



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 19
• Sección Primera	19 - 23
• Sección Segunda	23 - 31
• Sección Tercera	31 - 40
• Sección Cuarta	40 - 45
• Sección Quinta	45 - 52
• Sala de Consulta y Servicio Civil	52 - 57
• Noticias Destacadas	58

Noticias destacadas

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO Y EL VICEMINISTRO DE JUSTICIA RADICARON EN EL SENADO, EL PROYECTO DE LEY DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

EDITORIAL

Resultados satisfactorios arrojó la visita del Presidente del Consejo de Estado y otros Consejeros, al Consejo de Estado de España y de Francia, tales como la difusión sobre la Jurisdicción Contenciosa Administrativa colombiana y sobre el Proyecto de Reforma del Código Contencioso Administrativo. De igual forma, se logró establecer un diálogo institucional permanente con tales corporaciones, consolidando así lo que podría denominarse “Internacionalización del Consejo de Estado Colombiano”, objetivos que deberán ser desarrollados e implementados en el futuro.

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

SALA PLENA

1) SE CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ LA PERDIDA DE INVESTIDURA DEL CONCEJAL DE BOGOTÁ HIPOLITO MORENO GUTIERREZ

La Sala Plena decidió, por importancia jurídica, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia desestimatoria que profirió en primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de pérdida de investidura promovido contra el concejal de Bogotá Hipólito Moreno Gutiérrez, a quien el demandante atribuía la causal del artículo 110 de la Constitución Política, por la supuesta contribución que hizo a la campaña de su hermana a la Cámara de Representantes.

La Sala confirmó la decisión del tribunal que negó la pérdida de investidura solicitada porque no encontró configurada aquella causal, de acuerdo con los siguientes argumentos:

a) Las prohibiciones del artículo 110 de la Constitución Política se aplican a todo el que ejerza funciones públicas. Los concejales ejercen función pública

“Las prohibiciones consagradas en el artículo 110 de la Carta Política, cobijan de manera genérica, a quienes ejerzan funciones públicas, esto es, no sólo a quienes ostentan la condición de empleados públicos, sino también a los miembros de Corporaciones Públicas. El artículo 123 de la Constitución Política señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la Ley. Entiéndase por función pública, la actividad desplegada por un órgano del Estado, encaminada a cumplir con sus atribuciones o fines, la que se ejerce, por regla general, a través, de los servidores públicos. Los miembros de los Concejos Municipales, conforme al artículo 123 de la Carta Política, son servidores públicos al servicio del Estado y están sometidos a la Constitución, a la ley y a los reglamentos. Los Concejales por su condición de servidores públicos, y por desempeñar funciones públicas, son destinatarios de la sanción de pérdida de investidura de que trata el artículo 110 de la Carta Política. Respecto al segundo punto señalado, esto es, si la prohibición contenida en el artículo 110 es una causal adicional de pérdida de investidura, es preciso tener en cuenta que el criterio prevalente ha sido que allí aparece consagrada una causal de pérdida de investidura para los congresistas, adicional a las contempladas en el artículo 183, ibídem, predicable no solo de éstos, sino de todos los “servidores públicos”, incluidos los miembros de las corporaciones públicas de elección popular. Por lo anterior, nada impide considerar que en el artículo 110 Constitucional se halla consagrada una causal de pérdida de investidura para los concejales adicional a las relacionadas en los artículos 55 de la Ley 136 de 1994 y 48 de la Ley 617 de 2000, la segunda parcialmente modificatoria de la primera, pues si esa circunstancia válidamente se predica de los Congresistas, no hay razón para que esa misma regla no se aplique a los Concejales en su condición de miembros de Corporaciones Públicas.”

b) La aplicación de la causal de pérdida de investidura por contribución a partido, movimiento político o candidato no está condicionada a desarrollo legal

“No es necesario que la ley desarrolle o reglamente el artículo 110, para que pueda dársele plena aplicación. La ausencia de ley que consagre las excepciones a la prohibición establecida en dicho artículo, no es óbice para limitar su aplicabilidad. La intención del constituyente no fue la de condicionar la aplicación de la norma a la previa determinación de las excepciones, si ello hubiere sido así se habría dicho de manera expresa en la misma disposición. En conclusión, el artículo 110 constitucional, se encuentra vigente y consagra una causal adicional de pérdida de investidura referida a los que desempeñan funciones públicas, entre quienes se encuentran los miembros de las corporaciones públicas, categoría que, desde luego, incluye a los Concejales, aún cuando en dicha disposición se atribuya al legislador la facultad de regular las excepciones.”

c) El ordenamiento jurídico no prevé un término para corregir errores en los informes de gastos de campañas políticas: Reiteración de jurisprudencia. El concejal demandado corrigió su aparición como contribuyente a la campaña de su hermana a la Cámara de Representantes

“Es amplio el material probatorio que demuestra plenamente que el Concejal demandado, no efectuó aporte alguno a la campaña de la candidata ARAMINTA MORENO GUTIÉRREZ, pues ello obedeció a un error que fue corregido y aceptado, tanto por la firma auditora, como por el Consejo Nacional Electoral, corrección que resalta la Sala fue solicitada (19 de julio de 2002), con antelación a la presentación de la demanda de pérdida de investidura incoada en contra del Concejal demandado (el 6 de septiembre de 2006). (...) Es evidente que la corrección que se hiciera al Anexo 3,3, por parte del Contador Público, tuvo como base los citados registros, pues es obligación de toda campaña electoral, llevar libros de contabilidad y soportes contables, que en últimas constituyen la columna vertebral que amparan los ingresos recibidos en las campañas, y que en el evento de incurrir en error, como aconteció en el sub-lite, son los que fundamentan la correspondiente corrección. (...) Finalmente, se resalta que en su oportunidad la Procuraduría General de la Nación, no abrió investigación por los mismos hechos que son ahora objeto de pronunciamiento, al considerar demostrado que la conducta endilgada al Concejal demandado no existió. (...) Del contenido de las disposiciones reseñadas, colige la Sala que ni la ley ni el reglamento previeron término alguno para efectuar correcciones o modificaciones al informe de

gastos de las campañas, por cuanto el término de 1 mes siguiente al debate electoral, es para presentar los correspondientes balances ante el Consejo Nacional Electoral, y éste goza del mismo término para efectuar las observaciones al libro de cuentas, si no lo hace dentro de dicho término se entenderá que las cuentas y los libros fueron aprobados en su integridad. (...) En las anteriores condiciones y demostrado como quedó que el demandado no fue quien aportó la suma de \$4.000.000, ni ninguna otra suma, las afirmaciones de la demanda se quedan sin sustento, y en consecuencia, no se configura la causal de pérdida de investidura endilgada al demandado, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia recurrida, que negó las pretensiones de la demanda.”

[Sentencia de 29 de septiembre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2006-02002-01 \(IJ\). M.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

*** Salvamentos de voto: Gerardo Arenas Monsalve, Mauricio Fajardo Gómez, María Nohemí Hernández Pinzón y Marco Antonio Velilla Moreno**

2) SE NIEGA PERDIDA DE INVESTIDURA DE SENADOR JORGE ENRIQUE GÓMEZ MONTEALEGRE

En ese sentido decidió la Sala Plena la solicitud formulada por la ciudadana Adriana González Medina, quien atribuía al Senador demandado -llamado a ocupar la curul- la causal de pérdida de investidura del numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política y, a su vez, la inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 y la incompatibilidad del numeral 1 del artículo 180 ibídem, por haber ocupado el cargo privado de representante legal de una iglesia y en tal calidad haber gestionado negocios ante una entidad pública.

a) Sobre la causal de inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas. El demandado no gestionó negocios ante el Ministerio de Comunicaciones por presentar a través de apoderado una petición de información relacionada con la “legalización y actualización” de unas emisoras

“Siguiendo los pronunciamientos de la Sala y la semántica de los vocablos utilizados en su descripción normativa, se puede decir que la connotación sustancial de esa causal, gestión de negocios ante entidades públicas, es la de realizar diligencias, en interés propio o de terceros, de manera directa o por interpuesta persona, con el fin de obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, como respuesta o resultados de esas gestiones, pues todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones. (...) Adicionalmente, se debe tener en cuenta que toda la expresión “gestión de negocios” significa literalmente “Cuasicontrato que se origina por el cuidado de intereses ajenos sin mandato de su dueño”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. En concordancia con esa acepción, la expresión “gestor de negocios” es definido en el mismo diccionario como “Persona que sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o ajenos, en pro de aquel a quien pertenecen”. De suerte que la existencia de un interés especial en cabeza de personas determinadas, constituye un elemento medular de la gestión de negocios, sea cual fuere el ámbito jurídico en que ella se realice, toda vez que todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones especiales, cuya procuración del Estado, directamente o por interpuesta persona, para sí o para terceros, justamente se canaliza a través de la gestión del negocio ante una entidad pública. (...) Por consiguiente, la Sala no encuentra configurada la violación de la inhabilidad bajo examen, esto es, gestionar negocios ante entidades públicas dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección de congresista, toda vez que según las pruebas arrimadas al expediente el apoderado no pasó de hacer la petición de información reseñada, de suerte que no hay prueba de que las gestiones comprendidas en el poder otorgado por el demandado hubieren sido iniciadas dentro de ese lapso, toda vez que ese derecho de petición que éste presentó no alcanzó sustancial o materialmente a constituir parte de esas gestiones, de modo que las circunstancias

examinadas no encuadran en forma alguna en la descripción normativa de la inhabilidad en comento.”

b) Para los congresistas llamados los términos inhabilitantes se cuentan a partir de las elecciones y no desde la posesión: Reiteración jurisprudencial

“Respecto de los extremos en el tiempo para la efectividad de las causales de inhabilidad, a propósito de los llamados a ocupar las curules de congresistas que quedan vacantes, se ha dejado sentado de manera uniforme y constante la posición jurisprudencial que en el fallo atrás reseñado, proferido en proceso de pérdida de investidura adelantado también contra el Senador ahora inculpado, consistente en que las inhabilidades para ser congresista tanto elegidos como llamados a ocupar las curules vacantes se aplican en función de la fecha de la elección y no de la posesión.”

c) Causal de incompatibilidad de congresista por desempeño de empleo o cargo privado o público. El demandado renunció al cargo de representante legal de una iglesia antes de su posesión como senador

“En cuanto hace al alcance de esa causal, la Sala tiene dicho que (...) ambas denominaciones, cargo y empleo, tienen por lo menos dos connotaciones que son relevantes enfrente de la disposición constitucional en estudio; la primera, la de vínculo laboral (contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, o de derecho público); y la segunda, la de dignidad, tarea o encargo (persona que no tiene una relación laboral, pero que por la importancia o trascendencia de la dignidad o encargo que se le ha confiado podría verse abocada a tomar partido en una u otra dirección; y por ende, a comprometer los intereses de ese ente u organismo, y eventualmente, los suyos propios). Que un congresista podría tener una dignidad, tarea o encargo con entes del sector privado, en tanto no se vea afectada su tarea como congresista, ni comprometida su responsabilidad enfrente del pueblo que lo eligió, por manera que pudiese terminar defendiendo o representado, al mismo tiempo, intereses privados y los públicos propios de su calidad de vocero popular. Que el numeral 1 del artículo 282 de la Ley 5° Reglamento del Congreso, señaló las excepciones a dicho régimen de incompatibilidades, que en cuanto a esta conducta se refiere, quedaron consignadas en los numerales 1, 9, 10, 11 y 12 del artículo 283: 1. Ejercer la cátedra universitaria; 9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley. 10. Siendo profesional de la salud, prestar servicio cuando se cumpla en forma gratuita. 11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas. 12. Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias. Que dentro de la de interpretación armónica de estas disposiciones debe entenderse entonces que, con excepción de las actividades enlistadas como permitidas, a los congresistas les está vedada la realización de tareas o funciones distintas a las propias de su calidad de congresista, sean éstas públicas o privadas, remuneradas o no, con dependencia laboral o sin ella, dentro de la jornada de las Cámaras o en su tiempo libre; de modo que lo prohibido en la Constitución Política no es la superposición de jornadas laborales, sino el quebrantamiento de la condición de dedicación exclusiva que impuso el constituyente al cargo de congresista y la utilización del poder que imprime tal calidad, en cargo, empleo o dignidad diferente. (...) Que la causal de pérdida de investidura que establece el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución, no consiste en tener un cargo o empleo privado, sino en desempeñarlo, lo que sucede, en los términos del artículo 18 de la Ley 144, cuando el congresista está ‘realizando, simultáneamente con las de parlamentario, funciones inherentes a las del cargo o empleo público o privado.’ (...) El cargo privado que la actora le atribuye al inculpado es de representante legal de las entidades religiosas IGLESIA CENTRAL DENOMINACION CENTRO MISIONERO BETHESDA y CORPORACION CENTRO MISIONERO BETHESDA. (...) Las anteriores circunstancias documentadas permiten concluir: (...) ii) Que el demandado, quien se posesionó Senador el 1° de abril de 2008, estuvo inscrito como representante legal de esa entidad religiosa en el Ministerio del Interior hasta el 14 de mayo siguiente, según atrás se precisó. iii) Que no obstante, ese cargo de representante legal lo ejerció o desempeñó hasta el 30 de marzo de 2008, día en que presentó su renuncia al mismo, le fue aceptada por la Junta Directiva de la entidad y se hizo efectiva al cesar en

todas sus funciones inherentes al cargo y asumir en su reemplazo la Vicepresidente, según se hizo constar en texto inicial del Acta 43 en comentario.”

[Sentencia de 6 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2008-01234-00. M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

* Aclaración de voto: Mauricio Fajardo Gómez

3) SE ENCUENTRA AJUSTADO A DERECHO EL DECRETO 1761 DE 2009, EXPEDIDO COMO CONSECUENCIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA DECLARADO POR LAS “PIRÁMIDES”

El Consejo de Estado ejerció la atribución del artículo 20 de la Ley 137 de 1994 respecto de la legalidad del Decreto 1761 de 2009, reglamentario del parágrafo 3º del artículo 10 del Decreto legislativo 4334 de 2008, sobre las actividades de intervención estatal motivadas por el estado de emergencia económica declarado por el Gobierno Nacional con el Decreto 4333 de 2008 debido a la generalización de las actividades de captación irregular de dineros del público, fenómeno denominado popularmente como “pirámides”.

El Decreto objeto de control de legalidad creó un fondo-cuenta en la Superintendencia de Sociedades para el pago de los honorarios de los agentes interventores de esas actividades comerciales ilegales y la Sala Plena lo encontró ajustado a las normas que facultan al Gobierno Nacional para modificar la estructura interna de las entidades públicas del orden nacional y al decreto que reglamentó. A continuación, algunas de las consideraciones expuestas en la sentencia:

a) Las características del control automático de legalidad que compete al Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción

“Los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado el mencionado control inmediato son:

(i) Su carácter *jurisdiccional*, habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia y los efectos propios de este tipo de providencias serán los que se produzcan en virtud de la decisión que adopte la Jurisdicción acerca de la legalidad del acto controlado;

(ii) Su *integralidad*, en la medida en que los actos enjuiciados “*deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico*”;

(iii) Su *autonomía*, consistente en que resulta “*posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan*”; lo anterior sin perjuicio de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si éste ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo; cosa distinta es que, en el evento de ser declarado(s) inexecutable(s) el(los) decreto(s) legislativo(s) desarrollado(s) por el acto administrativo cuya conformidad a derecho puede incluso haber sido decidida ya por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta última decisión administrativa pierda fuerza ejecutoria, en virtud de lo normado por el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo;

(iv) Su *inmediatez o automaticidad*, reflejada en el deber legal impuesto a las autoridades que expidan el correspondiente acto administrativo para efecto de que lo remitan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “*dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición*” —artículo 20 de la Ley 137 de 1994—;

(v) Su *oficiosidad*, consistente en que si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones respectivas de forma oficiosa “*o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona*”;

(vi) El *tránsito a cosa juzgada relativa* que, en línea de principio y según lo que defina el juez competente en cada caso concreto, deberá predicarse de la sentencia mediante la cual se resuelve el fondo del asunto; ello habida consideración de que si bien el control automático o “inmediato” en cuestión, según se ha explicado, tiene por objeto establecer la conformidad del acto examinado para “*con el resto del ordenamiento jurídico*”, razones tanto de índole pragmático —la práctica imposibilidad para el juez administrativo, por erudito y versado que pueda catalogársele, de llevar a cabo una confrontación *real, efectiva y razonada* del acto administrativo fiscalizado con todo precepto existente de rango constitucional o legal, así como con cada uno de los enunciados normativos ínsitos en cada singular disposición que se integre en todo cuerpo normativo con el cual resulte menester llevar a cabo el cotejo respectivo— como de contenido estrictamente jurídico, justifican que el Juez de lo Contencioso Administrativo ejerza la facultad que, sin lugar a la menor hesitación, le concierne, consistente en fijar, en cada caso, los efectos de sus pronunciamientos, en claro paralelismo con la competencia que en esta materia ha conceptualizado la Corte Constitucional a fin de precisar los efectos de sus proveídos, en desarrollo de postulados constitucionales cuya operatividad, tratándose de las decisiones proferidas por el juez administrativo, no ofrece mayor discusión;

(vii) Como corolario de lo anterior, la última de las características del control judicial inmediato de legalidad en comento la constituye su *compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos*, de conformidad con lo establecido en los artículos 84, 128-1 y 132-1 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, preceptos que consagran la acción de nulidad que puede instaurarse contra los actos administrativos, al tiempo que atribuyen la competencia pertinente para el conocimiento de los correspondientes procesos, respectivamente; en cuanto se refiere a la acción pública de nulidad, cabe señalar que la misma puede ejercerse, entonces, en contra de los actos administrativos que se adopten en desarrollo de aquellos decretos legislativos que, a su turno, se dicten al amparo de un estado de excepción.”

b) La constitucionalidad y legalidad del Decreto 1761 de 2009

“Todos los elementos tanto normativos como jurisprudenciales traídos a colación evidencian que el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1761 de 2009, ejerció facultades de las cuales constitucional y legalmente se encuentra investido, para introducir modificaciones en la estructura interna de las entidades públicas del orden nacional, en este caso, de la Superintendencia de Sociedades, mutaciones que, en el presente caso, sin lugar a la menor hesitación se encuentran directamente conectadas con los fines que a las actuaciones a cargo de la mencionada Superintendencia señalan sus normas orgánicas y estructurales, así como, especialmente, el Decreto Legislativo 4334 de 2008, mediante el cual se le atribuyen, al amparo del estado de emergencia económica, concretas y trascendentales funciones incardinadas dentro del paquete de medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con el propósito de hacer frente a las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.

Adicionalmente, al adoptar la decisión consistente en modificar la estructura de la Superintendencia de Sociedades mediante el establecimiento de un fondo cuenta, de lo cual se

ocupa el examinado inciso primero del artículo 1 del Decreto 1761 de 2009, intervinieron los Ministros que ejercen las tareas de coordinación del correspondiente sector administrativo y, por tanto, de articulación de las políticas y actividades de la referida Superintendencia con las políticas y programas del Gobierno Nacional, entre los cuales, sin duda, de capital importancia resultan las medidas encaminadas a enfrentar la situación que derivó en la declaratoria del estado de emergencia económica de la cual se ocupó el Decreto 4333 de 2008.

Por otra parte, en lo atinente a la observancia, por parte del Decreto 1761 de 2009, de (ii) las disposiciones de la Ley 137 de 1994 que señalan los parámetros y los límites a los cuales deben ceñirse las decisiones adoptadas al amparo de los estados de excepción, en criterio de la Sala no se advierte que el acto administrativo examinado comprometa la vigencia del Estado de Derecho o el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos; lo decidido en el mencionado Decreto guarda relación con las finalidades perseguidas por el decreto legislativo que desarrolla —Decreto Legislativo 4334 de 2008— y aparece como una medida necesaria y proporcional para alcanzar los referidos propósitos; además, con tal determinación no se ha introducido discriminación alguna y tampoco se ha trasgredido una sola de las prohibiciones mencionadas en el artículo 15 de la Ley 137 de 1994.”

