industrial”, ya que el legislador fijó un tratamiento diferente para cada uno de los productos, discrepancia que zanja el reglamento al tratar de distinguir vía definición lo que se entiende por maíz de uso industrial, como aquel que se somete a un proceso adicional al que no es sometido el producto básico contemplado en el artículo 424 E.T....”, Esto por cuanto, previo a la trilla, se realiza la selección de los granos de maíz, separando los que “van destinados para el consumo humano o animal” de los que “son destinados para semilla”, y que “conservan intactas sus propiedades germinales por cuanto no han sido sometidos a trituración o aditamentos que desnaturalicen su propósito”, lo que indica que no sucede lo mismo con los primeros. Es forzoso concluir entonces, que, en últimas, es el destino final del grano lo que determina su condición de “maíz para siembra” (excluido) o “maíz para uso industrial” (gravado), correspondiendo a esta última categoría el que se destine para servir de materia prima, vale decir, el que se compre o importe para obtener harinas, concentrados o para utilizarlo para la fabricación de otros productos que pertenezcan a una partida arancelaria diferente a la del grano en su estado natural. Visto lo anterior, se evidencia la ausencia de fundamento de la acusación según la cual por Decreto se pretende gravar el maíz de uso industrial, cuando, como se desprende de la norma transcrita, el gravamen se originó con el artículo 34 de la Ley 788, modificación incluida en el artículo 468-1 E.T. Por tanto, no es entendible que se acuse al Ejecutivo por haber excedido el contenido de la Ley que

reglamenta, cuando es obvio que, desde la Ley 788 de 2002 se modificó el artículo 468-1, para entrar a gravar, a partir del 1° de enero de 2003, con IVA a la tarifa especial del 7%, el “Maíz para uso industrial” incluido en la posición arancelaria 10.05.

b) El maíz importado para siembra está excluido del IVA cuando se aporte el certificado expedido por el Ministerio de Agricultura respecto a dicha destinación

No hace nada diferente el texto demandado, que ser consecuente con la normativa sobre el tema, al contener, para considerarlo de uso industrial, no solo la condición de que el grano se someta al proceso de trilla, sino que se haya “*adquirido para la producción de alimentos de consumo humano*”, de donde es perentorio concluir que no todo el maíz que haya sido “trillado” se califica como de “uso industrial”, sino que - volviendo a la definición de la página 13 de estas consideraciones - se califica como tal el que se destine para el consumo humano, que como tal se incluye en la partida 10.05 y se grava con el IVA al 10%. Diferente es que el grano se mantenga intacto y se destine para semilla, evento en el cual se clasificará en la partida 11.04.23.00.00, determinada como excluida por el artículo 30 de la Ley 788 de 2002. Es evidente entonces, que al promulgar el parágrafo acusado, el Ejecutivo no excede las facultades conferidas, ni se extralimita en la función reglamentaria, toda vez que su contenido confirma los parámetros legales que reglamenta y se ajusta en todo a derecho, lo que hace que no procedan las pretensiones de la demanda. Igual suerte debe correr la Circular 00041 del 27 de marzo de 2007 expedida por el Subdirector de Comercio Exterior de la DIAN, la cual se soportó en el contenido del artículo 6° del Decreto 567 de 2007, por cuanto también allí se fundamenta el gravamen en el hecho de que sea utilizado para productos de consumo humano o animal. No obstante, no es necesario, que al ser importado, por ignorarse su destino, se someta el maíz al pago del tributo, ya que si bien la exclusión o gravamen dependen de la valoración de la prueba sobre el uso del producto por el funcionario competente, de donde se puede determinar si finalmente es sujeto pasivo del gravamen, o lo cobija el beneficio de la exclusión, el Arancel Aduanero en su Sección II cuando alude a los “PRODUCTOS DEL REINO VEGETAL”, expone: “*Nota Complementaria: 1- Con excepción de lo señalado en la nota 3 del capítulo 12, en ésta Sección, la expresión “Para Siembra” comprende solamente los productos considerados como tales por las autoridades competentes de los Ministerios de Agricultura de los Países Miembros*”. Esto por cuanto el mismo Arancel clasifica el Maíz (partida 10.05) en dos subpartidas a saber: -Maíz para Siembra (1005.10.00.00), y - Los demás (1005.90). Por tanto, al momento de la importación sí es posible- y además se debe- conocer el destino del maíz que se introduce al país, porque su destinación a siembra (y por consiguiente su exclusión del IVA), debe estar para esa fecha, certificada por el Ministerio de Agricultura respectivo, según lo ordena el mismo Arancel. Ahora, si no aparece probada mediante dicho certificado su destinación para siembra, se tratará de maíz para uso industrial, o sea para trilla (producción de maíz trillado) o trituración (producción de harina) y por tanto, estará gravado con IVA del 10% como lo precisa el acto acusado. Es claro que con lo anterior, la normativa circunscribe el medio de prueba idóneo para obtener la exclusión del maíz en el momento de su importación a la presentación del certificado expedido por el Ministerio de Agricultura correspondiente, luego, dependiendo del procedimiento que emplee dicho Ministerio para su expedición, si se obtiene y presenta la aludida certificación, no se generará el tributo.

c) No es relevante la calidad de importador o adquirente para excluir un bien o servicio del IVA

Por último, respecto de la apreciación del actor según la cual se debe gravar al productor pero no al comercializador del maíz, le asiste razón a la demandada al afirmar que, conforme con el artículo 420 E.T, el IVA recae sobre la venta de bienes corporales muebles, prestación de servicios en el territorio nacional e importación de bienes corporales muebles que no hayan sido expresamente excluidos, de donde constituye un gravamen de carácter real y no personal, por tanto, la condición o actividad del importador o adquirente del bien es irrelevante para darle tratamiento de excluido o gravado al artículo objeto de la compra o importación, lo que desvirtúa el alegato del actor. En consecuencia se niega la nulidad de las normas acusadas.

[Sentencia de 19 de agosto de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2008-00010-00 \(17030\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)

4. a) Las entidades sin ánimo de lucro extranjeras tributan sobre las rentas de fuente nacional pero bajo las reglas del Régimen Tributario Especial

Se decide sobre la pretensión de nulidad de los Conceptos 029329 del 27 de abril de 1998, proferido por la Oficina Nacional de Normativa y Doctrinal de la DIAN; 079988 del 1° de noviembre de 2005 y 83023 del 26 de septiembre de 2006, expedidos por la Oficina Jurídica de la DIAN. Concretamente, el estudio de la Sala se centrará en definir si las entidades sin ánimo de lucro extranjeras que tienen como objeto social principal actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental o programas de desarrollo social, pueden acogerse al Régimen Tributario Especial del artículo 19 del E.T.

