



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 11
• Sección Primera	11 - 17
• Sección Segunda	17 - 24
• Sección Tercera	24 - 31
• Sección Cuarta	31 - 41
• Sección Quinta	41 - 44
• Sala de Consulta y Servicio Civil	44 - 46
• Noticias Destacadas	47

Noticias destacadas

CONSEJO DE ESTADO PRESELECCIONÓ CANDIDATOS PARA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

EDITORIAL

El día 27 de abril del presente año se llevó a cabo la celebración del día de todas aquellas personas que a través de su arduo trabajo, dedicación y compromiso, garantizan el adecuado y óptimo funcionamiento de nuestra querida Corporación; agradecemos, en estos términos, la labor incansable e imprescindible de los Secretarios, auxiliares judiciales, oficiales mayores, escribientes, judicantes, practicantes y demás personal de apoyo.

De otra parte, queremos informar a nuestros lectores que la Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 26 de abril conformó la lista de candidatos que aspiran a reemplazar al doctor Hernando Torres Corredor, como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Los preseleccionados deberán realizar una presentación ante la Sala Plena de esta Corporación el día 3 de mayo a partir de las 9:30 AM, la cual, en observancia de los principios de celeridad, transparencia y publicidad, será transmitida en directo por teleconferencia a través de las páginas web del Consejo de Estado y de la Rama Judicial.

Mauricio Fajardo Gómez
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1 a) Procedencia excepcional de la tutela contra providencia judicial ante un vicio ostensiblemente grave y desproporcionado

La Sección Primera confirmó el amparó al debido proceso de la actora, al considerar que el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja, incurrió en un error grave, al sancionar a otro funcionario distinto al obligado a acatar una orden judicial.

En primer lugar, la Sala observó que la presente era una acción de tutela interpuesta contra providencia judicial, situación que, en principio, resultaría improcedente. Sin embargo, señaló que la jurisprudencia ha considerado que esta acción constitucional sí procede a estudiarse de fondo en casos excepcionales y especiales, donde se evidencie un vicio ostensiblemente grave y desproporcionado. En el momento en que el juez advierta esta situación, está facultado para adoptar las medidas necesarias tendientes a corregirla.

b) Vulneración del debido proceso por sanción por desacato impuesto a funcionario diferente al que debía cumplir el fallo de tutela

La Sala precisó que el objeto del incidente de desacato es sancionar al responsable del incumplimiento del fallo de tutela, tal como lo establece el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, y teniendo en cuenta que el arresto es una de las sanciones que señala dicha la norma para quien incumple una orden de tutela, resulta claro que el sujeto pasivo de la misma es la persona natural responsable del incumplimiento del fallo. Sólo esta es pasible del mencionado tipo de sanción corporal, no otra persona, como tampoco la persona jurídica. Esta Corporación ha señalado en varias oportunidades que cuando se trata de una sanción esta no puede imponerse sino a quien ha sido sujeto en el respectivo proceso, en este caso, en el incidente, y que la expresión “*o a quien haga sus veces*” resulta ilegítima, ya que bien podría tratarse de persona natural diferente al momento de decidirse o quedar en firme el auto. En estos casos no se trata de la entidad ni de un individuo diferente, sino de quien debió, como autoridad, cumplir la orden; así mismo se debe determinar el hecho objetivo del incumplimiento del fallo y analizar el comportamiento de la persona natural que como funcionario de la entidad es responsable del cumplimiento de la orden de tutela.

En el caso concreto, se observó que mediante fallo de tutela se ordenó a la Gerente II del Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C., del Seguro Social para que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de una acción de tutela interpuesta por el señor Orlando Benito Rosas Contreras, se le informara al actor las razones por las cuales no había emitido decisión sobre el recurso de reposición y en subsidio apelación. Debido al incumplimiento por parte del destinatario de la orden, se interpuso incidente de desacato, el cual fue resuelto en sentido confirmatorio. Sin embargo, en el auto que decidió el desacato se resolvió sancionar a la Gerente del Instituto de los Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y D.C., incurriendo así en un error grave, al sancionar a otro funcionario distinto al obligado a acatar la orden judicial. Así las cosas, la Sala entendió que el derecho fundamental al debido proceso de la actora en su calidad de Gerente del Instituto de Seguro Social, Seccional Cundinamarca, había sido vulnerado, toda vez que el Decreto 2591 de 1991 dispone, como ya se indicó, que la sanción por desacato se debe imponer a quien estaba obligado a cumplir el fallo de tutela, que en el caso concreto era la Gerente II del Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C., del Seguro Social y no a la actora quien desempeñaba el cargo de Gerente del Instituto de los Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y D.C.

[Sentencia de 31 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-01448-01\(AC\), MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)**2. A los miembros de las fuerzas militares debe concedérseles pensión de invalidez si incapacidad es mayor al cincuenta por ciento y menor al setenta y cinco, en aplicación del régimen ordinario bajo el principio de favorabilidad**

La Sección Segunda concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la integridad física del actor, y ordenó al Área de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional que le reconozca la pensión de invalidez, al presentar una disminución del 67.5% de su capacidad laboral.

La Sala señaló que si bien las normas especiales de las Fuerzas Militares y de Policía contemplan un mínimo de pérdida de la capacidad laboral de 75% para efectos de reconocimiento de pensión de invalidez, esta Corporación se ha pronunciado en oportunidades anteriores frente a la procedencia del otorgamiento de la prestación pensional por invalidez al miembro de las fuerzas militares o de policía que no alcance dicho porcentaje, teniendo en cuenta la normativa que rige el Sistema General de Seguridad Social y la condición más beneficiosa al trabajador. En efecto, las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se ajustan al ordenamiento constitucional en cuanto ellas suponen la existencia de unas condiciones más favorables para los trabajadores a quienes comprende. Cuando tales excepciones consagran un tratamiento inequitativo frente al que

se otorga para la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, tales regulaciones deben ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de la igualdad. Así, en el presente caso y para establecer el derecho del actor a la pensión de invalidez, se acudió a las previsiones de la Ley 776 de 2002, que dictó normas sobre el Sistema General de Riesgos Profesionales, que en el artículo 9° estableció el porcentaje mínimo con el que una persona se considera invalida. Dicha norma contempla la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez con el 50% de pérdida de la capacidad laboral, es decir, establece condiciones más favorables que las consagradas en las normas especiales que rigen para los miembros de las fuerzas militares.

De acuerdo con las anteriores consideraciones y atendiendo al hecho de que el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Sala tuteló con carácter definitivo los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la integridad física del peticionario y ordenó al Área de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional que en el término de 48 horas expida un acto administrativo en el que le reconozca la pensión de invalidez.

[Sentencia de 3 de febrero de 2011, Exp. 17001-23-31-000-2010-00438-01\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

3. Acto de declaratoria de insubsistencia de empleado nombrado en provisionalidad en cargo de carrera en el DAS, debe motivarse en virtud de la Ley 909 de 2004

La Sección Segunda amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del actor, vulnerados por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la sentencia de 2 de septiembre de 2010. A través de la mencionada providencia, el Tribunal confirmó el fallo de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el peticionario, al haber sido declarado insubsistente por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

La Sala señaló: “Era criterio único de esta Corporación entender que los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados a indicar de manera expresa sus motivos, pues de cierta forma tal condición se asimilaba a la de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción que no necesitan motivación. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, y en aplicación del artículo 41 parágrafo 2, resulta que “es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”, lo cual, ha llevado a la Sección Segunda del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo a reconocer recientemente que debe hacerse distinción entre las normas que gobiernan el acto administrativo en cuestión, dado que, si aquel fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 por existir disposición expresa, existía la obligación de motivar el acto administrativo. Ahora, podría presentarse contra la anterior interpretación -para el caso concreto-, el argumento de inaplicabilidad de las normas del régimen general de carrera administrativa consagrado en la Ley 909 de 2004, por cuanto el DAS tiene un régimen específico, sin embargo tal argumentación resultaría inadecuada en sí misma pues en el caso particular no se estaría aplicando uno u otro régimen por la sencilla razón de que el actor no está escalafonado en carrera, sino que se estaría tomando una consagración legislativa expresa que regula de manera general -dado que las normas del DAS no lo hacen-, el aspecto de la motivación del acto para los eventos de declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional del personal que no está en carrera, lo cual resulta legítimo, más aun cuando el cargo de la planta de personal en que estaba el demandante hace parte del régimen ordinario y no del régimen especial de dicha Institución. Así las cosas, para la Sala es claro que las regulaciones del sistema de carrera general de la Ley 909 de 2004, no son aplicables a quienes ostenten cargos de carrera en el DAS -pues existen normas especiales-, pero aquellas disposiciones que clarifiquen un asunto sobre la motivación del acto de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad de quien -obviamente- no esté en carrera específica o general, pueden y deben ser tomadas en cuenta para definir un litigio, dado que con ello no se está

vulnerando el sistema de especialidad normativa y se da prelación al principio fundamental de igualdad frente a situaciones de hecho similares -como lo es el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera del régimen ordinario del DAS y uno del régimen general en alguna otra entidad de la Rama Ejecutiva o de cualquier otra Rama del Poder Público-“.

En este orden de ideas, entendió la Sala que el acto administrativo de insubsistencia que dio lugar al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho donde fueron expedidas las providencias que ahora se acusan, estaba gobernado por el artículo 41 parágrafo 2 de la Ley 909 de 2004, pues fue expedido durante su vigencia, de manera que debía atenderse a su motivación expresa, siendo por ende viable el amparo por defecto sustantivo.

[Sentencia de 23 de febrero de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-01401-00\(AC\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

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

4. a) Procedencia de la tutela como mecanismo definitivo para definir de la situación militar

La Sección Segunda amparó el derecho fundamental al debido proceso del actor y dejó sin efectos la Resolución 023 de 2010 por medio de la cual se le impuso sanción por no presentarse a la concentración para definir su situación militar, cuando la entidad demandada no lo había citado a la misma.

Tratándose de la expedición de la libreta militar la Sala consideró “el medio de protección existente debe tener la aptitud para resolver de manera expedita, inmediata, las controversias existentes sobre la emisión de dicho documento, como quiera que en la práctica el no otorgamiento del mismo dificulta que la persona interesada pueda adelantar en normalidad sus estudios superiores, obtenga un trabajo para procurar su subsistencia y la de sus seres queridos, e incluso, que pueda desplazarse libremente por el territorio nacional sin temor a que en cualquier momento pueda ser requerido por alguna autoridad administrativa o judicial que en ejercicio de sus funciones considere necesario establecer su situación militar. En efecto, el ciudadano cuya situación militar es objeto de discusión requiere un medio de protección expedito y eficaz que resuelva en el menor tiempo posible la controversia existente, so pena que durante la resolución del mismo se amenacen por meses o años los derechos al trabajo, estudio, libertad de locomoción, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, que pueden verse afectados mientras no finalice el proceso judicial. Por las anteriores razones se estimó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que en primera y/o segunda instancia puede tardar varios meses o años en resolverse, no es un mecanismo eficaz de protección para evitar la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales que puedan verse afectados con ocasión a las controversias existentes sobre la expedición de libreta militar, e incluso, que la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados que está prevista para dicha acción no es suficiente, porque con la misma a lo sumo se lograría suspender los efectos de las decisiones adversas a la persona interesada, pero no lograr en un término perentorio un pronunciamiento positivo de las autoridades competentes que le permitan al ciudadano invocar y demostrar con tranquilidad que mientras finaliza el proceso judicial respectivo tiene su situación militar definida, a fin de no tener inconvenientes para conseguir un trabajo, adelantar y finalizar sus estudios superiores o desplazarse libremente por el territorio nacional”. En ese orden de ideas, señaló que de verificarse en el caso concreto alguna vulneración del derecho al debido proceso del peticionario, el amparo solicitado se concedería de manera definitiva y no transitoria, en tanto la situación militar de aquél sería indefinida durante el proceso judicial respectivo, con las consecuencias adversas que ello puede generar sobre los derechos fundamentales.

b) Vulneración al debido proceso por imposición de sanción por la no presentación a concentración militar cuando la persona no fue citada

A partir de lo probado en el proceso, la Sala concluyó que la entidad accionada no puso en conocimiento del tutelante la citación para la jornada de concentración del 10 de diciembre de

2009, por lo que éste no puede ser considerado como infractor del literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, que reprocha la conducta de “Los que habiendo sido citados a concentración no se presenten en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento”, y en ese orden de ideas tampoco puede ser sancionado con la multa prevista para tal conducta en el literal e) del artículo 42 ídem, “equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cada año de retardo o fracción, sin exceder 20 salarios”. En ese orden de ideas, el derecho al debido proceso del actor se había vulnerado al imponérsele la sanción antes descrita, como quiera que no fue notificado de la referida citación, estos es, de una actuación administrativa que lo afecta directamente, y que para el caso particular constituye uno de los supuestos de hecho previstos en el literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, para catalogarlo como infractor de la misma normatividad.

c) Para la definición de la situación militar, la persona debe presentarse durante el tiempo que tenga 18 años

El artículo 12 de Decreto 2124 de 2008 que establece: “Los bachilleres menores de edad, no podrán ser clasificados para el pago de la cuota de compensación militar y se les expedirá tarjeta provisional, previo pago del valor correspondiente de dicho documento, hasta obtener la mayoría de edad. Una vez cumplida, tienen la obligación de presentarse para definir su situación militar”. Al analizar la norma antes señalada estimó la Sala que pueden realizarse dos interpretaciones, la primera, que el mismo día en que se cumplen 18 años edad, sin importar si es hábil o festivo, el ciudadano debe dirigirse inmediatamente ante las autoridades competentes para definir su situación militar, so pena que al dejar pasar un día más incumpla dicha obligación; la segunda, que la obligación de presentarse ante las autoridades respectivas para definir la situación militar, debe cumplirse por parte de quien cumple la mayoría de edad durante el año 18 de su vida. En criterio de la Sala las anteriores interpretaciones son razonables porque el mencionado artículo no establece claramente, que el mismo día en que se cumplen 18 años el ciudadano debe presentarse ante las autoridades competentes para definir su situación militar, pero tampoco determina un periodo posterior a una vez cumplida la mayoría de edad, en el que deba cumplir con dicha obligación. Respecto a la segunda de las interpretaciones expuestas, la Sala estimó necesario precisar que la ausencia de un periodo posterior a una vez cumplida la mayoría de edad, no puede extenderse al punto de entender que dicha obligación puede válidamente cumplirse desde los 19 años en adelante, como si la referida norma y todas aquellas que le son concordantes como los artículos 10 y 14 de la Ley 48 de 1993, no establecieran como parámetro temporal para definir la situación militar el cumplimiento de la mayoría de edad, y no tuvieran como propósito lograr que los jóvenes colombianos a los 18 años tengan certeza sobre la forma en que cumplirán dicha obligación, e incluso, empiece a ejecutarla, ya sea mediante la prestación de servicio militar o pagando la cuota de compensación respectiva, con la excepciones previstas en los artículos 27 y 28 de la mencionada Ley. En el caso de autos, el accionante realizó la inscripción a que hace referencia el artículo 14 de la Ley 48 de 1993, el 7 de marzo de 2008, es decir cuando tenía 16 años edad y estaba finalizando sus estudios secundarios; que cumplió la mayoría de edad el 7 de septiembre de 2009; y que el mes de mayo de 2010, esto es, antes de cumplir 19 años, se presentó ante el Distrito Militar accionado a fin de definir su situación militar, e incluso, que la junta de remisos practicada el 16 de julio de 2009, también se llevó a cabo durante el año 18 de su vida. En atención a la anterior situación y a la inexistencia de una prueba mediante la cual se acreditara que el peticionario fue citado a la referida jornada de concentración, se advirtió que éste antes de cumplir la mayoría de edad y una vez cumplió ésta, pero antes de tener 19 años, adelantó las gestiones pertinentes para definir su situación militar, por lo que en criterio de la Sala no se observó que el mismo haya sido negligente en el cumplimiento de la obligación prevista en el Decreto 2124 de 2008 y normas concordantes.

[Sentencia de 10 de febrero de 2011, Exp. 63001-23-31-000-2010-00326-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

5. Vulneración del acceso a la administración de justicia por negativa de la Fiscalía General a suministrar documento de un proceso penal como prueba para una acción de reparación directa

Mediante el ejercicio de la acción de tutela, la actora pretendía que se ordenara a la Fiscalía 76 Especializada de Neiva - Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario - remitir al Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué, copia íntegra del proceso que se adelantó ante el Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar en el caso del señor Carlos Andrés Silva Romero, toda vez que la Fiscal, sin señalar razones legales, se negó a suministrar parte del material probatorio solicitado, so pretexto de no tener la obligación de descubrirlo hasta el momento de la audiencia preparatoria ante el Juez Penal de Conocimiento.

En el caso propuesto, al revisar el oficio por medio del cual la accionada respondió la orden dada por el Juzgado 3° Administrativo de Ibagué y el escrito de contestación de la demanda de tutela, observó la Sala que la Fiscal 76 Especializada negó el suministro de las piezas procesales que le solicitó mediante una providencia judicial el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué, sugiriendo, apenas, que son reservadas, sin precisar el fundamento legal de la restricción y sin motivar esa negativa para permitir controvertirla. Es decir, esa negativa era infundada e implicaba un desacato, sin razón valedera, de una providencia judicial en firme. Por lo expuesto, la Fiscalía General de la Nación al no cumplir lo dispuesto en el auto dictado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, entorpeció el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la accionante, plasmado en el artículo 229 constitucional toda vez que le impidió al Juez administrativo conocer la totalidad de los elementos probatorios relacionados con la investigación penal que se adelanta en esa dependencia, por los mismos hechos que motivaron la demanda de reparación directa interpuesta por la actora. Teniendo en cuenta que no existe una disposición legal que prohíba expresamente el suministro de las evidencias documentales solicitadas a la Fiscalía General de la Nación por la autoridad judicial, y que no se observó que el descubrimiento de las mismas generara un “perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores” o “afecte la seguridad del Estado” (restricciones al descubrimiento de pruebas), la Sala concluyó que con la negativa al cumplimiento de lo ordenado en el auto del 15 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué -Tolima-, la entidad accionada vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia de la actora.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Exp. 73001-23-31-000-2009-00552-01\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

*Con salvamento de voto de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

6. Nombramiento en carrera en concurso de meritos de la Fiscalía General de la Nación en un cargo no ofertado, no da lugar a la procedencia de la tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial

La inconformidad de la actora se derivaba concretamente del acto administrativo por el cual la Fiscalía General de la Nación la desvinculó del cargo que ocupaba en provisionalidad en esa entidad y del hecho de que la persona que la reemplazó, se encontraba en la lista de elegibles pero por fuera del número de cargos ofertados.

La Sala advirtió que la Sección Cuarta, en providencia de 21 de octubre de 2010, precisó que los efectos del concurso adelantado por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación no pueden extenderse a aquellos cargos no ofertados mediante las convocatorias 001 a 006 de 2007. No obstante, esa posición no era suficiente para que a través del ejercicio de la acción de tutela pudieran ampararse derechos de carácter laboral presuntamente desconocidos por un acto administrativo, a través del cual se dio por terminado un nombramiento en un cargo en provisionalidad para ser provisto por una persona que concursó y aprobó las etapas del concurso pero no quedó dentro del número de elegibles según el cargo al que aspiró. Para atacar el

referido acto, el ordenamiento ha previsto otro medio de defensa judicial, de manera que las pretensiones de la actora deben ser resueltas en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa [art. 85 C.C.A.], autoridad ante la cual la actora puede hacer valer los argumentos que adujo en el escrito de tutela. Además en la demanda puede solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, medida cautelar que procede según lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-03260-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

7. Procedencia de la tutela contra providencia judicial ante evidente y grosera transgresión de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia

Estimó el actor que el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Montería vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia porque mediante auto de 6 de agosto de 2008, admitió la acción popular interpuesta por la Contraloría Departamental de Córdoba, y decretó como medida cautelar la suspensión de los procesos judiciales donde la Resolución No. 082 de 2003, entre otras, sirviera como título ejecutivo, pero no lo vinculó a la actuación procesal en condición de litisconsorte necesario, a pesar de tener interés directo, puesto que en dicho acto administrativo le fueron reconocidos unas acreencias laborales.