[Sentencia de 20 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00549-00. M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ](#)

* Aclaraciones de voto: Hugo Bastidas Bárcenas, Martha Teresa Briceño de Valencia, Ruth Stella Correa Palacio, William Giraldo Giraldo, María Claudia Rojas Lasso y Martha Sofía Sanz Tobón

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) En la acción de tutela, el Juez puede, bajo ciertas condiciones, presumir la veracidad de las afirmaciones de la demanda, invirtiendo así la carga de la prueba. Aplicación del principio de iura novit curia en acción de tutela

Por regla general el actor está llamado a probar los presupuestos de hecho de su demanda, sin embargo no es desconocido que en sede de tutela, por la importancia de los asuntos que en esta acción se debaten, el Juez puede bajo ciertas condiciones presumir la veracidad a las afirmaciones del libelo, invirtiendo así la carga de la prueba, y aun más en aplicación del principio de iura novit curia, está facultado para amparar derechos fundamentales que no hayan sido expresamente alegados por los accionantes, cuando en el caso concreto se observe su violación. Lo anterior cobra mayor sustento si el Juez constitucional en el asunto puesto a su consideración, observa que el demandante por su condición de inferioridad, indefensión o vulnerabilidad frente al accionado, está en imposibilidad fáctica o jurídica de aportar pruebas para despejar dudas sobre la violación alegada. Así las cosas, en el presente caso observa la Sala que el actor se encuentra en una situación de indefensión frente a la entidad accionada por cuanto: i) no tiene otro medio de defensa contra sus actuaciones, ii) depende de ella para la obtención del documento castrense iii) no tiene trabajo ni ingresos para derivar su sustento y la falta de dicho documento le imposibilita aún más acceder al mismo, iv) sufre una grave condición médica plenamente acreditada con la historia clínica que obra en el expediente, que dio lugar a que la Institución demandada lo declara “no apto” para prestar el servicio militar. Es claro que el actor, no está en condiciones de probar su asistencia a todas las citaciones realizadas por el Distrito Militar N° 52, ni la omisión en la notificación del acta No. 0386 de 16 de diciembre de 2008 que le impuso la multa, lo primero,

porque las reglas de la experiencia demuestran que en tales eventos, las listas de asistencia reposan en los archivos de la entidad convocante y de ellas no se acostumbra a dar copia a los convocados, y lo segundo, porque es una negación indefinida que no requiere ser probada por quien la expresa, pues en esos eventos esta carga se traslada al demandado. De conformidad con lo expuesto, y dado que no se encuentra debidamente probado en el expediente que el actor dejara de comparecer a las citaciones realizadas por la entidad demandada, no está obligado a soportar la condición de remiso que le fue impuesta ni la multa que obstaculiza la obtención de su libreta militar. Además de lo anterior, la entidad accionada agravó la situación de violación de los derechos fundamentales del actor antes descrita, cuando pretermitiendo las normas legales y los principios constitucionales que rigen el debido proceso, omitió notificar en debida forma el acta No. 0386 de 16 de diciembre de 2008 que le impuso la injustificada multa, cercenando con ello sus garantías de contradicción y defensa.

b) Quien ha sido considerado “no apto” para prestar el servicio militar, no puede ser declarado remiso

La obligación de prestar el servicio militar se encuentra estrictamente regulada por la Constitución en los artículos 95 y 216 y en la Ley 48 de 1993. El artículo 10 de la Ley 48 de 1993, consagra que todo varón de nacionalidad colombiana tiene la obligación de definir su situación militar desde el momento en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, que la definirán cuando obtengan su título de bachiller. Esta Sala ha expuesto en su jurisprudencia, que el reclutamiento para la prestación del servicio militar de conformidad con la Ley 48 de 1993, comprende las siguientes fases: i) la inscripción, que debe hacer todo varón colombiano dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, que en el caso especial de los alumnos del último año de estudios secundarios, se debe hacer durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército Nacional; ii) los exámenes de aptitud psicofísica, a los que el inscrito debe someterse; iii) el sorteo con el cual se materializa la elección para ingresar al servicio militar, el cual se realiza entre quienes hayan resultados aptos; iv) la clasificación, con la cual se determina quienes son eximidos de la prestación del servicio militar bajo banderas, por causal de a) exención, b) inhabilidad o c) falta de cupo, y v) la concentración e incorporación, que se lleva a cabo con los conscriptos aptos y elegidos, con fines de selección e ingreso a filas.

En el caso concreto, el actor cumplió con las etapas de reclutamiento para el servicio militar que su condición de no apto y clasificado le exigían, en consecuencia la fase siguiente que debía agotar la entidad accionada, era la iniciación de los trámites correspondientes para la expedición de su libreta militar, previa liquidación de la cuota de compensación militar establecida en el artículo 22 de la Ley 48 de 1993 de haber lugar a ella, y no la citación para concentración, dado que esta se hace sólo a quienes sean “aptos y elegidos” para la prestación del servicio militar. Del informe rendido por la entidad accionada en la primera instancia se observa que el fundamento fáctico para haber declarado la condición de remiso e impuesto la multa al actor, radica en la supuesta inasistencia de éste a una concentración de 13 de junio 2007, y el fundamento jurídico de estas, radica en los artículos 41 literal g) y 42 literal e), de la Ley 48 de 1993. De las mencionadas disposiciones, se desprende claramente que la condición de remiso se predica de quien una vez haya sido citado a concentración, no se presenta en el lugar, hora y día indicados por las autoridades de reclutamiento para ser sometido a selección e incorporación, en consecuencia tal calificación está dirigida a quien pretende, siendo apto para la prestación del servicio militar, eludir tal obligación. Por lo expresado teniendo presente que el actor desde su inscripción en el año 2006 había sido declarado no apto para la prestación del servicio; en primer lugar no debía haber sido citado a concentración alguna, y en segundo lugar, si así hubiera ocurrido ante la hipótesis de su no comparecencia, esto no da lugar para haber sido considerado remiso, pues es evidente que éste jamás ha pretendido eludir su deber constitucional, pues como se expresó en líneas anteriores estaba exento del mismo por haber sido considerado “no apto” en razón de la grave condición médica que padece. La Sala reconoce la facultad legal que tiene la entidad accionada para declarar

las infracciones al reglamento del servicio de reclutamiento y movilización de las fuerzas militares y para decretar las sanciones correspondientes, sin embargo entiende que estas prerrogativas no pueden ser ejercidas arbitrariamente y por fuera del marco legal y constitucional al que están sometidas todas las autoridades públicas, pues en ello está el respeto por el principio de legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo anterior se advierte que cuando la mencionada ley permite la imposición de la sanción pecuniaria, condiciona la imputación de la misma a la no comparecencia al lugar de concentración de quienes estuvieren obligados a ello, por tanto siendo claro que el actor por su calificación de no apto para la prestación del servicio militar, no estaba obligado a presentarse a concentración alguna para efectos de incorporación a filas, aún cuando hubiere sido citado y no hubiere comparecido, no podría ser considerado como remiso y menos aún imponérsele multa alguna. Interpretación que es corroborada con la lectura integral de los artículos 41 y 42 de la Ley 48 de 1993, que establecen distintos tipos de infracciones y sanciones dependiendo de la fase de reclutamiento en que se encuentre el inscrito.

[Sentencia de 9 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-00846-01 \(AC\). M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

2. a) La ayuda humanitaria a la población desplazada debe brindarse hasta que se supere la situación de vulnerabilidad

Tal como esta Corporación lo ha reiterado, dado que dicha población merece especial protección, debido a que la gran mayoría de los derechos fundamentales se afectan por el desarraigo, el apoyo que deben proporcionar las entidades integrantes del SNAIPD comprende desde la entrega de la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización y consolidación de las condiciones sociales y económicas de los afectados. También ha dicho la jurisprudencia constitucional que los desplazados deben seguir recibiendo la atención del Estado en la ayuda humanitaria de emergencia, mientras logran superar de manera definitiva su situación de vulnerabilidad. Así lo dijo la Corte Constitucional al declarar inexecutable las expresiones “máximo” y “prorrogables excepcionalmente” contenidas en el Parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, pues estimó que esas expresiones imprimían rigidez al plazo para la provisión de la ayuda. Ahora bien, en el evento de que alguno de los aludidos organismos incumpla sus deberes constitucionales y legales respecto de la atención a desplazados, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamarla. En efecto, es claro que debido a la situación de extrema vulnerabilidad de esa población, no se puede exigir de ésta el agotamiento de acciones ordinarias para controvertir actos administrativos. Por el contrario, se requiere la intervención urgente y extraordinaria del juez de tutela por cuanto de por medio se encuentra la afectación de derechos fundamentales.

b) La asistencia humanitaria a las víctimas de la violencia no sustituye la obligación de reparar y las garantías de no repetición. Reparación administrativa a las víctimas de la violencia

El Programa para la Atención de Víctimas de la Violencia se encuentra fundamentado en las disposiciones de las Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006 y la Resolución 7381 de 2004 de la Red de Solidaridad Social -hoy Acción Social. Por su parte, el Programa de Reparación Individual por Vía Administrativa se desarrolla por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 1290 de 22 de abril de 2008. De conformidad con estas normas se entiende como víctimas de la violencia de grupos armados organizados al margen de la ley “aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1o. de la Ley 387 de 1997”. Por tanto, las personas que de conformidad con la mencionada Ley 418 de 1997 tienen la condición de víctima, a saber, sobre quien recae la acción violenta, o en su defecto, sus parientes de primer grado de consanguinidad descendiente y ascendiente, (excluyendo los primeros a los segundos), su cónyuge o compañero permanente, son beneficiarias de la asistencia humanitaria que

proporciona Acción Social, que consiste en “la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados”. La ayuda humanitaria se materializa en atención médica, quirúrgica y hospitalaria y, en apoyo económico para mitigar los efectos de los daños sufridos con ocasión del conflicto armado interno. Ésta tiene fundamento constitucional en el “principio de solidaridad social”. No obstante, se precisa que, esta asistencia o ayuda humanitaria bajo ninguna circunstancia sustituye la obligación de reparación y la garantía de no repetición a cargo del Estado y de los grupos organizados al margen de la ley, de acuerdo con las previsiones del artículo 4 de la Ley 975 de 2005 y los artículos 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales que regulan la materia. La reparación para las víctimas, comprendida como el conjunto de acciones que propenden por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, obedece en el campo de la legislación interna a la preceptiva de la Ley 975 de 2005 y del Decreto 1290 de 2008.

c) Prueba de la condición de víctima

El artículo 18 de la Ley 418 de 1997 no exige una ritualidad determinada para probar la condición de víctima. Por el contrario dispone como obligación para la Alcaldía Municipal, la Personería Municipal, o la entidad que haga sus veces en el lugar del ilícito, la elaboración de un censo de afectados por la actividad de los grupos armados organizados al margen de la ley. Por su parte, el artículo 24 del Decreto 1290 de 2008, fija como criterios para reconocer la aludida condición, entre otros, la presentación de denuncia, o puesta en conocimiento de los hechos ante cualquier autoridad judicial, administrativa o de policía; o el riesgo a que estuvieron expuestas las víctimas por sus vínculos profesionales, laborales, sociales, religiosos, políticos, gremiales o de cualquier otro tipo, lo que efectivamente ocurrió en el caso bajo estudio.

d) A los líderes de la población desplazada debe garantizárseles la protección efectiva de su derecho a la vida, a la integridad personal y a la seguridad personal

Dadas las especiales circunstancias de vulneración en las que se encuentra la población desplazada, el Estado debe disponer todo lo que esté a su alcance para garantizar el cumplimiento pleno de los deberes constitucionales básicos a su cargo, en relación con la protección de la vida, la seguridad personal y la integridad de todas las personas, y en particular de los líderes y representantes de la población desplazada. El sistema de protección para la población desplazada y los líderes en riesgo, está contemplado en la Ley 782 de 2002, reglamentada por los Decretos 2816 de 2006 y 2788 de 2003, e implementado por el Ministerio del Interior y de Justicia. El Decreto 2816 de 2006 definió como población objeto del programa el siguiente: “Artículo 2°. Población objeto. El Programa prestará protección a personas comprendidas dentro de los siguientes grupos: (...) 7. Dirigentes de organizaciones de población en situación de desplazamiento”. Como se observa, la actora en calidad de vicepresidente de la junta directiva de la Asociación de Desplazados del Sur del Tolima, se encuentra comprendida en la población objeto del programa de protección. En efecto, de lo observado en el expediente, se tiene que la actora en calidad de líder de la población desplazada ha sido objeto de amenazas y señalamientos de grupos al margen de la ley y su vida se encuentra en inminente peligro de ser atacada. El Ministerio del Interior y de Justicia, en la respuesta a la tutela, corroboró lo dicho por la accionante en el escrito de tutela. Adujo que del archivo que reposa en la entidad se extrajo que la actora se encuentra vinculada al programa de protección y se implementó una medida preventiva consistente en rondas policiales en torno a su lugar de procedencia. Considera la Sala que las medidas adoptadas por la Dirección de DDHH del Ministerio del Interior y de Justicia no son suficientes, toda vez que de la carta dirigida por la actora a la Fiscalía General de la Nación se evidencia que los grupos que amenazan su vida e integridad personal tienen conocimiento del lugar en donde reside y de los componentes de su núcleo familiar. En consecuencia, dado el evidente peligro en que se encuentra la actora, se confirmará la orden dada por el a quo al Director del Programa de Protección a personas en situación de desplazamiento de la Dirección de DDHH del Ministerio del Interior y de Justicia, para que implemente de manera urgente

todas las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la actora y de su núcleo familiar.

[Sentencia de 30 de septiembre de 2009. Exp.: 25000-23-15-000-2009-01227-01 \(AC\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

3. a) La información de carácter especial y particular puede ser objeto de reserva

Como se deduce de los artículos 18 y 19 del Código Contencioso Administrativo, existen dos clases de petición de información. Una es la que alude a la petición de información en interés general y que versa sobre las normas y las funciones que organizan una determinada entidad pública, los métodos y los sistemas que ésta utiliza para tramitar los asuntos de su competencia, las informaciones relativas a las oficinas donde se pueden formular consultas y conocer las decisiones. Se trata de información que siempre debe estar disponible en favor de los asociados y de los usuarios de la entidad y sobre la que, por regla general, no puede oponerse la entidad a entregar por razones de reserva. La otra clase de información es la información de carácter especial y particular prevista en el artículo 19 del Código Contencioso Administrativo y sobre la que recae la protección constitucional prevista en el artículo 74 de la Constitución Política. Esta clase de información sí puede ser objeto de reserva y, por ende, puede ser de restringida circulación. En efecto, en lo que tiene que ver con aquellos documentos o datos que están relacionados con la defensa y seguridad nacional, es evidente que tales documentos gozan del carácter de reservado y solo en determinadas circunstancias previstas por el propio legislador, el velo de reserva que recae sobre esos documentos o información puede ser levantado.

b) El recurso de insistencia y la acción de tutela frente a documentos con carácter reservado

El Director Seccional D.A.S. - Norte de Santander dijo que, mediante oficio SUB 7016-2 del 28 de enero de 2009, negó algunos de los documentos por tener el carácter de reservados. La Sala estima, contrario a lo dicho por el a quo, que la respuesta contenida en el oficio referido, cumple el deber de responder en forma cabal, pues, por una parte, puso de presente que parte de la información requerida por el accionante estaba sometida a reserva legal y que, por tal razón, no tenía derecho a acceder a ésta, lo cual constituye una respuesta válida y concreta a la petición formulada por el accionante. Por otra parte, respondió de forma favorable a la solicitud relacionada con el suministro del último contrato y la adición y, entregó los documentos.

En el artículo 21 de la ley 57 de 1985, el legislador consagró el recurso de insistencia como el medio judicial idóneo y preferente para resolver los conflictos que se susciten sobre el carácter reservado que pueda tener un documento o información. De la regulación contenida en la norma, se desprende que el recurso de insistencia exige como presupuesto la presencia de documentos en los que conste información que la administración aduzca como reservada para impedir su conocimiento por parte del peticionario. Así mismo, cuando se trata de petición de documentos, éstos deben reposar en la oficina del agente a quien se dirige la petición. Sin embargo, cuando la negación del suministro de copias de documentos públicos no se apoya en estar esos documentos amparados por reserva sino en otra razón cualesquiera, el recurso de insistencia deviene improcedente y, por tal razón, el solicitante puede y debe acudir a la acción de tutela, que es el mecanismo judicial más expedito para proteger el derecho fundamental de petición, también en su modalidad de solicitud de información y acceso o copias de documentos públicos, situación que, como se dijo, no se presenta en el caso objeto de estudio, pues es clara la oposición de reserva legal propuesta por la entidad demandada. Se reitera que la tutela no es el medio ideal para resolver los conflictos que se presenten en relación con el carácter de reservado de cierta información o documentos, pues para tal efecto, está prevista la figura del recurso de insistencia.

En ese sentido, en vista de que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr la protección los derechos que, a su juicio fueron vulnerados por la entidad demandada y, ante la inexistencia de un perjuicio irremediable que amerite su prosperidad como mecanismo transitorio, la presente tutela será rechazada por improcedente.

Sentencia de 5 de noviembre de 2009. Exp. 54001-23-31-000-2009-00269-01 (AC) M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

4. Los costos de los medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y que son ordenados mediante acción de tutela, deben ser cubiertos por partes iguales entre la EPS y el Fosyga

Por disposición del artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud sólo tienen la responsabilidad de organizar y garantizar la prestación del Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, no obstante, en algunos eventos cuando se advierta que las normas que definen ese Plan entran en pugna con los derechos fundamentales de las personas, como, por ejemplo, cuando el usuario del servicio de salud, perteneciente al régimen subsidiado, para la preservación de su vida en condiciones dignas o integridad física, requiera con urgencia un procedimiento o medicamento que no está incluido dentro de las prestaciones que conforman dicho Plan Obligatorio, el juez de tutela puede ordenar el suministro de tales servicios. A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos presupuestos que deben cumplirse para que el juez de tutela proceda a inaplicar las normas que definen el contenido del Plan Obligatorio de Salud y, en su lugar, ordene el suministro de la prestación excluida. Ahora bien, la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 14, literal j, dispuso que “... en aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.”. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-463 de 2008, al analizar la constitucionalidad de esta disposición, la declaró exequible en forma condicionada bajo el entendido de que “la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”. En este orden de ideas, es claro que siempre que el juez de tutela condene a una EPS a suministrar medicamentos, tratamientos, procedimientos, exámenes médicos y demás servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, sea en el régimen subsidiado, o en el régimen contributivo, esa EPS debe asumir el 50% de su costo y sólo el 50% restante queda a cargo del FOSYGA.

Las anteriores precisiones permiten concluir a la Sala que, en el caso objeto de estudio, en lo que atañe a la posibilidad de que la EPS SOLSALUD adelante el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por el costo de los servicios médicos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud y que con ocasión de la presente tutela proporcione al señor Francisco Valencia Hernández para tratar su enfermedad de hepatitis crónica, si bien, de acuerdo con lo dicho en la sentencia C-643 de 2008, la E.P.S. goza de esa atribución, es lo cierto que tal facultad se encuentra limitada únicamente al reintegro por parte del FOSYGA del 50% de los costos generados por atención brindada por fuera del Plan Obligatorio de Salud. En efecto, la sentencia del 21 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, al tutelar el derecho a la salud del señor Francisco Valencia Hernández, en conexidad con la vida y la dignidad humana, ordenó que la E.P.S. SOLSALUD, del régimen subsidiado, le suministrara el medicamento INTERFERON PEGILADO ALFA 2B, decisión que, como se dijo, no fue objeto de reparo por parte de la entidad recurrente. Es decir, el

presente caso se encuadra dentro de la hipótesis contemplada por la Corte Constitucional en la sentencia C-463 de 2008, en relación con el reembolso, en favor de las entidades promotoras de la salud - E.P.S., de los distintos regímenes, de los costos no cubiertos por los planes obligatorios de salud y, por tanto, la orden proferida en la sentencia de primera instancia debe modificarse en el sentido de que el recobro por parte de la E.P.S. SOLSALUD sólo puede hacerse en un porcentaje del 50%, pues el otro 50% está a cargo de dicha E.P.S. De esta forma, la Sala modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de aclarar que la autorización para que la E.P.S. SOLSALUD recobre ante el FOSYGA el costo de los servicios médicos que, con ocasión de la presente tutela, proporcione al señor Francisco Valencia Hernández, está limitada al 50% de dicho valor, pues el otro porcentaje está a cargo de la propia E.P.S.

[Sentencia de 5 de noviembre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2009-00688-01 \(AC\). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

5. El apoderado judicial de la parte en un proceso distinto al de la tutela no es directamente afectado por las decisiones adoptadas en éste. Legitimación en la causa por activa en la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política, de forma enfática, consagra que la acción de tutela sólo puede ser incoada por la persona que se considere vulnerada o amenazada en sus derechos constitucionales fundamentales. De acuerdo con el artículo 10° del Decreto Ley 2591 de 1991, la “legitimidad e interés” en la acción de tutela se traduce en que ésta puede ser ejercida por cualquier persona que se sienta vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien puede actuar por sí misma o a través de representante, o por un agente oficioso cuando el titular de éstos no esté en condiciones de asumir su propia defensa. En la segunda hipótesis, es necesario que el apoderado esté debidamente facultado para interponer la tutela a nombre del representado.

En el presente caso, la tutela fue presentada, en nombre propio, por el apoderado de la parte demandante en proceso de reparación directa, quien pretende que se deje sin efecto las providencias por medio de las cuales el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó el incidente de nulidad que, en su condición de apoderado judicial había propuesto dentro del proceso de reparación. De los hechos y argumentos expuestos en la demanda, la Sala constata que, en efecto, lo que busca el demandante es que se tutele el derecho fundamental al debido proceso, en su componente del “derecho a la doble instancia”, vulneración que no se predica de “él” sino de la referida parte procesal. El accionante considera que la referida nulidad debió ser decretada y ahora pretende, por vía de tutela, que se ampare el derecho de su poderdante. Sin embargo, si bien en el expediente obra poder conferido para que interpusiera la respectiva demanda de Reparación Directa contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, es lo cierto que, no acreditó la condición de apoderado judicial para instaurar la presente acción constitucional.