Extracto: El artículo 19 del estatuto Tributario es claro en cuanto reguló a favor de las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo lucro un régimen tributario especial. Para el efecto, deben cumplir las condiciones establecidas en los tres literales. Habida cuenta de que la norma no distingue que debe tratarse exclusivamente de corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro nacionales, la Sala considera que no es razonable excluir de ese régimen a las entidades extranjeras que acrediten que cumplieron los tres requisitos previstos en la norma. Como se puede apreciar, el artículo 20 del Estatuto Tributario está dirigido a regular el régimen tributario de las sociedades y las entidades extranjeras de cualquier naturaleza. Si se interpreta de manera exegética la norma, es claro que está referida a todo tipo de entidades extranjeras, sin distinción de ninguna índole. Por lo tanto, el intérprete no tendría razones para entrar a hacer distinciones. Sin embargo, si se aplica la misma regla de hermenéutica jurídica al artículo 19 del E.T., también es dable colegir que esa norma no distingue entre corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, nacionales y extranjeras. En ese contexto, en el entendido de que el numeral 1° del artículo 19 del E.T. también está referido a las entidades extranjeras sin ánimo de lucro, se advertiría una presunta incompatibilidad entre esa disposición y el artículo 20 del E.T., pues mientras con el artículo 19 las entidades extranjeras que cumplan los requisitos ahí establecidos podrían acceder al régimen tributario especial, con el artículo 20 tales entidades tributarían únicamente sobre sus rentas de fuente nacional, pero bajo el régimen tributario general. Para solucionar esa presunta incompatibilidad, el demandante invocó la regla de hermenéutica jurídica prevista en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887. Según esta regla, si en los códigos que se adopten se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las siguientes reglas: La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior. Sobre el particular, la Sala considera que tanto el numeral 1° del artículo 19, como el artículo 20 del E.T., son normas especiales. Sin embargo, para la Sala, las dos disposiciones no son incompatibles y por lo mismo, no es pertinente aplicar el artículo 5° de la Ley 57 de 1887. Y, considera que las dos normas no son incompatibles, porque cuando el artículo 20 del E.T. establece que incluso las entidades extranjeras de cualquier naturaleza son contribuyentes del impuesto sobre la renta, también prevé que son responsables únicamente en relación a la renta y ganancia ocasional de fuente nacional.

b) Al fijar la Dian la tarifa del impuesto sobre la renta en el 33% para los ingresos y ganancia ocasional de fuente nacional de entidades extranjeras sin ánimo de lucro vulnera el derecho a la igualdad

Extracto: Los conceptos no se ajustan a derecho en cuanto interpretan que esos ingresos de fuente nacional tributan a la tarifa general del 33%, porque una interpretación sistemática y finalista de los artículos 19, 20, 240, 356 a 364 del E.T. permite concluir que si esos ingresos de fuente nacional que perciben las entidades extranjeras, se perciben en desarrollo de las actividades de que trata el literal a) del numeral 1 del artículo 19 del E.T. y se reinvierten totalmente en la actividad de su

objeto social, conforme al literal c) de la misma disposición, esos ingresos pueden tratarse como beneficio neto o excedente exento del impuesto sobre la renta, si se destina directa o indirectamente en el año siguiente a aquel en el cual se obtuvo en programas de interés general (lit b) del numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario). En caso de que no se reinviertan, se someterán a la tarifa del 20%, al tenor del artículo 356 del E.T. Esta interpretación permite gravar, en igualdad de condiciones, a las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, sean nacionales o extranjeras. La Corte Constitucional ha considerado que el derecho constitucional de la igualdad, aplicado a asuntos fiscales, debe ser respetado por el legislador al momento de crear nuevas obligaciones tributarias, ya que constituye “claro límite formal y material del poder tributario estatal y, por consiguiente, las reglas que en él se inspiran se orientan decididamente a poner coto a la arbitrariedad y a la desmesura”. Así mismo, ha precisado que la igualdad implica el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis, criterio que ha acogido para declarar la inconstitucionalidad de normas tributarias que prevén exenciones que no responden a un criterio objetivo de diferenciación y que, por lo tanto, resultan discriminatorias. Para el caso concreto, la Sala considera que la interpretación que hizo la DIAN no es razonable, porque conlleva la exclusión del beneficio al régimen tributario especial de las entidades extranjeras sin ánimo de lucro, de manera injustificada. En efecto, el numeral 3 del Oficio 029329 del 27 de abril de 1998 no justificó la exclusión del beneficio, pues ese oficio se limitó a señalar que son las personas jurídicas extranjeras y a repetir lo que establece el artículo 20 del E.T., para concluir, sin análisis alguno, que no es posible aplicarles el régimen tributario especial. El oficio 79988 del 1 de noviembre de 2005, por su parte, reconoce que las organizaciones no gubernamentales extranjeras son “entidades que en su estructura y funcionamiento articulan la esfera de los negocios, la recepción de donaciones y el sector sin ánimo de lucro, basado en un principio fundamental de primacía del bien común” (negrilla y cursiva fuera de texto). Como se puede apreciar, el artículo 240 del Estatuto Tributario regula la tarifa del impuesto sobre la renta que se aplica a las sociedades nacionales y extranjeras. Y, aunque esa norma también hizo referencia a las entidades extranjeras de cualquier naturaleza, una interpretación razonable de la norma permite inferir que la intención del legislador fue unificar la tarifa del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas que desarrollan actividades con ánimo lucrativo, sea cual sea la naturaleza de su constitución (sociedades anónimas, limitadas o las formas asociativas que regulen leyes foráneas) e independientemente de si son nacionales o extranjeras. Lo importante es que si esas personas jurídicas tributan en Colombia, lo hacen en las mismas condiciones. De hecho, la modificación que se hizo mediante la Ley 1111 de 2006, en la redacción del artículo 240 del E.T., permite inferir, con mayor claridad, que cuando la norma dispone “incluidas las sociedades y otras entidades extranjeras de cualquier naturaleza”, el participio “incluidas”, está ligado a la frase que le precede y que hace referencia a las sociedades anónimas, limitadas y a los demás entes asimilados a unas y otras. De manera que las entidades extranjeras de cualquier naturaleza a que se refiere el artículo 240 del E.T., son las asimiladas en Colombia a las sociedades anónimas, limitadas y demás entes de la misma naturaleza. En consecuencia, no es el artículo 240 del E.T., el que permite inferir que el numeral 1 del artículo 19 del E.T. no se les aplica a las entidades sin ánimo de lucro extranjeras. En consecuencia, por las razones expuestas se anularán los conceptos demandados, en cuanto interpretaron que las entidades extranjeras sin ánimo de lucro que cumplen los requisitos previstos en el numeral 1 del artículo 19 del E.T. tributan sobre las rentas de fuente nacional a la tarifa de las sociedades nacionales y extranjeras que persiguen fines lucrativos, al tenor de los artículos 20 y 240 del Estatuto Tributario, siendo lo jurídico que tributen sobre las rentas y ganancia ocasional de fuente nacional pero en las condiciones previstas para el régimen tributario especial, conforme con los artículos 356 a 364 del E.T.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2007-00011-00 \(16467\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

5. La tarifa legal probatoria para la procedencia de costos y deducciones es la factura o el documento equivalente con el lleno de los requisitos legales

Se examina si es procede el rechazo de los costos que la actora declaró por concepto de pagos originados en contratos de prestación de servicios, carentes de facturas