La Sala encontró procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, habida cuenta de que era evidente y manifiesta la vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia del actor. Señaló la Sala: “Ha sido criterio reiterado de esta Sección que la acción de tutela es improcedente para controvertir providencias judiciales, por varias razones: en primer lugar, por cuanto la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que permitían su ejercicio para tales efectos; en segundo lugar, porque admitir tal posibilidad desconocería los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e independencia y autonomía que respalda a las autoridades judiciales; en tercer lugar, puesto que de ser procedente esta acción constitucional se convertiría en un recurso o una instancia adicional al proceso que dio origen a la providencia judicial que es objeto de censura; y en cuarto lugar, en razón de que el proceso judicial dentro del que se emitió la providencia constituye el medio de defensa judicial con el que contaron las partes y, dada la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, ésta sólo procede cuando no existe o existió otro mecanismo de defensa. Así, aunque esta es la posición de la Sala que, dicho sea de paso, ahora ratifica, no obstante, esa regla admite una única excepción, consistente en la comisión de un error grosero, de una actuación que a primera vista se pueda calificar como contraria a los derechos fundamentales de alguna de las partes, pero principalmente que permita desvirtuar que “la providencia” en verdad lo es, que si bien tiene esa apariencia, en realidad alberga un pronunciamiento que contenga defectos que arremetan contra el derecho al acceso a la administración de justicia y las reglas básicas del debido proceso, que no puedan subsanarse por medio de las acciones o recursos ordinarios, caso en el cual procedería la acción de tutela. De manera pues que sólo cuando la “providencia” contenga errores jurídicos o fácticos inexcusables que conlleven una evidente y grosera transgresión de los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, el juez de tutela está habilitado para enmendarlos. Por ende, la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no opera de manera automática, sino que de acuerdo a las particularidades de cada caso tiene que analizarse si la autoridad judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional desbordó el cauce procesal señalado en el ordenamiento jurídico conllevando al desconocimiento de las garantías propias del debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, y si el afectado hizo uso de todos los medios de defensa que tenía a su alcance contra la providencia judicial, o si definitivamente no contaba con recurso ordinario alguno, casos en los cuales se hace procedente esta acción constitucional para materializar los derechos fundamentales”.

b) Vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia, por falta de vinculación de litisconsorte necesario en proceso de acción popular

Advierte la Sala que el actor conformaba un litisconsorcio necesario de la parte pasiva en la acción popular promovida por la Contraloría General del Departamento de Córdoba contra el Municipio de Puerto Libertador (Córdoba), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano y el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Libertador. Lo anterior porque si bien son dichas autoridades accionadas a quienes se les endilga la vulneración de los derechos colectivos por haber expedido, entre otras, la Resolución No. 082 de 19 de noviembre de 2003, y por haber tramitado procesos judiciales con fundamento en ella, no obstante, en la medida en que es el accionante el titular de los derechos reconocidos en dicho acto administrativo, al emitirse decisión de fondo en esa controversia jurídica, ineludiblemente se va a afectar su situación jurídica particular y concreta allí creada, relacionada con el reconocimiento de las prestaciones sociales, toda vez que precisamente se está cuestionando el pago de esa obligación. De manera que la relación jurídica material sustancial existente entre el señor Bustamante Roqueme y el Municipio de Puerto Libertador (Córdoba), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano y el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Libertador, surgida a partir de la Resolución No. 082, imponía garantizar su comparecencia desde la etapa primigenia del proceso como parte, y no como simple coadyuvante o interviniente. Y, tal vinculación debe realizarse a partir de la admisión de la demanda, habida consideración de que no de otro modo se asegura en debida forma el ejercicio material de sus derechos a la defensa y contradicción, al debido proceso y al efectivo acceso a la administración de justicia, pues así se le garantiza que pueda oponerse al decreto de las medidas cautelares, contestar la demanda, solicitar, aportar y controvertir las pruebas, estar presente en la audiencia de pacto de cumplimiento y, en general, participar en todas las etapas del proceso para defender sus intereses. Sin embargo, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Montería en el auto admisorio de la demanda no ordenó la vinculación y citación del actor, y luego por auto de 25 de julio de 2010, ratificó su decisión de negar la integración del litisconsorcio necesario, por lo que es evidente que desconoció sus derechos a la defensa, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues precisamente por esa razón, él no pudo oponerse al decreto de las medidas cautelares ordenadas en esa providencia, consistentes en la suspensión del proceso ejecutivo que adelantaba en busca de que se cumpliera con la obligación que le fue reconocida en la citada Resolución No. 082, y tampoco pudo participar en las demás etapas del proceso, pues además, sin garantizarse legalmente su vinculación, fue proferido el fallo de primer grado el 16 de diciembre de 2010, según lo informó la Contraloría General del Departamento de Córdoba en su intervención en la presente tutela.

Por consiguiente, la Sala revocó la sentencia de primera instancia por la cual se rechazó por improcedente la acción de tutela, para en su lugar, amparar los referidos derechos fundamentales y, en consecuencia, dejar sin efectos todas las actuaciones surtidas dentro del proceso de acción popular de radicado No. 230013331004200800191, desde el auto admisorio, inclusive, y ordenar vincular al accionante a esa actuación procesal.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 23001-23-31-000-2010-00365-01\(AC\), MP. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)**8. No existe vulneración de derechos fundamentales por la revocatoria directa de acto de reconocimiento pensional, si éste se expidió sin el cumplimiento de los requisitos legales y el beneficio provenía de una conducta punible**

La Sección Quinta confirmó la negativa de amparo a los derechos fundamentales invocados por el actor, quien presentó acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social - Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa de Puertos de Colombia, aduciendo que dicha entidad violó sus derechos a la vida digna, al debido proceso y al mínimo vital, al revocar el reconocimiento de la pensión de vejez, y al ordenar su exclusión de la nómina de pensionados.

A juicio de la Sala, la Resolución de revocatoria del derecho pensional No. 001055 del 18 de agosto de 2010, obedeció a la decisión del Juez Penal del Circuito de Descongestión Foncolpuertos, quien mediante sentencia de 28 de noviembre de 2008 condenó al ex Director General del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia y dejó sin efectos la resolución de reconocimiento pensional expedida por dicho ex director por considerarla ilegal.

La Sección Quinta señaló que el acto administrativo de revocatoria, frente al cual el demandante pretende se deje sin efectos, es un acto de ejecución no susceptible de control judicial y que “de acuerdo con las pruebas que obraban en el expediente, es evidente que del acto acusado no se puede derivar vulneración alguna de los derechos fundamentales del actor, pues fue dictado en cumplimiento de una orden precisa contenida en la mencionada sentencia, que, se encuentra en firme e hizo tránsito a cosa juzgada... Es claro que el acto acusado no fue dictado de forma arbitraria por mero capricho de la entidad demandada, sino que, por el contrario, tuvo como causa la determinación de que éste era ilegal, de acuerdo con lo establecido en el proceso penal adelantado por Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión Foncolpuertos, circunstancia que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la ley 797 de 2003, permite la revocatoria directa de los actos administrativos que reconocen una pensión o una prestación económica. En efecto, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003 (art. 19), se otorgó la posibilidad a los responsables del pago de prestaciones económicas, de verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiario y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la prestación periódica a cargo del tesoro público. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos establecidos o que dicha prestación fue reconocida con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del Acto Administrativo, aún sin el consentimiento expreso del particular y enviar las respectivas copias a las autoridades competentes para que se adelanten las investigaciones pertinentes. La Corte Constitucional a través de Sentencia C-835 de 2003, (...) aclaró que para darse la revocatoria del acto administrativo de reconocimiento prestacional aún sin el consentimiento del titular del derecho, debe tipificarse la conducta como delito, aunque no concurren los demás elementos de responsabilidad penal, de tal manera que si se reconoció la prestación con fundamento en documentación falsa o se halla comprobado el incumplimiento de requisitos, basta con que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal”. La Sala confirmó la negativa de declarar vulnerados los derechos fundamentales invocados por el actor, pues “...la revocatoria del acto de reconocimiento de su pensión, obedeció a la ejecución de una orden emanada por la autoridad judicial competente, ante la certeza del incumplimiento de los requisitos para acceder a ese derecho prestacional, circunstancia que, al final de cuentas, terminó por derivarle responsabilidad penal al Exdirector de Foncolpuertos”.

[Sentencia de 31 de marzo de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2010-01230-01\(AC\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.](#)

ACCIONES POPULARES

1. Vulneración del acceso a los servicios públicos por ineficiente y deficiente servicio de alumbrado público en el municipio de Teruel / Suspensión del cobro del impuesto de alumbrado publico mientras no se preste un adecuado servicio

A través de la acción popular, el actor pretendía que se suspendiera el cobro del impuesto de alumbrado público dado que dicho servicio no se está prestando a la comunidad de la vereda el Almorzadero, en el municipio de Teruel, Huila.

Del artículo 2º de la Resolución CREG 043 de 1995, se infiere que el Municipio además de ser el responsable de la prestación del servicio público, es el encargado del mantenimiento de los postes,

redes, transformadores, luminarias y demás elementos necesarios para la prestación del servicio y de desarrollar la expansión de su sistema de alumbrado público, lo que puede ser realizado directamente o por intermedio de una empresa prestadora del servicio de energía, la cual será responsable de la prestación del servicio pero únicamente dentro de lo estipulado en el correspondiente contrato o convenio. En el caso en estudio, el Municipio mediante contrato, pactó con la Electrificadora del Huila el abastecimiento de la energía para el alumbrado público y la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, de igual forma se estipuló que la energía eléctrica sería entregada en los bornes secundarios de los transformadores de la red de distribución local o en las acometidas de las lámparas de alumbrado público. La Sala observa que el Municipio no contrató con la Electrificadora lo concerniente al mantenimiento ni expansión del servicio de alumbrado público, lo cual en ese orden de ideas corresponde a aquél. Ello indica que la responsabilidad de la Empresa se circunscribe únicamente al suministro de energía que debe ser entregada en las acometidas existentes. A folio 264 la Electrificadora del Huila aportó los cuadros con el número de luminarias de alumbrado público en la vereda el Almorzadero en los meses de septiembre y diciembre de 2003 enero y junio de 2004, dando cuenta de la existencia de 2 luminarias, lo que fue confirmado por la Personería Municipal del Teruel mediante acta de visita llevada a cabo el 15 de febrero de 2005, en la que manifestó que había dos lámparas ubicadas en cada torre del polideportivo de la escuela y que una de ellas se encontraba en funcionamiento cuyo encendido se activaba a las 6 de la tarde y se desactivaba a las 6 de la mañana, de la cual se beneficiaban únicamente dos familias, cuyas viviendas estaban ubicadas en frente del polideportivo. Lo anterior no deja dudas de que la Electrificadora del Huila en efecto, se encuentra prestando el servicio de alumbrado público dentro de lo establecido en el contrato suscrito con el Municipio, sin embargo, observa la Sala que la prestación del servicio es, a todas luces, ineficiente, ya que la vereda del Almorzadero no cuenta con la infraestructura necesaria para una adecuada prestación del mismo, lo que, en términos del convenio suscrito y de las disposiciones legales antes anotadas como ya se dijo, no le corresponde a la Electrificadora sino al Municipio.

En razón a que el servicio de alumbrado público en la vereda el Almorzadero se está prestando, pero en condiciones deficientes, lo cual, sin lugar a dudas vulnera el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos, la Sala considera que no le es dable al Municipio cobrar, a través de la Electrificadora del Huila, dicho impuesto. La Sala hace la claridad de que no se puede realizar el cobro del impuesto de alumbrado público hasta tanto no se preste adecuadamente el servicio, de lo cual dará constancia el Comité de Verificación que para el efecto conformó el a quo con ocasión del amparo a los derechos colectivos que otorgó.

[Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 41001-23-31-000-2003-00900-01\(AP\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.](#)

2. Vulneración de los derechos colectivos por contaminación de la Laguna El Pondaje de Cali, causada por asentamientos humanos ilegales

La Sección Primera amparó los derechos colectivos al goce un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la defensa del patrimonio público, a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a los servicios públicos, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes vulnerados por la contaminación de la Laguna “El Pondaje”, en el municipio de Cali, causada por asentamientos ilegales.

La Sala advirtió la vulneración a los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a los servicios públicos, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando

prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, toda vez que los asentamientos ilegales construidos en la laguna “El Pondaje” la han contaminado y han aumentado el riesgo de que acaezca un desastre natural. Las pruebas documentales allegadas demostraron que pese a haber sostenido varias reuniones sobre esta temática en el año 2004, haber adelantado un censo en el año 2005 y haber determinado las mesas de trabajo y los Comités Interinstitucionales la necesidad imperiosa de reubicar los asentamientos ilegales, el Municipio de Santiago de Cali desde entonces no probó haber realizado avances graduales y progresivos en el agotamiento de las etapas presupuestales, financieras y contractuales para la ejecución del proyecto de reubicación de los asentamientos ilegales de la Laguna El Pondaje. Prueba de ello es que la problemática subsiste, pese a que desde entonces la Procuraduría Ambiental, el Gerente de la Empresa municipal de Renovación Urbana, y las Juntas de Acción Comunal de los barrios afectados hayan sido reiterativos en requerir de las autoridades su eficaz intervención. Lo cierto es que las mesas de trabajo y los Comités intersectoriales no han adoptado un programa de acciones concretas con su respectivo cronograma de ejecución, para que se materialice el programa de renovación integral de zonas marginales - PRIZMA- y el proyecto “Potrero Grande”, los que continúan en fase de formulación y preinversión, lo que resulta a todas luces inaceptable pues han transcurrido desde entonces más de 6 años y la evidencia documental prueba que la problemática ambiental de la laguna se ha agravado pues continúan los rellenos con escombros y los asentamientos subnormales.

En consecuencia, la Sala revocó la providencia apelada y, en su lugar, ordenar a la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali que realice un censo en el que determine el número de familias y su nivel de vulnerabilidad, tomando en consideración la presencia de niños, ancianos, mujeres embarazadas y personas con discapacidad, y los diferentes niveles de riesgo de la zona, de modo que antes de expirar su actual período constitucional las reubique y demuela las viviendas ilegalmente construidas en el humedal.

[Sentencia de 31 de marzo de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2004-01624-01\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Supresión y liquidación de ADPOSTAL: Competencia Presidente de la República.

Se presentó demanda en acción de nulidad cuestionando la legalidad de los artículos 1, 9, 10, 11, 12 y 15 del Decreto 2853 del 25 de agosto de 2006, “Por el cual se suprime la Administración Postal Nacional, Adpostal, y se ordena su liquidación”, alegando, entre otras cosas, la incompetencia del Presidente de la República para expedirlo.

Extracto: Al respecto conviene empezar por tener en cuenta el carácter de la entidad objeto del decreto acusado, pudiéndose observar que en éste se identifica como empresa industrial y comercial del Estado a partir del Decreto 2124 de 1992 “*Por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional - ADPOSTAL*”, expedido con fundamento en las facultades dadas al Presidente de la República en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política. (...) Este último aspecto sirve para destacar que si bien ADPOSTAL era a la fecha del decreto acusado una empresa industrial y comercial del Estado que prestaba un servicio público, este servicio no era de ninguno de los servicios públicos domiciliarios regulados por la Ley 142 de 1994 (...) De esa forma aparece claramente que las empresas industriales y comerciales del Estado, contrario a lo sostenido por el actor, sí hacen parte o integran la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional, y por lo mismo están en el ámbito de la facultad constitucional en comento del Presidente de la República, desarrollada y regulada por el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, que al efecto es concordante con el artículo 38 precitado, por tratarse en este caso concreto de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, esto es, la de suprimir u ordenar la liquidación de esa clase de empresas y

de las entidades u organismos señalados en el pretranscrito artículo 38, por las causales previstas en aquella ley. 4.1.6. En ese orden, para la supresión y orden de liquidar ADPOSTAL no se requería facultad extraordinaria alguna, de modo que las otorgadas al Presidente de la República en el artículo 120 de la Ley 489 de 1998 no tuvieron ninguna incidencia ni relación con la decisión que en tal sentido adoptó el Gobierno Nacional mediante el decreto acusado, de allí que es totalmente irrelevante que las mismas se hubieran vencido o no al momento de la expedición de ese decreto. 4.1.7. Ahora bien, siendo una atribución constitucional propia, ella no puede ser enervada por disposiciones de rango legal o reglamentario, como son las del Decreto 2124 de 1992, mediante el cual se reestructuró ADPOSTAL en empresa industrial y comercial del Estado, según atrás se anotó, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo 20 transitorio de la Constitución Política al Presidente de la República, las cuales, en la medida en que guarden relación directa con la existencia, estructura, naturaleza jurídica y funciones de una empresa industrial y comercial del Estado, resultan ser disposiciones al alcance de la facultad presidencial y por ende pueden ser afectadas en su vigencia por los actos que el Presidente de la República expida en ejercicio de la misma, de conformidad con la ley que la regula, como el decreto objeto de este proceso. Por ende, no es factible jurídicamente que se pueda predicar incompetencia por razones de la jerarquía normativa del referido Decreto 2124 de 1992, toda vez que el objeto o la materia de que se ocupa es susceptible de la facultad constitucional en comento, que frente a disposiciones de rango legal se encuentra sujeta a la “ley de autorización”, que en este caso es la Ley 489 de 1998, especialmente a su artículo 52, en concordancia con el 38 de la misma ley.

[Sentencia del 27 de enero de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2006-00400-00. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

2. a) Al Gobernador encargado o designado le son aplicables las causales de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Se solicitó ante el Tribunal Administrativo del Huila la pérdida de investidura de la Diputada FLOR PERDOMO ANDRADE, con fundamento en las causales establecidas en el artículo 48, numerales 1° y 6°, de la Ley 617 de 2000.

Extracto: Los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000 establece que “los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo” no podrán inscribirse como candidatos a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después a partir de su posesión en la respectiva circunscripción. No hay duda de que conforme con lo señalado por el artículo 303 de la Constitución Política, los Gobernadores son servidores públicos de elección popular para períodos de 4 años. Quienes “los reemplacen en el ejercicio del cargo” son las personas que de manera eventual asumen sus funciones en caso de falta absoluta o temporal. Recuérdese que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2002 quedó establecido que los períodos de los Gobernadores son de cuatro años, por tanto, durante el mismo período constitucional varias personas pueden ejercer el cargo de Gobernador, pese a que sólo uno de ellos sea elegido popularmente. No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección Quinta en varias oportunidades. (...) Tan irrelevante es el título que sirve de fundamento al ejercicio de funciones públicas para efectos de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades que éstas se extienden a los funcionarios de facto o de hecho, es decir, a quienes carecen de investidura o la tienen de manera irregular y desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado con la creencia del funcionario y de los asociados de que las ejerce legítimamente. En suma, las prohibiciones contenidas en las normas objeto de estudio son aplicables a “los Gobernadores, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo”, es decir, a todas las personas que, sin importar la causa o el origen de su nombramiento, ejerzan el cargo de Gobernador.

b) Se decreta la pérdida de investidura de una Diputada a la Asamblea del Huila por haber ejercido como Gobernadora en la misma circunscripción dentro de los 24 meses anteriores a su elección.