La Sala resalta que el accionante, a título personal, no era parte del proceso de reparación directa que se adelantó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, por tal razón, no es titular de los derechos fundamentales que se puedan predicar de alguna de las partes. El hecho de haber sido el apoderado judicial de la parte demandante no significa que pueda considerársele como el directamente afectado por las decisiones que fueron adoptadas en el trámite de ese proceso. Para efectos de solicitar el amparo de los derechos fundamentales de la referida señora, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el accionante requería de poder para actuar, documento que, se reitera, no fue aportado en el caso objeto de estudio.

[Sentencia 5 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00986-00 \(AC\). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

6. a) Dentro de un concurso de méritos es válido que la administración establezca reglas siempre que respeten los criterios de razonabilidad y eficiencia

El accionante deriva la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a los cargos y funciones públicas de dos circunstancias: i) la Comisión Nacional del Servicio Civil no analizó sus antecedentes laborales y educativos a pesar de que dicha información reposaba en la Oficina de Personal del INVIAS y ii) la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó el consolidado del resultado de las pruebas aplicadas en la Fase II de la Convocatoria, sin resolver la reclamación presentada por el actor contra los resultados de la prueba de análisis de antecedentes. En relación con el primer punto objeto de debate, la Sala considera que le entidad demandada hizo bien al calificar con cero (0) la prueba de análisis de antecedentes, porque el demandante no allegó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil los documentos necesarios para adelantar dicha prueba pues se limitó a presentarlos ante el INVÍAS. Es claro que, de acuerdo con los artículos 13 y siguientes y 20 del Acuerdo 021 de 2008, para que pudiera tener lugar la prueba de análisis de antecedentes era necesario que el aspirante hubiese presentado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, que era la entidad encargada de realizar dicha prueba.

Para la Sala es completamente válido que la Administración establezca reglas y exigencias para adelantar las distintas etapas que conforman determinado concurso, siempre y cuando respeten los criterios de razonabilidad y eficiencia. Por ejemplo, la acreditación del tiempo de experiencia laboral, o, la presentación oportuna de documentos. El hecho de que la “Administración” disponga reglas dentro del proceso para acceder a un cargo público, per se, no es violatorio del derecho a la igualdad, ni del derecho al debido proceso, ni del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas. El establecimiento de esas reglas busca garantizar la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes. Además, el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas debe ser ejercido por los particulares y acatado por las autoridades dentro de los límites que las leyes señalen, uno de los cuales es el del cumplimiento de los requisitos que sean necesarios para cada cargo, según su naturaleza, lo que no constituye un límite arbitrario o irrazonable, sino que, por el contrario, es una garantía para la sociedad, pues con esos requisitos se busca garantizar la idoneidad de aquellas personas que serán nombradas en los empleos respectivos.

Ahora bien, la supuesta omisión por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil de resolver la reclamación presentada por el accionante contra los resultados de la prueba de análisis de antecedentes antes de que fuera publicado el consolidado de las pruebas aplicadas, no fue debidamente probada por la parte actora.

De esta forma, se evidencia que, en el caso sub examine, no existe violación de los derechos fundamentales invocados como sustento de la demanda.

[Sentencia de 29 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-01165-01 \(AC\). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

7. a) La tutela de los derechos como mecanismo transitorio únicamente produce efectos temporales.

La acción de tutela procede, a pesar de existir otros medios de defensa, cuando es interpuesta como mecanismo transitorio en aquellos casos en los que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, con las características que la Corte Constitucional ha señalado como presupuestos para que se pueda calificar como tal, esto es, inminencia del perjuicio, urgencia de las medidas que debe adoptar el juez para evitar la materialización del daño y gravedad de la vulneración e impostergabilidad de las medidas de restablecimiento, entre otros. En esta hipótesis, la Sala aclara que la tutela interpuesta como mecanismo transitorio produce una serie de efectos temporales respecto de las pretensiones formuladas en la petición de tutela, que únicamente tienen vigencia

hasta que el demandante haga uso de los mecanismos judiciales principales que el ordenamiento jurídico prevé para alcanzar sus pretensiones. Por esa razón, si de entrada se sabe que el mecanismo principal no tiene ninguna posibilidad de operar, se desvirtuaría la transitoriedad de la tutela porque ya no produciría efectos temporales sino permanentes.

b) La acción de tutela es procedente para el pago de salarios, siempre que esté demostrado el derecho indiscutible a percibir el emolumento

El reconocimiento de salarios y prestaciones sociales dada la directa relación con el derecho al trabajo, en principio o por regla general, debe lograrse únicamente a través de las acciones y procedimientos ordinarios que consagran las leyes sobre la materia. Que para tal efecto proceda la acción ejecutiva laboral a fin de hacer efectivo el pago, pone de manifiesto la existencia de un medio de defensa judicial. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto la viabilidad excepcional de la acción constitucional para ordenar el pago de acreencias laborales cuando se trate evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que está presente si la retribución por el servicio de la fuerza laboral constituye el mínimo vital del trabajador, situación que debe presumirse mientras no se acredite lo contrario. En términos generales, la acción de tutela para lograr el pago de acreencias laborales procede, de forma excepcional, en aquellos casos en los que esté plenamente demostrado el derecho indiscutible a percibir el emolumento cuya supresión afecta el mínimo vital del accionante, porque ello avizora la certeza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el caso sub examine, la presente acción de tutela es improcedente por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial a la luz del artículo 6 del Decreto 2591, pues la deriva de sus derechos fundamentales de la negativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán a reconocerle y pagarle los salarios y demás emolumentos que, a su juicio, tiene derecho por haberse desempeñado como juez de descongestión en los meses de enero y febrero de 2009. A pesar de que la acción de tutela fue instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable derivado, a juicio de la demandante, de la afectación de su mínimo vital, la Sala no entrará siquiera a analizar la existencia de dicho perjuicio, porque no se probó de forma cierta e indiscutible el derecho a percibir el emolumento que se reclama. En efecto, de acuerdo con lo dicho por la parte actora y según lo expuesto por las entidades demandadas en las respectivas contestaciones de la demanda, se evidencia que no existe certeza con relación a la existencia de la obligación de pagarle a la demandante el salario y demás prestaciones correspondientes a los meses de enero y febrero de 2009, pues, a juicio de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, la accionante no tendría derecho a las acreencias laborales reclamadas, toda vez que la medida de descongestión tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008 y, la medida no fue prorrogada por el Acuerdo PSAA08-4983 del 28 de julio de 2008. En este orden de ideas, es evidente que en el asunto sub examine el derecho reclamado no puede ser reconocido por intermedio de la acción de tutela. Para tal efecto, la parte actora cuenta con la acción laboral ordinaria ante el juez competente, para que decida sobre la certeza del derecho laboral solicitado.

En consecuencia la sentencia de primera instancia será modificada para rechazarla por improcedente.

[Sentencia de 29 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-01289-01 \(AC\). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. Es responsabilidad de la Nación, por medio del Instituto Nacional de Vías, acometer las obras de reparaciones en las vías nacionales y salvaguardar los derechos colectivos que se ven amenazados con obras inconclusas en las mismas.

En el caso concreto, se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con la seguridad pública, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, los cuales se estiman vulnerados en razón a la destrucción parcial de la carretera nacional que de Bucaramanga conduce a la Costa Atlántica, en el kilómetro 43 más 350 metros y en el mismo kilómetro más 750 metros más, por causa del deterioro causado por el Río Playonero a la bancada que soportaban los gaviones de refuerzo de la vía, toda vez, que si bien se realizaron obras que permitieron repavimentar y reforzar la vía en cuestión, éstas quedaron inconclusas, poniendo en riesgo la seguridad de comunidad y amenazando sus derechos colectivos. Al respecto, la Sala encuentra que del material probatorio que reposa en el expediente, en relación con las obras de reparación, es evidente que aún existen problemas estructurales en los muros de contención y en reparaciones de reforzamiento realizadas y que, por obvias razones, pueden ser objeto de vulnerabilidad a la seguridad pública de la comunidad.

La Sala, advierte que la obligación en el sub examine es del INVIAS, toda vez que la aprobación de estudios y planos para las obras de reparación fueron dados por parte de esta entidad pública, además de la obligación que le acaecía de controlar y vigilar que dichas obras fueran efectivas para salvaguardar los derechos colectivos, pues no puede pretenderse que los riesgos que implica la falta de controles suficientes para ejercer debidamente las funciones de administración de las carreteras sean asumidos por los usuarios de las mismas. Igualmente, La Ley 105 del 30 de diciembre de 1993, que contiene las normas básicas sobre el transporte, redistribuye competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, en su artículo 19 establece que la planeación, construcción, mantenimiento y conservación de la infraestructura de transporte corresponde a la Nación y a las entidades territoriales, respecto a “todos y cada uno de los componentes de su propiedad”. Según el artículo 12 ídem, la infraestructura de transporte de propiedad de la Nación es aquella que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países, y de ella forman parte, entre otros, la red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades y su señalización. Como se deduce de la ley y del material probatorio, es responsabilidad de la Nación, por medio del Instituto Nacional de Vías, acometer las obras de reparaciones de vías nacionales y salvaguardar los derechos colectivos que se ven amenazados con obras inconclusas, pues no se está garantizando la seguridad pública de los transeúntes peatonales y residentes del sector de la carretera bajo estudio. En consecuencia de lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar se protegerán los derechos colectivos demandados y se ordenará al INVIAS que refuerce y mejore las obras de reparación ya realizadas, teniendo en cuenta las observaciones de los dictámenes periciales, obrantes en el expediente.

[Sentencia de 15 de octubre de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2001-02105-01 \(AP\) M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. a) La intervención sobre bienes de interés cultural de la Nación requiere autorización del Ministerio de Cultura

De la ley 397 de 1997, es relevante destacar, lo dispuesto en el artículo 4º: “Artículo 4º.- Definición de patrimonio cultural de la Nación. El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico,

arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular. (...)Parágrafo 1º.- Los bienes declarados monumentos nacionales con anterioridad a la presente ley, así como los bienes integrantes del patrimonio arqueológico, serán considerados como bienes de interés cultural. También podrán ser declarados bienes de interés cultural, previo concepto del Ministerio de Cultura, aquellos bienes que hayan sido objeto de reconocimiento especial expreso por las entidades territoriales.” La misma ley en su artículo 11 fija el régimen a que estarán sometidos los bienes de interés cultural, tanto públicos como privados, en los siguientes términos: “1. Demolición, desplazamiento y restauración. Ningún bien que haya sido declarado de interés cultural podrá ser demolido, destruido, parcelado o removido, sin la autorización de la autoridad que lo haya declarado como tal. 2. Intervención. Entiéndese por intervención todo acto que cause cambios al bien de interés cultural o que afecte el estado del mismo. Sobre el bien de interés cultural no se podrá efectuar intervención alguna sin la correspondiente autorización del Ministerio de Cultura.

b) Las modificaciones realizadas a la Plaza de Toros La Macarena se ejecutaron pese al concepto negativo del Consejo de Monumentos Nacionales y el Ministerio de Cultura.

En el caso concreto, los actores interpusieron una acción popular contra el Municipio de Medellín, Antioquia, por considerar que se encuentra vulnerado el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio cultural de la nación debido a las modificaciones de las cuales fue objeto la Plaza de Toros en dicha ciudad. De las pruebas del proceso, se concluye que la Plaza de Toros de la Macarena si bien no es un monumento nacional, sí es un inmueble, de valor arquitectónico, histórico y urbanístico de interés cultural, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo Municipal No. 62 de 1999 y el Decreto Municipal 1407 de 1995, que lo clasificó como de nivel 1, es decir de conservación rigurosa, por lo que cualquier cambio que se realice en su edificación, debe contar con la autorización del Comité de Monumentos del Ministerio de Cultura, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 397 de 1997. Ahora bien, el Centro Filial del Consejo de Monumentos Nacionales, Seccional Antioquia, emitió un concepto negativo en el cual no aprobaba el proyecto de intervención en la Plaza de Toros de La Macarena, concepto que fue respaldado por el Ministerio de Cultura y comunicado en su oportunidad a la Alcaldía de Medellín, que hizo caso omiso de dicho requerimiento y prosiguió con las obras sobre el inmueble. De esta manera y observando la modificaciones realizadas a la plaza en cuestión y que son de público conocimiento, tales como el nuevo portal, la nueva disposición de las gradas, la superestructura de varios metros que ahora se aprecia en la parte superior de la misma y el techo mecánico, se encuentra que éstas definitivamente van en contra de la estructura clásica que se buscaba conservar, por lo que a todas luces se observa una vulneración al derecho colectivo a la protección del patrimonio histórico y cultural de la nación. La Sala encuentra que en este caso la Administración menoscabó de manera manifiesta un inmueble objeto de protección especial debido a su calidad de bien de interés cultural por su valor histórico y social para la ciudad de Medellín.

c) El derecho colectivo al patrimonio histórico y cultural de la Nación se vulneró de manera irreversible con las modificaciones realizadas a la Plaza de Toros La Macarena

Si bien la acción popular busca prevenir o solucionar la vulneración de los derechos colectivos, deteniendo la actuación que la causa y devolviendo las cosas a su estado anterior, esto sólo se consolidará cuando sea posible. Lamentablemente, en el presente caso, la Sala encuentra que ésta vulneración no es resarcible debido a que la modificación del inmueble fue tal, que forzosamente se considera que el derecho colectivo al patrimonio histórico y cultural de la nación fue vulnerado de manera irreversible, entre otras, porque con una orden de demoler la nueva construcción y reconstruir la plaza como era originalmente, se estaría atentando contra otro derecho colectivo como es el patrimonio público. Sin embargo, y puesto que como quedó demostrado, existió una violación al derecho colectivo invocado en la demanda, la Sala procederá a revocar la sentencia de

primera instancia, por haberse probado que existió una amenaza de los derechos colectivos invocados por el actor y en consecuencia declarará que existió una vulneración por parte de la Alcaldía Municipal de Medellín, por lo que se le condenará al pago del incentivo únicamente a favor del demandante, puesto que el recurrente intervino en el proceso en calidad de coadyuvante. Adicionalmente se compulsarán copias a la procuraduría, contraloría y a la fiscalía con el fin de que se revisen las actuaciones llevadas a cabo por la Administración de ese entonces, en cabeza del señor Luis Pérez Gutiérrez como alcalde del Municipio demandado en la época de los hechos.

[Sentencia de 5 de octubre de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2003-03357-01 \(AP\). M.P. MARTHA SOFIA SANZ TÓBON](#)

3. a) Sí procede el recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda de acción popular.

Si bien es cierto que la Ley 472 de 1998 en sus arts. 26 y 37 prevé tan sólo dos providencias susceptibles de ser recurridas mediante apelación: el auto que decreta medidas previas y la sentencia de primera instancia, y ello podría llevar a pensar que estos son los dos únicos eventos en que es posible interponer este tipo de recursos, lo cierto es que esta Corporación, en decisión de Sala Plena, ha dejado determinado - a partir de una interpretación sistemática de la Ley 472 de 1998- que contra el auto que rechaza la demanda sí procede el recurso de apelación, al razonar que: “En las acciones populares el auto de rechazo de la demanda será recurrible en apelación por dos situaciones jurídicas: la primera concerniente a que la ley determinó que los procesos promovidos en ejercicio de las acciones populares tienen dos grados de decisión y la segunda situación, referente a que el C. C. A prevé que el auto de rechazo de la demanda en asunto de dos instancias es apelable”.

b) La acción popular es procedente cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal

Si bien la jurisprudencia y la doctrina revelan posiciones antagónicas en torno a la competencia anulatoria del juez popular respecto del contrato estatal en defensa de los derechos e intereses colectivos, lo cierto es que sobre lo que no puede discutirse es en relación con la procedencia de este medio procesal cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que se trata del mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. En efecto, a diferencia de la acción de tutela que procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio (art. 86 inc. 3º y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991) y de la acción de cumplimiento que es improcedente cuando el afectado tenga otro medio de defensa judicial o cuando la protección de los derechos pueda ser garantizada mediante la acción de tutela (art. 9 de la ley 393 de 1997), la acción popular ostenta el carácter de autónoma o principal, habida consideración de su objeto y por ello su procedencia no está subordinada a que no existan otros medios de defensa judicial. Con esta perspectiva, la jurisprudencia tiene establecida la procedencia de la acción popular cuando la conducta vulnerante del derecho o interés colectivo sea un contrato estatal, toda vez que -como ya se indicó- se trata de un instrumento principal y autónomo que sin duda se constituye en instituto idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, con independencia de la naturaleza de la conducta vulnerante. En efecto, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 -al regular el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa- dispuso: “Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la

recuperación total de lo pagado en exceso”. En consonancia el artículo 9, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que éstas proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, supuesto normativo que evidentemente cobija a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, en tanto aquella se constituye en un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado. Por manera que la contratación estatal en tanto compromete intereses colectivos de diversa índole (moralidad, patrimonio público, entre otros) es pasible de ser estudiada en sede popular. Síguese de todo lo anterior que el hecho de que en una demanda instaurada en el ejercicio de la acción popular se pretenda estudiar si la celebración o ejecución de un contrato estatal entraña amenaza o violación de derechos colectivos no significa que por ese hecho el ejercicio de la acción sea indebido. De modo que, si como ocurre en el *sub lite* la pretensión consiste en que la protección de los derechos colectivos que se dicen vulnerados, la acción se torna procedente.

c) Cuando la pretensión sea ajena a la acción popular, deberá adecuarse la petición a la acción que corresponda. Eventos en que puede ser rechazada la acción popular.

La acción popular sólo puede ser rechazada, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la ley 472 de 1998, cuando el actor no subsane dentro del término legal los defectos de que adolezca, relacionados con el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 18 de la misma ley, esto es, cuando el actor no se identifique; no se indique el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado; no se indiquen los hechos, acciones u omisiones que motivan la petición; no se enuncien las pretensiones; no se indique el responsable de la amenaza o agravio, en caso de que fuere posible; no se señalen las pruebas que se pretende hacer valer; o no se señalen las direcciones para notificaciones y cuando se está frente al agotamiento de jurisdicción. Por lo demás, no debe perderse de vista que cuando la pretensión sea ajena a la acción popular, deberá adecuarse la petición a la acción que corresponda, tal como lo prevé el artículo 5° de la ley 472 de 1998.

[Auto de 21 de octubre de 2009. Exp.: 08001-23-31-000-2005-01917-01 \(AP\). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. LEGALIDAD DE RESOLUCIÓN QUE CONCEDE EXTRADICIÓN DE NACIONAL COLOMBIANO ANTE INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEN*: ES DIFERENTE EL DELITO DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES EN COLOMBIA (POR SACAR DROGA DEL PAÍS) Y EL DELITO DE

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, el Gobierno Nacional, invocando la facultad consagrada en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, concedió la extradición del ciudadano colombiano XX XXX hacia los Estados Unidos de América, quien fue requerido por las autoridades judiciales norteamericanas por introducir, poseer y distribuir heroína en ese país y por concertar, ayudar y facilitar su importación, posesión y distribución en territorio norteamericano. En ese contexto, el Gobierno Nacional expidió la Resolución 220 del 25 de octubre de 2004 (posteriormente confirmada por la Resolución N° 14 del 26 de enero de 2005) (...). Con el declarado propósito de obtener la nulidad de los actos acusados y de lograr el pretendido restablecimiento de los derechos afectados, el apoderado del señor XXX defiende la tesis según la cual, las conductas desplegadas por su representado, dentro de las que se encuentran las de exportar estupefacientes desde Colombia e importar tales sustancias en los Estados Unidos de América, son conductas

constitutivas de un mismo delito, y por ende, su represión no puede ser objeto de diferentes condenas, por tratarse precisamente de un concurso de conductas punibles.(...) Hechas las anteriores precisiones, la Sala encuentra oportuno reiterar el criterio expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 22 de mayo de 1996, con ponencia del H. Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, en el sentido de señalar que si bien en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se presentan unas actividades progresivas que van desde el cultivo de plantas hasta el consumo de tales sustancias, pasando por toda la gama de producción, almacenamiento, transporte, exportación, porte, comercialización, etc., basta simplemente con demostrar una sola de ellas para que la conducta típica se considere perfeccionada y completa. En todo caso ello no obsta “[...] para que en parte esos comportamientos se realicen en un territorio siendo merecedores de su reproche en él, y otra alcance su realización en el exterior, donde igualmente serán objeto de represión autónoma”. Resulta igualmente pertinente traer colación la sentencia de 23 de abril de 1998 proferida por la Sala, Exp. Núm. 4151, Consejero Ponente, Manuel S. Urueta Ayola, en la cual se concluyó: “[...] que no es cierto que la resolución demandada concedió la extradición del actor para que fuera juzgado por los mismos hechos por los cuales fue juzgado en Colombia, pues, en últimas, a aquél se le juzgó aquí por sacar cocaína y en Estados Unidos se pretende juzgarlo por un hecho punible diferente: el de importar cocaína a dicho país, conducta también prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, cuando emplea la expresión “introduzca al país”. A diferencia de lo que piensa el actor, los actos de exportar estupefacientes desde Colombia y su posterior importación en los Estados Unidos de América, si bien son etapas progresivas asociadas a una conducta criminal, constituyen dos delitos claramente distinguibles entre sí, así se encuentren ligados por un designio común, pues mientras el primero se comete en Colombia, el segundo es consumado en dicho país, haciéndose merecedor de reproche y de castigo. (...) Las razones antes aducidas llevan a concluir que en el asunto planteado por el actor no se transgredió la prohibición de imponer dos o más sanciones por el mismo hecho, pues una cosa es que el señor XX XXX haya cometido el delito de tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir en Colombia, y otra muy diferente que haya traficado con estupefacientes y conspirado para delinquir en los Estados Unidos. En virtud de lo expuesto, resulta claro que estamos en presencia de comportamientos ilícitos distintos que si bien son imputables al mismo sujeto, fueron realizados en países diferentes. Por lo anterior, las conductas ilícitas desplegadas por el señor XX XXX son merecedoras de un reproche independiente, lo que descarta la violación al principio del non bis in ídem.