Extracto: La factura, sus documentos equivalentes y, cuando no existe la obligación legal de expedir ninguno de ellos, los documentos soporte expedidos por los adquirentes de bienes y servicios, son la tarifa legal probatoria para la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables y, en esa medida, dejan de ser una simple formalidad para pasar a constituir el presupuesto de un derecho sustancial, en cuanto son fuente de información para el control de la actividad generadora de renta, para el cobro y recaudo de ciertos impuestos y para evitar o disminuir la evasión y el contrabando, en orden a efectivizar los principios constitucionales de solidaridad y prevalencia del interés general. Es claro que la finalidad de la exigencia legal referida no es otra distinta a establecer con certeza la ocurrencia y transparencia de las transacciones económicas que generan los descuentos, costos, deducciones e impuestos descontables, pues, como lo señaló la Corte Constitucional, la que configura el derecho a solicitar aquéllos no es la simple transacción, sino el hecho de ésta se realice en el marco de la ley y bajo las formalidades que la misma prevé. Y es que la simple realización de costos y deducciones no conlleva su reconocimiento fiscal, pues la obligación tributaria se origina en hechos económicos realizados por un determinado contribuyente, quien debe probar la titularidad de todos los conceptos que hacen parte de la depuración del impuesto, con las formalidades previstas en la ley. De acuerdo con las normas contables, los asientos, comprobantes y libros reveladores de hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren. Estos - los soportes - pueden adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos y, en cualquier caso, debe dejarse constancia de los mismos, y conservarse archivados en orden cronológico para poderse verificar (Decreto 2649 de 1993, arts. 56, 123, 124 y 134). Fiscalmente, el artículo 776 del Estatuto Tributario reconoció la importancia de los soportes al prever que los comprobantes externos prevalecen sobre los asientos de contabilidad y que sólo es dable considerar demostrados los costos y deducciones hasta concurrencia del valor de dichos comprobantes. En materia de costos, como los rechazados por la Administración, el régimen probatorio especial que integra dicho Estatuto, consagrado en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, sujetó la procedencia de los mismos a la existencia de factura, documento equivalente o documento soporte, expedidos por los adquirentes de bienes y servicios, en los términos y condiciones explicados en la primera parte de esta considerativa. Y es que, como lo precisó la Corte Constitucional, para efecto del cumplimiento de los requisitos del artículo 771-2 del Estatuto Tributario, el adquirente de bienes y servicios no está en la posibilidad de conocer datos que sólo conciernen a quien le vende o le presta aquéllos, como los que corresponden a su régimen de impuesto a las ventas que impliquen la obligación de expedir la factura. Sin embargo, la Sala reitera que el comprobante externo y la prueba fiscal que soporta las operaciones realizadas por todos los contribuyentes es la factura, tal como lo prevén los mencionados artículos 615 y 618 del Estatuto Tributario, siendo obligación del adquirente de bienes y servicios exigirla para la procedencia de los respectivos costos, deducciones e impuestos descontables. Esta formalidad no sólo encuentra respaldo en las normas legales sino en la jurisprudencia constitucional, a las cuales no se puede sustraer el contribuyente más aún cuando la cuantía de los contratos lo amerita.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-37-000-2006-00945-01 \(16739\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6. La deducibilidad de la amortización del crédito mercantil de la sociedad absorbida está condicionada a la generación de ingresos gravados en cabeza de la sociedad controlante

Se decide si constituye una deducción fiscalmente aceptable la amortización del crédito mercantil cuando se adquiere y fusiona una sociedad

Extracto: En líneas generales, la normativa contable define el crédito mercantil como el monto adicional pagado sobre el valor en libros en la adquisición de acciones o cuotas de interés social de

un ente económico activo, o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, el cual debe reconocerse de manera separada del valor de las acciones o cuotas y debe amortizarse en la medida en que sea generador de ingresos o cuando se registre una pérdida o deterioro de su valor. Aunque desde la perspectiva de la normativa tributaria no exista una definición específica del good-will o crédito mercantil, se observa que el citado artículo 74 reconoce su existencia como un bien incorporal adquirido, sujeto a amortización. Conforme al artículo 142 ib, el crédito mercantil es un activo amortizable en los términos que señala el artículo 143. Para esta Sala es claro que las normas tributarias remiten, de manera expresa, a la técnica contable, cuyas disposiciones, que ya se han reseñado, determinan que el crédito mercantil adquirido es un activo intangible, que se registra contablemente de manera independiente a la inversión en acciones o cuotas de interés social, y que debe amortizarse en la medida en que contribuye a la generación de ingresos, disposiciones que son concordantes con los artículos 74 y 279 del Estatuto Tributario, en cuanto reconocen la amortización de intangibles para efectos fiscales. Sobre el tratamiento tributario del crédito mercantil se pronunció esta Corporación, al declarar la nulidad parcial de los conceptos DIAN 091432 del 30 de abril de 2004 y 023795 del 27 de abril de 2005, los planteamientos jurídicos allí planteados son similares al que ahora nos ocupa y que acoge la Sala una vez más. Para determinar cuáles son las inversiones amortizables en los términos del artículo 142 del ET, la ley tributaria expresamente permite la aplicación de la técnica contable, ... “por lo que no es cierto que, en esa materia, unos sean los efectos tributarios y otros los contables”. Así las cosas, concluye la Sala que el crédito mercantil es un activo amortizable, con efectos contables y fiscales. No obstante para que dicha amortización sea deducible debe demostrarse que se trata de una inversión necesaria para los fines del negocio o actividad económica, conforme lo prevé el aludido artículo 142, que es la norma especial que regula la deducción por amortización de inversiones. Pero además dicha amortización solo puede disminuir los ingresos devengados en cada período, que correspondan a utilidad gravada, tal como quedó consignado en la sentencia ampliamente reseñada. Significa lo anterior que la deducibilidad de la amortización del crédito mercantil queda condicionada a la generación de ingresos gravados en cabeza de la sociedad controlante, los que han de ser determinados conforme a las reglas establecidas en los artículos 48 y 49 del E.T. Ahora bien, si los ingresos que se perciben son rentas exentas o ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional debe darse aplicación al artículo 177-1 ib, en cuyo caso no sería deducible el crédito mercantil.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2006-01269-01 \(16938\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

* Salvamento de voto de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

7. La aceptación de la solicitud de devolución extemporánea por parte de la Administración no es un acto ilícito que permita su revocatoria directa sin consentimiento del contribuyente; en caso contrario la Administración debe demandar su propio acto

La Sala determina si la Administración Tributaria podía revocar directamente el acto que ordenó la devolución del saldo a favor solicitado por la actora, correspondiente al 1º bimestre del año gravable 2005, sin el consentimiento previo y escrito de la demandante.