Extracto: Para la Sala, el artículo 31 numeral 7° de la Ley 617 de 2000 contiene una prohibición para quienes ejercieron el cargo de Gobernador o quienes hayan sido designados en su reemplazo, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, dentro de los 24 meses anteriores a su elección, dentro de la misma circunscripción. Si bien es cierto que la regulación normativa de las causales que acarreen pérdida de investidura para los diputados están previstas en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, también es cierto que el numeral 1 ídem, se refiere en lo pertinente a la violación al régimen de incompatibilidades, el que de acuerdo con el artículo 299 inciso 2° de la Constitución Política será fijado por la ley, el cual puede estar contenido en diversas disposiciones como ocurre en este caso, en la causal de incompatibilidad instituida en el artículo 31 numeral 7 de la citada ley 617. Los supuestos para que se configure la prohibición en estudio son: (i) que la conducta se realice por los Gobernadores o quienes sean designados en su reemplazo, (ii) que se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma circunscripción y; iii) que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después de ejercido dicho cargo. En el expediente obra copia auténtica del Decreto 1782 de 2005 (fl. 104), por el cual el Gobernador del Huila encargó a la demandada como Gobernadora Encargada a partir del 30 de noviembre de 2005 “mientras dura la ausencia del Gobernador titular”. El anterior documento prueba que la demandada ejerció el cargo de Gobernadora del Huila por encargo a partir del 30 de noviembre de 2005. En consecuencia, está demostrado el primer supuesto de la causal de inhabilidad invocada en la demanda. Asimismo obra copia de la solicitud de inscripción y constancia de aceptación a candidato a la Asamblea del Huila suscrita por la demandada y radicada el 8 de agosto de 2007 (fl. 109) así, está debidamente probado este segundo supuesto de la norma. La demandada ejerció entonces el cargo de Gobernadora del Huila por encargo el 30 de noviembre de 2005, y se inscribió como candidata para ocupar el cargo de Diputada en la misma circunscripción dentro de los 24 meses siguientes, esto es, el 8 de agosto de 2007, cuando no se había cumplido el término de la prohibición. Es indiscutible que el tercer supuesto de la norma también está acreditado. Como la elección de la demandada como Diputada a la Asamblea del Huila se produjo pese a la expresa prohibición de las normas citadas por el demandante como violadas, se incurrió en la causal de incompatibilidad como Gobernadora Encargada e inhabilidad para inscribirse como candidata a Diputada previstas en el artículo 48, numerales 1 y 6 de la Ley 617 de 2000, por lo que se impone revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, decretar la pérdida de investidura de la demandada.

[Sentencia del 2 de diciembre de 2010. Exp. 41001-23-31-000-2010-00055-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Pérdida de Investidura.](#)

3. Competencia en el sector agrícola del Instituto Colombiano Agropecuario I.C.A.

Se cuestiona, en acción de nulidad, la legalidad de la Resolución 00148 de 2005, “*Por la cual se expiden normas para la producción, importación, exportación, distribución y comercialización de semillas para siembra en el país*”, porque a juicio del demandante el Director del Instituto Colombiano Agropecuario I.C.A. al expedirla violó la cláusula general de competencia en cabeza del Congreso de la República y reglamentaria del Presidente de la República, pues limitó el ejercicio de la agricultura.

Extracto: A juicio de la Sala y, contrario al argumento de la actora, la competencia del I.C.A. en el sector agrícola se origina en la Ley 101 de 1993 (Ley General de Desarrollo agropecuario y Pesquero), en cuyo encabezamiento se citan los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política, estableciendo dentro de sus propósitos: “2. *Adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional*”. (...) De las anteriores normas (Artículos 65 de la Ley 101 de 1993 y 1 y 9 del Decreto 1840 de 1994) se observa que el Congreso de la República otorgó facultades al Instituto Colombiano Agrario -I.C.A.-, para desarrollar

las políticas y planes tendientes a la protección de la sanidad, la producción y la productividad agropecuarias del país. Igualmente, le otorgó la responsabilidad de ejercer el control técnico de las importaciones, exportaciones, manufactura, comercialización y uso de los insumos agropecuarios destinados a proteger la producción agropecuaria nacional. Además, se observa que las normas transcritas del Decreto Reglamentario 1840 de 1994, que el actor no demandó, le otorgaron entre otras facultades al I.C.A., la de reglamentar la comercialización, importación exportación de las semillas para siembra, utilizado en la producción agropecuaria nacional, así como reglamentar y planificar la producción y asignación de semillas básica de los materiales de propiedad del Estado. Igualmente, determinar los requisitos para el registro de los insumos agropecuarios que se importen, exporten, produzcan, comercialicen y utilicen en el territorio nacional y las condiciones de calidad, eficacia, y seguridad y las metodologías y procedimientos de referencia para su determinación en los insumos agropecuarios, como también, la de aplicar el régimen de protección a las variedades vegetales. Por consiguiente, las normas acusadas por el actor, no violan los artículos 150 ordinal 8, 189 ordinal 11, 333 y 334 de la Constitución política, respecto a la competencia del I.C.A. para expedir el acto administrativo.

[Sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00114-01. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

4. Tasa de uso: Recaudo por Terminal de Transporte

Se cuestiona, en acción de nulidad, la legalidad parcial del artículo segundo de la Resolución 2222 de 2002 expedida por el Ministerio de Transporte, que fija las tasas de uso que deben cobrar los terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera homologados o habilitados por el Ministerio de Transporte, en lo atinente a la frases “*el cual será creado por las entidades gremiales nacionales del transporte terrestre intermunicipal de pasajeros*”

Extracto: La Sala no evidencia en la disposición acusada (Artículo 2 de la Resolución 2222 de 2002 expedida por el Ministerio de Transporte) que establezca trato privilegiado a favor de sujeto o persona alguna, como tampoco en perjuicio de alguien, y menos que se pueda calificar de injustificado, ni que esté excluyendo a alguien en relación con la creación de organismos administradores de programas de seguridad, puesto que esa aptitud o posibilidad viene dada por la normatividad superior, en el contexto de la situación legal y reglamentaria a que se encuentran sujetas las empresas vinculadas a la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros intermunicipal e interdepartamental (terminales y empresas prestadoras de ese servicio), de forma tal que la intervención de las mismas en el recaudo de la tasa de uso, antes que constituir un facultad o derecho, es uno de los tantos deberes u obligaciones que tienen en relación con el propósito de garantizar la seguridad y demás condiciones señaladas en la ley para la mejor y más adecuada prestación de dicho servicio. Por consiguiente, el cargo de violación del artículo 13 de la Constitución Política no prospera.

[Sentencia del 2 de diciembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2008-00163-00. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

5. El Ministerio de Transporte está habilitado para revocar de oficio los actos particulares expedidos por las autoridades locales en materia de transporte terrestre automotor así se haya formulado previamente una solicitud improcedente de revocación

Extracto: El artículo 69 del C.C.A., establece que “los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en los casos allí previstos y el artículo 70 ibidem establece la siguiente causal de improcedencia: “*...No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa*” La simple lectura de los

textos demandados pone de relieve que la facultad de revocación a cargo de la administración procede de oficio o a solicitud de parte y en parte alguna condiciona el ejercicio de sus facultades oficiosas a que los sujetos interesados en las resultas de la actuación administrativa de que se trate hayan solicitado la revocación, sea que ésta proceda o no. El contenido del artículo 70 comentado establece de manera clara e inequívoca una causal de improcedencia para pedir la revocación directa de los actos administrativos, aplicable única y exclusivamente al peticionario que haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa, para impedir que pueda utilizar la institución de la revocación como una tercera instancia y vulnere, por tanto, los principios de economía y celeridad aplicables a la actuación administrativa por mandato del artículo 3º ibídem. En consecuencia, la administración puede revocar directamente sus propios actos, bajo las condiciones previstas en los artículos 69 y siguientes del C.C.A., cuando considere que se configuren las causales de revocación por razones distintas de las invocadas en una solicitud de revocación de parte interesada, sea ésta procedente o improcedente; o cuando las encuentre configuradas por las mismas razones alegadas por un peticionario en el evento de que su solicitud sea improcedente. Esta última fue la situación que se presentó en el sub lite pues, tal como consta en el acto acusado el Gerente de Transoriente S. A., solicitó al Ministerio de Transporte la revocatoria directa de las Resoluciones Nos. 080 del 22 de febrero de 1998; 093 del 04 de marzo de 1998 No. 126 del 05 de abril de 1998 ; No. 127 del 05 de abril de 1998; No. 129 del 05 de abril de 1998; No. 144 del 07 de mayo de 1998 y No. 145 del 07 de mayo de 1998, proferidas por el Alcalde del Municipio de El Santuario. No obstante, el Ministerio declaró expresamente que dicha solicitud era improcedente (...) No sobra agregar que, tal como manifestaron la parte demandada y el Agente del Ministerio Público, el artículo 60 de la Ley 336 de 20 de diciembre de 1996, - ESTATUTO GENERAL DE TRANSPORTE -, fundamento normativo del acto acusado, habilita al Ministerio de Transporte para revocar “de oficio” los actos particulares y concretos expedidos por las autoridades locales en materia de transporte terrestre automotor (...) Los argumentos expuestos demuestran de modo fehaciente que la autoridad demandada actuó de oficio al proferir el acto acusado y que estaba legalmente habilitada para hacerlo por las normas comentadas, independientemente de que se hubiera formulado previamente una solicitud improcedente de revocación.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2003-00360-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad.](#)

6. Al no estar registrada en Colombia la marca PITTSBURG STEELERS (equipo de fútbol americano) y al no haberse demostrado su notoriedad procede el registro de la marca STEELERS para distinguir productos comprendidos en la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza.

La sociedad NATIONAL FOOTBALL LEAGUE PROPERTIES, INC, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuestionó la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio declaró infundada la observación presentada por dicha compañía y concedió el registro de la marca STEELERS (Mixta), para distinguir productos comprendidos en la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza, a favor de la sociedad HILACOL S.A., por considerar, en síntesis, que su marca mixta “PITTSBURG STEELERS”, de la clase 25 es notoriamente conocida a nivel internacional y, por lo tanto, tiene mejor derecho al uso exclusivo del mismo que la marca mixta registrada STEELERS para la misma clase 25.

Extracto: Al respecto se ha venido sosteniendo que la calidad de marca notoria, por tratarse de una cuestión de hecho, debe demostrarse en forma suficiente en cada caso. (...) En las pruebas relacionadas se encuentra un listado correspondiente a todos los registros de propiedad industrial obtenidos por la marca opositora, y copias de los certificados de registro de la citada marca, que obran en el anexo número 2 del expediente. Al respecto, como lo ha sostenido esta Sección en diversas oportunidades, el certificado de registro de una marca constituye un mero indicio pero no plena prueba para demostrar la notoriedad de una marca. Además, en el anexo número 1 aparece un listado de los productos que aparecen en la página Web del equipo de los PITTSBURG STEELERS y copias de algunas publicaciones que a nivel mundial contienen tanto información como materiales de

la aludida marca, sin embargo, se observa, que en la mayoría de los casos no se especifican las fechas en que dichos documentos fueron elaborados, por lo tanto, no pueden ser valorados como prueba. Respecto a la declaración juramentada del señor GARY M GERTZOG, Secretario de NATIONAL FOOTBALL LEAGUE PROPERTIES, INC., tampoco puede ser considerada como prueba, pues no se desglosaron ni adjuntaron las cifras de ventas de productos con la marca PITTSBURG STEELERS. Por otra parte, el valor de US\$9,594.523, para el período comprendido entre los años 1997 y 2000, no acredita que dicha marca sea notoriamente conocida, por el hecho de no referirse a fechas anteriores a la de radicación de la solicitud del signo mixto PITTSBURG STEELERS clase 25 Internacional, del tercero interesado, lo cual no comulga con la norma comunitaria. En cuanto al dictamen pericial rendido por el señor MIGUEL ANTONIO MURCIA LEÓN, que obra a folios 273 a 283 del cuaderno principal des expediente, se destaca la conclusión de que la marca PITTSBURG STEELERS es notoria y mundialmente conocida. No obstante y como quiera que dicha experticia no se ocupó de establecer los presupuestos para determinar la notoriedad de la marca, tales como la extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los cuales fue registrada, la intensidad y el ámbito de difusión, el análisis de producción y mercadeo de tales productos, la Sala considera que las conclusiones del perito no están amparadas en un soporte objetivo que permita concluir que en efecto la marca opositora goza de notoriedad. Aparte de lo expuesto, la Sala observa que la marca PITTSBURG STEELERS no se encuentra registrada ni solicitada previamente en Colombia, lo cual lleva a colegir que la marca cuestionada, registrada a nombre de HILACOL S.A., tiene prioridad en nuestro país. Así las cosas, los cargos presentados por la actora no tienen vocación de prosperar, porque las evidencias aportadas no se encuentran revestidas de idoneidad y eficacia, al no probar suficientemente alguno o algunos de los aspectos enunciados en el artículo 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, tales como la extensión de su conocimiento entre el público consumidor; la antigüedad y su uso constante, la intensidad y su ámbito de difusión; el análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca, etc., aspectos de los cuales sólo fue probada la antigüedad de la marca, a través de los registros internacionales aportados, pero no su uso constante. La previsión normativa de los citados indicadores, hace imprescindible que se demuestre suficientemente la notoriedad de la marca, a diferencia del hecho notorio, que en este caso podría ser el equipo de fútbol americano PITTSBURG STEELERS, ya que la notoriedad del signo no se halla implícita en la circunstancia de que aquél sea ampliamente conocido en el ámbito deportivo. En este orden de ideas, al no acreditarse la notoriedad de la marca de la actora, los actos acusados gozan de plena legalidad. Además, aunque si bien es cierto existen similitudes ortográfica, fonética y conceptual entre las marcas en conflicto, así como en su parte gráfica, no lo es menos, que la marca de la actora no se encuentra registrada ni existe solicitud previa de registro en Colombia.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2003-00315-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

7. a) Deben inscribirse en el registro mercantil quienes se dediquen a la actividad de compra y venta de divisas de manera profesional.

Se demandan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, resoluciones expedidas por la DIAN, a través de las cuales se impuso una sanción por infracción al régimen de cambios al comprar en efectivo divisas por montos superiores a 3.000 dólares y no mediante cheque girado a nombre del vendedor.

Extracto: El inciso 2° del artículo 75 de la Resolución Externa núm. 8 de 2000, establece que los residentes en el país podrán comprar y vender divisas de manera profesional. Dicha actividad podrá realizarse previa inscripción en el registro mercantil. Quienes realicen esta actividad deberán suministrar la información y la colaboración que requieran las autoridades competentes, en especial la Fiscalía General de la Nación o la Unidad de Información y Análisis Financiero, para efectos de la prevención de actividades delictivas y de lavado de activos. Tanto de lo consignado en el certificado de existencia y representación legal de INVERSORA DE VALORES S.A., como de los documentos que

reposan en el expediente y de los argumentos expresados en la demanda, colige la Sala, sin mayor esfuerzo, que sus actividades encajaban dentro del concepto de cambistas profesionales. De ahí que insista a lo largo de la demanda y del recurso en poner de relieve que actuó con la debida diligencia para evitar el lavado de activos, identificando plenamente al beneficiario de sus pagos, que, precisamente, es lo que se exige a quienes se dedican a la actividad de compra y venta de divisas de manera profesional. En consecuencia, el primer cargo de la demanda, que enunció como violación al principio de legalidad, no tenía vocación de prosperidad, ya que, se repite, la sociedad INVERSORA DE VALORES S.A. sí era destinataria de la norma que se le aplicó (literal aa) del artículo 1º del Decreto núm. 1074 de 1999).

b) Constituye infracción cambiaria el pago en efectivo en la compra de divisas cuando su monto es superior al equivalente a tres mil dólares americanos

Extracto: El hecho por el cual se sancionó a INVERSORA DE VALORES S.A. no está descrito en el Decreto núm. 1092 de 1996. Empero, sí lo está en el artículo 75 de la Resolución núm. 8 de 2000, modificado por la Resolución núm. 3 de 2002, según el cual al comprar divisas, los cambistas sólo podrán pagar en efectivo el equivalente a tres mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$3.000). Montos superiores deberán pagarlos mediante cheque girado a nombre del vendedor de las divisas, con cláusula que restrinja su libre negociabilidad y para abonar en cuenta. No sobra señalar que la mencionada Resolución núm. 3 fue expedida el 7 de junio de 2002 y las compras de divisas por las cuales se investigó y sancionó a la actora, conforme al cuadro visible a folios 37 a 41 del cuaderno núm. 2, son posteriores a dicha fecha. Ahora, la norma que se tuvo en cuenta para imponer la sanción fue el literal aa) del artículo 1º del Decreto núm. 1074 de 1999, preexistente a la ocurrencia de los hechos. (...) La norma antes transcrita claramente consigna que en el caso de violaciones a las normas que conforman el Régimen Cambiario no comprendidas en los literales allí citados y que se refieran a operaciones de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se impondrá una multa de diez salarios mínimos mensuales.

[Sentencia del 17 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-24-000-2005-01291-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. La indemnización por supresión de cargo de un empleado de libre nombramiento y remoción de periodo fijo, se debe reconocer por el tiempo que reste del faltante periodo.

Situación fáctica: El problema jurídico expuesto, se contrae a establecer, si hay lugar a reconocer indemnización a un funcionario de periodo fijo que sin haberlo cumplido se le suprime el cargo.

La relación jurídica que se estructura entre la administración y su servidor contiene elementos objetivos de los que no es posible prescindir en forma discrecional, pues en ellos están inmersos no solo la buena fe de las personas en sus relaciones con la administración mediadas por el ordenamiento jurídico, sino evidentemente la capacidad reguladora de la norma jurídica nutrida esencialmente por su aptitud para generar vínculos estables predecibles y auténticamente suficientes para originar confianza entre los asociados, de tal suerte, que el espacio de permanencia establecido en el cargo que denominamos de periodo si bien no es fuente para derecho adquirido, si es fundamento para la confianza y estabilidad de una relación jurídica amparada por el derecho. La confianza produce entonces expectativas legítimas que el Estado debe proteger, lo que a su vez genera seguridad jurídica en los administrados y evita que haya una ruptura abrupta y sorpresiva del vínculo laboral. Lo anterior implica, que a diferencia de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, los de periodo tienen una estabilidad

relativa que les brinda el derecho al cargo por el periodo para el cual fueron nombrados y los ubica en una posición intermedia entre estos y los funcionarios de carrera, que merece una específica protección al enfrentar el perjuicio legítimo que se le causa por una decisión de interés general y el nombramiento de periodo que en principio le fue garantizado. Ese desequilibrio de cargas, solo puede ser subsanado por la administración mediante el pago de una indemnización que cubra lo dejado de percibir durante el tiempo faltante del periodo. Si bien, no hay norma expresa que así lo autorice como lo dijo la demandada, el vacío debe resolverse a favor del trabajador en virtud de los principios de favorabilidad, e *indubio pro operario*, respaldados además, en la protección que le confiere la Carta Política al trabajador y específicamente por la aplicación analógica con las normas de carrera administrativa, que para el caso específico está contemplado en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

[Sentencia de 10 de febrero de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2001-07885-01\(1653-08\) MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. El empleado de carrera que desempeñe un cargo en encargo y teniendo consolidado el derecho de gozar de la prima técnica por evaluación de desempeño, no tendrá derecho a percibirla durante el tiempo que dure el encargo por carecer de causa jurídica para ser otorgada dicha prestación periódica durante ese lapso y podrá ser reconocida nuevamente una vez termine éste.