[Sentencia del 15 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2005-00157-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. NEGADA SOLICITUD DE PATENTE DE INVENCION DE PRECONCENTRADO DE MICROEMULSION POR FALTA DE NIVEL INVENTIVO, PUES EL USO Y LOS MEDIOS PROPUESTOS EN LA SOLICITUD DE INVENCION ERAN CONOCIDOS DENTRO DEL ESTADO DE LA TECNICA CONOCIDO EN EL MOMENTO EN QUE FUE PRESENTADA Y EL RESULTADO ERA PREVISIBLE.

La sociedad NOVARTIS AG, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., solicita a la Sala que en proceso de única instancia acceda a las siguientes 1. Pretensiones: 1. 1. Declarar la nulidad de las resoluciones núms. 8816, de 27 de marzo de 2001, mediante la cual el Superintendente de Industria y Comercio decidió negar la patente de invención que solicitó, 27448, de 27 de agosto de 2001, con la que el mismo funcionario resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la primera de esas resoluciones. 1. 2. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, ordene a la entidad demandada concederle la patente de privilegio de invención titulada como adelante se indica [“UN PRECONCENTRADO DE MICROEMULSION QUE COMPRENDE UN AGENTE ACTIVO DIFÍCILMENTE SOLUBLE Y UN MEDIO PORTADOR”] y ordenar su registro, por cumplir con los requisitos para ello (...) El memorialista hace radicar la violación de esas normas comunitarias [Decisión 344, artículo 1 y 4] en que la solicitud de patente negada sí tiene nivel inventivo, ya que se encuentra integrada por un

compuesto novedoso al cual se llegó después de largas experimentaciones, no se encontraba dentro del estado de la técnica la fórmula para ese compuesto, el cual es demasiado específico en la medida de que la composición se encuentra constituida por varias partes, en donde cada parte, a su vez, se encuentra integrada por unos compuestos muy específicos a los que se llegó luego por una exhaustiva investigación. (...) La Sala ha puesto de presente que al solicitante es a quien corresponde demostrar los requisitos de patentabilidad de un producto o de un proceso, y no a la oficina competente, la cual lo que ha de hacer es verificar el cumplimiento de esos requisitos, especialmente en lo relativo a los aspectos sustanciales de tales requisitos, habida cuenta de que involucran elementos técnicos y/o científicos cuyo manejo requiere conocimientos específicos sobre tales tópicos o elementos (...) Retomando la cuestión del sub lite, se tiene que ella radica en verificar si por los resultados con el tipo de medios utilizados, el compuesto que se quiere patentar tiene realmente o no el nivel inventivo requerido para que se le daba conceder ese privilegio de la patente de invención, en la medida en que tales resultados sean realmente inesperados o no en el estado de la técnica para el momento en que se obtuvo, es decir, que no sea evidente que se puedan derivar de las anterioridades señaladas en el acto acusado como indicativos del estado de la técnica al momento de presentación de la solicitud, en cuanto hace al tipo de medios utilizados. (...) Emerge con facilidad, entonces, del conjunto del dictamen pericial reseñado que los resultados que aduce la actora como fundamento de su solicitud de invención, eran previsibles del estado de la técnica conocido en el momento en que fue presentada esa solicitud, pues tanto el compuesto como los medios o elementos utilizados por ella para tales resultados, aparecen directa o indirectamente contenidos o previstos en las anterioridades consideradas por la Superintendencia, e incluso aparecen enunciados en la literatura disponible sobre la materia, como es el caso de las microemulsiones, que justamente aparecen como solución al problema de la variabilidad de la absorción de los fármacos lipofílicos, no solubles en agua, y tenida como una novedosa tecnología de microemulsión. El problema que resuelve esa técnica radica en que cuando se mezclan sustancias lipofílicas con agua o soluciones acuosas (p. ej. Un fármaco lipofílico en el estómago, v. gr. la ciclosporina), éstas no se mezclan, sino que forman gotas de gran tamaño, produciendo una dispersión escasa y, por consiguiente, una absorción deficiente. La solución consiste en que en una micromulsión, siguiendo la fuente consultada, las gotas son mucho más pequeñas (diámetro de 10-100nm), por lo que la mezcla muestra un aspecto homogéneo, de modo que con la tecnología de la micromulsión la absorción es mejor, la cual se indica como aplicable justamente a la ciclosporina A, en tanto es insoluble en agua, según se lee en la misma fuente. En el dictamen pericial reseñado abundan las conclusiones a favor del carácter previsible de lo que la actora propone como invención, y coincidentes con lo que informa la literatura en comento.

[Sentencia del 15 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2002-00096-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. LEGALIZACIÓN DE MERCANCÍA INGRESADA A ZONA FRANCA SIN REQUISITOS LEGALES CONVIERTE DICHA OPERACIÓN EN UNA IMPORTACIÓN Y HACE ACREEDOR AL EMPRESARIO DEL DEBER DE CANALIZAR LAS DIVISAS PROVENIENTES DE ESA OPERACIÓN A TRAVÉS DEL MERCADO CAMBIARIO.

TETRA PAK ANDINA por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó (...) la siguiente demanda: 1.1.1. Que se declare nula la Resolución 4010 de 6 de mayo de 2002, por la cual la Coordinadora Delegada del grupo de fallo de Investigaciones Cambiarias de la DIAN -Administración Bogotá- impuso a la actora una multa por valor de ciento treinta y tres millones trescientos sesenta y tres mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$133.363.440,00), por violación a los artículos 7 y 10 inciso 1º de la Resolución Externa 21 de 1993 y 6º de la Ley 383 de 1997, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a la importación de una mercancía entregada mediante Resolución 638-1286 de 7 de octubre de 1998 por un valor FOB US\$ 4.818.98 y legalizada mediante la Declaración de Importación 0501605064829-8 de 22 de abril de 1998. 1.1.2. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la DIAN levantarle a la actora la sanción impuesta y se le condene al pago de

las costas del proceso. (...) Los argumentos expuestos por la actora en el recurso de apelación consisten en afirmar que la infracción endilgada en el acto acusado, es decir, «no canalizar el pago de la mercancía por el mercado cambiario» es ilegal, toda vez que sólo podía haber tenido ocurrencia si se hubiera tratado de una importación, pero que en este caso se trató de la introducción de bienes a zonas francas industriales y comerciales que tiene un tratamiento distinto. (...) Las pruebas allegadas demuestran que la mercancía fue aprehendida por la DIAN, por no encontrarse cobijada en el documento de transporte LIS 1354, requisito necesario para considerarla como bienes introducidos a zona franca y de esa manera, darle el tratamiento respectivo. Ante esta situación, la actora procedió a legalizar la mercancía, presentando la Declaración de Legalización 0501605064829-8, cancelando el valor de cinco millones cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos veinticinco pesos (\$5.440.425) por concepto de tributos aduaneros y sanciones, con el fin de obtener su levante y posterior entrega mediante Resolución 638-1286 de 7 de octubre de 1998 (fl. 106 c. 1). En efecto en la parte considerativa de dicha resolución se dijo: «QUE COMO RESULTADO DE LA DILIGENCIA ANTERIORMENTE CITADA, SE DETERMINA QUE LA DECLARACIÓN DE LEGALIZACIÓN SEÑALA CORRECTAMENTE LA DESCRIPCIÓN DE LA MERCANCÍA, SU CANTIDAD Y VALOR, QUE SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE CLASIFICADA EN LA SUBPARTIDA ARANCELARIA DECLARADA, ASI COMO LA LIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y LAS SANCIONES RESPECTIVAS, CORRESPONDIENDO AL VALOR EN ADUANA DE LA MERCANCÍA INSPECCIONADA, SIN ENCONTRAR MERCANCÍAS NO AMPARADAS O EXCESOS FRENTE A LAS CANTIDADES DECLARADAS EN GENERAL, EXISTIENDO PLENO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA MODALIDAD UTILIZADA. [...] EN ESE ORDEN DE IDEAS, QUEDA DEBIDAMENTE COMPROBADO QUE EL DECLARANTE CUMPLIÓ CON TODOS LOS PARÁMETROS EXIGIDOS EN LA NORMATIVIDAD ADUANERA, POR LO CUAL SE ENTENDERÁ QUE LA MERCANCÍA POR SER PROCEDENTE SU LEGALIZACIÓN, SE CONSIDERA PARA EFECTOS ADUANEROS PRESENTADA, DECLARADA Y RESCATADA. QUE PARA EL CASO MATERIA DE ESTUDIO LA DIVISIÓN DE CONTROL ADUANERO, REPRESIÓN Y PENALIZACIÓN DEL CONTRABANDO AÚN NO HA PROFERIDO ACTO ADMINISTRATIVO ALGUNO QUE RESUELVA LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MERCANCÍAS, Y DE ACUERDO CON LA DILIGENCIA DE INSPECCIÓN PRACTICADA A LAS MISMAS, HAY CONFORMIDAD ENTRE LO DECLARADO Y LO QUE FÍSICAMENTE FUE MATERIA DE APREHENSIÓN Y POR CONSIGUIENTE ES PROCEDENTE EL LEVANTE DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 28 DEL DECRETO 1909 DE 1992. [...]» Luego, esta circunstancia pone de manifiesto que en este caso no se cumplieron los presupuestos para que se entendiera que la mercancía ingresaba a zona franca, puesto que la actora procedió a legalizar la mercancía con el fin de obtener su levante y entrega de la misma, constituyéndose en una operación de importación que la hizo acreedora a la obligación de canalizar las divisas provenientes de esa operación a través del mercado cambiario. En consecuencia, tratándose de una operación de importación de la mercancía amparada con el documento de transporte LIS 1354, se infiere que en materia cambiaria sí le eran aplicables los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 21 de 1993.

[Sentencia del 15 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2002-00770-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.](#)

4. LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO NACIONAL 1804 DE 1999: EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD DE NATURALEZA PÚBLICA DEBEN SER AUTORIZADAS PREVIAMENTE POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD PARA ADMINISTRAR LOS RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Se decide en única instancia la acción de nulidad interpuesta por el ciudadano JORGE ENRIQUE CASTRO BERNAL contra la expresión «pública» contenida en el artículo 1º¹ del Decreto 1804 de

¹ Decreto 1804 DE 1999 (septiembre 14) “Por la cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” “Artículo 1º. Entidades habilitadas para administrar recursos del régimen subsidiado. Podrán administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, ESS, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean

1999 (14 de septiembre), expedido por el Ministerio de Salud. (...) Afirma [el demandante] que las ya citadas Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 otorgaron a CAPRECOM y CAJANAL habilitación directa para administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud como Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública, y que no era dable al Presidente de la República subordinarla o condicionarla exigiéndoles en el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1804 de 1999 «que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto» y que «sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud». De ello concluye que el Ejecutivo extralimitó la potestad reglamentaria al exigirles el cumplimiento de unos requisitos que no fueron establecidos por el Legislador. (...) El cargo que alega que los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 fueron derogados por las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998. (...) La sola lectura de las disposiciones transcritas pone de resalto que las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 condicionaron la operación de CAPRECOM y de CAJANAL como Empresas Prestadoras de Salud al cumplimiento de las condiciones, exigencias y requisitos de autorización por la Superintendencia Nacional de Salud, así como a su inspección, vigilancia y control, dados los inequívocos términos de la remisión que, para esos efectos hicieron a la Ley 100 de 1993. Contra lo afirmado por el actor, tales Leyes son concluyentes en disponer que CAPRECOM y CAJANAL operarían como Empresas Promotoras de Salud en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. La remisión o reenvío expreso que las referidas Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 hacen a la regulación normativa de la Ley 100 de 1993, desvirtúa el argumento del actor pues demuestra que su premisa subyacente no es cierta, habida cuenta de que la derogación que en su parecer operó, no ha tenido lugar. Tampoco encuentra la Sala que este cargo [extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria] tenga asidero pues, advierte que es la propia Ley 100 de 1993 la que en su artículo 180 dispuso que las empresas de naturaleza pública deben obtener autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para operar como Empresas Promotoras de Salud y cumplir los requisitos que dicha norma establece, para administrar los recursos del régimen subsidiado. En este aspecto la norma acusada se limita a reproducir el contenido normativo del artículo 180 de la Ley 100 de 1993. Se concluye en que el cargo es infundado.

[Sentencia del 15 de octubre de 2009, Exp. 11001-03-24-000-2004-00051-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. a) DESVIACIÓN DE PODER EN ACTO DE INSUBSISTENCIA - Causalidad entre el retiro y presuntas irregularidades del retirado

Es cierto que el acto acusado se profirió en ejercicio de una facultad discrecional autorizada por la Ley, sin embargo esta potestad debe ser entendida como una técnica de administración de los recursos de la Administración Pública, que se desarrolla dentro del marco de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, cuyo ejercicio está subordinado esencialmente a dos elementos extrajurídicos como son la oportunidad y la conveniencia de la decisión, advirtiendo que dicha facultad se ejercerá siempre bajo la orientación de una finalidad pública. Atendiendo las circunstancias del caso sometido a estudio, la Sala considera que se configuró la desviación de poder como un vicio en la causa del acto administrativo, por cuanto en la indagación probatoria se constató que el acto aparentemente válido persiguió un fin distinto al señalado por el legislador, pues está claro que la administración obró arbitraria y apresuradamente en relación con la actora, disfrazando la aparente legalidad del acto de retiro con su verdadera intención, cual era la de culparla por lo sucedido con la visita del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social ante la negativa de unos permisos sindicales que ni siquiera fueron concedidos por ella, como era lo habitual. Así

autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud. ...”

pues, conductas como las asumidas por el Director de la entidad, denotan no sólo un desconocimiento del ordenamiento jurídico, no obstante existir un manual específico de funciones y requisitos que rige para la respectiva entidad oficial, sino la desproporcionalidad e improvisación en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público.

b) DESMEJORAMIENTO DEL SERVICIO - Probado porque el reemplazo no cumplía con los requisitos para el desempeño del cargo

Tan inoportuna, desproporcionada e improvisada fue la decisión de retirar a la actora, que la persona que asumió inmediatamente las funciones de Jefe de Recursos Humanos lo hizo bajo la modalidad de encargo y luego de un mes y 23 días fue efectivamente reemplazada por la Señora Urrea Amaya quien para la época de la posesión no cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos para el cargo. Tal situación configura otro argumento contundente para desvirtuar la legalidad del acto de insubsistencia, pues, como se ha sostenido en otras oportunidades, la sola ausencia de uno de los requisitos legales para ocupar un cargo, atenta contra el buen servicio. En este momento es del caso anotar que los requisitos para el desempeño de un empleo no son previstos de manera caprichosa o arbitraria, sino que son fijados con base en la naturaleza y complejidad de las labores a desarrollar en el empleo. De ahí, que para el cargo de Jefe de Recursos Humanos de CAPRECOM se exija acreditar un determinado nivel académico y una mayor preparación profesional. En esa medida, si el funcionario reemplazante no acredita los requisitos para el desempeño del cargo y sí los demuestra el empleado declarado insubsistente, es forzoso concluir que dentro de esa circunstancia no se podía mejorar el servicio, como sucedió en el caso sub lite.

[Sentencia de 12 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-25-000-1999-07269-01 \(4334-05\), M.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

2. CONTRATO DE APRENDIZAJE - Nulidad parcial de unas expresiones contenidas en el decreto que reglamenta dicho contrato (Literales b) Y f) del artículo 6 del Decreto 933 de 2003)

El contrato de aprendizaje tiene como finalidad la de facilitar la formación de quienes, como aprendices, ingresan a las entidades autorizadas para el efecto, la subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje y se recibe a título estrictamente personal. Igualmente el apoyo de sostenimiento mensual al decir de la misma Ley, en ningún caso constituye salario, es decir, su fin no es retribuir el servicio sino como su nombre lo indica, servir de sustento mientras se surte el proceso de aprendizaje, con el fin de que éste no se vea truncado. Con características tan diferenciadas en relación con el contrato de trabajo, considera la Sala que en efecto, la expresión “trabajadores” debe desaparecer de la norma en examen, pues si bien, como lo dice la Ley, el contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del derecho laboral, no constituye un contrato de trabajo. En efecto, la Ley reglamentada expresamente señaló que al realizarse prácticas con estudiantes universitarios, éstos, debían corresponder a personal adicional comprobable con respecto al número de empleados registrados en el último mes del año anterior en las cajas de compensación. No obstante lo anterior, el Decreto, al reglamentarla, incluyó a los técnicos y tecnólogos, a pesar de que la Ley sólo se refirió a personal adicional comprobable tratándose de estudiantes universitarios. En las anteriores condiciones, al restringir la posibilidad para los técnicos y tecnólogos de realizar prácticas, sólo si se prueba que son personal adicional al registrado en las cajas de compensación, el Decreto está incluyendo una limitación no contemplada en la Ley y por este aspecto excede la potestad reglamentaria. En consecuencia, se hace necesario anular la expresión “técnicos o tecnólogos”, contenida en el primer inciso del literal f), con el fin de ajustar el Decreto a la Ley reglamentada. En este caso la reglamentación estableció una restricción que impidió a los estudiantes universitarios realizar sus prácticas para obtener el título profesional a través de un contrato de aprendizaje con el fin de afianzar conocimientos.

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

[Sentencia de 6 de agosto de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2003-00234-01\(2080-03\), M.P.: ALFONSO VARGAS RINCÓN.](#)

3. SE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL PARCIAL DE LOS NUMERALES 3 Y 4 DE CIRCULAR CONJUNTA 0001 DE 2005 DE LOS MINISTROS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, QUE IMPONE AL EMPLEADOR LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CUANDO EL EMPLEADO CUMPLE REQUISITOS DE PENSIÓN ANTICIPADA O DE VEJEZ EN EL SISTEMA DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y SIGUE VINCULADO AL SERVICIO

La Sala encuentra procedente acceder a la suspensión provisional en lo que se refiere a la aplicación de la circular en relación con el régimen de prima media con prestación definida, por las siguientes razones: Al tenor de los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 las cotizaciones al sistema general de pensiones tienen el carácter de obligatorias para los afiliados y sus empleadores, en la proporción de ley, mientras subsista la relación laboral. No obstante la obligación de cotizar para pensión en el régimen de prima media con prestación definida cesa cuando el afiliado cumple los requisitos para devengar la pensión mínima de vejez o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente. Por ende aunque permanezca la relación laboral la obligación de cotizar al sistema general de pensiones finaliza con la ocurrencia de alguna de las tres posibilidades anteriores, sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes. La vulneración del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 se ve a primera vista al comparar la norma con los apartes del artículo 3, de la circular acusada porque le impone al empleador la obligación de continuar cotizando cuando el trabajador decida no pensionarse aunque haya satisfecho los requisitos para hacerlo anticipadamente, circunstancia que no se encuentra contemplada en el régimen de prima media con prestación definida. El artículo 4 atacado también resulta violatorio de esta disposición en cuanto hace una precisión en igual sentido al señalar que cuando el trabajador reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez y decida seguir laborando se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral, con el objeto de incrementar el monto de la pensión, pues la decisión de continuar efectuando aportes está sujeta a la voluntad del afiliado o del empleador en los dos regímenes.

NOTA DE RELATORIA : La suspensión provisional se decreta sobre las expresiones “el empleador está obligado a continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema” y “se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral,” contenidas en los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 00001 de 24 de enero de 2005, proferida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, en lo que guarda relación con el régimen de prima media con prestación definida.

[Sentencia de 19 de marzo de 2009. Exp. 2556-2008 \(2008-00116\). M.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

4. DESVIACIÓN DE PODER EN ACTO DE INSUBSISTENCIA DE FISCAL EN PROVISIONALIDAD POR PUBLICACIÓN EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE CARTA DE INCONFORMIDAD CON PRUEBA DE POLÍGRAFO

El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen

servicio. Para la Sala es inevitable relacionar la publicación de la carta elaborada por la actora, en el semanario El Espectador el día 4 de abril de 2004 y la fecha en que el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento hecho a la demandante el 14 de los mismos mes y año, es decir, 10 días después de dicha publicación, lo que evidencia malestar por parte de la entidad al haber llegado a manos de los medios de comunicación el escrito de inconformidad y crítica por la medida probatoria adoptada, pues, dentro del contexto de la relación laboral entre las aludidas partes, ninguna otra explicación para la desvinculación de la demandante podría advertirse, si es que dicha relación estuvo hasta entonces caracterizada por la adecuada prestación del servicio de la funcionaria sin que hubiera reparo alguno sobre la solvencia profesional o moral con que desempeñó los cargos que le fueron asignados. En este último sentido cobra relevancia el análisis de la prueba del polígrafo de la que se habló durante el trámite del proceso. Aquí, se hace necesario dejar sentado, así como lo afirmaron las partes en las diferentes etapas del proceso, que en aquella oportunidad la actora no presentó la prueba, pues había sido llevada a cabo por la demandante el año inmediatamente anterior, y por ello, el resultado de la prueba tampoco podría explicar la desvinculación, pues, sin juzgar la legalidad, constitucionalidad o validez de tal mecanismo, lo cierto es que, si la actora no fue objeto de análisis por medio del polígrafo, no podía ser desvinculada por la tal hecho.