Extracto: Los artículos 850 a 865 del Estatuto Tributario establecen el trámite que debe adelantar la demandada una vez los contribuyentes presentan sus solicitudes de devolución y/o compensación y, en esa normativa, se advierte que la Administración cuenta con un término general de 30 días para realizar la devolución y de 10 días cuando se presenta con garantía, como ocurrió en el caso concreto, lapso dentro del cual constata no solo la existencia del saldo a favor sino otros aspectos que le dan la posibilidad de rechazar e inadmitir las solicitudes con base en las causales previstas en el artículo 857 E.T., una de las cuales es precisamente el rechazo definitivo por extemporaneidad, es decir, cuando se presenta la solicitud luego de los 2 años previstos en el artículo 854 E.T. En tales condiciones, la Sala advierte que la decisión sobre la procedencia de la devolución de saldos a favor, no se produce de manera instantánea o en el acto mismo de la presentación de la solicitud por parte

del contribuyente, sino que la demandada cuenta con un procedimiento previo a la decisión que le permite verificar los aspectos formales y de fondo que hacen procedente la devolución. Así pues, esta Corporación no observa que la sociedad actora haya desplegado una actuación premeditada o dolosa que como causa eficiente le hubiera permitido obtener la devolución del saldo a favor reclamado, a pesar de la extemporaneidad. En efecto, aunque la oportunidad de la solicitud es un presupuesto establecido en el artículo 854 E.T. y, por ende, conocido por los contribuyentes, el mismo legislador estableció que la presentación oportuna de la solicitud es uno de los aspectos que debe verificar la demandada dentro del término que tiene para ordenar o no una solicitud de devolución, pues constituye una de las causales de rechazo señaladas en el numeral 1° del artículo 857 E.T. No puede sostenerse, como lo hace la demandada, que la presentación de la solicitud de devolución fuera del término legal constituya una actuación que indujera a error a la Administración, pues ello sería tanto como presumir la mala fe de todos los contribuyentes a quienes la DIAN les rechaza e inadmite la solicitud de devolución por las causales previstas en el artículo 857 E.T. Esta Corporación advierte, que la decisión de ordenar la devolución del saldo a favor solicitado por la demandante se originó en un error de la misma demandada, quien incluso en el acto de revocatoria señaló que tal decisión “se opone manifiestamente a la Ley, por cuanto la actuación administrativa no consideró que el contribuyente presentó la solicitud de devolución (...), por fuera del término de los dos (2) años, de que trata el Artículo 854 del Estatuto Tributario, (...)”. En tales condiciones, resulta oportuno citar la sentencia del 6 de mayo de 1992 de la Sección Segunda de esta Corporación, en la que se indicó que no es procedente la revocatoria directa de un acto administrativo sin el consentimiento expreso y escrito del particular “cuando la administración simplemente han (sic) incurrido en error de hecho o de derecho, sin que tenga en ello participación el titular del derecho. En ese caso, estará obligada a demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo” Por consiguiente, la revocatoria de la decisión de devolver el saldo a favor obtenido por la actora en la declaración del impuesto sobre las ventas del 1° bimestre del 2005, se regía por lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 73 del C.C.A., es decir, que la demandada debió seguir el procedimiento previsto en el artículo 28 ibídem para obtener el consentimiento de la demandante, trámite que no se surtió en el sub examine. En todo caso, si no se obtenía dicho consentimiento, la Administración tenía la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro del término previsto en el artículo 136 num. 7° del C.C.A., para demandar su propio acto a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

[Sentencia de 7 de octubre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2008-00202-01 \(17710\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

8. a) La recompra de bonos no es deducible por no ser una expensa necesaria

Se decide si el valor pagado por la recompra de bonos es un gasto deducible y si los pagos soportados en facturas de años diferentes al revisado son deducibles en la declaración de renta de ese periodo.

Extracto: La REDENCIÓN Y RECOMPRA de los bonos era una opción de la compañía, regulada en el artículo 3 del Contrato de emisión de bonos. Al ejercer esta facultad se sujetó a las condiciones estipuladas, entre otras, a pagar el 4% sobre el valor de los bonos. El mayor valor se origina por una circunstancia especial que debía cumplirse para redimir los bonos antes del vencimiento fijado y la entidad estaba en libertad de elegir. De lo anterior puede advertirse que la erogación, en que incurrió COMCEL, fue voluntaria. Originada en el ejercicio de la facultad acordada y de un manejo financiero. La ventaja financiera así determinada puede mostrar que resultó útil, conveniente o provechosa para la sociedad la operación realizada, pero no prueba que la erogación en que incurrió tenga relación de causalidad con la actividad productora de la renta o que haya sido necesaria para generarla, requisitos esenciales para la procedencia como deducción. La erogación en la que incurrió COMCEL S.A. no fue para desarrollar actividad alguna relacionada con los servicios que presta, o con alguno conexo o complementario, de los cuales se generó la renta, ni se demuestra que haya sido necesaria para la administración, financiación o comercialización de tales servicios, pues

de no haber incurrido en ese gasto no se hubiera entorpecido el desarrollo de su actividad. Además, en el caso, la erogación en cuestión no puede atribuírsele el carácter de normal para obtener la renta, pues según el mismo demandante, el 28 de noviembre de 1995 emitió unos bonos, que luego en diciembre de 1998 los intercambió por unos nuevos pagaderos hasta el 1° de marzo de 2005 y éstos fue los que recompró el 20 de febrero de 2002. Esta realidad muestra que la recompra de bonos no es una práctica habitual, común, frecuente o normal de la cual deriva la renta la sociedad demandante. En suma, el mayor valor pagado por la recompra de bonos, en el presente asunto, no reúne los requisitos exigidos para aceptarlo como deducción, toda vez que no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta, ni fue necesario para obtener la del período revisado.

b) Las deducciones incurridas por contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación se entienden realizadas en el año o período que se causen aun cuando no se hayan pagado todavía

La discrepancia surge porque los pagos se soportan en facturas expedidas por las empresas acreedoras en el 2003 y en el 2001, como se indicó, años diferentes al revisado, sin que obre en el plenario el contrato de prestación de los servicios, respectivo, o documento equivalente que permita tener el conocimiento de las fechas en que fueron suscritos, así como las condiciones acordadas, en particular, las relacionadas con la prestación del servicio y el pago correspondiente, para poder determinar, con certeza, el momento en que surgió la obligación de efectuar cada uno de los pagos aquí examinados. La simple afirmación del demandante, de que el gasto se causó en el 2002, no es suficiente para aceptar la erogación como deducción en este periodo, más aún cuando los pagos se soportan en facturas de otros años, pues como quedó dicho, tratándose de contribuyente obligado a llevar contabilidad, sólo se aceptan las deducciones causadas en el mismo periodo gravable y que reúnan las condiciones legales exigidas para su procedencia. La regla general de realización de las deducciones, prevista en el artículo 104 del E.T., según la cual las deducciones se realizan cuando efectivamente se pagan, no aplica en el caso, porque rige sólo para quienes no están obligados a llevar contabilidad. Así que al no haberse allegado elemento suficiente para demostrar la causación del gasto, distinto a las facturas por las que se originó la salida de los dineros, no hay lugar a aceptar las partidas como deducibles de la renta. La parte actora tenía la carga de probar los hechos en que fundó la demanda, pues conforme con el artículo 177 del C. de P.C., aplicable por disposición del artículo 267 del C.C.A., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Es mediante el uso de los medios probatorios previstos en la ley que se busca que el juez tenga elementos que le permitan verificar la existencia o certeza de los hechos que se aducen, o comprobar la veracidad de las afirmaciones efectuadas por el demandante de las cuales se deriva la consecuencia jurídica que se pretende.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00075-01 \(17389\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN QUINTA

1) Se declara nulidad de designación del alcalde interino de Valledupar: Gobernador del Cesar no tuvo en cuenta la filiación política del anterior alcalde

La Sección Quinta revocó el fallo del Tribunal Administrativo del Cesar, que en primera instancia negó las pretensiones de la demanda electoral instaurada contra el Decreto 000245 de 4 de agosto de 2009, por el que el gobernador del Cesar designó a Carlos García Aragón como alcalde interino de Valledupar, ante la falta absoluta del elegido, ocasionada por la nulidad que de su elección declaró antes la misma Sala en otro proceso.