Situación fáctica: El problema jurídico expuesto, impone revisar la normatividad general y especial que consagra el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño, en aras de definir su ámbito de aplicación, los requisitos y las restricciones que permitan esclarecer la existencia del derecho en el sub examine.

El parágrafo 2° del artículo en mención dispone que el término de duración de las situaciones administrativas en las que pueda encontrarse un empleado de carrera, cualquiera que éste sea, no se tendrá en cuenta para la evaluación o la calificación. De acuerdo con lo anterior, la calificación de servicios se efectúa únicamente a empleados de carrera que se encuentren en desempeño de sus cargos, con una periodicidad anual, inhibiéndose la posibilidad de realizarla cuando estos se encuentren en situaciones administrativas como el encargo, caso en el cual debe realizarse la respectiva calificación parcial al momento de inicio de la misma. Así, de acuerdo con las normas que regulan la calificación de servicios y los requisitos que habilitan el reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, no hay lugar en el sub examine a dicha prestación durante los periodos en que la actora se desempeño bajo encargo exactamente con posterioridad al 28 de febrero de 2002, fecha hasta donde la evaluación anterior logró consolidar el beneficio aludido a favor de la actora, en primer lugar porque son presupuestos del derecho a la prima técnica por evaluación del desempeño, el ejercicio de un empleo en propiedad y en este caso el empleo se desempeñó en encargo durante los periodos en discusión; en segundo lugar, por la inexistencia de calificaciones que dieran continuidad al goce del derecho y la restricción legal de efectuarlas bajo situación de encargo; y en tercer lugar, porque la prima técnica por evaluación del desempeño es un derecho de causación anual de manera que el derecho que venía ostentando la actora no podía prolongarse por un término mayor al que le otorgaba la ley, cuya prorroga se encontraba sujeta ineludiblemente a la existencia periódica de calificación de servicios en porcentaje superior al 90%. En efecto, la prima técnica por evaluación de desempeño es una prestación periódica de tracto sucesivo, de manera que su consolidación como derecho adquirido esta sujeta a la anualidad respectiva y se renueva únicamente luego de la obtención de la nueva calificación superior so pena de su extinción, de manera que esta constituye presupuesto esencial para su causación y/o mantenimiento. Así al no desempeñarse cargo en propiedad, al no existir calificación de servicios y siendo su goce anual, mal podría extenderse dicho beneficio indefinidamente durante todo el periodo en que la actora estuvo bajo situación de encargo pues se postergaría un derecho sin causa jurídica que lo sustente, es decir, sin la configuración de los supuestos de hecho y de derecho que dan lugar al mismo. Ahora, si bien el encargo es una situación objetiva derivada de las necesidades

del servicio, circunstancia no atribuible a la actora, no existe ningún elemento legal con fundamento en el cual se pueda postergar su goce, pues si la percepción del estímulo económico se encuentra ligada estrechamente a la calificación de servicios superior, que a su vez se obtiene por el ejercicio de un cargo en propiedad, en ausencia de tales supuestos se torna imposible su continuidad aun cuando no haya operado alguna de las causales taxativas para su extinción.

[Sentencia de 10 de noviembre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-02826-01\(2273-07\) MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. El derecho de opción de reincorporación por supresión de cargo otorgada por error de la administración a un empleado que no ocupa un cargo de carrera, no le da derecho a dicha opción.

Situación fáctica: El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de la negativa del Municipio de Santiago de Cali de reconocerle al actor sus derechos de carrera, de cara a la preexistencia, presuntamente, de una situación consolidada en su favor.

El tratamiento de empleado de carrera administrativa, empero, no se consolidó por este sólo hecho pues tal como lo hemos advertido en acápites anteriores lo que dota a la vinculación legal y reglamentaria de dicha condición es la forma en que se accede al cargo y el acto que así lo establece; razón por la cual, el otorgamiento del derecho de opción no le garantizaba al actor un trato ilimitado en el tiempo de empleado de carrera, pues, de comprobarse, tal como lo hizo la Administración, la comisión de un error que no fue advertido tampoco por el empleado era viable finalmente no tener en cuenta al señor Lozano Zapata con derecho de preferencia para ser reincorporado a la nueva planta de personal. Por lo anterior, no puede sostenerse en el presente asunto, como lo hizo el actor, que se presentó una revocatoria directa de acto particular y concreto sin el consentimiento previo del afectado, pues, se reitera, la concesión del derecho de opción en dicho momento no le otorgaba la naturaleza de carrera administrativa a su vinculación, esta última estuvo dada por el acto de ingreso, el cual sí generó una situación a favor del mismo que no se acreditó en este proceso que se hubiera desconocido por la Administración.

[Sentencia de 17 de febrero de 2011, Exp. 76001-23-31-000-2003-02944-02\(1147-10\) MP. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. La conciliación prejudicial en el tema de actualización de las mesadas pensionales reconocidas sin el ajuste o indexación de las sumas que constituyen la mesada pensional desde cuando se adquirió el derecho, es viable puesto que con ella se protege a las personas de la tercera edad.

Situación fáctica: En el presente asunto la pensión de jubilación, efectiva a partir del 12 de marzo de 1988, reconoce y paga con valores desactualizados pues la entidad no actualizó el valor de lo devengado en el último año de servicios durante los años que le faltaron para adquirir el derecho y cumplió con los requisitos para acceder a esa prestación.

La presente conciliación en los términos aprobados, en lo sustancial, están plasmadas las voluntades de las partes contenidas en el Acuerdo Conciliatorio, así; 1) La entidad reconoció que debió actualizar la base pensional del demandante, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación; 2) Estos dineros, también deben ser ajustados al valor pues también sufrieron detrimento por el transcurso del tiempo; y 3) Aunque la parte demandante, como se observa en el cuadro anexo, estaba de acuerdo en ceder parte de la actualización del valor reconocido, como se observa en el proyecto de reliquidación aportado al trámite conciliatorio, nótese que esta cediendo hasta un 50% de la indexación (folios 24 a 33), lo que indicaría que debieran castigarse los valores reconocidos por concepto de indexación en este porcentaje. Pero, observa la Sala que en este caso no es procedente reducir el porcentaje porque el demandante consideró que iba a recibir la suma de \$47.805.089, pero aplicando la prescripción da un valor menor de \$33.565.766, lo que hace

improcedente castigarlo. Lo antes dicho sin perjuicio de reconocer que estos valores pueden ser objeto de conciliación, porque no se trata de derechos laborales irrenunciables, sino de una depreciación monetaria que puede ser transada.

[Sentencia de 20 de enero de 2011, Exp. 54001-23-31-000-2005-01044-01\(1135-10\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Conciliación Prejudicial.](#)

5. Se decreta la nulidad parcial del literal b) Artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, pues el exigir como requisito para conservar el régimen de transición a quienes se trasladan del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte de haber permanecido en él y los rendimientos que se hubiere obtenido, excede la facultad reglamentaria del gobierno nacional. Igualmente, se declara la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a la conexidad directa con el literal b).

Determinar si el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución Política al establecer el requisito dispuesto en el literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003 para que pueda llevarse a cabo el regreso al régimen de prima media de los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro Individual sin perder los beneficios de la transición

Al efectuar la Sala una comparación entre las condiciones previstas por la Corte Constitucional al declarar exequibles los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los requisitos del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, en especial el literal b), objeto de la demanda, se encuentra que no hay identidad entre los mismos, ya que lo dispuesto en el decreto reglamentario resulta lesivo, en la mayoría de las ocasiones, para quienes tienen la intención de volver al RPM con los beneficios de la transición, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo sus rendimientos, no resulta suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que por ley - art. 52 L.100/93- administra el Instituto de Seguros Sociales, entidad que conforme lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2006 se deberá liquidar y se creará la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES. En efecto, al exigir el decreto reglamentario que para mantener el régimen de transición es necesario que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte en caso de que hubieren permanecido en el RPM y agregar, además, que el cálculo del saldo se conforma “incluyendo los rendimientos que se hubieren obtenido en este último”, se coloca a quienes pretenden recuperar la transición en una condición que, en palabras del actor, resulta en la práctica casi imposible de cumplir, si se tiene en cuenta que un sencillo análisis financiero permitiría concluir que los rendimientos globales de los recursos del fondo común que está conformado, entre otros, por los aportes legales de todos los afiliados, resultan ser muy superiores a los obtenidos en cada una de las cuentas individuales e independientes del fondo de pensiones en el RAIS. De lo anterior se colige que el gobierno al dictar un decreto por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, incluyó dentro del texto del mismo la forma como deber darse aplicación al régimen de transición, situación que está prevista en una norma diferente de la misma ley, vale decir, en el artículo 36. De acuerdo con todo lo anterior, se accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003 por cuanto, con las exigencias allí previstas, el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, en consideración a que la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema y el reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada. Tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional que hace tránsito a cosa juzgada se refieren a la equivalencia entre el saldo y los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto, como sí se hizo en los apartes objeto de la demanda. Asimismo, se declarará la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a su conexidad directa con el literal b) que se anula en la presente decisión, porque la única condición para que le resulte aplicable el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 una persona que a 1° de abril de 1994 tenía

mínimo 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es que al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media, traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual, razón por la cual no se debe realizar consideración alguna respecto del valor del bono pensional para la procedencia del traslado.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2007-00054-00\(1095-07\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad](#)

6. Se ordena el reconocimiento de la sustitución pensional a cónyuge y compañera permanente de Cabo de la Policía Nacional, en consideración a:

a) El reconocimiento de la sustitución pensional se rige por el principio de igualdad entre la cónyuge y la compañera permanente.

Si bien el artículo 173 del Decreto 1212 de 1990 señala únicamente en el orden de beneficiarios de la asignación de retiro a la cónyuge sobreviviente, también lo es que a la luz de la Constitución Política de 1991, las disposiciones que establezcan un trato discriminatorio injustificado entre ésta y la “compañera permanente”, deben ser objeto de una interpretación extensiva, para cobijar, amparar o responsabilizar a la última. Así las cosas, respecto de la titularidad de la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges y “compañeras” supérstites porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a ese beneficio.

b) Por aplicación en el sector Defensa de la normas que consagran el reconocimiento compartido de la sustitución pensional entre la cónyuge y compañera permanente, en proporción al tiempo compartido.

Como el vínculo constitutivo de la familia (matrimonio o unión de hecho) es indiferente para efectos del reconocimiento del porcentaje que se pretende, un factor determinante para establecer quién tiene derecho a la sustitución pensional en caso de conflicto entre la cónyuge y la “compañera” supérstite es la demostración de vida en común, apoyo, auxilio y entendimiento de la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes. Para la Sala, como el aparte de la letra b del artículo 13 de la ley 797 de 2003, declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, fue reproducido en la ley 923 de 2004 (numeración 3.7.2 del artículo 3º) y en el decreto 4433 del mismo año (letra b, parágrafo 2 del artículo 11), es claro que estas últimas previsiones, del sector defensa, deben ser interpretadas y aplicadas, atendiendo el alcance señalado en la sentencia C-1035/08. Acreditada en el plenario una convivencia simultánea de 14 años, los cuales transcurrieron de forma continua e ininterrumpida antes del deceso del causante, se acogerá el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la letra b del artículo 13 de la ley 797 de 2003, para resolver el conflicto planteado, asignando, en proporción al tiempo de convivencia, el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto Cabo Segundo (R) José Roberto Rincón Acevedo, entre la cónyuge y la “compañera” supérstite. Es importante precisar que, como bien lo dijo esa Corte, la adopción de una regla proporcional al tiempo de convivencia, no es caprichosa sino que obedece al criterio fijado por el propio legislador.

[Sentencia de 3 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2000-05470-01\(5470-05\). MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y establecimiento.](#)

7. Por ser aplicable el régimen general de pensiones a los docentes, computable el tiempo prestado en el servicio militar y cumplir con el requisito de tener 15 años de servicio a la vigencia de la Ley 33 de 1985, que hace aplicable el régimen de excepción, se ordena el reconocimiento pensional a los 50 años de edad, según lo reguló la Ley 6 de 1945.

Se demandó la nulidad parcial de la Resolución 0659 del 27 de abril de 2004, mediante la cual el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación a partir del 24 de diciembre de 2003, negándole su reconocimiento a los cincuenta (50) años de edad, conforme a lo establecido en la Ley 6ª de 1945.

Los docentes que pertenecían al orden departamental, nacionalizados por virtud de la Ley 43 de 1975, cuyas prestaciones se causen hasta la fecha de promulgación de la citada Ley 91 de 1989, las normas que gobiernan el aspecto prestacional son, según el caso, las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985. De otra parte, si bien el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, y a su vez el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, a excepción de los indicados en el artículo 32 y que, de igual forma la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneraciones, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones. Como se sabe, los docentes que prestan sus servicios en entidades del estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (art. 3º del Decreto 2277/79) pero, en manera alguna, lo relativo al régimen pensional; las citadas normas no previeron requisitos especiales para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales. En el proceso bajo examen, se observa que el demandante laboró como Soldado del Ejército Nacional desde el 27 de febrero de 1968 hasta el 14 de enero de 1970, para un total de tiempo de servicios de un (1) año, diez (10) meses y diecisiete (17) días, de conformidad con la certificación de tiempo de servicio militar. Conforme a lo anterior, sumado el tiempo laborado por el actor como Soldado al servicio de Ejército Nacional junto a los servicios prestados como docente en el Departamento del Tolima, se observa que los 15 años fijados por la ley para tener derecho al tratamiento excepcional, fueron cumplidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985); por tanto, tiene derecho a pensionarse a la edad de los 50 años fijados en la Ley 6ª de 1945 para los empleados de las entidades territoriales, así como lo estableció la Ley 33 de 1985 tantas veces mencionada.

[Sentencia de 10 de febrero de 20101, Exp. 73001-23-31-000-2004-01598-1\(0450-09\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

8. El derecho de petición no es aplicable a las autoridades judiciales en el curso del proceso.

En ejercicio del derecho de petición se solicitó se dictara sentencia en el proceso que se adelanta ante la Corporación.

Invocando el derecho de petición y aduciendo circunstancias económicas difíciles, los señores Luis Vela Garavito, Carlos Anibal Caballero Tarazona, Cosme Toscano Moreno, Juan Bautista Bustos Rivera, Ramiro Giraldo Bayona, José Juan Pinto Cristancho, Nelly Cáceres, Orlando Torrado, Martha Rodríguez P., Eduardo Salazar y Zoraida Muñoz Quintero, solicitan al despacho se dicte sentencia de segunda instancia dentro del radicado de la referencia. Al respecto, se ordena que por la secretaría se de respuesta a la petición, informándole a los peticionarios, que el derecho de petición descrito en el artículo 23 de la Constitución Nacional conforme lo ha reiterado la Corte Constitucional, “no es aplicable a las autoridades judiciales en el curso de los procesos, ya que estos se rigen por las normas legales propias de cada uno, sin que sea lo adecuado impulsarlos mediante la formulación de peticiones en cada uno de los momentos procesales”. Tampoco procede este derecho para poner en marcha el aparato judicial “...o para solicitar a un servidor público que cumpla sus funciones jurisdiccionales ya que esta es una actuación reglada que esta sometida a la ley procesal”. Así mismo hágasele saber a cada uno de los peticionarios que, acorde con lo anterior, el trámite dado al recurso

se ha surtido con la celeridad que los términos lo permiten y que de igual manera y según el turno correspondiente y la carga de trabajo existente, se proferirá la sentencia de segunda instancia.

[Auto de 17 de febrero de 2011, Exp. 68001-23-15-000-2003-02500-01\(0138-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

9. Se ordena el reconocimiento de la pensión de jubilación docente teniendo en cuenta como factor de liquidación la hora cátedra.

El artículo 11 del Decreto 259 de 1981, previó las equivalencias de las horas cátedra así: un mínimo de doce (12) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a un año de servicio; y menos de doce (12) y hasta seis (6) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a medio año de servicio. Con posterioridad el artículo 4 del Decreto 52 de 1994, reguló el límite máximo de 16 horas semanales para la prestación de la Docencia por hora cátedra, tiempo que será tenido en cuenta para los ascensos (art. 11 Decreto 2277 de 1979) y para la liquidación de vacaciones y Prima de Navidad. Por lo anterior, deberá liquidarse la mesada pensional teniendo en cuenta las horas cátedra acreditadas por el actor, teniendo en cuenta que son un factor efectivamente devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

[Sentencia de 27 enero de 2011, Exp. 08001-23-31-000-2007-00112-01\(0045-09\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

10. Se declara la nulidad del párrafo primero del artículo 4 del Decreto 3454 de 2006, que exige en el concurso de méritos de notarios la certificación de conducta y antecedentes en los que conste la situación o definición de los procesos penales en los que el aspirante hubiere sido sindicado, por desconocer el contenido del artículo 4º párrafo 2º de la Ley 588 de 2000 que reglamenta, y vulnerar el 29 constitucional que dispone que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

En punto a que con la exigencia de la certificación de conducta y antecedentes en los que conste la situación o definición de los procesos penales en los que el aspirante hubiere sido sindicado, tal y como lo afirma la demandante, se desconoce por el ejecutivo el contenido del artículo 4º párrafo 2º de la Ley 588 de 2000 que el Decreto 3454 de 2006 reglamenta y se vulnera el 29 constitucional que dispone que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. En efecto encuentra la Sala que el ejecutivo está exigiendo un requisito que no se compadece con la ley que esta reglamentando y adicionalmente no se encuentra justificación alguna para la solicitud de esta certificación de conducta. Lo anterior, porque, en la Ley 588 de 2000, se describe como limitante y excluyente para el ingreso al concurso, únicamente la existencia de sentencia condenatoria sea esta de índole penal, disciplinaria o administrativa. Y al exigirse por el ejecutivo en el Decreto reglamentario una certificación de conducta o de antecedente de haber estado sindicado, le crea una carga más al aspirante y además, desconoce el principio de presunción de inocencia, dado que únicamente las sentencias condenatorias constituyen antecedente. En este orden de ideas, es evidente que el ejecutivo al consagrar y exigir esta certificación, desbordó la facultad reglamentaria en cuanto está yendo más allá del ámbito de aplicación de la norma, creando, como ya se ha dicho, un requisito adicional al que la norma que reglamenta contempla.

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-25-000-2006-00133-00\(2085-06\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

11. Se ordena el pago de prestaciones sociales a supernumerario vinculado con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, que prohibía su reconocimiento cuando la vinculación no excedía el término de 3 meses, por pérdida de la fuerza ejecutoria y encontrarse viciado de inconstitucionalidad el acto administrativo al momento de su expedición

El juzgamiento que delimita la segunda instancia lo constituye la inconformidad del apelante, que en este caso se contrae a que no se puede dar aplicación a lo previsto en la Sentencia No. C-401 de 1998, que declaró inexequibles el inciso tercero y la expresión "Cuando la vinculación del personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales", contenida en el inciso quinto de dicho artículo, por haber sido proferida con posterioridad a las situaciones fácticas descritas y probadas

Si bien es cierto la vinculación de la actora fue antes de proferirse la sentencia de inexequibilidad, lo cierto es que no se trata de una situación jurídicamente consolidada, pues de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de prestaciones sociales en una relación en la que se comprueban los tres elementos del vínculo laboral, es exigible desde el momento en que este se reconoce, es decir, con la sentencia que lo acredita, hasta el momento en que esto ocurra la demandante tiene una mera expectativa. Así las cosas, una vez proferida la Sentencia C-401/98 desapareció el fundamento jurídico del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, lo que conlleva la pérdida de fuerza ejecutoria de las decisiones administrativas que con fundamento en las normas declaradas inexequibles se hayan proferido. Sumado a lo anterior, si bien la declaratoria de inexequibilidad del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, en los apartes referidos, de acuerdo con la Sentencia C-401/98 tiene efectos hacia el futuro, ello no impide que el juez se pronuncie sobre la legalidad del acto acusado proferido con fundamento en disposiciones declaradas inexequibles, por cuanto es manifiesto que desde su origen, el acto nació viciado de inconstitucionalidad.