[Sentencia de 20 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2004-06219-01 \(0563-2008\). M.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

5. a) ALCANCE DEL CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON DECISIONES DISCIPLINARIAS. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA NO ES UNA TERCERA INSTANCIA DEL JUICIO DISCIPLINARIO

Las prerrogativas procesales propias del juicio disciplinario, excluyen que se pueda trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante la autoridad disciplinaria. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción. Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U. y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción. En síntesis, debe distinguirse radicalmente la tarea del Juez Contencioso que no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario, y tal cosa se ha pretendido con la demanda contenciosa administrativa de que hoy se ocupa la Corporación, demanda que por tanto está condenada al fracaso.

b) EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EN MATERIA DISCIPLINARIA DEBE CONTARSE A PARTIR DE LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO QUE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN, CUANDO FRENTE AL MISMO NO PROCEDE NINGÚN RECURSO

El debate jurídico ronda entonces en torno a si con la expedición del acto administrativo que decidió el recurso de reposición, único posible en este caso, quedó sellada definitivamente la suerte del implicado y por tanto si a partir de ese momento él debía acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro del estricto plazo de cuatro meses. A este propósito, recuérdese que el artículo 98 de la Ley 200 de 1995 establecía que “las providencias que resuelvan los recursos de apelación o de queja, así como la consulta, quedarán en firme el día en que sean suscritos por el funcionario correspondiente”. Puestas así las cosas, podría pensarse, como lo plantea la demandada, que con la expedición del fallo del 20 de marzo de 2002, que decidió el recurso de reposición y contra el cual ya no procedía ningún recurso, se inició perentoriamente el término que tenía el sancionado para demandar la nulidad de los actos administrativos. En suma, para la parte demandada la expedición de la providencia final, por la que el propio Procurador General de la Nación decidió el recurso horizontal de reposición, quedó en firme una vez expedido y desde ahí debía contarse el término de caducidad, en aplicación del artículo 98 de la Ley 200 de 1995. No obstante, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, cuyo contenido es idéntico al artículo 98 de la Ley 200 de 1995. Dictaminó entonces, que las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja, lo que sería aplicable a los fallos de única instancia, quedan ejecutoriadas, no con la simple suscripción de la misma, sino que es menester que se haga la notificación. En síntesis, para el Juez constitucional, aunque la decisión sea en única instancia o ya no sea recurrible, no basta la expedición del acto, como sugiere la demandada, sino que es menester alguna forma de notificación. Conclúyese entonces que la sola expedición del acto no basta para que se inicie el conteo del término de caducidad, y como no se sabe la suerte de los oficios enviados, ninguna de esas circunstancias puede ser tomada como referente inicial para contar el término de caducidad. Así las cosas, la única certeza de que el demandante conoció de la existencia del acto, surge de la nota suscrita el 9 de mayo de 2002, mediante la cual devolvió las copias de las decisiones, incluida la definitiva de 20 de marzo de 2002. En síntesis, si la única manera de inferir que el demandante sabía de la existencia de la sanción data del 9 de mayo de 2002, día de devolución de las copias, y la demanda contenciosa administrativa se presentó el 22 de agosto, no hay la caducidad de la acción que plantea la parte demandada, pues no pasaron los cuatro meses previstos en el artículo 136 del C.C.A.

c) EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA POR OMISIÓN DE FUNCIONES DEBE CONTARSE DESDE LA DEJACIÓN DEL CARGO

Protesta la parte demandante porque no se decretó la prescripción de la acción disciplinaria, a pesar de que para cuando se tomó la determinación sancionatoria ya habían pasado cinco años desde cuando tuvieron ocurrencia los hechos. A este propósito obsérvese que la actuación de que se acusa al demandante comprende el periodo que va desde el 20 de diciembre de 1996 hasta el 2 de febrero de 1998, época en que ejerció las funciones de Director de la institución. Recuérdese que varios de los cargos tratan de omisión en el ejercicio de las funciones, como dejar de demandar o impugnar los actos, de lo cual se sigue que hasta el último día de ejercicio del cargo el sancionado fue omiso y estaba incurso en una falta permanente. Así las cosas, contando desde la dejación del cargo ocurrida el 2 de febrero de 1998, de existir la prescripción ella se consumaría el 2 de febrero de 2003. El sancionado con pena de destitución quedó enterado de la decisión por conducta concluyente el día 9 de mayo de 2002. Además el 22 de agosto del mismo año 2002, aquel presentó la demanda contenciosa administrativa contra el acto sancionatorio. Entonces, como la prescripción se consumaría en febrero de 2003, no es posible declarar la prescripción, si el sancionado supo del acto sancionatorio el 9 de mayo de 2002, antes de que se consumara la prescripción alegada. Si el demandante interpuso la acción contenciosa administrativa contra el fallo disciplinario definitivo, y

lo hizo antes de que se cumplieran cinco años contados desde los hechos, cómo decir que no sabe de su existencia y que también ignora que el fallo se produjo antes de que sobreviniera la prescripción.

d) EL PODER PREFERENTE EN MATERIA DISCIPLINARIA PUEDE LIMITAR EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

Los artículos 275 y 277 de la Constitución Nacional consagran que el Procurador General de la Nación es el supremo vigilante de la conducta oficial, y que por ello puede ejercer el poder preferente desplazando por sí a otras autoridades. Esa prerrogativa constitucional fue desarrollada en el artículo 3° de la Ley 200 de 1995 y en el numeral 17 del artículo 7° del Decreto 262 de 2000. Es evidente entonces que el procedimiento elegido por el Procurador General de la Nación para ejercer el poder preferente, no es la expresión de un capricho suyo, sino la realización de un mandato constitucional que le autoriza a obrar de ese modo. Y si bien ese procedimiento puede limitar la doble instancia, es de ver que el artículo 31 de la Carta Política tiene establecido que inclusive la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, excepción que en este caso viene amparada no en la ley, sino en la propia Carta Política, que al otorgar la potestad del poder preferente y excluyente en manos del Procurador General de la Nación estableció para ese trámite una sola instancia. Pero si la anterior justificación fuera insuficiente, el ejercicio del poder preferente no deja al ciudadano abandonado frente al posible error de la administración, pues justamente para controlar ese poder está la acción contencioso administrativa. Con este argumento, la Corte Constitucional, en la sentencia C 429 de 2 de mayo de 2001, con Ponencia del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería halló que era constitucional el numeral 17 del artículo 7° del Decreto 262 de 2000, que consagra el poder preferente ejercido en una sola instancia por el Procurador General de la Nación.

e) EJERCICIO DEL PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO NO REQUIERE NOTIFICACIÓN

Alega el demandante que la decisión por medio de la cual el Procurador General de la Nación ejerció el poder preferente no fue notificada a las partes. A este propósito obsérvese que el artículo 89 de la Ley 2002 de 1995 establecía cuáles providencias se notifican de modo especial y allí no aparece la necesidad de notificar la resolución por medio de la cual el Procurador General de la Nación atrajo para sí la competencia. Por lo demás, cualquier vicio al respecto quedó saneado, pues con la actuación que realizó el inculpado con posterioridad en el proceso se entiende notificado por conducta concluyente a la luz del artículo 89 de la Ley 200 de 1995 entonces vigente. Si el demandante acudió ante la Procuraduría y allí no protestó por el ejercicio del poder preferente no puede ahora extrañarse de que no estaba enterado de tal cosa.

f) EL TRASLADO DE LA PRUEBA NO REQUIERE DE LA ANUENCIA DEL DISCIPLINADO

A juicio del demandante, la prueba trasladada proveniente de la Contraloría General de la República es ilegítima pues “no se practicó por petición del Dr. Zabaleta Rodríguez y el traslado no se hizo con su audiencia.” A contrario de lo que arguye el demandante, la prueba trasladada no requería de su permiso o de su anuencia, pues dentro de las facultades investigativas de la Procuraduría General de la Nación está la de recoger los elementos de prueba necesarios para llenarse de razones, en este caso para adosar al expediente lo actuado por la Contraloría General de la República, que como se sabe sirvió de noticia para dar curso a la investigación disciplinaria. Esta actuación fue conocida y combatida por el demandante a lo largo del proceso disciplinario y lo fue en el juicio fiscal, de modo que no puede ahora tachar esa prueba bajo el pretexto de que es clandestina, si es que por doble partida estuvo presente en su práctica y contradicción. Además, este informe técnico pudo ser desvirtuado por el demandado a lo largo del proceso disciplinario, pues se mencionó de manera recurrente, inclusive de modo expreso en la imputación y de él se ocupó el demandante en los descargos.

[Sentencia de 1° de octubre de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2002-0240-01 \(4925-2002\), M.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

6. a) LA PARTIDA ECLESIAÍSTICA ACREDITA SITUACIONES DEL ESTADO CIVIL DE LOS HECHOS OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 92 DE 1933.

El *A quo* tomó en cuenta para acreditar el estado civil de la señora María de Jesús Niño, la partida eclesiástica anexa a folio 74. Sobre el particular debe señalar la Sala que, de acuerdo con la Ley 92 de 1933 las partidas eclesiásticas sólo son idóneas para acreditar situaciones del estado civil de las personas ocurridas antes de la vigencia de la ley. En el presente caso el matrimonio se celebró el 14 de julio de 1955, esto es, cuando ya estaba vigente la Ley 92 de 1933. En este orden de ideas, según la Ley 92 de 1933 y el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, las partidas eclesiásticas son idóneas para acreditar las situaciones del estado civil de las personas cuando los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la ley, las posteriores, deben probarse con la copia del folio del registro civil.

b) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO DAMATO A LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE ACTO QUE DEJA EN SUSPENSO DERECHOS.

En punto a la decisión contenida en los actos administrativos demandados debe decir la Sala que aún cuando son actos que dieron término a la actuación administrativa adelantada a instancia de los terceros interesados, e inclusive agotaron la vía gubernativa mediante la resolución del recurso de reposición interpuesto, con dichos actos la administración deja en suspenso el reconocimiento pensional hasta tanto exista pronunciamiento judicial, y en estas condiciones, en la práctica, constituyen un estado de indefinición del derecho que reclaman los presuntos beneficiarios, circunstancia por la cual para la Sala no resulta válido, bajo criterios de justicia y equidad, aplicar en este caso, un criterio de interpretación restrictiva del artículo 136 [2] del C.C.A., en materia de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior para señalar que, si bien al tenor del artículo 136 [2] del C.C.A. se establece que “..., los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, la misma regla de caducidad de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, procede aplicarla respecto de los actos administrativos que, como los demandados, dejan en un estado de indefinición el derecho pensional que reclaman los accionantes. Si bien al tenor de la norma en mención, se permite demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho en cualquier tiempo los actos que reconocen prestaciones periódicas, esto es, los actos que reconocen la titularidad del derecho, no hay razón válida para considerar, con criterio restrictivo, que respecto de aquellos actos en los que la administración deja en suspenso el reconocimiento del derecho hasta tanto exista pronunciamiento judicial que dirima el conflicto, aplica el plazo extintivo de los cuatro meses. En casos como el presente, sin dejar de considerar que el tema de la caducidad de la acción involucra de una parte, razones de equidad y de otra, el interés de la seguridad jurídica, atendiendo las circunstancias particulares que rodean el caso concreto, y dada la indefinición del derecho por parte de la administración, es posible, para efectos de la interpretación normativa, acudir a la aplicación del principio *pro damato* lo cual implica un alivio de los rigores de la caducidad con respecto a quienes la administración ha deferido al juez la definición de su mejor derecho pensional, y no bajo criterios de interpretación restrictiva, impedir su acceso a la administración de justicia.

c) FACTOR PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL CUANDO SE PRESENTE CONFLICTO ENTRE CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE.

La Jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste. El derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a

soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia, por lo cual se ha considerado, que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes.

d) POR PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD SE APLICA EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993, EN SUSTITUCIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO EN CASO DE CONVIVENCIA SIMULTÁNEA CON CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE.

El régimen prestacional especial vigente para la época en que se causó el derecho no regula la situación particular del derecho a sustituir la pensión en eventos en que existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente. Del texto del artículos 3, 6 de la Ley 923 de 2004 y artículo 11 del Decreto 4423 de 2004, observa la Sala que, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes. Se tiene entonces que dicha normatividad privilegia el vínculo familiar regentado bajo el matrimonio. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e), y 217 de la Constitución Política, en los cuales se estableció que la ley debería determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve el ejercicio de la función pública que desempeñan dichos agentes. Por regla general se tiene que, las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelve con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es posible considerar, la aplicación de la normatividad más favorable al trabajador “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

NOTA DE RELATORIA : Por el principio de favorabilidad la Sala aplica el artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) de la Ley 100 de 1993

e) SE RECONOCE SUSTITUCIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO POR PARTE IGUALES, APLICANDO EL CRITERIO DE JUSTICIA Y EQUIDAD, EN CASO DE CONVIVENCIA SIMULTÁNEA CON CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE

Acreditado como se encuentra en el proceso la convivencia simultánea del causante con las señora MARÍA DE JESÚS NIÑO y HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por un tiempo superior a los 15 años, desde la fecha en que formalizaron el vínculo legal y de hecho, hasta su fallecimiento, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, la Sala acogiendo su propia línea y precedente judicial considera que, bajo un criterio de justicia y equidad, y en teniendo en cuenta, que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba PABLO CELIS, a su cónyuge y a su compañera permanente, distribuido el valor que corresponda en partes iguales entre las mismas, con quienes convivió varios años antes de su muerte, y consolidó un grupo familiar. Como lo ha precisado la Sala, no existen razones que justifiquen un trato diferente al que

aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.

f) LO CAUSADO POR ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO DE CÓNYUGE FAVORECIDA CON SUSTITUCIÓN PENSIONAL FORMA PARTE DE LA MASA HERENCIAL. MUERTE DE LA CÓNYUGE FAVORECIDA CON LA SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO ACRECE LA PORCIÓN DE LA COMPAÑERA PERMANENTE

En su condición de cónyuge supérstite, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer dentro de este proceso, el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte hasta el 7 de enero de 2008, fecha en la cual según consta en el expediente, falleció la mencionada señora, en su calidad de beneficiaria de la pensión. El derecho a la sustitución pensional de la señora MARÍA DE JESUS NIÑO no se transfiere, se trata de un derecho que se extingue con el hecho de su muerte. Sin embargo, las mesadas pensionales causadas a favor de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, desde el 18 de septiembre de 2000 (fecha de la muerte de su cónyuge, señor PABLO CELIS fl. 8), y hasta el 7 de enero de 2008, pasan a formar parte de la respectiva masa herencial. De otra parte ha de señalar la Sala que, con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, al señor JOSÉ MANUEL CELIS NIÑO, en su condición de hijo, no le asiste derecho pensional en la medida en que de acuerdo con lo probado, no se acreditaron los supuestos normativos que eventualmente lo legitimarían en su derecho. 2.- A favor de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, en su condición de compañera permanente del causante, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte, esto es, el 18 de septiembre de 2000, hasta el 7 de enero de 2008, fecha esta última a partir de la cual, conforme a lo previsto en el PARAGRAFO 1° del artículo 8° del Decreto 1889 de 1994, la parte de la pensión inicialmente reconocida a la cónyuge, acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.

[Sentencia de julio 30 de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2001-02594-01 \(0638-2008\). M.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

SECCIÓN TERCERA

1. a) SE CONDENÓ A LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ POR LA MUERTE DE DOS HERMANOS, QUIENES MURIERON ELECTROCUTADOS, CUANDO UNO DE ELLOS, AL INTENTAR PEINARSE, ROZÓ UNA CUERDA DE ALTA TENSIÓN UBICADA A UNA DISTANCIA MUY INFERIOR A LA ESTABLECIDA POR LAS NORMAS, Y EL OTRO LO TOMÓ POR LOS HOMBROS EN UN INTENTO POR SEPARARLO DE DICHA CUERDA

La distancia horizontal para 11.4 KV a paredes y voladizos es de 1.50 mts, y la vertical es de 3.00 mts. encima o debajo de los techos no accesibles. Si las redes eléctricas hubieren estado a la distancia horizontal exigida, esto es, a 1.50 metros de distancia de la vivienda, aunque se hubieren elevado el numero de pisos del inmueble, el cable conductor de energía no hubiere quedado cerca a la edificación y por tanto no se habría causado el accidente, lo cual conlleva a concluir que la causa del mismo fue la cercanía horizontal entre el cable y la vivienda de 43.5 centímetros, la cual quedó plenamente demostrada en el expediente. En este sentido, vale destacar que las empresas prestadoras del servicio de energía tienen la obligación de realizar una permanente vigilancia de las redes eléctricas que se han instalado, como quiera que se trata de una actividad considerada como peligrosa en cuanto interviene la conducción de energía eléctrica mediante cables de alta tensión, de manera que la entidad estatal dueña de las redes y prestadora del servicio de energía queda con

la obligación de velar por el adecuado funcionamiento de este servicio. En el *sub lite*, resulta evidente que la empresa demandada no cumplió con la obligación que le correspondía del mantenimiento periódico de las redes de energía eléctrica, dado que de haberse percatado con antelación de la cercanía en la que se encontraba el cable de alta tensión a la vivienda en la que ocurrió el hecho, seguramente se hubiera dado cuenta del peligro que representaba y por tanto hubiere hecho uso de los correctivos necesarios para disminuir el riesgo, ya fuere reubicando las redes eléctricas u ordenando a los propietarios de la vivienda, directamente o a través de la ayuda de las autoridades competentes, que adecuaran la construcción para que no quedara cerca a los cables. En el *sub lite*, la Empresa de Energía de Bogotá faltó al deber de mantenimiento periódico en cuanto no adoptó ningún correctivo para reubicar o adecuar los cables de alta tensión que causaron el accidente en el que fallecieron los jóvenes, tanto así que después de presentada la demanda, la empresa demandada todavía no había adoptado las medidas necesarias.

b) LO QUE LA JURISPRUDENCIA HA TRATADO COMO CULPA DE LA VÍCTIMA CORRESPONDE REALMENTE A UN HECHO O UNA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA

Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa. En el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurren en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción. Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido. Advierte la Sala que es asunto complejo determinar en los casos relacionados con daños producidos por la conducción de energía eléctrica, si la actuación de la víctima es causa eficiente, exclusiva y determinante del daño, o si concurre con la actividad del demandado, para efecto de reducir el valor de la indemnización, o si esa intervención simplemente carece de relevancia. Valga reiterar que en materia de responsabilidad estatal, para la decisión favorable a los intereses de la parte demandante no es suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido para que surja el derecho a la indemnización, se requiere, además, que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo. Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales resulte complejo su establecimiento se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea. Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la *causalidad adecuada* o *causa normalmente generadora del resultado*, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata.

c) TRATÁNDOSE DE LOS DAÑOS POR ELECTROCUCIÓN, LA JURISPRUDENCIA HA ADOPTADO UNAS REGLAS PARA DETERMINAR LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. EN EL CASO, EL HECHO QUE UNA PERSONA, EN LA TERRAZA DE SU CASA, HAYA LEVANTADO LA MANO PARA PEINARSE NO PUEDE CONSIDERARSE COMO CAUSA GENERADORA DEL HECHO

La jurisprudencia que ha desarrollado la Sala en relación con la responsabilidad del Estado por los daños causados por electrocución puede ayudar a señalar algunas reglas simples, que contribuyan a definir, en los casos concretos, cuál es el sujeto a quien deba imputarse el daño. Así: (i) Se ha considerado que el daño es imputable de manera exclusiva a la víctima cuando la actividad (conducción de energía eléctrica) se cumple dentro de las normas reglamentarias, cuyo fin no es otro que minimizar sus riesgos y es la víctima quien propicia la materialización de esos riesgos irreductibles, que no se habrían producido en condiciones normales. (ii) Cuando la entidad responsable de la actividad riesgosa omite el cumplimiento estricto de las normas reglamentarias adoptadas con el fin de reducir esos riesgos y éstos se materializan y causan daños a las persona, hay sin duda una responsabilidad patrimonial de la entidad, inclusive, cabe predicar esa responsabilidad frente a eventos fortuitos, es decir, ajenos a una falla pero inherentes a la propia actividad. No obstante, habrá lugar a reducir el valor de la indemnización cuando la víctima con su actuación se expuso a dicho riesgo. (iii) No son, por lo tanto, imputables a la víctima, de manera exclusiva ni concurrente, los daños que se producen como consecuencia de la actividad riesgosa, bien que constituyan un caso fortuito o respondan a una falla del servicio y la intervención de la víctima sea meramente pasiva. No podrá reprocharse a la víctima una actuación que corresponda al desarrollo normal de su vida, cuando esa actuación permitió la materialización de un riesgo que no tenía por qué existir. La conducta de la víctima no contribuyó eficazmente a la producción del resultado, porque su intervención fue meramente pasiva, dado que solamente levantó la mano para peinarse y debido a la cercanía a la que se hallaban las redes eléctricas, éstas lo atrajeron. El hecho de que una persona levante la mano en la terraza de una casa para peinarse no puede considerarse como causa generadora de una electrocución, máxime en este caso en el que la producción del resultado, se debió a que las cuerdas se hallaban a distancia no reglamentaria y, por lo tanto, representaban un riesgo latente. De esta manera como su conducta no contribuyó eficazmente a la producción del daño, ni de manera eficiente ni concurrente, se concluye que el daño es solamente imputable a la entidad demandada. Igual situación se presenta en relación con su hermano, quien en un gesto de amor filial sólo pretendió, a expensas de su propia vida, tratar de salvar la de su hermano, al halarlo de los hombros, motivo por el cual se aprecia que su actuación no tuvo relación directa con la actividad peligrosa.