El fallo de segunda instancia analizó el artículo 314 de la Constitución Política, que regula la forma de suplir las vacantes absolutas de los alcaldes y advirtió que la norma no se ocupa de la provisión temporal del cargo mientras se realizan las nuevas elecciones, cuando la falta absoluta se presenta faltando más de 18 meses para terminar el período, como ocurría en el caso concreto.

Por ello la Sala, previa verificación de su compatibilidad con la norma constitucional, acudió a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 y concluyó que el gobernador en el caso concreto omitió el deber allí establecido de designar al alcalde de terna que presente el mismo movimiento político del elegido.

Se lee en el fallo:

“Como se observa, la Constitución no se detiene en el nombramiento del alcalde en interinidad mientras toma posesión el elegido popularmente, que es precisamente el caso sub examine.

Por otro lado, el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 refuerza el papel de los partidos y el voto programático al disponer expresamente que el *“designado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del alcalde elegido por voto popular”* lo que es precisamente una de las finalidades de la reforma introducida por el Acto Legislativo 02 de 2002, según se desprende de la historia de su aprobación ya reseñada.

Así las cosas, no se puede concluir que exista una contradicción entre el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 314 de la Constitución política que justifique su inaplicación.

(...)

Se encuentra probado que el Gobernador del Cesar expidió el Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 mediante el cual: i) declaró la vacancia del cargo de Alcalde de Valledupar con ocasión de la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar que declaró la nulidad de la elección del señor Rubén Alfredo Carvajal, ii) designó como Alcalde Interino de Valledupar al señor Carlos Arturo Aragón sin tener en cuenta lo previsto por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 al considerar que *“no es la situación que corresponde al caso que nos ocupa”*, y iii) dispuso coordinar con las autoridades electorales los aspectos logísticos para establecer la fecha de las elecciones correspondientes.

Por lo tanto, esta sala, con base en el decreto, precisa que el Gobernador del Cesar no tuvo en cuenta lo previsto por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 que impone que *‘El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección’.*”

[Sentencia de 14 de octubre de 2010, Exp. 20001-23-31-000-2009-00325-01. MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

2) El auto admisorio de la demanda electoral queda en firme al día siguiente de la notificación al demandado

La Sección Quinta precisó este aspecto al revocar vía recurso ordinario de súplica un auto de ponente que rechazó por extemporánea la corrección de una demanda electoral contra el acto de elección de los representantes a la Cámara por el Departamento de Bolívar.

El auto suplicado consideraba que el auto admisorio del caso concreto quedó ejecutoriado al día siguiente de su notificación por estado y, por consiguiente, el plazo para corregir la demanda venció ése mismo día.

Para el resto de la Sala, el auto admisorio de la demanda electoral queda en firme el día siguiente de la notificación al demandado, sea personal o por edicto según el artículo 233 del C.C.A. y, en este asunto, como la demanda pretende la nulidad con fundamento en vicios objetivos, advirtió que los demandados se tienen por notificados con la desfijación del edicto que ordena la mencionada norma.

Dice el auto:

“El auto admisorio de la demanda queda en firme el día siguiente de la notificación al demandado; es decir, cuando se traba la relación jurídico procesal, por consiguiente, el plazo máximo para corregir la demanda es precisamente, el primer día después de que se surta dicha notificación, conforme lo establece el artículo 230 del C.C.A.” (...) se entiende[n] notificados los demandados en la fecha de desfijación del edicto, y para todos los efectos, el día siguiente... será la fecha de ejecutoria del auto admisorio de la demanda”.

[Auto de 28 de octubre de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2010-00093-00. MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. Facultad del presidente de la República para elaborar terna de candidatos para fiscal general de la Nación no se agota por la elaboración de una anterior. Postulación en terna para fiscal general de la Nación no otorga derecho alguno a los candidatos

En ese sentido contestó la Sala la consulta del director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República sobre la posibilidad jurídica de cambiar la terna de candidatos a fiscal general de la Nación.

Los siguientes argumentos jurídicos sustentaron la posición de la Sala:

a) Elección de autoridades: Modalidades

“En la Constitución Política y en la ley están previstos y regulados varios procedimientos que tienen como finalidad la elección de una o varias personas para la provisión de empleos públicos. Como se observará, todos ellos son de naturaleza administrativa. 1. Elección por voto popular: Se trata de la concurrencia de los ciudadanos a las urnas, con el objeto de elegir autoridades de elección popular, en un procedimiento que incluye como pasos esenciales, la votación, el escrutinio y el acto que declara la elección. Todo ello ocurre en sede administrativa y conforme a un procedimiento reglado por la Constitución, el Código Electoral contenido en el Decreto 2241 de 1986, y las normas que lo adicionan y modifican, y los reglamentos del Consejo Nacional Electoral. La naturaleza de este procedimiento es administrativa, se adelanta ante autoridades administrativas mediante una sucesión de actos administrativos tales como, la inscripción de candidaturas, la cedulaación, la elaboración del censo electoral, las listas de sufragantes, etc.; y concluye en un acto de elección que crea una situación jurídica individual, acto administrativo definitivo que por consiguiente, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 2. Elecciones como función de las corporaciones de representación popular: Por mandato constitucional, el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, tienen como una de sus funciones la de elegir Magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el

Contralor General de la República, los Contralores departamentales y municipales, etc. En su desarrollo legal, se trata de procedimientos de naturaleza administrativa, que concluyen en un acto de elección, acto este constitutivo de una situación jurídica individual. Dicho acto es definitivo porque pone fin al respectivo procedimiento y, por ello, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 3. Otras elecciones: Nuestro sistema jurídico contempla otras clases de elecciones, que se realizan en el seno de corporaciones judiciales, como es el caso de la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Se trata de procedimientos de naturaleza administrativa, aún cuando se realizan en la Rama Judicial. Dichos procedimientos concluyen en un acto de elección que, por consiguiente, crea una situación jurídica individual y es por ello un acto administrativo definitivo que puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

b) Procedimiento para elección de fiscal general de la Nación: Etapas y autoridades involucradas

“El artículo 249 constitucional evidencia un procedimiento integrado por dos etapas o pasos; el primero, consiste en la postulación de tres candidatos siendo la autoridad competente para hacerlo el Presidente de la República, y el segundo, que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, consiste en la elección de quien debe ejercer el citado cargo público. Este último es el acto definitivo que concluye el procedimiento y crea una situación jurídica individual. I. PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DE FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN 1. Concurrencia de dos Ramas del Poder Público: El procedimiento se compone de dos fases, a las cuales deben concurrir en forma diligente las máximas autoridades de dos de las ramas del poder público, la Ejecutiva y la Judicial. En dicho procedimiento corresponde a la primera ejercer la competencia de nominar, y a la segunda la competencia de elegir. Se trata de dos autoridades diferentes, que colaboran armónicamente para seleccionar al funcionario judicial que ha de dirigir la Fiscalía General de la Nación. La relación entre estas dos fases del procedimiento es inescindible, pues si el Presidente de la República se abstiene de nominar, la Corte no podrá elegir. Ahora bien, ¿qué ocurre si a pesar de haber postulado el Presidente la terna, la Corte no elige? Ésta es la pregunta que ha de resolverse. 2. Etapas en el proceso de postulación presidencial: La fase que inicia el procedimiento en estudio es, precisamente, de competencia del Presidente de la República, y aunque cuando no está completamente reglado es posible identificar por lo menos los siguientes elementos: 2.1. Identificación de tres candidatos que reúnan las condiciones constitucionales para el cargo. 2.2. Conformación de la terna. 2.3. Remisión de la terna a la Corte Suprema de Justicia.”