[Sentencia de 17 de marzo de 2011, Exp. 15001-23-31-000-2001-03093-01\(2196-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Se niegan las pretensiones de la acción pública de nulidad interpuesta contra los artículos 77, parágrafo 2 y 82, inciso 1 del Decreto 2474 de 2008, "Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones".

a) Para tomar la decisión la Sala de la Sección Tercera - Subsección C, consideró que no le asistió razón al demandante al sostener que el parágrafo 2 del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, contradice el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007. El recurrente fundamentó su petición de nulidad, al sostener que el decreto reglamentario estableció de manera general un acto administrativo que justificara la contratación directa y por lo tanto la Administración al obviar este requisito infringe lo dispuesto en la citada ley.

Extracto: "si lo que echa de menos el actor -que es en lo que consiste la demanda de nulidad- es que en esta clase de contratos no se cumpla lo que ordena el artículo 2 parágrafo 1 de la ley 1.150; resulta que no es cierto, porque es claro que los "contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión" también requieren de los estudios y documentos previos, requisito que necesaria e indefectiblemente exige el cumplimiento de este otro requisito legal, pues el numeral 3, del artículo 3, del decreto 2.474 requiere, expresamente, que en estos estudios se indiquen "Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección". Tan claro es el asunto que si se hace la siguiente abstracción se comprenderá mejor el tema: Si en gracia de discusión se derogara el actual art. 77 del decreto 2.474 de 2008, en todo caso subsistiría la obligación de la entidad de exponer los fundamentos de la modalidad de selección que empleará, sencillamente porque seguiría vigente el art. 3, num. 3, que desarrolla el art. 2 parágrafo 1 de la ley 1.150 -que es el fundamento real de este requisito-. En estos términos hoy existe cierta redundancia entre las dos normas del

reglamento que se viene comparando, ambas tienden al mismo tema; pero no cabe duda que el art. 3.3 del decreto satisface plenamente la exigencia de ley.”

b) La Sala de la Sección Tercera, subsección C consideró igualmente, que la causal de contratación directa contenida en el literal h) del artículo 2.4 de la ley 1150, dispone que se puede contratar sin que se requiera obtener varias ofertas, cuanto se trata de un contrato de prestación de servicios de naturaleza intelectual, diferente a los de consultoría, que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Extracto: “Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato. En los términos analizados, la Sala negará la pretensión del actor, porque la causal de contratación directa contenida en el literal h) del art. 2.4. de la ley 1.150 -“h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”- se contrata sin que se requiera obtener varias ofertas, porque hace parte de una de las causales de contratación directa, de allí que no necesita de un proceso de comparación entre oferentes, cuya diferencia con las demás modalidades de selección es precisamente la manera como se puede escoger al contratista. Esta conclusión requiere una precisión final: Lo que se puede contratar directamente, bajo la causal del literal h) citado, y en los términos del inciso primero demandado del art. 82 del decreto 2.474 de 2008, es “... la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal...” para lo cual “... podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.” La Sala aclara que el alcance de esta noción, al que se circunscribe esta decisión, es el que le dio el mismo reglamento en el inciso segundo del artículo 82, esto es: “Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.”

c) De la misma manera, la Sala consideró que, si bien es cierto, en todos los procesos de selección de contratistas deben regir los principios de la contratación, también lo es que en cada proceso se pueden aplicar de manera matizada, porque mientras más sencilla sea la forma de selección menos intensos son los principios aplicables.

Extracto: “La publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos. Es así como, se sabe que la licitación utiliza esos principios -y otros más- de manera ampliada, casi hasta los límites posibles de cada uno, pues el contexto en el que se aplican y las etapas donde se desenvuelven, lo facilitan y lo exigen. No obstante, en la contratación directa no se puede pedir la misma intensidad de aplicación, como lo sugiere el actor. Se sabe que en un espacio más reducido -porque en la contratación directa el procedimiento prácticamente está simplificado a su mínima expresión-, la selección objetiva no puede ser idéntica a la que rige en la licitación, donde cualquier persona tiene la posibilidad de presentar ofertas. Lo mismo puede decirse de la publicidad o de la igualdad, y en general de los demás principios legales o constitucionales. Es legítimo que en este supuesto se disminuya la fuerza natural de los principios, pero eso no significa que desaparezcan, porque siguen actuando, pero en forma reducida, adaptándose a las circunstancias propias de espacios que se sabe no son los mismos que se presentan en la licitación.”

[Sentencia de 7 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-26-000-2009-00070-00 \(37.044\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCION DE NULIDAD](#)

2. La Sala de la Sección Tercera, Subsección A, indicó la importancia de precisar las salvedades, que susciten las partes, en el acta de liquidación bilateral del contrato estatal. Si bien señaló que, no es un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa, consideró que constituye un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, que incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones formuladas

El pasado 31 de marzo, la Subsección A, al decidir la apelación de un proceso de controversias contractuales entre un particular y la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, resolvió negar las pretensiones de la demanda y en su lugar conceder las instauradas en la demanda de reconvencción, esto es, condenar al contratista al pago de las acreencias laborales que tuvo que sufragar ECOPETROL, como consecuencia del incumplimiento del actor en sus obligaciones laborales. Adicionalmente, la Sala consideró que no eran procedentes las pretensiones del contratista, toda vez que en el acta de liquidación bilateral no consignó de manera clara y concreta las salvedades u objeciones de aquellos hechos o situaciones que se conocían; en tal sentido la Subsección A, indicó:

Extracto: “Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptase que la Sala debe pronunciarse respecto de tal incumplimiento, en tanto el actor en los hechos narrados hizo alusión a tal circunstancia, sería necesario establecer si esta solicitud resulta procedente -como presupuesto para estudiar la indemnización solicitada-, toda vez que la liquidación del contrato se realizó de mutuo acuerdo entre ECOPETROL y el demandante, mediante acta suscrita el 30 de septiembre de 1994. Para el efecto resulta indispensable examinar el acta de liquidación final del contrato suscrita entre las partes, con el fin de determinar dos aspectos: el primero, si el contratista en realidad dejó algunas salvedades respecto de su contenido y, de ser así, en segundo lugar, examinar si dichos reparos guardan correspondencia con las pretensiones formuladas en la demanda. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene: la relación de la obra ejecutada y su respectivo valor, los valores reconocidos al contratista, el valor adeudado por obra y el valor de una multa por incumplimiento. De la liquidación final del contrato se desprende un saldo a favor del contratista por valor de \$ 4'140.471,30, como resultado del balance del acta. Al final del acta, los representantes del contratista para efectos de la liquidación, dejaron una observación en el siguiente sentido: “Como liquidadores de parte del contratista no estamos de acuerdo con los valores tasados en esta liquidación. El contratista se reserva el derecho a la reclamación”, sin que se hubiese precisado el motivo de disconformidad con los valores, como tampoco la referencia concreta de los valores a los cuales se referían. Con fundamento en las ideas anteriormente expuestas, resulta evidente que la constancia dejada por el contratista no tiene la potencialidad de satisfacer las exigencias ya establecidas por la Jurisprudencia de esta Sala -constancias expresas y concretas sobre el tema objeto de diferencia-, para efectos de posibilitar una respuesta favorable a las pretensiones formuladas, toda vez que no satisface tales exigencias mínimas, porque una constancia como la analizada no busca cerrar adecuadamente la relación contractual, bien a paz y salvo o bien con advertencias claras de inconformidad; deja a una de las partes del negocio a la libérrima voluntad de la otra y de soportar demandas por motivos desconocidos para ella, cuando este tipo de problemas deben quedar, si no resueltos, cuando menos advertidos con claridad y precisión al momento de concluir definitivamente la relación contractual. Se concluye entonces que en el presente caso al recurrente tampoco le asistiría el derecho a reclamar en el sub-judice, toda vez que el acta de liquidación permanece incólume en el mundo jurídico, por tanto, produciendo los efectos jurídicos derivados de la misma en cuanto se trata de un negocio jurídico pleno y válido en la medida en que supone la declaración de voluntad -de ambas partes- exenta de vicios. En consecuencia, el recurrente no podría, so pretexto de haber consignado en el acta de liquidación que no está de acuerdo con los valores tasados y “que se reserva el derecho a la reclamación”, acudir a esta vía -jurisdiccional- a formular como pretensiones aquellas que en el momento oportuno no manifestó como motivos de inconformidad respecto de la misma, pues, además, no basta con la manifestación de cualquier reclamo, ni mucho menos, de la expresión genérica de dejar constancia de no estar de

acuerdo con los valores o de “reservarse el derecho a reclamar”, sino de aquél que deviene claro, concreto y expreso, tal como se ha venido reiterando de manera consistente por esta Corporación.”

[Sentencia de 31 de marzo de 2011. Exp. 68001-23-15-000-1997- 00942-01 \(16.246\). MP.: HERNÁN ANDRADE RINCON. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES](#)

3. El Consejo de Estado declaró la nulidad de las resoluciones números 011 de 31 de marzo y 015 de 17 de mayo de 1995, expedidas por el Alcalde municipal de Nóvita (Chocó) y condenó al municipio a pagar a favor del consorcio conformado por la sociedad E.V.S. Construcciones Ltda. y el señor Jaime Lozano Espinosa la suma de \$747'058.300.75, correspondiente al saldo pendiente de pago a favor del contratista

La Sala de la Sección Tercera - Subsección B, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocó la providencia recurrida proferida por el tribunal de instancia, que declaró la falta de jurisdicción de lo contencioso administrativo, por considerar que al contener el contrato una cláusula compromisoria, la controversia ha debido someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento. Las partes renunciaron tácitamente al pacto arbitral, la parte demandante porque presentó la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la demandada al guardar silencio y no proponer la excepción por falta de jurisdicción.

Las partes liquidaron el contrato de común acuerdo y suscribieron el acta bilateral de liquidación, quedando sujetas a lo estipulado en ella.

Extracto: “La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, también ha sido constante en considerar que se presenta una renuncia tácita al pacto arbitral, cuando quiera que se presenta la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, la parte demandada guarda silencio y no propone la excepción de falta de jurisdicción, lo cual habilita al juez para decidir la controversia sometida a su conocimiento. En virtud de lo expuesto, considera la Sala que, en el sub-lite, sí era procedente el análisis por parte del tribunal a-quo, de las pretensiones planteadas en su demanda por el consorcio E.V.S. Construcciones Ltda.-Jaime Lozano Espinosa, en la medida en que la entidad demandada, al no contestar la demanda, renunció tácitamente a la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato, razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar, se decidirá de fondo la controversia. (...) El acta bilateral de liquidación, es un acto jurídico -convención- en el que confluye la voluntad de las partes contratantes, la cual se presume que fue manifestada libre de vicios, y en consecuencia obliga a quien hizo la correspondiente manifestación, dirigida a finiquitar la relación negocial entre las partes y a dejarlas mutuamente a paz y salvo, es decir que ellas han dado su consentimiento para el logro de esta finalidad. Al respecto, el artículo 1502 del Código Civil, establece que “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (...) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. Al suscribir el acta, las partes están manifestando su conformidad con el contenido de la misma, es decir que lo aceptan como cierto y correcto, admiten la veracidad de las afirmaciones efectuadas en dicho documento y que las sumas consignadas como saldo a favor de una u otra de las partes, son las que corresponden a la realidad de la ejecución contractual; por ello no es de recibo que, con posterioridad, las partes desconozcan su propia palabra y actúen en contra de lo acordado venire contra factum proprium non vale, toda vez que ello atenta contra la buena fe que debe imperar en todas las relaciones negociales y específicamente en los contratos de la Administración (...) la jurisprudencia de la Sección ha considerado en forma reiterada que, frente a una liquidación de común acuerdo, las partes quedan sujetas a lo estipulado en ella y que sólo es posible disentir o renegar de su contenido, en la medida en que se impugne su validez con fundamento en alguno de los vicios del consentimiento: error, dolo o fuerza, pues de lo contrario, al suscribir el acta de liquidación bilateral sin observaciones, se torna inocua cualquier reclamación posterior sobre asuntos que fueron objeto del acuerdo liquidatorio. Por ello la única alternativa, cuando el contratista no está de acuerdo con todos los términos de la liquidación propuesta por la Administración -aparte obviamente de abstenerse de suscribirla-, es hacerlo con

objeciones o salvedades, es decir, consignando expresamente en ella la constancia de los puntos concretos respecto de los cuales no se comparte dicha liquidación, dejando a salvo de esta forma, el derecho de reclamar posteriormente por aquellos reconocimientos a los que se cree tener derecho y que no fueron incluidos en el acta.”

[Sentencia de 10 de marzo de 2011. Exp. 27001-23-31000-1995-02484-01 \(15.935\). MP.: DANILO ROJAS BATANCOURTH. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

4. Se niegan las pretensiones de la demanda de reparación directa interpuesta contra el municipio de Armenia, el Consejo de Estado revocó la providencia proferida por el tribunal de instancia, quien había accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la existencia del contrato de compraventa

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocó la providencia recurrida. La Sala consideró que en el presente caso se presentó una causal de nulidad absoluta por la violación al principio de transparencia y del deber de selección objetiva y procedió a declararla de oficio. Para adoptar la decisión adoptó lo estipulado en los artículos 44 y 45 de la ley 80 de 1993 que dispone que la nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes. Finalmente ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General para que investiguen las conductas de quienes celebraron el contrato.

Extracto: “El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso. En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato. Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder. (...). En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que el contrato de compraventa celebrado el 27 de noviembre de 1997 entre la sociedad Yamavalle Ltda., como vendedora, y el Municipio de Armenia, como comprador, se celebró violando el principio de transparencia y el deber de selección objetiva toda vez que la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca YAMAHA y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos., contrariando así los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994.”

[Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 63001-23-31-000-1998-00752-01 \(18.118\). MP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN CONTRACTUAL](#)

* Salvamento de voto manifestado por el doctor Enrique Gil Botero

5. Se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, por falla en la prestación del servicio de salud por parte del Instituto de los Seguros Sociales. La Sala, al valorar el acervo probatorio

consideró que la paciente tuvo complicaciones anestésicas en la práctica de una cirugía de vesícula, lo cual le ocasionó la muerte cerebral por 18 meses y su posterior deceso.

La Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, declaró patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales, y lo condenó al pago de la indemnización por perjuicios materiales y morales, estos últimos, equivalentes al valor máximo que por este tipo de daños ha venido concediendo la jurisprudencia, a favor de los familiares de una paciente que fue sometida a una cirugía de vesícula, presentando complicaciones anestésicas y falleció tras haber permanecido 18 meses en muerte cerebral. La Sala, reiteró la importancia de la valoración preanestésica de los pacientes y señaló la importancia de la existencia del documento en el que conste, que esta valoración si se realizó, adicionalmente precisó que ni siquiera se plasmó la anotación en la historia clínica.

Extracto: “En criterio de la Sala los presupuestos fácticos del asunto sub iudice, derivados del acervo probatorio al cual se ha hecho alusión en anterior apartado dentro de este pronunciamiento, conducen a determinar que en el presente caso se encuentra demostrada una falla en la prestación del servicio de salud a cargo de la entidad demandada y que esa falla está causalmente relacionada - al menos en grado de probabilidad suficiente, según se ha explicado- con la muerte cerebral y posterior fallecimiento de la señora Teresa Ortiz de Ducuara, por manera que al Instituto de Seguros Sociales resulta imputable la responsabilidad de resarcir los perjuicios originados en los daños cuya reparación reclaman los accionantes en el sub lite. Para la Sala la falla en el servicio se encuentra acreditada a partir de la valoración conjunta de los siguientes elementos probatorios: (i) la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara, en la cual no aparece documento o anotación alguna que dé cuenta de la valoración preanestésica que resultaba de rigor practicarle con antelación a la realización de la cirugía; no se olvide que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en exigir las máximas atención y cuidado a los profesionales de la salud en el diligenciamiento de las historias clínicas, al punto de sostener que tales documentos dan fe de que las actividades no reflejadas con claridad y precisión en ellas han de reputarse no realizadas; así lo expresó la Sala en anterior ocasión en la cual también se echaron en falta las anotaciones que en la historia clínica dieran cuenta de la realización de la obligatoria valoración preanestésica del paciente, falencia que dio lugar a que se entendiera configurada una falla del servicio que sirvió de sustento para declarar la responsabilidad de la entidad entonces accionada. [...] (ii) El dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses reafirma que el perito tampoco tuvo acceso a los documentos que permitieron concluir que la aludida valoración preanestésica sí fue realizada, al punto que el auxiliar de la Justicia debió contentarse con “presumir” que dicha labor sí fue llevada a cabo por el anestesiólogo y que los documentos que así lo acreditan deben reposar en otros archivos -del anestesiólogo mismo o de la E.S.E.-; sin embargo, los argumentos antes traídos a colación resultan suficientes para explicar la importancia de que los resultados de la valoración preanestésica consten en la historia clínica y por qué la ausencia de los mismos en dicho documento constituye una falla en el servicio; el propio dictamen pericial en comentario resulta claro al señalar que la actuación médica en examen es difícilmente defendible desde el punto de vista jurídico si no se demuestra la realización de los procedimientos pre o pos anestésicos; (iii) Desde el punto de vista indiciario -y no se olvide la trascendencia que en este tipo de juicios reviste el referido mecanismo probatorio indirecto, por las razones precedentemente anotadas-, dos elementos adicionales apuntan a corroborar la existencia de la descrita falla en el servicio: (a) El testimonio que rindió el anestesiólogo que intervino en el asunto sub iudice, en el cual se refieren más irregularidades - incluso posibles falsedades- en el diligenciamiento de la historia clínica de la paciente Teresa Ortiz de Ducuara y (b) la negativa de la entidad accionada a entregar a los demandantes copia de la historia clínica de la paciente, a pesar del estado de muerte cerebral de la misma, de lo cual se da cuenta en el relato fáctico realizado en la demanda y se desprende, asimismo, del contenido de las comunicaciones dirigidas en ese sentido por el ISS a los actores. Finalmente, la relación causal entre la mencionada falla y los daños ocasionados a los demandantes como consecuencia de la convalecencia y posterior muerte de la señora Ortiz de Ducuara puede tenerse por demostrada, en criterio de la Sala, con base en el dictamen pericial obrante en el plenario, en el cual se efectúa

ingente alusión a que la más probable causa de las dificultades post-operatorias y del deceso de la señora Teresa Ortiz fueron “complicaciones anestésicas”, esto es, reacciones de la paciente a la anestesia que muy difícilmente pudieron ser gestionadas de manera adecuada por el personal médico interviniente con base en una historia clínica deficientemente diligenciada, como se encuentra probado que ocurrió con la historia clínica de la señora Teresa Ortiz de Ducuara.”

[Sentencia de 9 de febrero de 2011. Exp. 73001-23-31-000-1998-00298-01\(18.793\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

6. Se niegan las pretensiones de la demanda de acción de repetición, interpuesta por el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS contra el exdirector de la entidad Jorge Aurelio Noguera Cotes

La Sala de la Sección Tercera, Subsección B., abordó el estudio del proceso donde el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS demandó en ejercicio de la acción de repetición, al ex director del DAS JANC., por haber expedido la resolución No. 01287 de 28 de junio de 2003, mediante la cual se aceptó la renuncia presentada por una funcionaria, asignada a la seccional Tolima. El Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso No. 02107-03, declaró la nulidad del acto en mención y condenó al ex funcionario al pago de \$151.187.605 a favor de la entidad, valor correspondiente a la suma cancelada a la funcionaria en cumplimiento de la sentencia proferida por el tribunal. Para adoptar la decisión la Sala no encontró demostrados los presupuestos y requisitos para la prosperidad de la acción.