[Sentencia de 19 de agosto de 2009. Exp. 25000-23-26-000-1994-09783-01 \(17957\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

2. a) POR SUS FINES, AL CONTRATO DE SEGURO CON EL QUE SE AMPARAN LOS RIESGOS DE UN CONTRATO ESTATAL NO SE LE APLICA LA REGULACIÓN DEL ESTATUTO MERCANTIL, SINO LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y DEL C. C. A., TANTO PARA AGOTAR LA VÍA GUBERNATIVA COMO PARA RECLAMAR EN JUICIO

En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (artículo 1053-3, C. de Co.), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza. La que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye en favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro (artículo 77 Ley 80; artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 62, 63, 64, 66, 68 y demás concordantes C.C.A.). El siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 18, Ley 80). En cuanto el objetivo de esta clase especial

de contratos de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que también el contrato de seguro participa de una misma y común finalidad con el contrato estatal, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales, de manera que sus regulaciones son especiales. En este orden de ideas, así como la declaratoria de caducidad administrativa, constitutiva del siniestro está sujeta a la normatividad que regula la vía gubernativa de los actos administrativos por disposición de la ley y por razón del interés jurídico asegurado, también la forma de reclamar en juicio los derechos derivados de estos contratos se sujeta a las normas procesales que se han establecido para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dada la naturaleza especial que rige esta clase de contratos y la competencia de la misma para conocer de las acciones derivadas de aquellos. Siendo ello así, resulta necesario concluir que los términos de caducidad de las acciones judiciales que se apliquen a los contratos de seguro cuyo conocimiento corresponde a esta Jurisdicción serán los previstos en las normas procesales que rigen dichos procedimientos.

b) EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTRACTUAL ES EL ESTABLECIDO PARA CUANDO SE HIZO EXIGIBLE LA OBLIGACIÓN Y NO EL QUE REGÍA PARA EL MOMENTO DE PRESENTARSE LA DEMANDA

En relación con la aplicación de las normas sobre caducidad de las acciones, la Sala ha señalado que las mismas son de naturaleza procesal, en cuanto se refieren a la ritualidad de los juicios, por manera que prevalecen sobre las anteriores, salvo que los términos correspondientes hubieren comenzado a correr (art. 40 Ley 153 de 1887). De manera que la norma de caducidad aplicable al caso concreto deberá ser la vigente al momento en que se concretó el derecho para ejercer las acciones respectivas. En efecto, si bien la demanda se presentó el 25 de mayo de 1999, es decir en vigencia del término de caducidad de 5 años previsto en el numeral 11 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el cual, en principio, debía aplicarse en forma inmediata por tratarse de una disposición de carácter procesal, lo cierto que es que los términos de caducidad empezaron a correr desde el momento en el cual la obligación se hizo exigible, es decir, desde cuando se notificó la declaratoria del siniestro y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria -28 agosto de 1996-, fecha para la cual se encontraba vigente el artículo 2536 del Código Civil, disposición que con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 791 del 27 de diciembre de 2002, establecía un término de caducidad para las acciones ejecutivas de 10 años, por manera que el plazo para presentar la demanda de la referencia vencía el 28 de agosto de 2006. Siempre se ha expresado que la caducidad extingue el derecho de acción judicial por el paso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, el derecho de acudir a la Administración de Justicia fenece, pero no porque no hubiere existido, sino porque no es posible reclamarlo en juicio.

c) LAS NORMAS SOBRE CADUCIDAD DE LAS ACCIONES JUDICIALES DE NATURALEZA PROCESAL NO PUEDEN CONFUNDIRSE CON LAS CAUSALES DE PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 66 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Siendo las normas sobre caducidad de las acciones judiciales de naturaleza procesal, no pueden confundirse con las disposiciones contenidas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pues las mismas no se refieren a la ritualidad de los juicios, sino a la fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuya ejecución se pretende. Se trata entonces de dos figuras jurídicas con características y efectos diversos, pues las primeras se refieren a la extinción del plazo para acudir a la Administración de Justicia, mientras que las segundas dicen relación con la extinción de los efectos propios de los actos administrativos. Acerca de la figura del decaimiento de los actos administrativos, la Sala ha sostenido que aquella se refiere a la imposibilidad de hacer

obligatorio el contenido de dichos actos, circunstancia que no tiene relación con la legalidad de los mismos, en cuanto su operancia no impide el juicio de legalidad de los actos administrativos, así como tampoco impide que se formule la demanda ejecutiva, pues dentro del respectivo trámite judicial la parte ejecutada puede excepcionar la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuyo cobro se pretende. En este orden de ideas, se tiene entonces que la pérdida de fuerza ejecutoria a que se refiere el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, cuando han transcurrido 5 años sin que la Administración hubiere realizado los actos que le correspondan para ejecutar un determinado acto administrativo, no constituye un nuevo término de caducidad de la acción, pues el mismo se refiere a los efectos del acto administrativo que un caso como este constituye el título ejecutivo, asunto que atañe a uno de los requisitos para constituir dicho título puesto que relación con la exigibilidad del mismo, circunstancia que debe ser analizada por el juzgador al momento de dictar mandamiento de pago y de ordenar seguir adelante con la ejecución, en ejercicio de la facultad que le asiste para declarar excepciones de oficio. El recurrente confunde la interrupción del término de caducidad por virtud de la notificación del mandamiento de pago prevista en el artículo 90 del C. de P.C., con los efectos de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos. Circunstancia distinta es la valoración sobre la exigibilidad del título ejecutivo, para lo cual debe establecerse si el acto administrativo que lo integra perdió fuerza ejecutoria para el momento en el cual la entidad demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para hacerlo exigible, circunstancia que también puede ser excepcionada por la parte ejecutada dentro de la respectiva oportunidad procesal, cuestión que en nada atañe a la caducidad de la acción, por manera que al hacer este análisis, en nada importa el contenido del artículo 90 del C. de P. C., pues la interrupción a la cual allí se hace referencia se restringe a la caducidad de la acción, fenómeno que no se configuró en este caso. Por su parte, el término de 5 años con los cuales cuenta la Administración para realizar las actuaciones que correspondan para ejecutar los actos administrativos relativos a contratos estatales y sus garantías, es un plazo que se interrumpe con la presentación de la demanda, aún cuando el mandamiento de pago no se notifique dentro de los 120 días, pues como se ha señalado, el condicionamiento del artículo 90 del C. de P. C., hace referencia al término de caducidad de la acción y no a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. En este caso, el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad del contrato, integrante del título ejecutivo que se presenta junto con la póliza de cumplimiento número 7088536, se notificó a la aseguradora el 28 de agosto de 1996 y la demanda se formuló el 25 de mayo de 1999, es decir cuando aún no había transcurrido el término que establece el artículo 66 del C. C. A., para que el mismo hubiere perdido fuerza ejecutoria.

[Sentencia de 19 de febrero de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2000-01720-01 \(24609\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. EJECUTIVO CONTRACTUAL. CON ACLARACIÓN DE VOTO](#)

3. a) LOS MINISTERIOS SON ORGANISMOS INTEGRANTES DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO QUE PUEDEN CONSIDERARSE BIFRONTES, AL CUMPLIR FUNCIONES POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

Tal como se señala en la doctrina, el ministerio es una estructura administrativa compleja, dotada de medios tanto materiales como humanos, los cuales son utilizados para incidir e intervenir en sectores de actividad homogéneo. Su número y dimensión depende de cada realidad jurídica concreta y de la necesidad que se tenga de la especialización de la actividad administrativa. Se trata entonces de organismos bifrontes; de un lado integran el Gobierno; del otro, constituyen el vértice de la Administración. Se puede sostener que dentro del diseño constitucional y legal es el organismo destinado a cumplir una función de integración de todas aquellas piezas en que se descompone el aparato administrativo al fragmentarse funcionalmente mediante criterios de territorialidad, de especialidad o de reconocimiento de espacios de autonomía, lo cual hace necesario buscar la unidad mediante la identificación de un centro supremo de dirección y ordenación. Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que entre las competencias encomendadas a dichos organismos, muchas de ellas constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establece entre los objetivos principales del Ministerio (de Transporte) la regulación

económica y técnica en el sector transporte, tránsito e infraestructura de los diferentes modos de transporte. De la naturaleza misma del Ministerio de Transporte, se concluye que muchas de las competencias a él asignadas se materializan por medio de la expedición de verdaderos actos administrativos.

b) LOS ACTOS EXPEDIDOS EN VIRTUD DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PUEDEN SER DEMANDADOS EN ACCIÓN DE NULIDAD POR TERCEROS, CUANDO ÉSTOS SE VEAN AFECTADOS POR AQUELLOS. EN EL CASO SE SOLICITÓ LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 MEDIANTE LA CUAL EL MINISTERIO DE TRANSPORTE ADOPTÓ TARIFAS DE PEAJE Y PROCEDIMIENTO DE AJUSTE PARA LA CONCESIÓN DEL SECTOR DE LA CARRETERA FONTIBÓN - FACATATIVÁ - LOS ALPES EN LA RUTA 50 EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, DE QUE TRATA EL CONTRATO DE CONCESIÓN 937 DE 1995

De acuerdo con el artículo 32.4 de la ley 80 de 1993, los contratos de concesión tienen como objeto la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. Tal como ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la noción del contrato de concesión tiene por lo menos dos elementos que la integran: por una parte, la existencia de un régimen legal y reglamentario consistente en una regulación previa del funcionamiento del servicio, el cual puede ser alterado por la Administración y que hace referencia a la organización y explotación misma del servicio así como al otorgamiento de algunas prerrogativas de poder en cabeza del concesionario; de otra, las condiciones pactadas con el particular y que se traduce en el cumplimiento de obligaciones concretas de una u otra parte del negocio jurídico. Esta doble naturaleza, permite explicar la situación jurídica de los usuarios, quienes a pesar de no ser parte del negocio jurídico, se ven afectados por los efectos del mismo, de hecho, algunas cláusulas les son directamente aplicables como es el caso del régimen tarifario. De este modo, entre la variedad de posibilidades que pueden darse, se halla la de expedir reglamentos en virtud del poder de dirección que es propio de la Administración, caso en el cual, aunque se trate de actos administrativos ligados al cumplimiento de obligaciones convencionales, tienen la virtualidad de afectar situaciones jurídicas de terceros (creándolas, modificándolas o extinguiéndolas), es decir que sus efectos van más allá de las partes que suscriben el acuerdo de voluntades. Esta situación ha sido identificada por la jurisprudencia de esta Sección tratándose de actos administrativos de alcance general expedidos, como en el presente caso, con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, ya que en el supuesto de regulación de tarifas por uso de la infraestructura vial, se reconoce la posibilidad de utilización de la acción de nulidad simple al ser "...incontestable que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación que se les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a la administración concedente como al particular concesionario, deben encontrar en el ordenamiento cauces procesales a través de los cuales hacer efectivos esa situación y esos derechos". No reconocer a éstos la posibilidad de impugnación de dichas normas sería abiertamente contrario al derecho fundamental al correcto acceso a la Administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución. Vistas así las cosas, la Sala concluye que la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A es la idónea para cuestionar la legalidad de la resolución No 004291 proferida por el Ministerio de Transporte, toda vez que este acto administrativo aunque es proferido con ocasión del contrato de concesión No. 937, afecta situaciones jurídicas de terceros, específicamente de los usuarios de la infraestructura vial del

sector de carretera Bogotá (Fontibón) - Facatativá - Los Alpes de la ruta 50 en el departamento de Cundinamarca.

c) TRATÁNDOSE DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN ES OBLIGATORIO, POR LO QUE EL JUEZ NO PUEDE ASUMIR DE OFICIO EL ANÁLISIS DE ILEGALIDAD PUES ESTARÍA VARIANDO LA CAUSA PETENDI

En el libelo de demanda se señalan como vulnerados por las disposiciones cuestionadas los artículos 123 y 209 de la Constitución política. La Sala observa que, en el escrito presentado, se omite explicitar las razones que, en opinión del actor, soportan esta acusación. Esta circunstancia, pone de presente que no se determinó el “concepto de la violación” y ello impide un pronunciamiento favorable a las pretensiones, porque es a la parte demandante a quien corresponde, en los procesos de revisión de legalidad del acto administrativo, asumir la carga de ofrecer los argumentos que sean del caso para desvirtuar la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo. La anterior consideración encuentra pleno sustento en el artículo 137.4 del C.C.A. Por tanto, cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, no sólo basta con señalar las normas que se consideran vulneradas, adicionalmente debe explicarse en qué consiste la contradicción. Tal como ya ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan dentro del proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, puede afirmarse que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental. Así, el concepto de la violación constituye la causa petendi en el proceso, motivo por el cual si esta Sala hiciera una confrontación entre los apartes demandados de la Resolución 4291 de 1998 y los artículos constitucionales que señala el actor como vulnerados, estaría modificando dicha causa petendi al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido (“extra petita”), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que “determinan el marco de juzgamiento.” .

d) CUANDO COINCIDEN LOS CARGOS DE ILEGALIDAD FRENTE A UN ACTO ADMINISTRATIVO, SE ESTRUCTURA LA COSA JUZGADA, QUE PUEDE DECLARARSE DE OFICIO

La institución de la cosa juzgada, encuentra asiento en el derecho colombiano, como un instrumento orientado a garantizar el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y la economía procesal, entre otros. Por regla general, opera cuando se ventilen dos procesos sobre el mismo objeto, que se funden en la misma causa y en los cuales exista identidad jurídica de las partes, y en uno de ellos se haya proferido sentencia que se encuentre debidamente ejecutoriada. Esta idea general, encuentra sin embargo, unas reglas más flexibles en el caso de la acción de nulidad, en atención a la naturaleza y características de esta. Es así como, de su connotación de acción pública se deriva la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponerla en búsqueda de una garantía del principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas; como consecuencia de esto, la identificación de las partes no es un presupuesto suyo, mas sí el de la existencia de identidad en el o los actos administrativos demandados en uno y otro proceso. Así mismo, y dada la connotación de rogada de la justicia administrativa en Colombia, unos son los efectos en el caso de que en uno de los procesos se declare la nulidad del acto administrativo demandado, y otros, aquellos que se derivan en caso de que no prosperen las pretensiones. Si bien en ambos, los efectos son erga omnes, en el segundo de los casos, los efectos de ésta estarán supeditados a la confrontación normativa propuesta en la demanda, de manera que resulta perfectamente posible un segundo pronunciamiento sobre la legalidad de un mismo acto administrativo, siempre que los cargos de ilegalidad alegados por el actor sean distintos. En el caso objeto de análisis, el actor señala que las disposiciones demandadas vulneran el artículo 30 de la ley

105 de 1993, puesto que en su entender la disposición sólo permite el establecimiento de peajes para recuperar la inversión de la construcción. Este concepto de la violación permite concluir que en el presente proceso se encuentra demostrada la excepción de cosa juzgada parcial, ya que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 26 de julio de 2001 con ponencia del Consejero Manuel Urueta Ayola, resolvió denegar las pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta contra la totalidad de la Resolución 4291 de 1998. Una de las razones esgrimidas por el demandante para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado era precisamente que “el pago anticipado de los peajes viola el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, por falta de aplicación, puesto que según dicha norma, en los casos de obra por concesión, los peajes se utilizan para la recuperación de la inversión y no para hacerla”. Como se puede observar los dos elementos para conformar la cosa juzgada en el proceso de nulidad simple se encuentran demostrados: tanto las disposiciones cuestionadas como la causa petendi son las mismas. Y es el último aspecto el que cobra relevancia para la Sala: la identidad del cargo aducido no posibilita un nuevo pronunciamiento del juez respecto de un asunto en el que ya se profirió sentencia negando la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas. En el escrito de contestación no se propuso la excepción de cosa juzgada parcial, razón por la cual, se procederá a declararla de oficio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del C. C. A.

e) EL MINISTERIO DE TRANSPORTE NO INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN AL EXPEDIR LA RESOLUCIÓN 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998

El artículo 84 del C.C.A. prevé la falsa motivación como causal de anulación de los actos administrativos. Este vicio de legalidad puede albergar las siguientes circunstancias: 1. Un desconocimiento de los supuestos fácticos en que debe soportarse la decisión porque la autoridad no los tiene en cuenta o, porque haciendo mención de los mismos, deforma la realidad de tal manera que deja por fuera o introduce algunas circunstancias de tiempo modo y lugar, desconociendo la premisa según la cual, todo acto administrativo debe fundarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de su emisión, y; 2. Un desconocimiento de los supuestos jurídicos, porque no existen las normas en que se fundamentó la manifestación de voluntad de la administración, se utilizan preceptos que no tienen una relación con los supuestos de hecho objeto de decisión o se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas. Se trata entonces de un defecto que se traduce en la falta de coherencia entre los antecedentes a tener en cuenta por la administración y la decisión asumida. En el caso objeto de estudio no se constata un desconocimiento de los supuestos jurídicos o fácticos en que deben fundamentarse las disposiciones demandadas. El Ministerio de Transporte al modificar la resolución 2935 de 1994, por medio de la cual se fijan las tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de la carretera Bogotá - Facatativá - Los Alpes, hizo uso de una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico en el artículo 11.8 del Decreto 2171, vigente para la época de expedición del acto administrativo. Cada uno de los supuestos fácticos indicados en las consideraciones de la resolución 4291 de 1998 se encuentran probados en el proceso; de tal manera que las disposiciones demandadas responden a una necesidad de recuperación del equilibrio económico del contrato N° 0937 de 1995. Por tanto, la autoridad administrativa con la expedición del acto administrativo no deformó la realidad, al contrario, la tuvo en cuenta. No le asiste la razón al demandante, ya que si bien es cierto los sistemas de compensación señalados hacen parte del contrato 0937 de 1995, también es verdad que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes decidieron optar por otra solución distinta: la reubicación de la estación del peaje ubicada en el sector Tres Esquinas - Mosquera al sector Río Bogotá - Tres esquinas y el cobro de peaje durante la etapa de construcción y la cesión por parte del INVIAS al concesionario del recaudo de algunos peajes. El actor cuestiona la legalidad de la solución acordada para buscar el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato. En primer lugar, el acto administrativo, a efectos de cuestionar su conformidad con el ordenamiento jurídico, no puede contrastarse con una cláusula de un negocio jurídico, su confrontación debe darse con aquellas normas superiores que deben servirle de fundamento; en segundo término, el cargo hecho por el actor responde a la lógica de la acción contractual, puesto que en realidad cuestiona la validez de

la fórmula adoptada de común acuerdo por las partes para hacer frente a los mayores valores de construcción.

[Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2000-00005-01 \(19486\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE NULIDAD](#)

4. a) LA REVOCATORIA DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ES UNA MODALIDAD DE DESAPARICIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO, MEDIANTE LA CUAL LA ADMINISTRACIÓN DECIDE, DE OFICIO O A PETICIÓN DE PARTE, ELIMINAR UN ACTO ANTERIOR

La revocatoria directa de los actos administrativos, es una modalidad de desaparición de un acto administrativo, mediante la cual la administración decide, de oficio o a petición de parte, eliminar un acto anterior. Se encuadra dentro del contexto del derecho administrativo como una forma de autocontrol, porque proviene de la misma administración como consecuencia del examen que realiza sobre sus propias decisiones, y que los motivos por los cuales la administración pueda revocar sus actos tienen consagración expresa en la ley, pues no puede dejarse a la voluntad de la administración determinar los motivos para hacerlo ya que ello atentaría gravemente contra la seguridad y estabilidad jurídicas respecto de actos que consagran derechos subjetivos en cabeza de los administrados. Causales que hacen procedente la revocatoria directa del acto administrativo: (a) Cuando sea manifiesta la oposición del acto administrativo con la Constitución o la ley. Es lógico que, como consecuencia del principio de legalidad que rige la actividad de la administración en el Estado de derecho, cuando un acto administrativo vulnere una norma superior que ha debido respetar deba ser revocado. (b) Cuando el acto no esté conforme con el interés público o social o atente contra él. El principio de interés público o interés general ha de ser el objetivo que anime siempre la actividad de la administración; por lo tanto los actos que lo lesionen o simplemente no armonicen con él, deben ser revocados. (c) Cuando el acto cause agravio injustificado a una persona, es decir, un perjuicio o una ofensa, una lesión a su patrimonio moral o económico. La revocación es una de las formas de extinción de los actos administrativos, que puede ser resumida diciendo que es la extinción de un acto de esa naturaleza dispuesta por la misma administración pública, fundándose para ello tanto en razones de oportunidad e interés público, como en razones de ilegitimidad. De manera que, constituye un remedio jurídico contra la ilegalidad de los actos administrativos y un medio para que la administración se ajuste a los cambios que se producen ya que, de esta manera siempre su actividad será la adecuada al interés general, que es lo que siempre se espera del actuar de la administración. Es una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos, pues encontrándose éstos en firme y, por ende, presumiéndose su legalidad y ostentando caracteres de ejecutividad y de ejecutoriedad, no obsta la actuación de la administración para revocarlos en cualquier momento, ya que no se encuentra consagrado término de caducidad para solicitarla por los interesados, o para decidirla de oficio por la administración, pues ésta sólo pierde competencia para tal decisión cuando se ha proferido auto admisorio de demanda respecto del o de los actos cuya revocatoria se solicita o se pretende de manera oficiosa.

b) LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA NO ES LA PROCEDENTE POR LA SOLA INCONDUCTENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRA EL ACTO POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCÓ DIRECTAMENTE EL QUE CAUSABA EL PERJUICIO

La prevalencia del derecho sustancial no sirve para cambiar a voluntad, el objeto y la naturaleza de las acciones contencioso administrativas que presentan condiciones legales que determinan su procedencia. Así la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la pertinente para demandar la reparación de los perjuicios que tuvieron por causa un acto administrativo que se considera ilegal; por ende tiene por objeto la nulidad del acto y el restablecimiento del derecho que con el mismo se conculcó. La acción de reparación directa, en cambio, resulta procedente contra el Estado cuando el daño proviene de un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. Su objeto es la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consecuente

reparación del daño causado. La circunstancia de que los actos administrativos fuente del daño hayan sido revocados posteriormente, no muta la acción originalmente prevista por la ley para obtener la reparación de los perjuicios derivados del mismo. Máxime si la revocatoria directa se produce cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ha caducado. En el caso concreto es verdad que ante la revocatoria de los actos determinantes del daño, no cabe una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no sólo por su inexistencia sobrevenida sino, especialmente, porque ya se había producido la caducidad de la acción que era pertinente. La acción de reparación directa no es la procedente por la sola inconducencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto por medio del cual se revocó directamente el que causaba el perjuicio. Pues, de conformidad con lo expuesto, la misma no procede frente a daños causados con un acto administrativo que bien pudo demandarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La circunstancia de que la revocatoria directa de un acto administrativo no produzca el restablecimiento del daño causado con el mismo, no conduce a entender como procedente la acción de reparación directa. Riñe por tanto con la naturaleza de la acción, el dejar a los particulares el manejo de las normas que definen el término de caducidad de las acciones, en particular de la acción de reparación directa cuyo ejercicio se dilataría en el tiempo, al considerarla procedente para obtener la reparación de los perjuicios que el acto revocado directamente, pudiese causar. Es por todo lo anterior que la Sala, en esta oportunidad, revisa la posición adoptada en la precitada sentencia de 1998 y advierte que la acción de reparación directa no es procedente para obtener la reparación de los perjuicios que causó un acto administrativo, que fue posteriormente revocado por quien lo profirió, cuando la acción que le resultaba pertinente, esto es la de nulidad y restablecimiento del derecho, ya había caducado. La Sala al igual que el Tribunal *a quo* encuentra que la acción ejercitada en el caso concreto es improcedente. En efecto, el daño por cuya reparación se adelantó la presente acción, se derivó de dos actos administrativos proferidos por el INCORA, que bien pudieron impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Los actos revocados posteriormente por la entidad, fueron objeto de publicidad, al ser inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, conforme a lo dispuesto por el artículo 756 del Código Civil, en el decreto 1250 de 1970 y en las normas que regulan los procedimientos de adjudicación de baldíos, ya citadas. Uno de los fines más importantes del registro, es servir de *publicidad*, en tanto da a conocer a los terceros no sólo quién es el propietario del bien y, por tanto, quién puede disponer de él, sino qué otros derechos, gravámenes, limitaciones y cargas pesan sobre el mismo, es decir que sirve de medio para determinar en cualquier momento, cuál es la situación jurídica del respectivo inmueble. Por esta razón, estas resoluciones se reputan conocidas por la ahora demandante, quien pudo impugnarlas mediante el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, el actor dejó vencer el término de caducidad con el que contaba para el ejercicio de la correspondiente acción y casi 4 años después del registro de las resoluciones, solicitó la revocatoria directa de los referidos actos agrarios. Se resalta así que, como a la fecha en que se produjo la revocatoria directa de las citadas resoluciones 583 y 735, la acción que resultaba procedente para obtener la reparación de los daños que habían podido causarse ya estaba caducada, resulta abiertamente irregular el ejercicio de la acción de reparación, con el propósito de salvar los efectos de la señalada caducidad. En síntesis, la reparación de los perjuicios que invoca el demandante y que, según expone, se derivan de la privación del derecho de dominio por el período que duró la vigencia de los actos revocados directamente por la entidad, debió solicitarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos determinantes del daño alegado, puesto que esa es la vía que contempla la ley y a ella debe someterse el interesado.

[Sentencia de 13 de mayo de 2009. Exp. 25000-23-26-000-19989-01286-01 \(27422\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

* Con salvamento de voto

SECCIÓN CUARTA

1. a) LA PRODUCCIÓN DE ACEITE DE PALMA AFRICANA NO CONSTITUYE UNA ACTIVIDAD PRIMARIA AGRÍCOLA PARA FINES DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la administración municipal de Acacías expidió liquidación de aforo del impuesto de industria y comercio con los respectivos intereses de mora y sanciones por los años 1995, 1996, 1997 y 1998 así como los actos mediante los cuales se adelantó el proceso de cobro coactivo.

Tesis: Ahora bien, de la exclusión de la primera etapa de transformación realizada en predios rurales, establecida en el literal e) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, se exceptúa toda industria donde haya transformación, por elemental que ésta sea. Se advierte que el procesamiento de los frutos de la palma de aceite se lleva a cabo en la planta de beneficio o planta extractora donde el proceso consiste en esterilizar los frutos, desgranarlos, macerarlos, extraer el aceite de la pulpa, clarificarlo y recuperar las almendras del bagazo resultante. Por lo tanto, es evidente, que el aceite no brota de la palma sino que se encuentra dentro del fruto, el cual, como producto primario, se transforma a otro totalmente diferente, como es el aceite, a través de un proceso industrial complejo.

b) PARA EL COBRO COACTIVO EN IMPUESTOS TERRITORIALES EL PROCEDIMIENTO QUE DEBE APLICARSE ES EL DEL ESTATUTO TRIBUTARIO Y NO EL DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Tesis: Se advierte entonces, que a partir de la vigencia de la Ley 383 de 1997 los municipios y distritos deben aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional y por tanto, son tales disposiciones las que debían, como en efecto ocurrió, regir el trámite de cobro en el *sub examine* por haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley. Lo anterior, permite, además, desvirtuar lo considerado por el Tribunal en el sentido de sostener que el procedimiento de cobro coactivo, en el caso, debía ser adelantado según lo prescrito en los artículos 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues lo regulado en el Estatuto Tributario Nacional constituye norma especial, en cuanto el trámite allí dispuesto tiene como finalidad hacer efectivas las obligaciones claras, expresas y exigibles previamente definidas a favor de la Nación y a cargo de los contribuyentes.

[Sentencia de 1de octubre de 2009. Exp. 50001-23-31-000-2000-10130-01 \(16974\). M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

* Salvamento de voto: Héctor J. Romero Díaz

2. a) LAS NORMAS TRIBUTARIAS NO EXIGEN QUE LAS CUOTAS DE DEPRECIACIÓN SEAN UNIFORMES Y CONSTANTES DURANTE TODO EL AÑO

Situación Fáctica: La actora demandó la liquidación oficial de revisión y la resolución que al resolver el recurso la confirmó, en relación con la declaración privada del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable 1999.

Tesis: Para la Sala las razones expuestas por la DIAN no tienen fundamento jurídico, pues los artículos 1 y 4 del Decreto 2649 de 1993 en manera alguna ordenan que un comerciante deba mantener el mismo método de depreciación todo el año. Lo que prevén es que se respeten los principios generales de la contabilidad y que la misma debe ser confiable, comprensible y útil. Además, si bien las personas obligadas a llevar contabilidad deben hacerlo de acuerdo con los

principios y criterios generales establecidos en el Decreto de la contabilidad, para la procedencia fiscal del gasto por depreciación, las normas tributarias no exigen que mensualmente las cuotas de depreciación sean uniformes y constantes. En efecto, el artículo 141 del Estatuto Tributario, establece que las cuotas anuales de depreciación de que tratan las normas tributarias, deberán registrarse en los libros de contabilidad del contribuyente en la forma que indique el reglamento, pero no exige que el registro mensual sea constante; es más, la norma establece la obligatoriedad en relación con la cuota anual de depreciación.

b) NO SON DEDUCIBLES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA LOS PAGOS EFECTUADOS A LAS FUERZAS MILITARES POR VIGILANCIA DE LOS OLEODUCTOS

Tesis: En el presente caso, el pago de los convenios de seguridad suscritos con las fuerzas militares, Ejército y Armada Nacional, tiene un aspecto importante que impide considerar que se trate de un gasto inherente a la actividad productora de renta y que se trate de una expensa necesaria e indispensable para poder no sólo incrementar su renta, sino, desarrollar su actividad. Esta cuestión se refiere a la función constitucional de las fuerzas militares. Conforme con el artículo 217 de la Constitución Política las Fuerzas Militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Y según el artículo 2 ibídem, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. De manera que la protección de los oleoductos por parte de las fuerzas militares es una función que se enmarca dentro de su función de defender no sólo la integridad del territorio nacional sino el orden constitucional. De la doctrina jurisprudencial citada, la Sección puede concluir que por el hecho que el transporte por oleoducto sea una actividad importante para el país y se requiere precisamente que las fuerzas militares presten mayor protección, no es necesario que los particulares retribuyan esa vigilancia especial. Sin embargo, no se puede desconocer que en algunos casos de situaciones excepcionales en los que es permanente la presencia y el conflicto con los subversivos y que el bien que se pretende proteger ha sido objeto de atentados por grupos al margen de la ley, se requiera de una presencia mayor de las fuerzas armadas mediante la celebración de esta clase de contratos. Pero, independientemente de que se trate de un convenio válido o no, en este caso la actora no probó que el pago de estos convenios de vigilancia especial fuera un gasto necesario, en los términos de la ley tributaria. En efecto, la sociedad debió demostrar que se trataba de un pago normalmente acostumbrado en la actividad petrolera, pues, lo normal es que el Ejército Colombiano y la Armada Nacional, como fuerzas militares, vigilen y protejan la infraestructura petrolera, incluidos los oleoductos, de los actos subversivos. O debió probar que dada su situación particular, debía asumir esta carga, omisión que no se satisface con la simple manifestación de este hecho en la demanda.

[Sentencia de 1 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-01777-01 \(16379\). M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS](#)

3. EL SUMINISTRO, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA ES UNA ACTIVIDAD DE SERVICIO GRAVADA CON INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación fáctica: La actora demandó los actos por los cuales el municipio de Galapa (Atlántico) le impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por los años 1990 a 1995 y le practicó liquidación de aforo por el mismo tributo por el año 1996.

Tesis: Así pues, la Sala reitera que dado que el gravamen en mención recae sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio, ejercidas por los sujetos pasivos ya citados (artículo 33 de la Ley 14 de 1983), y que el servicio que presta la actora, no se encuentra expresamente excluido del impuesto, debe necesariamente concluirse que el servicio público del suministro de energía eléctrica es una actividad que se encuentra gravada con el impuesto de industria y comercio. A lo anterior debe agregarse que el hecho de que el artículo 36 de la Ley 14

de 1983, no haya señalado expresamente dentro de las actividades de servicios gravadas, la prestación del servicio público de energía eléctrica, no significa que la misma no sea objeto del impuesto de industria y comercio, pues tal disposición prevé ciertas actividades de manera enunciativa. Adicionalmente, el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, no consagra ninguna prohibición que impida a los municipios gravar con el impuesto de industria y comercio a las sociedades que presten servicios públicos. Y, es sabido que quien afirma estar exonerado del pago de este impuesto debe acreditar tal hecho con el respectivo acuerdo o acto que lo fundamente, prueba que en la presente oportunidad no se allegó al proceso. Así pues, la actividad desarrollada por la actora, consistente en la distribución, suministro y comercialización de energía eléctrica, está gravada con el impuesto de industria y comercio como actividad de servicio, pues, hace parte de las actividades análogas a que se refiere el artículo 36 de la Ley 14 de 1983, toda vez que, se repite, la enumeración contenida en la norma no es taxativa sino enunciativa.

[Sentencia de 1 de octubre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-1998-00071-01 \(17059\). M.P.: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ.](#)

* Aclaración de voto: Hugo Bastidas Bárcenas

4. LA INFORMACIÓN CONSOLIDADA EN MEDIOS MAGNÉTICOS NO ES EXIGIBLE CUANDO LA SOCIEDAD SUBORDINADA ESTA EN LIQUIDACIÓN

Situación fáctica: La actora demandó las resoluciones proferidas por la administración de Grandes Contribuyentes de la DIAN mediante los cuales le impuso sanción por no enviar información consolidada en medios magnéticos por el año gravable 2000.

Tesis: El hecho de que la sociedad subordinada se encuentre en estado de liquidación implica que desaparece el Grupo Empresarial, porque no hay unidad de propósito y dirección, pues, no puede perseguirse un objetivo común determinado por la subordinante (artículo 28 de la Ley 222 de 1995), dado que, por disposición legal y no para cumplir el propósito fijado por la matriz, lo único que puede hacer la subordinada en liquidación es concluir las operaciones pendientes y no emprender nuevas actividades (artículo 222 del Código de Comercio). Para la Sala, al no existir un grupo empresarial, el actor no estaba obligado a suministrar información consolidada. Conforme a lo expuesto, si bien el 8 de octubre de 1997 la Sociedad Shell de Colombia S.A. registró la situación de control y grupo empresarial, el 3 de julio de 1998 fue inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá la escritura pública No. 4038 del 23 de junio de 1998 (folio 144 c. de a.) por la cual la Sociedad Palmira Investigaciones Agrícolas S.A. -PIASA- se declara disuelta y en estado de liquidación. Como quedó anotado, el hecho de encontrarse la subordinada en estado de liquidación, implica que desaparece el Grupo Empresarial, razón por la cual desaparece la obligación de suministrar la información consolidada.

[Sentencia de 6 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00270-01 \(16366\). M.P.: WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

5. LA TOMA DE POSESIÓN CON FINES DE LIQUIDACIÓN NO COARTA LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DE LA DIAN

Situación fáctica: La actora demandó la liquidación de revisión y la resolución que la confirmó en relación con la declaración de renta por el año gravable 2000 y solicitó que se trate como una reclamación extemporánea dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa y se gradúe como acreencia dentro del pasivo cierto no reclamado.

Tesis: Precisamente, conforme al artículo 828 del Estatuto Tributario la liquidación de revisión que se cuestiona presta mérito ejecutivo sólo cuando quede ejecutoriada, que para el caso es cuando la acción de restablecimiento del derecho se haya decidido en forma definitiva (artículo 829 [4])

ibídem). Y es a partir de ese momento que la DIAN puede iniciar el proceso de cobro coactivo a que se refieren los artículos 823 y ss., del Estatuto Tributario y en caso de que la contribuyente se encuentre en el proceso de liquidación administrativa se actúe conforme a las normas correspondientes. En el presente caso, el 8 de mayo de 2002 por resolución 0782 la Superintendencia de Economía Solidaria ordenó la toma de posesión para liquidar de la *COOPERATIVA INTEGRAL DE TRABAJO MÉDICO ASOCIADO -FEMEC*. Por su parte la liquidación de revisión 300642003000188 fue expedida el 25 de septiembre de 2003 y el hecho de que se hubiera iniciado el proceso de toma de posesión con fines de liquidación no significaba que se coartara la facultad de fiscalización de la DIAN. En efecto, el proceso de fiscalización adelantado por la DIAN conforme al artículo 684 del Estatuto Tributario tiene como finalidad asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales, para lo cual goza de amplias facultades para verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario o para adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados y en general para efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos y es independiente de la situación en que se encuentre la contribuyente. Este proceso puede culminar con una liquidación de revisión, que una vez ejecutoriada capacita a la entidad para pretender su cobro de acuerdo con las circunstancias que se presenten para el momento en que sea exigible.

[Sentencia de 6 de octubre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00319-01 \(16594\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

6. AL NO NOTIFICARSE A LA GARANTE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA UNA DEVOLUCIÓN COMO IMPROCEDENTE NO LE ES EXIGIBLE COMO TÍTULO EJECUTIVO

Situación fáctica: La actora demandó las resoluciones expedidas por la DIAN en el año 1996 mediante las cuales se fallaron unas excepciones y se resolvió el recurso de reposición dentro del proceso de cobro coactivo respecto de obligaciones de un contribuyente, garantizadas mediante póliza de cumplimiento.

Tesis: La doctrina jurisprudencial de la Sección ha precisado que si se demuestra que el acto administrativo a ejecutar no se encuentra en firme porque no se notificó, no es posible iniciar el proceso de cobro con fundamento en tal acto por falta de exigibilidad. En consecuencia, si el acto administrativo que declara la improcedencia de la devolución no se notifica a los interesados o se notifica indebidamente, no es oponible frente a ellos ni frente a terceros, en otras palabras, no es exigible y, por lo mismo, carece de uno de los requisitos indispensables para ser considerado título ejecutivo. Conforme con lo anterior, se concluye que la resolución que declara la improcedencia de la devolución, debidamente ejecutoriada, integrada con la póliza o garantía, el título ejecutivo que sirve de base al mandamiento de pago. Conforme con los anteriores hechos probados y no controvertidos, la Sala observa que dentro del expediente no obra prueba alguna de la notificación de la Resolución Sanción 0300 del 8 de octubre de 1992 a “La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.”, a pesar del interés que le asistía como garante, pues, es evidente que los efectos de la sanción por devolución improcedente se extendían a ésta desde el momento en que en dicho acto ordenó la efectividad de la póliza que garantizaba la devolución. De tal forma que es acertada la posición del *a quo*, cuando concluyó que al no haberse notificado a la actora la resolución que impuso la sanción a CONDICO S.A., no le era exigible, y, por lo mismo, carecía de uno de los requisitos indispensables para ser considerada título ejecutivo, fundamento del mandamiento de pago proferido por la DIAN.

[Sentencia de 8 de octubre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-1996-11728-01 \(16483\). M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

7.- NO ES DEDUCIBLE EN IMPUESTO SOBRE LA RENTA LA PERDIDA QUE SE PRODUCE CUANDO LA DISTRIBUCIÓN DEL REMANENTE DE LOS ACTIVOS SOCIALES ES INFERIOR AL PATRIMONIO APORTADO POR LOS ACCIONISTAS

Situación fáctica: La actora demandó la liquidación de revisión y la resolución que la confirmó respecto a la declaración de renta por el año gravable 1998.

Tesis: Es evidente que en la liquidación de la Compañía Agropecuaria Villahermosa S.A., para su mayor inversionista, la actora con el 99% de participación, hubo una pérdida, pues, frente al valor de su inversión en más de tres mil millones, recibir un remanente de \$ 160.717.885, es evidente que no cubrió todo el capital que en tal empresa invirtió. Sin embargo, tal pérdida no tiene el reconocimiento tributario pretendido por la actora. La Sala comparte el criterio del Ministerio Público cuando afirma que la pérdida solicitada no es una pérdida operacional, ya que ésta se predica de la sociedad que se liquida, cuando al liquidarse, el remanente de los activos sociales no es suficiente para cubrir el patrimonio de los accionistas, sin embargo, tal pérdida no es trasladable a los socios según el artículo 147 del Estatuto Tributario. Se observa que si bien, las normas tributarias regulan especialmente el gravamen sobre las utilidades originadas en la liquidación de sociedades o aquellas que constituyan ganancia ocasional (artículos 301, 318 y 352), no por este hecho se puede afirmar que contrario sensu, la pérdida originada en la liquidación de sociedades es deducible, pues, las mismas normas consagran las pérdidas como deducibles en el evento de la enajenación de acciones o de activos, que no es el caso que aquí se presenta. Sobre el punto, la Sala ha considerado que en el caso de la pérdida neta originada en el reembolso de la inversión por liquidación de la sociedad receptora de la misma, el artículo 352 del Estatuto Tributario, no es aplicable para su deducción, pues, aunque contablemente se autoriza ese registro como un gasto, las normas tributarias no permiten tomarlo como tal para efectos de la deducirlo de la renta, es decir para considerarlo como una deducción.