c) Características de la facultad del presidente de la República para postular terna de candidatos a fiscal general de la Nación. Inexistencia de reglas de procedimiento especiales

“Con fundamento en las normas constitucionales y legales que se citan y analizan a continuación, la facultad presidencial que ahora se estudia tiene las siguientes características: 1. Competencia autónoma y especial de origen constitucional: La facultad presidencial para postular terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación tiene como fuente jurídica exclusiva la Constitución Política. Corresponde al Presidente de la República la atribución de seleccionar y proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación. En los términos del artículo 249 de la Carta, es una competencia especial, que se confiere a título personal al Presidente de la República por razón de su cargo. El acto mediante el cual se formaliza la terna tiene valor y fuerza con su sola firma, sin necesidad de que “sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente” (artículo 115 C.P). De los textos constitucionales citados se deriva que el Presidente de la República elabora la terna dentro del ámbito de autonomía que le confiere su condición de jefe de Estado y cabeza de una de las ramas del poder público (artículo 113 C.P.). Condición reforzada en este caso si se observa que la autonomía para elaborar la terna se predica también del ámbito de autodeterminación personal del Presidente de la República debido a la singularidad de la facultad que en forma especial le atribuye el artículo 249 de la Constitución Política: “...El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República...” 2. Aspectos

reglados y discrecionales para el ejercicio de esta función: La Constitución regula esta competencia del Presidente de la República, reiterada por el artículo 29 de la ley 270 de 1996, y es entonces en ella donde se debe consultar las condiciones, límites o restricciones para el ejercicio de su facultad de postular la terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Tales límites o condiciones y restricciones, están determinados por la finalidad de su atribución, que es, sin duda, la elección de Fiscal General de la Nación: las calidades que deben tener los candidatos (artículos 249 y 232 C.P.); la forma de proponer las candidaturas, esto es, la terna, porque los candidatos no pueden ser ni menos ni más de tres; la autoridad destinataria, que es la Corte Suprema de Justicia y no una autoridad distinta. Salvo estas precisiones de naturaleza constitucional, expresas y especiales, mal podrían deducirse otras limitaciones o condiciones en consideración a razonamientos de orden teórico o a hipótesis doctrinarias, todas las cuales son evidentemente extraconstitucionales y entrarían en conflicto con los únicos aspectos reglados de esta función, establecidos en la Carta Política. Resulta significativo que la ley no ha impuesto al Presidente de la República reglas de procedimiento especiales para la selección de candidatos ni para la elaboración de la terna para Fiscal General de la Nación. Así las cosas, salvo lo expresamente dispuesto sobre la materia en la Constitución, de la propia Carta se desprende que todos los demás aspectos atinentes al ejercicio de esta función deben quedar reservados a la discrecionalidad del Presidente de la República. Discrecionalidad de la cual cabe predicar, razonablemente, la regla establecida en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en un todo conforme con la naturaleza de esta competencia presidencial y con los mandatos de la Constitución Política.”

d) Facultad del presidente de la República para postular terna de candidatos a fiscal general de la Nación no se agota por elaboración de una anterior

“La tesis del presunto agotamiento de la facultad constitucional para proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación es una opinión que carece de asidero en las reglas de la Carta Política que atribuyen competencia al Presidente de la República y le imponen precisas condiciones para su ejercicio. Numerosas vicisitudes, de hecho, han requerido o requerirán la intervención presidencial para reintegrar o reformular la terna ya enviada a la Corte: falta de calidades de los candidatos, renuncia, muerte, etc. Ninguna de estas circunstancias, además de otras que sería posible adicionar, ha sido expresamente prevista en la Constitución, pero razonablemente imponen al Presidente el deber de continuar ejerciendo la función de postular candidatos, de manera que la terna cumpla la finalidad a la cual está destinada: hacer posible la elección de Fiscal General de la Nación.”

e) Terna para elección de fiscal general de la Nación es un acto de trámite

“El análisis del ciclo completo de las actuaciones indispensables para lograr la elección de Fiscal permite identificar una sucesión de actuaciones intermedias: la confección de la terna, su remisión a la Corte Suprema de Justicia, y los diversos actos internos de esta alta Corte, todos ellos de índole administrativa, no judicial, requeridos para conducir e impulsar en la Corporación el acto final de elección. El acto de elección de Fiscal es el último en esta cadena de actuaciones, la razón de ser de todos los esfuerzos administrativos anteriores. Es el acto definitivo que pone fin al procedimiento y realiza su finalidad. Todos los actos precedentes al acto de elección, en general, han sido calificados por la doctrina y la jurisprudencia como previos o de mero trámite, porque su función no es la de constituir o declarar situaciones jurídicas individuales, sino la de impulsar la actuación hacia una meta que implica conclusión de todas las decisiones y trámites que le sirven de antecedente. Frente a este acto conclusivo todos los actos que le preceden son de trámite, porque se producen dentro de una actuación administrativa con el fin de adelantarla hasta la expedición de un acto definitivo, y se denominan también preparatorios, en la medida en que su expedición sucesiva es necesaria para posibilitar el acto final al cual apuntan. En la elección que nos ocupa, sin duda la terna es un acto de trámite, porque la postulación que ella expresa es un acto del Presidente de la República, en ejercicio de una competencia constitucional expresa (artículo 249), que da inicio a un procedimiento de naturaleza administrativa, puesto que apunta a la elección de un servidor público en la Rama Judicial. Evidentemente todos los actos administrativos que pudiera dictar el Presidente de la

República dentro del procedimiento para la elección de Fiscal, como quiera que corresponden a la fase inicial y previa de postulación, son de trámite en el contexto del procedimiento para la elección de Fiscal, e igualmente son preparatorios de la expedición de dicho acto final, que corresponde a la Corte Suprema de Justicia.”

f) Características de los actos de trámite

“2.1. Los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, “excepto en los casos previstos en norma expresa”, dice el artículo 49 del código en cita. No existiendo en la ley excepción en este sentido, el acto de postulación de la terna para Fiscal General de la Nación, es un acto que no puede ser recurrido, no sólo porque ello entorpecería el procedimiento de elección sino porque dicho acto no confiere derecho alguno ni define ni concluye el procedimiento. 2.2. Por estas mismas razones, por regla general, los actos de trámite no se notifican. Preceptúa el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo que sólo se notifican las “decisiones que pongan término a una actuación”. Ello porque estos actos sí crean situaciones jurídicas subjetivas, afectan o reconocen derechos a personas determinadas. En igual sentido dispone el artículo 61 del mismo estatuto, en concordancia con el artículo 59. 2.3. Por regla general, y salvo expresa disposición legal en contrario, los actos de trámite no pueden demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este punto ha sido sostenido con especial énfasis en materia electoral.”