Extracto: “Tal y como lo advirtió el Ministerio Público en su concepto, en el sub lite no se cumplieron los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción de repetición, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con su demostración, según se desprende de las pruebas incorporadas al expediente, así: No obra en el proceso prueba que acredite que la entidad pública demandante haya sido condenada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al restablecimiento del derecho de un particular por un daño antijurídico. En efecto, con la demanda tan sólo se aportó: a) copias simples que dicen contener una sentencia proferida el 9 de octubre de 2006 por el Tribunal Administrativo del Tolima, donde habría declarado la nulidad de la Resolución No. 01287 de 28 de julio de 2003, ordenando el reintegro de la señora Rubiela Charry Mallungo al cargo que venía desempeñando en el DAS y condenado a esta entidad al pago a favor de aquélla de todos los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta que se hiciese efectivo el reintegro; b) copia simple que dice contener el Edicto No. 00398, a través del cual se le habría notificado a las partes la citada sentencia de 9 de octubre de 2006 ; c) copia simple que dice contener el auto de 27 de octubre de 2007, mediante el cual no se habría concedido el recurso de apelación contra la anterior providencia. Dado lo anterior, es menester señalar que dichas copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Sobre el valor probatorio de las copias, la Sala ha recalcado que, por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, es aplicable el artículo 254 de este último (...) No se acreditó que la entidad demandante haya pagado a la víctima de un daño una suma equivalente a la cuantía materia de la pretensión que se reclama, es decir, no se demostró el pago total que pretende recuperar, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 678 de 2001. En la demanda la actora acompañó: a) Copia auténtica de la Resolución No. 001243 de 3 de abril de 2007 y de su notificación personal el día 9 de los mismos mes y año, por medio de la cual se ordena pagar la suma de (...) En el análisis de dichos documentos, la Sala estima oportuno reiterar las precisiones realizadas en sentencia de 5 de diciembre de 2006, sobre la carga que pesa sobre el actor de acreditar dicho pago total y efectivo en forma idónea y legal en los procesos de repetición (...) Tampoco se vislumbra que se hayan aportado pruebas o existan elementos de juicio tendientes a demostrar dentro del proceso una conducta dolosa o gravemente culposa de un

funcionario o ex funcionario o de un particular en ejercicio de funciones públicas, con ocasión a los hechos afirmados en la demanda, de los cuales considera la entidad pública actora que se encuentra amparada en las presunciones legales establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, las cuales invoca como aplicables al caso concreto.”

Sentencia de 28 de febrero de 2011. Exp. 11001-03-26-000-2007-00074-01 (34.816) MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPETICIÓN

*** Con aclaración de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo**

7. Se declara la responsabilidad patrimonial del Estado y se condena al Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar perjuicios morales a los demandantes, con ocasión de la desaparición y muerte de un joven a manos de miembros activos de la Policía Nacional, quienes conformaban un grupo de limpieza social que operaba en el municipio de Urrao

El pasado 24 de marzo del presente año, la Sala de la Sección Tercera - Subsección C, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, confirmó la providencia de primera instancia, al considerar probada la falla del servicio en que incurrieron miembros activos de la fuerza pública. Para la Sala es inadmisibles desde todo punto de vista que la Policía Nacional permita y patrocine que agentes de su institución hagan parte activa de grupos dedicados a desaparecer y asesinar personas, que supuestamente ostentan la calidad de criminales, más aún cuando el Estado ostenta la posición de garante.

Extracto: La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta.” De lo expuesto, se tiene por probado que en razón a los lamentables hechos ocurridos en el municipio de Urrao, se inició una investigación penal contra un civil y varios miembros activos de la Policía Nacional, y si bien es cierto, que éstos últimos fueron absueltos en consideración a que el delito que se les imputaba ya no estaba regulado en la normativa penal, no se puede desconocer que existían graves indicios en su contra relacionados con su participación en actividades criminales, como la desaparición, amenazas, intimidación y homicidio de varios habitantes del mencionado municipio. (...) En este estado de cosas, se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los autos, es de la ejecución de un ciudadano en una de esas mal llamadas “labores de limpieza social”, que constituyen sin lugar a ambigüedad alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad por mas deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado, de allí que, los hechos indicadores son suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en una falla del servicio y por lo tanto le es imputable el daño alegado. (...) En el caso *sub examine*, el daño no tuvo origen en el ámbito privado, personal, ni aislado por completo del servicio, toda vez que, era de público conocimiento en el municipio de Urrao, que algunos de los miembros del grupo de “limpieza social” eran agentes activos de la policía, y actuaban revestidos de esta condición, lo que vislumbra el ánimo o la intención de que el resultado fuera producto del servicio. (...) concluye la Sala, que a la entidad demandada se le debe imputar el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente por el mismo, como quiera que está demostrado que miembros activos de la Policía Nacional, hacían parte de un grupo de ‘limpieza social’ que operaba en el municipio de Urrao, y además, por el incumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del joven Montoya Rueda.”

Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 05001-23-26-000-1995-01411-01 (17.993). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

SECCIÓN CUARTA

1. a) La Superintendencia Bancaria (ahora Financiera) puede sancionar a las entidades financieras que rechacen las daciones en pago que les hagan sus deudores hipotecarios

Se resuelve si el Banco incurrió en infracción al negarse a formalizar las solicitudes de dación de pago presentadas por los deudores hipotecarios, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 2331 de 1998.

Extracto: Según el artículo 1° del Decreto 908 de 1999, la dación en pago rige respecto de un solo inmueble por deudor de crédito hipotecario para vivienda, es decir, que el beneficio es aplicable sólo al deudor hipotecario, esto es, a quien otorgó hipoteca sobre el bien inmueble adquirido como garantía de pago del crédito otorgado. El artículo 2° ib dispone que, los costos generados por la formalización de la dación en pago y por cualquier otro concepto relacionado con ella, están a cargo del respectivo establecimiento de crédito, y, por ningún motivo, podrán ser trasladados al deudor hipotecario. Y el artículo 3°, es claro en establecer que la oferta de dación en pago que realice el deudor de un crédito hipotecario es obligatoria para la entidad financiera, que no podrá rechazarla, ni exigirle al deudor pago adicional por ningún concepto. Es claro que la entidad financiera estaba legalmente obligada a recibir los inmuebles hipotecados en pago de las deudas pendientes, ofrecidos por las personas que se encontraban en la hipótesis de la norma, de lo que se colige que, presentada la oferta al banco acreedor, procedía su formalización, pues no podía rechazarla ni hacer más gravosa la situación del deudor, así los costos que dicho trámite le generara y los que hubieran surgido por “cualquier otro concepto” serían de cargo de la entidad crediticia y de ninguna manera podían ser trasladados al deudor hipotecario, beneficiario de la medida extraordinaria.

b) La facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria (Hoy Financiera) caduca a los tres (3) años de producido el acto que genera la sanción

En cuanto a la facultad sancionatoria de la Superintendencia Financiera, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época, disponía en el artículo 211 que, el Superintendente Bancario impondría las sanciones correspondientes si después de pedir explicaciones, a la institución sometida a su vigilancia, “se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido”. Es claro, que en el caso, la Superintendencia, con fundamento en la información conocida en el trámite de las quejas y las “explicaciones” dadas por el Banco, el 23 de octubre de 2001 y el 10 de mayo de 2002, constató que CONAVI no aceptó las “daciones en pago” ofrecidas por los quejosos, aunque legalmente estaba obligada a ello. La Sala, frente a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Financiera, en oportunidad anterior precisó que la sanción se impone con el acto administrativo que define la conducta investigada y la califica como violatoria de la ley, una vez notificado. En el presente asunto, CONAVI incurrió en incumplimiento de un deber legal, pues aunque estaba obligada a aceptar las daciones en pago ofrecidas por los quejosos, no lo hizo. La Superintendencia, con las explicaciones presentadas por la vigilada, pudo constatar que la infracción no cesó. Si la obligación de las entidades financieras era aceptar todas las entregas de inmuebles que le hicieran a título de dación en pago -en los supuestos del artículo 14 del D.2331/98-, CONAVI no podía abstenerse de recibir los bienes inmuebles hipotecados, por lo que los argumentos expuestos por la apelante no son suficientes para justificar su conducta omisiva, pues aunque tenía conocimiento de los términos del Decreto legislativo y su reglamentario, de la sentencia de la Corte Constitucional y las quejas de sus deudores, no aceptó la “dación en pago” que éstos le ofrecían.

[Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-24-000-2005-00943-01\(17131\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. a) Para que proceda la deducción por costos en telecomunicaciones no es requisito que la liquidación privada arroje renta líquida o pérdida líquida cuando existen créditos obtenidos en el exterior

Se decide la legalidad de la liquidación oficial de revisión que modificó el impuesto de renta por el año gravable de 2003. Concretamente se analizará si es procedente la deducción de gastos en el exterior, teniendo en cuenta que la liquidación privada arrojó pérdida líquida y no renta líquida y, si es procedente la deducción del impuesto de avisos y tableros, conforme con el artículo 115 del Estatuto Tributario, antes de la modificación efectuada por el artículo 4 de la Ley 1111 de 2006.

Extracto: Para la Sala, la procedencia de este tipo de gastos como deducción no tiene como exigencia que la liquidación privada del contribuyente arroje renta líquida o, que no sea procedente la deducción en caso de que haya una pérdida líquida. En efecto el artículo 122 del Estatuto Tributario establece como limitación a los costos y deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país, que no pueden exceder del quince por ciento (15%) de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones, salvo cuando se trate de los siguientes pagos: a) [...] c. Los contemplados en el artículo 25 [...] f) [...]. Es decir, en primer término, esta disposición no consagra para los literales a) a f) ninguna condición o limitación, precisamente los excluye de la limitación general que consagra la norma, es decir, del 15% de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones. En consecuencia, los gastos a que se refieren tales literales tienen el tratamiento general de las deducciones de depurarlas de la renta bruta en un 100%, independientemente de que, con o sin ellas, el resultado del ejercicio sea renta líquida o pérdida líquida (artículo 26 Estatuto Tributario). En segundo lugar, en el caso específico del artículo 25 del Estatuto Tributario - créditos obtenidos en el exterior - respecto de los cuales los pagos al exterior proceden en un 100% conforme con el literal c) del artículo 122 en concordancia con el artículo 31 del Decreto 836 de 1991, se debe tener en cuenta que dichos créditos no se consideran de fuente nacional, es decir, no generan renta de fuente dentro del país, luego, no es dable exigir que tales gastos hayan generado una renta líquida de la cual se puedan restar. Lo anterior, porque como lo ha considerado la Sala, la finalidad legislativa en las normas transcritas, al aceptar el 100% de los gastos efectuados en el exterior, es estimular fiscalmente aquellas actividades encaminadas al desarrollo económico y social del país; luego exigir que el contribuyente, que incurra en ellos, tenga una renta líquida de la cual pueda detraerlos, sería ir contra la finalidad de la norma. De acuerdo con lo expuesto, la decisión del Tribunal se considera ajustada a derecho, pues ni el artículo 122 del Estatuto Tributario establece la exigencia pretendida por la DIAN, ni la misma corresponde al contenido y alcance de los artículos 25 del Estatuto Tributario y 31 del Decreto 836 de 1991.

b) Es deducible del impuesto sobre la renta el complementario de avisos y tableros antes de la modificación al artículo 115 del Estatuto Tributario por la Ley 1111 de 2006

La Sala advierte que el tema ya ha sido objeto de estudio en la Sección y en la sentencia del 2 de abril de 2009, dictada dentro del expediente 16595, con ponencia de la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia se expusieron los siguientes argumentos, que se retoman en esta providencia, en los cuales se consideró que aún antes de la vigencia de la Ley 1111 de 2006 la interpretación correcta del artículo 115 del Estatuto Tributario era que la deducción total de los impuestos de Industria y Comercio integraba un solo gravamen con su complementario de el de avisos y tableros. A juicio de la Sala, las consideraciones transcritas resultan suficientes y aplicables a este caso, en virtud de que en esa oportunidad se discutió la deducción del impuesto de avisos y tableros en el año gravable 2002, es decir, antes de la modificación introducida por la Ley 1111 de 2006 al artículo 115 del Estatuto Tributario, norma que regula igualmente la presente litis.

[Sentencia del 16 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00111-01\(17720\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. El avicultor que produce y comercializa huevos tiene derecho a la devolución del Iva pagado en la adquisición de bienes y servicios en el proceso de cría y levante de gallinas ponedoras

Se decide sobre la legalidad de los numerales 5 del Memorando N° 00594 del 05 de agosto de 2004 y 3.b) del Memorando N° 00842 del 28 de noviembre de 2005, de la parte final del Concepto N° 091645 del 30 de diciembre de 2004 y del oficio 005335 del 3 de febrero de 2005 expedidos por la DIAN, en cuanto interpretan desde qué momento nace, para el productor de huevos, el derecho a solicitar impuestos descontables pagados en la adquisición de bienes y servicios gravados que constituyen costo o gasto necesario para el desarrollo del proceso de producción y comercialización de huevos.

Extracto: Para la Sala, de las anteriores disposiciones se puede inferir que fiscalmente se distinguen los procesos para la producción de carnes y los procesos para la producción de huevos o leche, para efectos de determinar quién tiene derecho a la devolución del Impuesto sobre las Ventas pagado en la adquisición de bienes y servicios gravados que constituyan costo o gasto de producción, así: En relación con las carnes, el productor dueño de los animales que los cría, levanta y engorda o ceba, sacrifique o haga sacrificar y comercialice las carnes o productos comestibles producto del sacrificio. En relación con la leche, el ganadero que la produce y la vende y el industrial que la enajena concentrada o con adición de azúcar u otro endulcolorante.- Y en relación con los huevos, el avicultor que desarrolle el proceso y los comercialice. Ahora bien, para establecer lo que se debe entender por “desarrollo del proceso de producción y comercialización de huevos” es importante tener en cuenta que el artículo 440 del Estatuto Tributario señala que el avicultor es el productor de los huevos y si el avicultor, con ese propósito, ha criado y levantado las aves para la postura de los huevos, las fases que conforman esta actividad hacen parte del desarrollo del proceso de producción de huevos. Según el Diccionario de la Lengua Española, la avicultura es “el arte criar y fomentar la reproducción de las aves y de aprovechar sus productos”, lo cual evidencia que el avicultor que ha desarrollado esos procesos con el fin de aprovechar los productos de las aves, como los huevos, tiene la titularidad del derecho a la devolución del impuesto sobre las ventas pagado por la adquisición de bienes y servicios gravados que constituyeron costo o gasto durante todos las fases anteriores que dieron para que empezara esa producción, es decir, los impuestos pagados durante la cría y levante de las gallinas ponedoras. Si bien el reglamento distingue entre la entre la producción de carnes y la producción de huevos, la Sala considera que, en el caso del avicultor ambos propósitos comprenden desde la cría y levante, hasta el sacrificio del animal o hasta la postura de los huevos. Considerar, que en el caso del avicultor, que ha criado y levantado las gallinas ponedoras con el único propósito de producir y comercializar los huevos, no tiene derecho a la devolución del IVA pagado por los bienes y servicios destinados a los procesos de cría y levante de las pollitas, es desconocer, no sólo que el desarrollo del proceso de producción de los huevos implica una serie de pasos anteriores que culminan cuando se obtiene el producto final que se va a comercializar sino, que la finalidad de la Ley 788 de 2002 al incluir en el listado de bienes exentos de impuesto sobre las ventas los huevos de ave con cáscara, frescos, fue que no se le trasladara al consumidor final, como mayor costo, el IVA pagado en la adquisición de bienes y servicios necesarios para la producción y comercialización de los mismos. En todo caso, el avicultor debe cumplir con los requisitos formales y llevar las cuentas separadas del IVA para acceder a la devolución. En consecuencia se anulan los artículos de los memorandos y los conceptos demandados

[Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 11001-03-27-000-2008-00004-00\(16997\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Acción de nulidad](#)

4. a) La base gravable del impuesto de timbre en contratos de cuantía indeterminada no constituye al tiempo su hecho generador

Corresponde a la Sala examinar la legalidad del Concepto 064693 del 7 de julio del 2000, expedido por la Oficina Jurídica - División de Normativa y Doctrina Tributaria - de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en cuanto interpreta que la reducción de la tarifa del impuesto de timbre,

prevista en el párrafo 2° del artículo 519 del Estatuto Tributario, no opera respecto a los pagos sobre contratos de cuantía indeterminada, independientemente de la fecha en que éstos se hayan suscrito.

Extracto: Ahora bien, dentro del contexto de regulación de la base gravable del impuesto para los documentos de cuantía indeterminada, en este caso contratos, el inciso quinto del artículo 519 ibídem señala que el impuesto se causa sobre cada pago o abono en cuenta derivado del contrato o documento, durante el tiempo de su vigencia. Tal disposición, conforme con el inciso sexto ejusdem, además de congruente con la circunstancia misma de indeterminación del valor cuantificable, se restringió a los contratos suscritos, modificados o prorrogados a partir de la Ley 383 de 1997. Como tal, la base gravable responde a criterios objetivos acordes con el hecho generador del impuesto, de modo que a partir de éste se determina su base de cálculo, sin que el hecho de que el valor del impuesto tome en consideración la magnitud económica del hecho gravado, haga desaparecer la naturaleza y alcance de uno y otro elemento. Por lo mismo, el hecho generador puede ocurrir independientemente del momento en que pueda causarse y concretarse la base gravable. Así las cosas, no podría entenderse que la base gravable del impuesto de timbre en contratos de cuantía indeterminada constituye al tiempo su hecho generador, pues tal predicado desconocería la definición legal del mismo, que es el otorgamiento o aceptación de documentos o contratos en los que consten obligaciones económicas, sobre las cuales se determine el valor del tributo, ya sea que los mismos documentos contengan la cuantía o que el impuesto se liquide sobre los pagos o abonos en cuenta cuando tales documentos no la determinen con precisión. Dicho de otro modo, la base gravable del impuesto de timbre en los contratos de cuantía indeterminada a partir de la causación especial que establece el inciso 5° del artículo 519 de E. T. no puede confundirse con el hecho generador del tributo previsto de manera unívoca para todo tipo de documentos, incluidos los contratos privados en general. el hecho generador del impuesto no depende del carácter determinado o indeterminado de la cuantía del documento objeto del mismo, y tal premisa no se altera por el hecho de que el pago o abono en cuenta sujeten su causación y fijen la base gravable en ese tipo de contratos, comoquiera que tales desembolsos se hacen en cumplimiento o ejecución de las obligaciones del contrato o documento de cuantía indeterminada, y no inciden en el hecho generador del impuesto.

b) La reducción de la tarifa del impuesto de timbre prevista en el artículo 72 de la Ley 1111 del 2006 es procedente para los contratos de cuantía indeterminada porque sobre éstos también recae el hecho generador del impuesto de timbre

Extracto: El párrafo 2° del artículo 519 del Estatuto Tributario dispone la reducción “del impuesto de timbre a que se refiere esa norma”, al uno por ciento (1%) en el año 2008, al medio por ciento (0.5%) en el año 2009 y al cero por ciento (0%) a partir del año 2010. El impuesto de timbre al que se refiere el artículo 519, según llamado del párrafo, recae sobre todo tipo de documentos, entre los cuales se incluyen los contratos con y sin cuantía determinada. Más allá del tipo de impuesto objeto de la reducción, el párrafo no estableció ninguna condición objetiva ni subjetiva para acceder a la misma, y donde la Ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete. Así mismo, puede decirse que ante la sencillez e inteligibilidad de la redacción de la norma, su disposición cobra aplicación exegética porque, de acuerdo con el artículo 11 del Código Civil, cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Y es que, según el artículo 5° de la Ley 153 de 1887, la crítica y la hermenéutica sirven para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes. Bajo esa perspectiva de contenido sustancial, la reducción de la tarifa del impuesto de timbre prevista en el párrafo señalado es procedente para los contratos de cuantía indeterminada, porque, se repite, sobre éstos también recae el hecho generador del impuesto de timbre regulado por el artículo 519.

c) A los contratos de cuantía indeterminada suscritos, modificados, prorrogados, otorgados o aceptados antes y después de entrar a regir la Ley 1111 del 2006, pueden aplicarse las nuevas

tarifas establecidas en el artículo 72 de la citada ley para los años 2008, 2009, 2010, respecto de los pagos o abonos en cuenta realizados en esos años

Una interpretación coherente y razonable con el espíritu de la reforma introducida por el artículo 72 de la Ley 1111 del 2006, es aceptar que en los contratos de cuantía indeterminada suscritos, modificados, prorrogados, otorgados o aceptados antes de entrar a regir dicha Ley, podían aplicarse las nuevas tarifas establecidas en el parágrafo 2° del artículo 519 del Estatuto Tributario para los años 2008, 2009, 2010, respecto de los pagos o abonos en cuenta realizados en esos años. En efecto, la expedición de Ley 1111 del 2006, correspondiente al Proyecto 039 de 2006 - Cámara y 043 del 2006 - Senado, consideró el impacto fiscal y la conveniencia de todas sus disposiciones. Particularmente, la adición del parágrafo 2° al artículo 519 del Estatuto Tributario atendió la propuesta de “aumentar la base sujeta al impuesto de timbre de \$61 millones a \$120 millones, disminuyendo igualmente la tarifa de manera gradual hasta su eliminación definitiva en el año 2010”. De esta forma se acogió la intención del Gobierno plasmada en el proyecto de ley radicado en la Cámara (Numeral 1°, literal c), aparte II), de “eliminar los impuestos de timbre, patrimonio y remesas”, en virtud del principio de simplicidad tendiente a lograr la sencillez de las normas tributarias para lograr su comprensión, y a eliminar trámites con la reducción de las normas que los disponen. En concordancia con el fin de simplificación, insistió en la eliminación de “impuestos como el de timbre, que por su estructura resulta un gravamen obsoleto, que dificulta y encarece las transacciones comerciales y adicionalmente procura el fraccionamiento de las mismas, fomentando prácticas elusivas o evasivas con incidencia en otros gravámenes”. A su vez, la propuesta para primer debate del mismo proyecto de ley, retomando un estudio de la Cámara de Comercio Colombo Americana preparado por Fedesarrollo el 31 de agosto del 2005, destacó que impuestos como el de timbre, registro y remesas recaudan muy poco y sólo aumentan la complejidad y burocracia de un sistema que urgía simplificarse para el beneficio de todos y la reducción del costo de las transacciones. Por tanto, frente a la intención legislativa que motivó la reducción de la tarifa del impuesto de timbre, entiéndase, la eliminación de dicho tributo, es claro que el parágrafo 2° del artículo 519 del Estatuto Tributario favorece indistintamente a los contratos de cuantía indeterminada suscritos, aceptados u otorgados antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1111 del 2006. En consecuencia, el Concepto demandado desborda el precepto legal contenido en el parágrafo 2° del artículo 519 del Estatuto Tributario, en tanto desconoció su finalidad, lo limitó y restringió el beneficio allí consagrado, razón suficiente para declarar su nulidad.

[Sentencia del 3 de marzo de 2011. Expediente 11001-03-27-000-2008-00042-00\(17443\). MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad](#)

5. a) No procede la adición de ingresos en el impuesto de industria y comercio por concepto de ajuste por diferencia en cambio ni por pacto de reajuste

Se decide sobre la falta de motivación del requerimiento especial y de la liquidación oficial de revisión, la procedencia de la adición de ingresos por ajustes por diferencia en cambio y multas recibidas de clientes, y la sanción por inexactitud.

Extracto: Frente al argumento de la demandada en el sentido de que el ajuste por diferencia en cambio no corresponde realmente a un ajuste por inflación por no estar sometido a éste índice sino a la variación de la tasa de cambio, la Sala en la misma providencia antes transcrita, reiteró su jurisprudencia plasmada en la sentencia de 14 de abril de 1994. Por consiguiente, siguiendo con la jurisprudencia que en esta oportunidad se reitera, la Sala concluye que los ajustes por diferencia en cambio hacen parte del sistema de ajustes integrales por inflación, el cual, como lo señala el artículo 330 E.T.N. antes transcrito, no es aplicable al tributo territorial en cuestión y, además, tal disposición es clara en indicar que las disposiciones previstas en el título producen efectos para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes. En consecuencia no procede la adición de ingresos por concepto de ajuste por diferencia en cambio

como se plantea en el acto liquidatorio demandado. Por lo anterior no prospera en este punto el recurso de apelación interpuesto

b) Las sanciones recibidas de clientes constituyen ingresos extraordinarios y por tanto hacen parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio

Extracto: En relación con las multas por retiro de los clientes o cuando la demandante percibe el 20% de la sanción prevista en el artículo 731 del C. Co., por pagos de cheques que son rechazados por causas imputables al girador, la Sala observa que el objeto social principal de la actora, según el certificado de existencia y representación legal, es la “prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones inalámbricas, tales como (...), y con tal propósito podrá emprender todas las actividades relacionadas con dichos servicios, o que sean conexas o complementarias”. Resulta claro que para desarrollar su actividad comercial y de servicios, la sociedad celebra contratos, con los que entra en relación con sus clientes, y es precisamente en virtud de esa relación, que obtiene los ingresos provenientes de las sanciones antes mencionadas y que son ahora objeto de controversia. Aunque para la actora percibir tales sanciones no constituye su objeto principal o un ingreso ordinario, estas se originan en las condiciones contractuales y legales con que se relaciona con sus clientes y, por tanto, son actos propios de su fin social en cuanto hacen parte de las actividades que se requieren para llevarlo a cabo. Entonces para la Sala las sanciones en cuestión constituyen ingresos extraordinarios y por tanto hacen parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio de conformidad con el artículo 42 del Decreto 252 de 2002.

[Sentencia del 22 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00144-01\(17205\). MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

6. a) La injerencia que tiene el gasto en la actividad productora de renta es elemento para que proceda la deducción por expensas necesarias

Se decide si la DIAN incurrió en falsa motivación y desviación de poder por interpretación errónea y, a partir de ese análisis, si la demandante probó que las expensas que incluyó en la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al sexto bimestre de 2004, en calidad de impuesto descontable, cumplieron los requisitos de los artículos 488, 489, 490 y 107 del E.T. Seguidamente, se definirá a qué título recibió la empresa CERREJON de la empresa PETROBRAS S.A., la denominada “regalía prevalente” y si esa regalía está regalía gravada con el impuesto sobre las ventas, por haberse recibido en ejecución de un contrato de prestación de servicios y no en virtud de un contrato de compra venta de derechos intangible. Por último, se establecerá si procedía imponer la sanción por inexactitud.

Extracto: La Sala reitera que por relación de causalidad debe entenderse la conexidad que existe entre el gasto (causa) realizado en cualquier actividad generadora de renta por el contribuyente durante el año o período gravable, con la actividad generadora de renta, conexidad que se mide por la injerencia (nexo) que tiene el gasto en la actividad productora de renta (efecto). Fíjese que el artículo 107 del E.T no exige que a instancia del gasto se genere un ingreso, lo que exige es que tenga relación de causa y efecto, pero no como gasto-ingreso, sino como gasto-actividad. Por eso, la Sala considera que la injerencia que tiene el gasto puede probarse con el ingreso obtenido, pero esa no necesariamente es la única prueba de la injerencia, si por tal se entiende la acción de “Entremeterse, introducirse en una dependencia o negocio. Por supuesto, esa circunstancia de hecho hace más complejo el reconocimiento de la deducción a favor de los contribuyentes, por la prueba que, en cada caso, le correspondería aportar a quien la alega. En cuanto a la necesidad, el adjetivo “necesario” conforme con su acepción gramatical implica “Que [algo] se ha[ga] y ejecut[e] por obligación, como opuesto a voluntario y espontáneo.” Y, en cuanto a la proporcionalidad, que exista conformidad o proporción de la erogación tanto con el ingreso como con los costos y gastos de la empresa, como elementos relacionados entre sí.

b) La costumbre mercantil no anula la calidad de necesaria de la expensa

Tanto la necesidad como la proporcionalidad deben medirse con criterio comercial y, para el efecto, el artículo 107 del E.T. dispone dos parámetros de análisis. El primero, que la expensa se mida teniendo en cuenta que sea una expensa de las normalmente acostumbradas en cada actividad. La segunda, que la ley no limite la expensa como deducible. Respecto de la primera, habida cuenta de que el parámetro de comparación depende de la actividad que desarrolle la empresa y de las expensas que realicen empresas que desarrollen la misma actividad, este es un asunto de hecho que amerita ser probado y, por lo tanto, la dificultad en este punto concierne a la prueba que deberá acreditar el contribuyente para demostrar el derecho a la deducción. La prueba se debe encauzar a que es una “costumbre normal” hacer la erogación, pero, además, forzosa, pues la costumbre no anula la calidad de necesaria de la expensa. Las expensas que se hacen por obligación de la ley no pueden confundirse con la costumbre, como “Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto”. En consecuencia, lo forzoso puede devenir del cumplimiento de obligaciones legales, del cumplimiento de obligaciones empresariales o de la costumbre mercantil, en éste último caso, como “Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto” y que, en todo caso, debe probarse. Por tanto, la expensa será deducible si cumple el criterio de necesidad atendiendo a cualquiera de las circunstancias descritas.

c) El iva pagado sobre bienes y servicios son costos o gastos de la actividad productiva

Cuando el artículo 488 del E.T. dispone que los bienes corporales muebles y servicios deben destinarse a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas, simplemente está reiterando que el impuesto pagado por esos bienes o servicios es costo o gasto en la actividad productiva de renta de la empresa, porque las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas son las operaciones realizadas dentro del contexto de esa actividad productiva de la empresa. De manera que, cuando se pueda imputar el impuesto directamente al bien o servicio, tal circunstancia se debe probar. De lo contrario, es decir cuando el costo o gasto no sea directamente imputables al bien o servicio, procede aplicar el artículo 490 del E.T. en cuanto dispone que “Cuando los bienes y servicios que otorgan derecho a descuento se destinen indistintamente a operaciones gravadas, exentas, o excluidas del impuesto y no fuere posible establecer su imputación directa a unas y otras, el cómputo de dicho descuento se efectuará en proporción al monto de tales operaciones del período fiscal correspondiente (...).” Esto permite aplicar el sistema de descuento financiero en impuestos de pluricausación como el IVA, y que busca, en últimas, que el impuesto sea pagado por el consumidor final. En efecto, cuando el impuesto pagado constituye costo o gasto para la empresa, y ese costo o gasto repercute en el precio del bien, el impuesto se irá recaudando durante el transcurso de la cadena productiva y de la comercialización. Así, también se evita que ciertos componentes sobre los que se pagó el IVA los asuma el productor o el comercializador, pero también se evita que el contribuyente descunte impuestos sobre las ventas que no constituyen costo o gasto para la empresa y que, por tanto, no repercutieron en el precio del bien.

d) Los gastos en los que incurre la empresa para brindar bienestar y comodidad a sus trabajadores no son expensas necesarias dado que no permiten determinar la injerencia positiva en la actividad productora de renta

La parte demandante alegó que dichos gastos corresponden a presentaciones lúdicas, a regalos a los empleados, coordinación, enseñanza y entrenamiento deportivo, a mantenimiento de canchas, compra de uniformes e implementos deportivos y compra de paraguas de golf. Según la actora, ese tipo de gastos permiten el esparcimiento, contribuyen con la salud mental y física de los empleados y mejoran la productividad de la empresa. Para la Sala es indudable que tales expensas tienen relación con la empresa y los trabajadores, en la medida en que les brinda bienestar y comodidad. Sin embargo, no procede descontar el impuesto, habida cuenta de que las pruebas arrimadas por la

demandante no permiten determinar la injerencia positiva que tales actividades habrían tenido en la actividad productora de renta. En consecuencia, no está acreditado que las expensas cumplan con los requisitos de los artículos 107 y 488 del E.T.

e) Cuando no se prueban las expensas necesarias hay lugar a imponer la sanción por inexactitud

No es procedente exonerar de la sanción a la demandante bajo el entendido de que incurrió en un error de interpretación de las normas, pues, como se precisó, en el caso concreto, la demandante incurrió en un error de interpretación de los hechos, aspecto este que no da lugar a exonerarse de la sanción por inexactitud. La Sala reitera que la sanción prevista en el artículo 647 del E.T. se impone cuando se incluyen costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes. Y, que para que se perfeccione la infracción, la inclusión se debe ejecutar con el propósito de obtener un provecho que se traduce en el menor pago de impuestos o en la determinación de un mayor saldo a favor. Asimismo, reitera que el adjetivo inexistente debe entenderse en sus dos acepciones: como adjetivo relativo a aquello que carece de existencia; y como adjetivo relativo a aquello que, si bien existe, se considera totalmente nulo, porque es “Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo”. De ahí que el artículo 647 del E.T. prevea que, en general, lo que se quiere sancionar es la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, puesto que todos estos adjetivos, en últimas, implican la inexistencia de los egresos que se llevan como costo, deducción, descuento, exención, pasivo, impuesto descontable, retención o anticipo, sin serlo, por una de las siguientes razones: o porque en realidad no existen esos egresos; o porque, aún existiendo, no se probaron; o porque, aún probados, no se subsumen en ningún precepto jurídico del Estatuto Tributario que les de valor y fuerza para tener el efecto invocado, por carecer de las solemnidades que exige dicho estatuto para darles la calidad de tales, a menos que, en éste último caso, se verifique la interpretación errónea por parte del contribuyente que lo haya inducido a apreciar de manera errónea la norma y a subsumir los hechos económicos declarados en la misma. En consecuencia, para efectos tributarios las expensas que no fueron aceptadas en este proceso porque no fueron probadas deben tenerse en cuenta para tasar la sanción por inexactitud.

f) La cesión de un contrato de asociación no está gravada con IVA por prestación de servicios al no existir una obligación de hacer

En el asunto que nos ocupa, no se cumplen con las características de un contrato de prestación de servicios, si se parte del hecho de que la actividad, labor o trabajo a realizar es la “*exploración y la explotación de petróleo*”, pues, en este caso, la persona jurídica que ejecutaría la actividad sería PETROBRÁS y, por tanto, recibiría la contraprestación glosada. Sin embargo, PETROBRÁS percibe el pago derivado del contrato de asociación por la ejecución de dicha actividad y el contrato de asociación no puede confundirse con un contrato de prestación de servicios, toda vez que, como se precisó, en términos generales, los contratos de asociación “*consisten básicamente en que el socio de ECOPETROL, explora por su cuenta y riesgo y si se encuentra petróleo en cantidades comerciales (comercialidad aprobada por ECOPETROL), el pozo exploratorio descubridor y el desarrollo del campo se pagan por partes iguales y así se reparte la producción, una vez descartadas las regalías, pactadas en 20% de la producción bruta en boca de pozo*” Ahora bien, tampoco se cumplen los presupuestos del artículo 1° del Decreto 1372 de 1992, si se parte del hecho de que la actividad, labor o tarea a realizar, es la de “*permitir*” la exploración y explotación del pozo Arauca, o la de “*permitir*” el ejercicio del derecho a explorar y explotar el pozo. En efecto, la Sala considera que no es aplicable el artículo 1° del Decreto 1372 al primer evento, porque, como se ha precisado insistentemente, permitir el uso del suelo o subsuelo no es una actividad, labor o tarea que desarrolle alguien. Permitir el uso del suelo o del subsuelo es una potestad del Estado que se deriva del artículo 334 de la Constitución Política, que tiene como objeto “*dar*” el consentimiento para la exploración y explotación del subsuelo a terceros. También se descarta que se aplique el artículo 1°

del Decreto 1372 al segundo evento, porque el hecho de “*permitir ejercer un derecho*” conlleva la acción de “*dar, transferir, traspasar*” a alguien “*algo*”, en este caso, el derecho. Luego la demandante, al permitir ejercer un derecho no ejecuta una obligación de “*hacer*”, sino de “*dar*”, esto es, dar la cosa (incorporal, corporal o ambas) a cambio de una contraprestación (regalía prevalente). En otras palabras, ni PETROBRÁS presta el servicio de exploración y explotación de petróleo a favor de ESSO COLOMBIANA LIMITED ni ESSO COLOMBIANA LIMITED presta un servicio de permitir hacer, esto es, permitir explorar y explotar a PETROBRÁS. Por lo expuesto, como la obligación de hacer se traduce en la realización material o intelectual de una actividad, sin que implique la transferencia del derecho de dominio, es indudable que, en este caso, la cesión del derecho a explorar y explotar el Campo Arauca significa que, necesariamente, cambie la titularidad sobre el permiso de uso del subsuelo, esto es, se transfiere a favor de PETROBRÁS, que, en virtud de esa cesión, explora y explota el petróleo, en nombre propio y no en el nombre de ESSO COLOMBIANA LIMITED. Luego, no puede concluirse que exista obligación de hacer, pues lo cierto es que se están transfiriendo los derechos a explorar y explotar, que surgieron del permiso que otorgó el Estado inicialmente a ESSO COLOMBIANA LIMITED

[Sentencia del 22 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00125-01 \(17152\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

7. a) La falta de coordinación de la Administración del edificio en la entrega de la correspondencia es un asunto ajeno a la Administración tributaria, pues se entiende que el acto fue debidamente notificado cuando no es devuelto el correo por adpostal

Se decide el recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria de las súplicas de la demanda en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado contra los actos administrativos por los cuales la Administración modificó la declaración del impuesto sobre las ventas presentada por la demandante por el sexto bimestre de 2001.

Extracto: La notificación de los actos administrativos de carácter particular, como medio a través del cual el administrado conoce las decisiones que lo afectan, y puede oponerse a las mismas, es un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso. Así, mientras esos actos no se notifiquen, no producen efecto ni son oponibles a los destinatarios (artículo 48 del Código Contencioso Administrativo). Conforme con el artículo 565 del Estatuto Tributario, entre los actos de la Administración que deben notificarse por correo o personalmente se encuentran los requerimientos. Y según el artículo 566, en concordancia con el 563 *ibidem*, (vigentes para la fecha de notificación del requerimiento especial) la notificación por correo se practica mediante entrega de una copia del acto correspondiente a la dirección informada por el contribuyente a la Administración en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso, o a través del formato oficial de cambio de dirección. A su vez, el artículo 568 *ib* señala que los actos administrativos notificados por correo, que por cualquier razón sean devueltos, se notificarán mediante aviso en un periódico de amplia circulación nacional, y que el término para que el contribuyente responda o impugne se cuenta desde la publicación del aviso o de la corrección de la notificación. La falta de coordinación de la administración del edificio en la entrega de la correspondencia es un asunto ajeno a la Administración Tributaria, toda vez que ésta entendió que el acto fue debidamente notificado al no ser devuelto el correo por parte de Adpostal.

b) Hay lugar a aplicar el cálculo de proporcionalidad de los impuestos descontables cuando el contribuyente no determina qué porcentaje del impuesto sobre las ventas causado en compras de bienes y/o servicios gravados es objeto de descuento imputable a las operaciones gravadas y qué porcentaje a operaciones excluidas

La demandada desde un comienzo alegó que el contribuyente no presentó prueba de la imputación que los bienes importados tenían sobre las ventas gravadas y menos aun la imputación del IVA descontable a las operaciones gravadas, exentas y excluidas, tal como lo determinan los artículos 488

y 490 del Estatuto Tributario y el artículo 4 del Decreto 1165 de 1996, razón por la cual es procedente el cálculo de proporcionalidad efectuado, toda vez que existen operaciones excluidas, y no fue posible identificar la imputación del IVA descontable a las operaciones gravadas exclusivamente, como lo indica la actora. Toda vez que la sociedad demandante no demostró que contabilizó de forma clara y precisa los impuestos que son imputables a sus operaciones exentas y excluidas, conforme lo exige el artículo 4° del Decreto 1165 de 1996, la administración procedió legalmente a aplicar el artículo 490 del Estatuto Tributario para determinar qué porcentaje del impuesto sobre las ventas, causado en compras de bienes y/o servicios gravados, es objeto de descuento imputable a las operaciones gravadas y qué porcentaje a operaciones excluidas.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2006-01343-01 \(17597\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

8) El pago de ajustes a los honorarios derivados de la suscripción del “otro sí” a los contratos de consultoría y asistencia técnica, debe ser considerado como deducible del impuesto a la renta siempre que tenga relación de causalidad con la actividad productora

Se decide si el reajuste de los honorarios por los contratos de consultoría y asistencia técnica que suscribió la sociedad demandante con la sociedad Pricewaterhousecoopers Servicios Transnacionales Ltda., practicados mediante la suscripción del “otro sí”, en razón del acaecimiento de una condición suspensiva, son deducibles del impuesto sobre la renta correspondiente al período gravable 2004.