g) Acto de postulación en la terna para elegir fiscal general de la Nación no confiere al candidato derecho alguno. Acto de postulación en la terna es revocable

“La terna, como acto previo, de trámite o preparatorio que es, respecto de las actuaciones enderezadas a la elección de Fiscal General de la Nación por parte de la Corte Suprema de Justicia, no es susceptible de recursos en vía gubernativa, ni se notifica a quienes allí aparezcan (ni siquiera se les consulta), ni puede demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Todo ello indica con elocuencia que la situación jurídica de quien apenas es candidato por figurar en la terna es eventual, precaria e incierta y no configura derecho subjetivo alguno. Como se ha observado, el acto por medio del cual el Presidente elabora la terna de candidatos a la Fiscalía no crea un derecho subjetivo o situación jurídica individual y concreta para las personas que sean postuladas por el Presidente. En su condición de candidatos, apenas tienen una expectativa de ser elegidos para el cargo de Fiscal y por consiguiente, no tienen derecho adquirido al cargo ni a permanecer en su condición de candidato, puesto que este último extremo pertenece al ámbito de las competencias constitucionales del Presidente de la República para proponer candidatos a la Fiscalía. La mera expectativa, por no consistir en un derecho consolidado, impide afirmar la existencia de un derecho adquirido y la nominación es, por consiguiente, revocable. La acción presidencial consistente en proponer o postular candidatos confiere al agraciado una oportunidad incierta, una simple posibilidad de ser elegido. A quien corresponde culminar el procedimiento y propiamente decidir quién habrá de ocupar el cargo, es a la Corte Suprema de Justicia. Entre tanto, todo se reduce a preparativos para una elección y expectativas de quienes tienen una fundada aspiración al cargo. Pero la terna no es inmutable, ni representa nada que en el mundo del Derecho impida la posibilidad de cambios, que si se presentaren en manera alguna afectan derechos subjetivos. Es claro entonces que, como se trata simplemente de un acto de trámite, la eventual modificación o revocatoria de la terna no tropieza con la exigencia del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, relativa al “consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Esta norma únicamente es aplicable cuando “el acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría”. No es el caso, dado que el sólo hecho de ser candidatizado en una terna para la Fiscalía General de la Nación no crea ni modifica en cabeza de los candidatos una “situación jurídica de carácter particular y concreto”, ni lo convierte en “titular” de un derecho de igual categoría. Por si lo anterior no bastara, cabe recordar que los actos administrativos, sean éstos de trámite o definitivos, son revocables de conformidad con las reglas del Código Contencioso Administrativo (artículo 69). (...) Lo anterior no significa que el Presidente de la República goce de la facultad de cambiar a su antojo,

una y otra vez, las ternas o los candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Es indispensable que se presenten circunstancias excepcionales, no acordes con el “interés público o social”, o que “atenten contra él”, al tenor de lo previsto en el numeral 2° del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, para que sea posible, ahí sí, el cambio o modificación de la terna o de alguna de las candidaturas presentadas a la Corte Suprema de Justicia. (...) El marco constitucional es claro. Entonces, si la Corte Suprema de Justicia, a pesar de reiterados esfuerzos, no ha elegido Fiscal a partir de los candidatos propuestos, esta situación no puede prolongarse indefinidamente sin desmedro del orden constitucional. Si la decisión de la Corte Suprema de Justicia pudiera facilitarse sometiendo a su consideración otros candidatos, está en manos del Presidente proveer a una solución que impulse el procedimiento de elección. La Corte Suprema de Justicia no puede cambiar los candidatos, el Presidente sí. Si en este factor radica el estancamiento del proceso, el Presidente de la República tiene el deber de hacer todos los esfuerzos que faciliten a la Corte cumplir con su obligación constitucional de elegir Fiscal.”

[Concepto de 28 de octubre de 2010, Exp. 11001-03-06-000-2010-00113-00\(2043\). MP. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con oficio OFI10-00103490/JMSC 33020de 3 de noviembre de 2010 del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República](#)

2. Participación en trámite y aprobación de proyecto de “ley de víctimas” no configuraría conflicto de intereses para congresistas que pudieran resultar beneficiarios de las medidas de reparación

Ese fue el concepto de la Sala ante la consulta del ministro del Interior y de Justicia con ocasión del trámite del proyecto de ley 107 de 2010 Cámara, *“Por el cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario”*, conocido como proyecto de “ley de víctimas”.

Para la Sala, es tal la generalidad de las medidas y son tantos los destinatarios del referido proyecto de ley, que no cabría predicar conflicto de intereses para ningún congresista. Así lo explica el concepto:

a) El conflicto de intereses

“La institución del conflicto de intereses apunta a conjurar la posibilidad de que los legisladores pretendan, con determinadas disposiciones legales, lucrarse u obtener beneficios, ventajas o privilegios personales, en detrimento de los derechos de la comunidad en general y de las finalidades de bien común o interés general que deben orientar la función legislativa. Cuando quiera que un proyecto convierta al congresista en un destinatario especial y privilegiado de la ley, relegando a un segundo plano los derechos del común de los ciudadanos, se contraría el principio constitucional fundamental que predica, en el artículo 1° de la Carta, “la primacía del interés general”, se vulnera el principio de generalidad que es propio de los mandatos legales, y se configura para el congresista con certeza un conflicto de intereses. Por supuesto, no sería razonable ampliar esta regla hasta el extremo de impedir la participación de los congresistas en la aprobación de toda ley que pudiera serles aplicable, dado que los congresistas, en su condición de ciudadanos, son por regla general sujetos plenos de las leyes que ellos mismos aprueban. Entender el conflicto de intereses con tal alcance podría paralizar el funcionamiento de la actividad legislativa, sin beneficio alguno para el interés general ni para la defensa de la moralidad pública en el órgano legislativo. De otra parte, no puede pasarse por alto que, legítimamente, un congresista podría beneficiarse de una ley en cuya discusión y aprobación intervino, siempre y cuando dicho beneficio resulte de la aplicación de la ley, en condiciones de igualdad, frente a la generalidad de la sociedad, o a aquellos sectores sociales a los cuales, de manera general y abstracta, se dirige la ley.”

b) Significado de interés particular, directo e inmediato para efectos del conflicto de intereses de congresistas

“En tratándose de conflicto de intereses, el interés “particular” cobra relevancia, entonces, no porque el congresista pueda eventualmente beneficiarse de una ley expedida para la generalidad de la sociedad, sino porque dicho proyecto le significa al congresista un beneficio especial, no disponible para los colombianos que en abstracto se encuentren en las hipótesis de la ley, configurándose así una situación de desigualdad que ostensiblemente favorece al legislador. (...) El conflicto de intereses, ha insistido el Consejo de Estado, ocurre cuando el beneficio obtenido por el congresista con la aprobación del proyecto de ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter “particular, directo e inmediato”. El beneficio obtenido por el congresista con el proyecto de ley es “particular” cuando la norma le atribuye un derecho exorbitante, de rango superior, que pugna con el principio de igualdad que ampara a todos los colombianos en el disfrute de sus derechos en el Estado Social de Derecho. El interés es directo cuando la norma parece tener nombre propio y beneficia, de una manera singular y excepcional, a un congresista o a unos congresistas determinados y no a otros congresistas, ni a ninguna otra persona. El interés es inmediato cuando, sin necesidad de regulaciones complementarias ni de procedimientos especiales, la futura aplicación de la ley le reporta al congresista, automáticamente, beneficios o ventajas especiales.”