Extracto: En el asunto en examen se cumplió con dicho requisito, toda vez que el gasto en que incurrió la actora obedeció al reconocimiento de unos ajustes a los honorarios pactados en los contratos de consultoría y asistencia técnica, que tuvieron como fin que los servicios de asesoría que presta la demandante se identificarán plenamente con la calidad de los servicios que prestan todas las sociedades consultoras reconocidas como PricewaterhouseCoopers., de lo que se desprende que es una erogación normal para producir y facilitar la generación de la renta, usual en la actividad comercial que desarrolla al ser una sociedad asociada a PricewaterhouseCoopers, lo que le impone mantener la calidad en sus servicios profesionales de acuerdo a los estándares propios de esta última. Además, el criterio de necesidad al tenor del artículo 107 *ibidem* debe determinarse con visión comercial, condición que aquí se cumple, toda vez que la costumbre de pactar incrementos en los honorarios por servicios prestados, sujeta a la ocurrencia de una condición, es una práctica mercantil usual en este tipo de contratos. Establecer condiciones en la forma de pago concierne al principio de autonomía de la voluntad de las partes, propio de los negocios jurídicos. Por su parte, la relación de causalidad significa que los gastos, erogaciones o simplemente la salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen - efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente. Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla (el objeto social principal o secundario), que es el que le produce la renta, de manera que sin aquélla no es posible obtenerla. Así el gasto en que incurrió la actora, derivado del reajuste de los honorarios por el acaecimiento de la condición suspensiva (alcanzar ingresos operacionales acumulados entre el 1 de enero de 2002 y el 30 de abril de 2004), pactado en los contratos de consultoría y asistencia técnica cuyo objeto ya fue citado, encuentra correspondencia con la actividad que le genera renta a la contribuyente, según se desprende del objeto social que desarrolla, y en dicho sentido se encuentra esa relación de causalidad entre la expensa y la actividad productora de renta. Por otro lado, el argumento de la DIAN en el recurso de apelación, en el sentido de que *“no es cierto que se cumplan los requisitos del artículo 107 del E.T., toda vez que la parte del reajuste correspondiente a los servicios prestados en el año 2002 y 2003 no guarda relación causa efecto con los ingresos obtenidos en el año 2004.”*, sería de recibo si el pago del reajuste de honorarios constituyera costo de adquisición o producción, es decir costo fiscal de los bienes o servicios, pero el pago citado hace parte es de las expensas necesarias a modo de deducciones, en donde la relación con la obtención de los ingresos es de manera indirecta; afirmación que se desprende de lo dispuesto en el artículo 26 del E.T., sobre el

proceso de depuración de la base gravable conocida como renta líquida gravable en el impuesto sobre la renta.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2007-00161-01 \(17177\) MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se niega nulidad de elección del senador Carlos Emiro Barriga Peñaranda: No incurrió en transfuguismo político porque renunció dentro del plazo de gracia constitucional

La Sala desechó el argumento del actor, quien sostenía que el Senador demandado incurrió en transfuguismo político por haber pasado del Partido Convergencia Ciudadana -en el que militaba para el período 2006-2010- al Partido Conservador Colombiano, tan solo dos meses antes de las elecciones de marzo de 2010.

Muy por el contrario, la Sala advirtió que el demandado estuvo amparado por el parágrafo transitorio del artículo 107 de la Constitución Política, que autorizaba a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular por una sola vez a inscribirse en un partido distinto al que avaló la elección vigente sin renunciar a su curul.

El fallo estudió el contenido de la prohibición invocada en la demanda, su finalidad y la autorización transitoria constitucional de cambio de partido:

“Según lo prescrito en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2009 los miembros de las corporaciones públicas tienen prohibido presentarse en la siguiente elección por un partido político distinto a aquel por el cual vienen actuando, medida con la que se busca cumplir varios cometidos, como serían, por ejemplo, hacer de la actividad política en esas entidades una práctica de mayor disciplina y responsabilidad para los integrantes del cuerpo colegiado, de modo que los miembros de la bancada obren armónicamente o conforme a los principios y directrices que han sido consensuadas en su seno, salvo las excepciones legales; de igual forma apunta a mantener incólume el poder político que los partidos o movimientos políticos logran conquistar en las urnas al interior de esas corporaciones públicas, para lo cual llaman a esas personas a que mantengan su militancia para no diezmar el poder que cuantitativamente tengan.

Sin embargo, como el ejercicio de los cargos en las corporaciones públicas de elección popular no anula la libertad que toda persona tiene para dejar definitivamente un escaño, ni la libertad que ostenta para entrar a militar en otro partido o movimiento político cuando así lo decida, el constituyente con el ánimo de conciliar este derecho con el derecho conquistado por esos colectivos políticos en las corporaciones públicas, determinó que los integrantes de tales corporaciones públicas pudieran postularse en las siguientes elecciones por otro partido político, siempre y cuando renunciaran expresamente a la curul con no menos de 12 meses de antelación al primer día de las inscripciones.

Es decir, que por mandato de rango constitucional no se configura el transfuguismo o la doble militancia política en los miembros de las corporaciones públicas si para aspirar en las próximas elecciones por otro partido político, previamente renuncian a la curul, cuando menos con 12 meses de antelación, pues con ello materializan tanto el derecho personal del dimitente, al abrirse la posibilidad de renunciar al escaño y poder militar en otro colectivo político, como el derecho del partido político de origen, quien por lo mismo conserva su derecho a copar esa curul con el candidato no elegido por la misma lista que siga en orden de inscripción o de votación, según el caso.

(...)

De acuerdo con dicha excepción, los miembros de las corporaciones públicas quedaron habilitados para que dentro de los 2 meses siguientes y por una sola vez, cambiaran de partido político sin tener que renunciar a la curul ni incurrir en la prohibición de doble militancia política, medida que se explica en la realidad política que se vivía en su momento en torno a los militantes de algunos partidos políticos y en la necesidad de facilitar la recomposición del poder político, permitiendo que los corporados pudieran, sin ninguna consecuencia jurídica, dejar sus partidos de origen para incorporarse o militar en otros partidos políticos. (...) Lo dicho hasta el momento evidencia que el Senador Dr. Carlos Emiro Barriga Peñaranda no violó las normas jurídicas invocadas por la parte demandante, para quien el mismo debió renunciar cuando menos con 12 meses de anticipación al primer día de inscripciones a la siguiente elección, ya que su renuncia al Partido Convergencia Ciudadana, presentada el 13 de agosto de 2009, para pasar a militar en el Partido Conservador Colombiano, sin renunciar a la curul que ocupaba en el Congreso de la República por cuenta de su antiguo partido, se cumplió a la luz de lo reglado en el parágrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2009, modificadorio del artículo 107 de la Constitución Política, esto es que renunció a ese partido político dentro de los dos meses siguientes a la vigencia de esa reforma constitucional, lapso que corrió entre el 15 de julio y el 15 de septiembre de 2009.”

[Sentencia de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-28-000-2010-00069-00. MP. MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON](#)

2. Quórum deliberatorio y decisorio en Sección Quinta no resulta afectado en decisiones de recursos ordinarios de súplica por retiro de Consejero

En el proceso contra el nombramiento del notario 66 del Círculo de Bogotá, la Consejera doctora María Nohemí Hernández Pinzón manifestó por escrito que en el auto de 27 de enero de 2011, que resolvió un recurso ordinario de súplica, no se conformó debidamente el quórum deliberatorio y decisorio, pues la decisión fue suscrita por dos consejeros.

Los Consejeros restantes de la Sección, mediante auto de cúmplase, consideraron que el hecho de encontrarse transitoriamente incompleta la Sección Quinta debido al retiro forzoso del doctor Filemón Jiménez Ochoa no afecta el quórum de la Sala ni conduce a la designación de conjueces.

Explica el auto:

“El recurso ordinario de súplica, es un recurso horizontal, pues en materia de lo contencioso administrativo debe ser resuelto por la Sala a la que pertenece el Magistrado o Consejero que dictó la decisión que por medio de él se impugna. (...) Entonces, conforme al artículo 54 antes citado (Ley 270 de 1996), para discutir y aprobar un proyecto de auto en el que se provee sobre un recurso ordinario de súplica (Sala de decisión de 3 magistrados), se requiere de la asistencia y voto de por lo menos 2 de los 3 miembros de la Sala pues para el caso son mayoría. (...) Ahora bien, cuando por alguna circunstancia las Salas de decisión de las Corporaciones Judiciales se hallan incompletas, como en el caso de la Sección Quinta que transitoriamente está integrada por 3 consejeros por razón de la separación del doctor Filemón Jiménez Ochoa por haber llegado a la edad de retiro forzoso; es procedente recomponerla acudiendo a la figura de los conjueces, únicamente en los eventos en que el quórum deliberatorio y decisorio resulta afectado, en caso contrario no, tal como lo precisa el inciso 3º del artículo 54 multicitado.”

[Auto de 6 de abril de 2011, Exp.11001-03-28-000-2010-00110-00. MP. MAURICIO TORRES CUERVO \(E\)](#)

3. Acción electoral no es una especie de la acción de simple nulidad: Rectificación jurisprudencial

Al resolver un recurso ordinario de súplica contra un auto que rechazó una demanda contra la elección de los representantes a la Cámara por Bogotá D.C., la Sala aprovechó para afirmar que *“no resulta del todo acertado que el proceso electoral es una especie del género ‘contencioso de nulidad simple’”*.

En efecto, la Sala identificó tanto los rasgos comunes como las diferencias entre esos dos mecanismos judiciales, para concluir que la acción electoral *“tiene una identidad propia y sui generis y, por ende, no participa en un todo de la naturaleza del juicio de simple nulidad”*.

Entre las características especiales de la acción electoral resaltó que la decisión anulatoria en este contexto genera consecuencias particulares para el elegido o nombrado, que su objeto son actos de contenido particular, que es la naturaleza a la que responden los actos de elección y de nombramiento, que el demandado no es la entidad emisora del acto demandado -como ocurre en el proceso de simple nulidad- sino el elegido o nombrado y que está sujeta a término de caducidad.

En particular, sobre la caducidad de la acción electoral, indicó que su finalidad es *“otorgar certeza y seguridad jurídica tanto al elegido o nombrado y a la gestión pública que desarrolla, como a los electores que lo designaron, pues atentaría contra estos valores que un acto administrativo de tanta incidencia para la democracia y para el mantenimiento de la institucionalidad del país pudiera permanecer siempre abierto a estar sub judice”*, lo mismo que justifica la rápida definición del proceso electoral.

De otra parte, resaltó que la acción electoral excluye pretensiones de restablecimiento de derechos, *“ya que de poder instaurarse para satisfacer pretensiones subjetivas implicaría tener que exigirle al accionante legitimación para obrar, requisito que desvirtuaría la naturaleza de este proceso especial”*.

Todo, para refutar el argumento del recurrente según el cual el hecho de que la acción electoral no persiga un restablecimiento del derecho implica que la demanda deba ser tratada como de simple nulidad.

De este modo, confirmó el rechazo de la demanda, por caducidad de la acción electoral.

[AUTO DE 15 DE ABRIL DE 2011. Exp. 11001-03-28-000-2010-00121-01. MP: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) La Sala da concepto favorable a Contraloría General de la República para contratar empresa privada nacional que realice control fiscal del Fondo de Bienestar Social

De conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política, la contralora general de la República solicitó a la Sala concepto previo para contratar con una empresa nacional privada el control fiscal del Fondo de Bienestar Social adscrito a esa entidad.

La Sala justificó su concepto favorable, como sigue:

“En el caso consultado la Sala observa que la Contraloría tiene dificultades evidentes de contar con personal y recursos técnicos adecuados desde el punto de vista de su independencia y autonomía, para realizar de manera directa el control fiscal sobre el Fondo de Bienestar Social de esa entidad. En efecto, el hecho de que los funcionarios del ente de fiscalización dependan jerárquica y

funcionalmente del Contralor General de la República, quien a su vez participa de la administración del Fondo de Bienestar Social, afecta su imparcialidad y objetividad y reduce la eficiencia económica de la fiscalización. En este sentido, no existen condiciones técnicas y humanas adecuadas para realizar una fiscalización directa por parte del organismo de control. Por tanto, a juicio de la Sala, la contratación de una empresa privada nacional que de manera independiente realice el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República es conveniente técnica y económicamente, ya que permite superar los problemas derivados del actual diseño normativo de control de dicho Fondo, además de que se maximizan las expectativas de recuperación de los recursos públicos en caso de hallarse actos contrarios a una gestión fiscal adecuada. (...) Por tanto, la Sala dará su concepto favorable en el presente caso, en la medida que constata la presencia de al menos dos de las causales previstas en la ley para contratar el control fiscal con una empresa privada colombiana y porque ello está conforme con los principios constitucionales que orientan el ejercicio de esa función pública. En todo caso, en la estructuración del respectivo proceso contractual, la Contraloría deberá observar los límites y condiciones que le imponen la Constitución Política y la Ley 42 de 1993, a cuyo efecto esta Sala queda atenta a dar su concepto previo sobre el proyecto de contrato que se vaya a incluir en los términos de referencia del respectivo proceso contractual.”

[Concepto 2055 de 14 de abril de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2011-00018-00. MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA](#)

2. No es viable el reconocimiento actual de la prima de actualización a los miembros de la Fuerza Pública retirados del servicio

En respuesta a la solicitud del ministro de Defensa Nacional y la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Sala conceptuó que la prima de actualización creada en el artículo 15 del Decreto 335 de 1992 no era actualmente exigible, pues según los decretos leyes 1211 y 1212 de 1990 los derechos prestacionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional era de cuatro años a partir de la fecha de exigibilidad de la obligación.

La respuesta estuvo fundamentada en el análisis del marco legal de la mencionada prestación y la jurisprudencia sentada sobre el particular por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Dice textualmente el concepto:

“La norma en cita, de conformidad con lo señalado en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996 aprobado por el CONPES, instituyó para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, una prima de actualización mensual, liquidada sobre la asignación básica, la cual tendría vigencia hasta cuando se estableciera una escala salarial porcentual única para los mencionados servidores, quienes tendrían derecho a que se les computara para el reconocimiento de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones. (...) Finalmente, por decreto ejecutivo 107 del 15 de enero de 1996, se consolidó la escala gradual porcentual para la remuneración del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a que se refería el artículo 13 de la ley 4a. de 1992, con lo cual expiró la vigencia de la prima de actualización. (...) Respecto del término de la prescripción para reclamar el reconocimiento y pago de la prima de actualización cabe anotar que los artículos 174 y 155 de los decretos leyes 1211 y 1212 de 1990, normas vigentes para la época en que se produjeron las referidas declaratorias de nulidad, preveían que éste era de cuatro años contados a partir de la fecha en que se hiciera exigible la prestación. (...) Ahora bien, del contenido de las normas citadas se tiene que la prima de actualización se creó de forma temporal durante el periodo comprendido entre los años de 1992 a 1995, para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo. Es decir, para los años de 1992 a 1995, el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, devengaron mensualmente el valor correspondiente a: asignación básica, prima de actualización y demás factores de liquidación; en tanto que el mismo personal retirado del servicio recibió el valor correspondiente a: asignación básica y demás factores de liquidación, sin que les

fuera reconocida la prima de actualización. Lo anterior era apenas obvio si se tiene en cuenta el carácter temporal y los beneficiarios específicos de la prima de actualización, pero a partir del año de 1996 la situación se equiparó dado que a la aplicación del principio de oscilación que regula la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales retirados del servicio, se sumó la expedición del decreto 107 por medio del cual se consolidó la escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, a que aludía el artículo 13 de la ley 4a. de 1992, con lo cual expiró la vigencia de la prima de actualización.

(...)

Teniendo en cuenta las fechas en que quedaron ejecutoriados los fallos en cita, esto es, el 19 de septiembre y el 24 de noviembre de 1997, respectivamente, se colige que la exigibilidad de la prima de actualización decretada para los años de 1993 y 1994 venció el día 19 de septiembre y la correspondiente al año de 1995 el 24 de noviembre de 2001, habida consideración de que al tenor de los decretos leyes 1211 y 1212 de 1990, la prescripción de los derechos prestacionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, era de cuatro años contados a partir del momento en que se hacía exigible la obligación. En consecuencia, la Sala considera que no procede el reconocimiento de la referida prima de actualización a los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional retirados del servicio que a la fecha no la solicitaron, ni por consiguiente la reliquidación de la respectiva asignación de retiro, toda vez que, como quedó demostrado, desde el 19 de septiembre y el 24 de noviembre de 2001 el derecho a devengar esa prima se encuentra prescrito.”

[Concepto 2019 de 6 de abril de 2011, Exp. 11001-03-06-000-2010-00080-00, MP. LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. AUTORIZADA SU PUBLICACION CON OFICIO 32823 DE 14 DE ABRIL DE 2011](#)

NOTICIAS DESTACADAS

CONSEJO DE ESTADO PRESELECCIONÓ CANDIDATOS PARA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

En Sala Plena celebrada el 26 de abril el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo conformó la lista de 10 candidatos para seleccionar el reemplazo del Doctor Hernando Torres Corredor, Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Los candidatos son:

Mauro Aponte Guerrero
Gregorio Eljach Pacheco
Eduardo Hoffman Pinilla
Sandra Lisseth Ibarra Vélez
Glenys Cielo Iglesias de López
Rafael Darío Restrepo Quijano
José Agustín Suárez Alba
David Fernando Varela Sánchez
Camilo Eduardo Velásquez Turbay
Martha Yaneth Veleño Quintero

Los preseleccionados se presentarán ante la Sala Plena del Consejo de Estado el próximo 3 de mayo de 2011; esta Sesión será transmitida en teleconferencia a través de la página web del Consejo de Estado (www.consejodeestado.ramajudicial.gov.co) y de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co).

CONSEJO EDITORIAL

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente
GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Rafael E. Ostau De Lafont P.
Presidente Sección Primera
Víctor Hernando Alvarado A.
Presidente Sección Segunda
Enrique Gil Botero
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Mauricio Torres Cuervo
Presidente Sección Quinta
Augusto Hernández Becerra
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Hugo Álvarez Rosales**
Secretario Privado 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