c) Proyecto de ley de víctimas no representaría conflicto de intereses para congresistas. Calificación de víctima en proyecto de ley sobre medidas de reparación

“Sin dificultad se observa que esta ley comprende a un gran número de personas que, en distintas épocas y en diversos lugares del territorio nacional, fueron víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por parte de grupos armados al margen de la ley. Adicionalmente, el proyecto de ley se extiende, atribuyéndoles también el calificativo de víctimas, a las personas cercanas a las víctimas directas, siendo estas últimas las que fueron muertas o se encuentran desaparecidas en el contexto del conflicto. A partir de este criterio se entiende como víctima a las personas cercanas de quienes hubieren muerto o desaparecido, esto es: el cónyuge, la compañera(o) permanente, la pareja del mismo sexo, el familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil, con lo cual se amplía considerablemente el campo de aplicación de la ley. A todo lo anterior debe agregarse que el proyecto amplía la definición de víctimas a las personas que resultaron perjudicadas por atender a una víctima en peligro o por prevenir que determinada persona fuera víctima. Las lesiones o daños que en el proyecto dan lugar a que una persona sea considerada como víctima son innumerables, pues se refieren a lesiones transitorias o permanentes que hayan causado algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial. Otros perjuicios de carácter muy general, como el “sufrimiento emocional” o la “pérdida financiera” incrementan el número posible de las víctimas, en donde están también quienes hubieren padecido “pérdida de la libertad” o hayan sido objeto de “reclutamiento forzado de menores” y de “desplazamiento forzado”. En síntesis, el universo regulado por la ley es de tal magnitud que, casi inevitablemente, cualquiera de los congresistas podría quedar comprendido en la definición de víctima. En efecto, la ley remite a una proporción muy elevada de la población colombiana, no solo por la vasta conceptualización que el proyecto hace de la noción de víctima, sino por la generalizada extensión geográfica del conflicto y su prolongada duración a lo largo de las últimas décadas en el país.”

d) No se configura conflicto de intereses cuando la ley está dirigida a grupos significativos de la sociedad a los que podrían pertenecer algunos congresistas

“La institución del conflicto de intereses apunta a trazar un límite entre el ejercicio legítimo de la función legislativa y el aprovechamiento de esta función por parte del congresista para obtener beneficios personales o en favor de aquellas personas allegadas que determina la ley. Así las cosas, no se presenta conflicto entre el interés personal del congresista y el interés general cuando la ley tiene por destinataria a la generalidad de la sociedad, en abstracto, hipótesis en la cual quedan

incluidos los amplios sectores sociales que son objeto de determinadas leyes, como por ejemplo las minorías étnicas o culturales, las profesiones, los contribuyentes o, como el caso que nos ocupa, las víctimas de la violencia en Colombia. No sería razonable, por consiguiente, afirmar que por el hecho de ser abogado un congresista estaría impedido para participar en la aprobación de una ley que expida el estatuto de esa profesión; que por ser indígena estaría impedido para participar en el trámite de la ley orgánica que reglamente las entidades territoriales indígenas; que por ser propietario estaría impedido para intervenir en la discusión de una ley sobre impuesto predial; o que por encajar en la definición legal de víctima del conflicto estaría impedido para intervenir en los debates a un proyecto de ley que establece de manera general las reglas de resarcimiento a las víctimas de la violencia en Colombia. En todos estos casos, ciertamente, podría el congresista derivar de la ley en cuya discusión interviene un beneficio personal, pero no por la circunstancia de ser miembro del Congreso ni porque la ley se dirija a un grupo de personas tan restringido y exclusivo (y por tanto excluyente) que convierta al congresista en un destinatario predilecto. En los anteriores ejemplos las leyes no se dirigen a todos los colombianos sino a grupos muy significativos: los abogados, los indígenas, los propietarios de inmuebles, las víctimas del conflicto. No todos los congresistas forman parte necesariamente de estos grupos, pero por la amplitud social de dichos sectores en la nación y la generalidad de las prescripciones de la ley a ellos dirigida, normalmente algunos de los congresistas podrían quedar incluidos. Pues bien, en estos casos no cabe la figura de conflicto de intereses, pues a pesar de que un congresista podría convertirse en destinatario de alguna de las disposiciones legales, tal hecho no obedece a que la ley busque favorecerlo directa, exclusiva y especialmente.”

[Concepto de 21 de octubre de 2010, Exp. 11001-03-06-000-2010-00112-00\(2042\). MP. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA. Autorizada su publicación con oficio OF110-39346-DDP-0210 de 25 de octubre de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia](#)

3) Alcalde que aspire a gobernación del departamento donde está ubicado el municipio o distrito donde ejerce, debe renunciar y aceptársele la renuncia dentro de los 24 meses anteriores a la inscripción como candidato

El ministro del Interior y de Justicia consultó a la Sala sobre las incompatibilidades de un alcalde para aspirar a una gobernación.

La Sala analizó la normatividad aplicable y concluyó:

“De lo anterior se desprenden dos importantes reglas sobre el tiempo de extensión de la inhabilidad luego de haber cesado el alcalde en el ejercicio de sus funciones, a saber: a) Cuando el alcalde aspire a ser elegido gobernador en ‘la respectiva circunscripción’, esto es, en ‘el respectivo departamento’, como con mayor precisión indica de manera perentoria y general para la elección de gobernadores el numeral 3 del artículo 30 de la ley 617 de 2000, el término no es el de doce (12) meses allí indicado, sino el especial de veinticuatro (24) que emerge del artículo 39 de la misma ley. b) Cuando el alcalde aspire a ser elegido gobernador no en ‘la respectiva circunscripción’, esto es, no en ‘el respectivo departamento’ sino en otro diferente, la regla es la general de doce (12) meses establecida por doble partida en los numerales 3 y 7 del artículo 30, este último en concordancia con el artículo 197 de la Constitución Nacional.”

[Concepto de 28 de octubre de 2010, Exp. 11001-03-06-000-2010-00107-00\(2039\). MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Autorizada la publicación con oficio OF110-0040954-GEL0213 de 2 de noviembre de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia](#)

NOTICIAS DESTACADAS

CULMINÓ CON ÉXITO EL SEMINARIO INTERNACIONAL “INSTITUCIONES JUDICIALES Y DEMOCRACIA” ORGANIZADO POR LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO

Durante los días 2, 3 y 4 de noviembre se realizó en la Biblioteca Luis Ángel Arango, el Seminario Internacional “Instituciones Judiciales y Democracia”, organizado por la Sala De Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En el evento participaron Magistrados del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, importantes personalidades nacionales y extranjeras, decanos de importantes facultades de Derecho del país, docentes universitarios de todo el mundo y miembros destacados del Gobierno Nacional, quienes hicieron aportes significativos referentes al papel que juegan las instituciones judiciales en el fortalecimiento del Estado de derecho y la consolidación de la democracia.

CONSEJO EDITORIAL

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

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

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Lucía Mazuera Romero**
Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

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

Para cualquier inquietud escribanos a: boletin@consejodeestado.gov.co