[Sentencia de 8 de octubre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2003-01204-01 \(16613\). M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

SECCIÓN QUINTA

1) SE CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ NULIDAD DE ELECCIÓN DEL CONTRALOR DE IBAGUÉ

La Sala confirmó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso electoral promovido contra la elección de Rafael Enrique Bernal Poveda como contralor de Ibagué. Las razones fundamento de la decisión fueron las siguientes:

a) La valoración de las inhabilidades electorales corresponde al juez. Las autoridades que conforman la terna y que eligen presumen que los candidatos no están incursos en inhabilidades

La Sala precisa que en nada afecta la existencia de la terna de candidatos el hecho de que el demandante considere que algunos de los aspirantes estaban inhabilitados para ocupar el cargo de Contralor Municipal, porque determinar la presencia de circunstancias que según la Constitución o la Ley le impidan que pueda resultar válidamente elegido es materia que le compete al juez que ejerce el control de legalidad del acto de elección. La autoridad que postula y la que elige parten de la declaración bajo la gravedad del juramento que hacen los candidatos al presentar su aspiración, acerca de que no se encuentran incursos en alguna causal de esta naturaleza.

b) La inhabilidad de los contralores del orden territorial por haber ocupado un cargo público el año anterior a la elección supone que ese cargo se ejerció en el mismo nivel territorial donde fueron elegidos: Reiteración jurisprudencial. No se configuró inhabilidad del contralor de Ibagué

por haber sido funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima el año anterior a la elección

Como se observa, en la jurisprudencia de esta Sección la interpretación que se le ha dado a la inhabilidad consagrada en el artículo 272 de la Carta para contralores departamentales, distritales o municipales, se resume en que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público tanto del orden departamental, municipal o distrital en el respectivo departamento, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo municipio, lo cual surge de una correcta lectura y del aspecto teleológico de la norma constitucional. En el caso objeto de estudio, si bien está demostrado que el señor Rafael Enrique Bernal, dentro del año anterior a la elección como Contralor Municipal de Ibagué se desempeñó como funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima, es lo cierto que la inhabilidad endilgada por el demandante no se configura, pues, como se puso de presente, hace falta el supuesto fáctico esencial que surge de la interpretación armónica del artículo 272 de la Constitución Política: que dicho cargo público lo ejerciera en el mismo orden territorial en el que resultó electo el demandado, esto es, en el municipio de Ibagué.

c) A los contralores municipales no se les aplica inhabilidad de alcaldes por ejercicio anterior de empleo público porque para aquéllos existe una específica sobre la misma circunstancia

En lo que tiene que ver con la inhabilidad prevista en el artículo 95, numeral 2° de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que es la causal que invoca el demandante como sustento de ilegalidad del acto acusado, la Sala estima que ésta no tienen aplicación en la elección de contralor, pues el desempeño de empleo público, en relación con los contralores, está consagrado expresamente en el artículo 272 de la Constitución Política, según el cual “no podrá ser elegido contralor quien haya ocupado cargo de orden público del orden departamental, distrital o municipal”. Más aun cuando la causal endilgada exige, por una parte, que el ejercicio del cargo se haya realizado en la misma circunscripción territorial respecto de la cual resulta electo, o, por otro lado, que la ordenación del gasto en la ejecución de recursos de inversión o la celebración de contratos, deba ejecutarse o cumplirse en el mismo municipio, requisitos que no se verifican en el caso objeto de estudio. Es decir, la Constitución Política previó una inhabilidad específica para ser Contralor cuando la persona haya ocupado previamente cargo público en el orden departamental, distrital o municipal y, por tal razón, en atención al principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades, no es razonable extender a los Contralores la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 37 de la ley 617 de 2000. No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos y del derecho político de carácter fundamental a ser elegido, que no sólo están expresamente consagrados por la Carta (CP arts. 13 y 40) sino que ambos constituyen elementos fundamentales de la noción misma de democracia. De esta forma y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario se correría el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.

[Sentencia de 22 de octubre de 2009. Exp. 73001-23-31-000-2008-00052-03. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

2) SE NIEGA NULIDAD DE RESOLUCIÓN DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL QUE CANCELÓ PERSONERÍA JURÍDICA A MOVIMIENTO UNITARIO METAPOLITICO

El Movimiento Unitario Metapolítico instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 1767 del 9 de junio de 2004, por medio de la que el Consejo Nacional Electoral canceló su personería jurídica.

Para negar las pretensiones de la demanda, la Sala abordó los siguientes aspectos jurídicos:

a) Pérdida de personería jurídica de los partidos y movimientos políticos por no tener representación en el Congreso a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2003

Los partidos y movimientos políticos que se organicen para participar en la vida democrática del país deben obtener su respectiva personería jurídica, que será reconocida y otorgada por el Consejo Nacional Electoral, previo cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 108 de la Constitución Política y en la Ley Estatutaria 130 de 1994. (...) El Acto Legislativo número 1 de 2003 consagró como requisito sine qua non que para que en el futuro se obtenga dicha personería jurídica e, incluso, para que se conserve, se debe haber obtenido el 2% de votos válidos depositados en todo el territorio para las elecciones de Cámara de Representantes o Senado, salvo las excepciones expresamente señaladas en la norma. (...) Los partidos y movimientos políticos que, de un lado, no tuvieran personería jurídica reconocida no podrían beneficiarse de lo dispuesto en el parágrafo transitorio 1° del artículo 108 de la Constitución Política. Así mismo, aquellos que teniendo personería jurídica no contaran con representación en el Congreso no podían conservarla, puesto que ese requisito constituye uno de los elementos indispensables para que tal personería fuera prolongada hasta las próximas elecciones. Es decir, estaban llamados a perder la personería jurídica los partidos y movimientos políticos que a la expedición del Acto Legislativo número 1 de 2003 no contaran con representación en el Congreso. (...) el parágrafo transitorio 1° defirió sus propios efectos de manera parcial, pues debía aplicarse en las elecciones de Senado de la República y Cámara de Representantes que tuvieron lugar en el 2006 sólo para quienes en ese entonces tenían representación en el Congreso, pero para aquellos que no la tenían era de aplicación inmediata.

Para la Sala las condiciones necesarias para mantener la personería jurídica, esto es, el reconocimiento de ésta y la representación en el Congreso, tienen carácter complementario y no excluyente, toda vez que se encuentran separados por la conjunción “y”, que expresa unión de los conceptos afirmativos. Por tanto, los partidos y movimientos políticos que no cumplieran con los dos requisitos no podían beneficiarse de lo dispuesto en el parágrafo transitorio 1° del artículo 108 de la Constitución Política.

NOTA DE RELATORIA: Se cita como soporte jurisprudencial el fallo de nulidad del artículo 5° de la Resolución 4150 de 2003, por el cual el Consejo Nacional Electoral prolongó la personería jurídica de partidos y movimientos políticos que no tenían representación en el Congreso a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2003: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de mayo de 2004, Rad. 2003-00026, MP. Darío Quiñones Pinilla.

b) Legalidad de resolución del Consejo Nacional Electoral que canceló personería jurídica del Movimiento Unitario Metapolítico por no tener representación en el Congreso a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2003. No haber participado en las elecciones para el período 2002-2006 del Congreso de la República no constituye una excepción a esa sanción

La parte actora pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 1767 del 9 de junio de 2004, expedida por el Consejo Nacional Electoral, acto que, entre otras cosas, canceló la personería jurídica del Movimiento Unitario Metapolítico, la cual había sido reconocida por la Resolución No. 7735 del 5 de diciembre de 2002, pues, a su juicio, el hecho de que dicho Movimiento no hubiera participado en las elecciones del año 2002 lo ubicaba en situación diferente de aquellos partidos o movimientos políticos que sí participaron en la contienda electoral y que no obtuvieron curul alguna, circunstancia que les acarreó la pérdida de la personería jurídica. Que, en ese sentido, no era procedente la cancelación de la personería jurídica, pues para que procediera tal medida era

necesario que hubiese tenido una participación efectiva en la contienda electoral, lo cual no tuvo lugar, toda vez que obtuvo la personería jurídica luego de practicadas las elecciones. La Sala estima que el referido argumento no está llamado a prosperar, pues, de acuerdo con lo dicho en líneas anteriores, el parágrafo transitorio 1º del artículo 108 de la Constitución Política de forma expresa consagró que sólo conservarían la personería jurídica aquellos movimientos y partidos políticos que, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2003, la tuvieran reconocida y contaran con representación en el Congreso, requisitos que no fueron cumplidos por la parte actora en el presente caso. Como bien lo dice la parte demandada, en nada importa el hecho de que el Movimiento Unitario Metapolítico no hubiera participado en la contienda electoral del año 2002, pues tal circunstancia no fue prevista por el constituyente como un factor determinante para otorgar un tratamiento diferente a aquellos partidos y movimientos que se encontraran en las mismas condiciones y así pudieran conservar la personería jurídica que les había sido reconocida. En consecuencia, se concluye que el acto acusado, al cancelar la personería jurídica del Movimiento Unitario Metapolítico, fue dictado en estricto apego a lo establecido en el artículo 108 de la Constitución Política.

[Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2004-00407-00. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

3) SE NIEGA NULIDAD DE NOMBRAMIENTOS EN ENCARGO DE GERENTE SECCIONAL DEL SEGURO SOCIAL EN MAGDALENA

La diputada del Magdalena, Margarita Vives Lacouture, demandó las resoluciones por medio de las cuales el presidente del Seguro Social encargó en varias oportunidades a su hermano, Nelson Vives Lacouture, como gerente seccional del Seguro Social en ése departamento.

La Sala negó la nulidad solicitada y como sustento profundizó en los siguientes tópicos jurídicos:

a) La valoración del requisito de la demanda de exponer las normas violadas y el concepto de la violación debe ser más laxa en los procesos promovidos en ejercicio de acciones públicas, como la electoral, que en el proceso ordinario

“Es cierto que el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., consagra como uno de los requisitos formales de la demanda “indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”, pero ese deber de fundamentación de la acusación debe valorarse en el contexto de las acciones públicas, más cuando este escenario corresponde a una acción electoral que claramente atañe a una de las proyecciones del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político previsto en el artículo 40 Superior, en especial lo referido a la “Interpo[sición de] acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Así, por tratarse de una acción pública que va detrás de la protección del orden jurídico, que puede ser instaurada por cualquier persona, resulta razonable que la Sala prohíje la tesis de que la estrictez en la apreciación de su configuración formal no sea lo predominante. Aquí cobra todo su vigor el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228), ya que el operador jurídico debe hacer todo lo posible para que las demandas sean sustancialmente despachadas y no para que sea a través de un fallo meramente formal que se le de una respuesta judicial a un problema jurídico con trascendencia social, sin que ello implique la sustitución de la demanda, pues hasta allá no se puede llevar la facultad interpretativa del juez.”

b) Concepto y alcance de la prohibición constitucional y legal del nepotismo o inhabilidades por parentesco

“Para el constituyente de 1991 fue imperativo controlar el fenómeno del nepotismo, consistente en la “Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”, y que a nivel interno se vio reflejado en el empleo que al poder derivado del Estado le

daban algunos para favorecer las aspiraciones políticas y el acceso al ejercicio de las funciones públicas de sus familiares, afectándose con ello desde los fines esenciales del Estado -“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (art. 2 C.P.)-, el principio de igualdad (art. 13 ib) y por supuesto el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, con el cual bien puede postularse a los cargos de elección popular o acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 40 num. 1 y 7). Ese apoyo mutuo que se podían brindar los parientes generaba un desbalance en el contexto político electoral colombiano, que si bien tenía como justificación ejercer el derecho fundamental de acceso al poder político (art. 40 ib), se hacía con un inmenso sacrificio del derecho a la igualdad y por supuesto del principio de transparencia, ya que no era claro que el éxito que eventualmente se lograra en los urnas fuera el fruto de un capital electoral propio sino más bien ajeno, endosado para esos únicos fines y no para consolidar un proyecto ideológico o político. Sin dejar de lado, por supuesto, que con el nepotismo se pone en serio riesgo el pulcro ejercicio de la función administrativa, en particular su imparcialidad (art. 209 ib), en la medida que por esa relación de parentesco o familiaridad el servidor público puede actuar o dejar de hacerlo inspirado por motivos que no atienden al interés general.”

c) Prohibición de nombrar parientes se aplica respecto de los servidores de entidades que pertenecen al nivel territorial y de entidades del orden nacional con presencia en entidades territoriales por desconcentración

“Como se podrá advertir, la generalidad de los servidores públicos, esto es los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores al servicio del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, tienen constitucionalmente prohibido hacer nombramientos o designaciones sobre personas con las que estén ligados por matrimonio o unión permanente o con quienes tengan parentesco en los grados arriba señalados, cobijándose un rango importante de miembros de su entorno familiar; además, esa prohibición se extiende igualmente respecto de aquellos que deban intervenir en tales designaciones, con lo que sin duda se quiere cerrar el paso al nepotismo por interpuesta persona. Como era de esperarse, las personas que acceden a la función pública por sus propios méritos, luego de superar un proceso de selección, no son afectadas con esta prohibición, dado que su nombramiento no obedece al ejercicio discrecional de una competencia sino al cumplimiento de un deber legal. (...) Como se podrá notar, la lucha contra el nepotismo ha rebasado el terreno de los funcionarios al servicio de las entidades pertenecientes a las entidades del nivel territorial, para ubicarse en la de aquellos funcionarios que laboran en esa comprensión territorial sin consideración a esa relación de sujeción, pues incluso puede tratarse de quienes presten sus servicios de manera desconcentrada, para entidades del orden nacional.”

d) Representación legal del ISS la tiene su Presidente y sólo la pueden ejercer los gerentes seccionales por delegación. Se niega nulidad de nombramientos en encargo de gerente seccional del ISS en Magdalena por falta de prueba del ejercicio de representación legal de la entidad

El anterior recorrido normativo demuestra que la representación legal del Instituto de Seguros Social la tiene su Presidente y que los gerentes seccionales solamente pueden ejercer competencias inherentes a esa representación, en lo referente a la respectiva seccional, únicamente por delegación que al efecto les haga el Presidente del Instituto de Seguros Sociales. Por lo mismo, dado que la carga de la prueba recae en la parte demandante, a ella le correspondía probar dentro del plenario que el Gerente Seccional del Magdalena había recibido, por escrito, delegación para ejercer la representación legal de esa seccional. (...) Pues bien, aunque se probó en el expediente el parentesco en segundo grado de consanguinidad (hermanos) entre Margarita Vives Lacouture y Nelson Eduardo Vives Lacouture, y que Margarita Vives Lacouture se desempeñó como Diputada por el departamento del Magdalena por el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de

diciembre de 2007, no puede tenerse por demostrada la ilegalidad de los actos acusados por la supuesta violación del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en los términos en que fue modificado por las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, dado que no se probó que el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales en dicho departamento llevara la representación legal de esa entidad, pues como se vio tal representación la ostenta el Presidente de la entidad y solamente ante delegación escrita -que no se aportó- se podría acreditar tal circunstancia. Por otra parte, como la violación de las demás normas invocadas con la demanda, tales como el artículo 292 de la Constitución y los artículos 34 numerales 1, 2 y 15, 35 numeral 1, 36 y 41 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, se sujetaba al mismo argumento, debe considerarse que su improsperidad se deriva igualmente de lo dicho en precedencia. Además, tampoco podría estructurarse un cargo solamente con el contenido normativo del artículo 292 Superior, pues como se demostró, la prohibición del nepotismo allí prevista opera solamente para los empleos o cargos “de la correspondiente entidad territorial”, que como se vio no es lo debatido en este asunto, donde la prohibición de nepotismo aludía a la designación de un funcionario perteneciente a una entidad del orden nacional, desconcentrada en el departamento del Magdalena, más exactamente por los encargos que el Presidente del Instituto de Seguros Sociales hizo en el señor Nelson Eduardo Vives Lacouture, al designarlo en la Gerencia Seccional de esa entidad en dicha entidad territorial, mediante las Resoluciones Nos. 5690 del 25 de octubre de 2007, 3456 del 6 de julio de 2007, 2070 del 30 de abril de 2007, 0321 del 30 de enero de 2007 y 4954 del 27 de octubre de 2006.

[Sentencia de 22 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2008-00014-00. M.P.: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON](#)

* **Salvamentos de voto:** Susana Buitrago Valencia y Filemón Jiménez Ochoa

4) SE DECLARA NULIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE LA GERENTE DE LA ESE CENTRO MATERNO INFANTIL DE SABANALARGA, ATLÁNTICO

La Sección Quinta revocó el fallo del Tribunal Administrativo del Atlántico que negó en primera instancia las pretensiones de la demanda electoral instaurada contra el nombramiento de Karina Rosa Orozco Gómez como gerente de la ESE Centro Materno Infantil de Sabanalarga, Atlántico. En lugar de ésa decisión, la Sala declaró la nulidad del acto demandado, en consideración a lo siguiente:

a) La participación comunitaria: Deber, derecho y finalidad

“Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 el componente democrático del Estado Colombiano cobró mayor relevancia, en la medida que la sociedad puede ahora tener más injerencia en la conducción de los intereses de todos, como así lo pregona el artículo 2 de la misma al señalar como uno de los fines esenciales del Estado el “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Se trata, entonces, de propiciar un cambio en la conducta social de los colombianos, llevándolos a participar en los cuadros de dirección de las entidades o dependencias estatales que tengan alguna incidencia en sus destinos, como es el caso de los servicios públicos. (...) El constituyente trató a la participación comunitaria como un deber, un derecho y a la vez como una finalidad. En cuanto a lo primero, puesto que la administración pública, con el fin de desarrollar los principios que orientan la función administrativa previstos en el artículo 209 Constitucional, tiene el deber de hacer partícipe en sus cuadros de dirección, a los usuarios de sus servicios públicos, como en efecto se verá en algunas disposiciones jurídicas. Y se constituye en un derecho para los usuarios, en la medida que correlativo a lo anterior ellos deben tener asiento en esas entidades, a efecto de que sus opiniones puedan calar en los demás integrantes de las juntas directivas al momento de asumir decisiones, con lo que su voto no puede calificarse individualmente, sino puesto en el contexto de los debates y de su injerencia en la opinión ajena. Y la finalidad de tal participación se encamina hacia el lado de la gestión y fiscalización de la empresa, en atención a que el comportamiento administrativo de la entidad puede ahora recibir la influencia directa de los destinatarios del

servicio público, quienes por su membresía a esas juntas directivas quedan en una posición privilegiada para conocer de cerca su desempeño fiscal y así poder actuar cuando adviertan alguna irregularidad.”

b) La participación comunitaria en la gestión y fiscalización del servicio público de salud. Nulidad del nombramiento de gerente de ESE Centro Materno Infantil de Sabanalarga porque la junta directiva lo hizo sin participación de representantes de la comunidad

“La conformación de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado dispuesta en la normatividad anterior fue plenamente acogida por la Junta Directiva de CEMINSA, puesto que acatando esos parámetros expidió el Acuerdo 001 del 18 de agosto de 2000 “Por medio del cual se adopta el reglamento interno de la Junta”, en el que figuran los dos representantes del estamento político-administrativo (Alcalde y Director de Salud Municipal de Sabanalarga), los dos representantes del sector científico de la salud (interno y externo) y los dos representantes de la comunidad (Alianzas o Asociaciones de Usuarios y Comités de Participación Comunitaria). Con todo, no basta con que orgánicamente se haya acogido la ley en el sentido de establecer como miembros de la Junta Directiva de CEMINSA a los dos representantes de la comunidad, tanto por las Asociaciones de Usuarios como por los Comités de Participación Comunitaria, si materialmente esos cargos no están ocupados al momento de producirse una decisión como la que aquí se juzga. Tal omisión no se supera acudiendo solamente a la existencia de un quórum decisorio, pues si ello bastara para sanear la situación, habría de patrocinarse la inadmisibles tesis de que la Junta Directiva de cualquier Empresa Social del Estado podría sesionar y adoptar decisiones, por siempre, omitiendo la presencia de dos de sus integrantes; hipótesis que desde luego resulta insostenible en la medida que termina desconociendo las disposiciones constitucionales y legales citadas hasta el momento, en las que bien claro se aprecia la decisión del constituyente y del legislador por fomentar y asegurar la participación comunitaria en la toma de decisiones en el seno de las Empresas Sociales de Salud. Aunque formalmente pudiera pensarse en la inexistencia de la ilegalidad alegada, porque en el reglamento interno de la Junta Directiva de CEMINSA están reservados los dos cupos para los representantes de la comunidad (Asociaciones de Usuarios y Comités de Participación Comunitaria), a ello diría la Sala que lo dispuesto por el constituyente y por el legislador se encamina más a un cumplimiento material de la ley, sobre todo porque la ausencia registrada de esos funcionarios no obedeció a su libre decisión de no acudir a la convocatoria sino al hecho de no haberse adelantado las diligencias necesarias para elegir a dichos representantes, omisión que en cierto modo demuestra desdén por el principio de igualdad, también vulnerado porque sencillamente termina discriminándose ese sector de la población a quienes desde la misma constitución se les reconoce su derecho a intervenir en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan servicios de salud. (...) En este orden de ideas, la situación presentada en torno a la designación de la Dra. Karina Rosa Orozco Gómez como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro Materno Infantil de Sabanalarga “CEMINSA”, donde su Junta Directiva tomó la decisión de integrar la terna de candidatos a presentar al alcalde, a pesar de que no habían sido escogidos los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Comunitaria -COPACOS-, es constitutiva de nulidad al configurar la causal prevista en el artículo 84 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/1989 art. 14), “cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse”, pues quedó suficientemente demostrado que el derecho de la participación comunitaria fue ignorado al proceder la Junta Directiva de CEMINSA a integrar una terna de candidatos a gerente, a sabiendas de que no habían sido seleccionados los representantes de las Asociaciones de Usuarios y de los Comités de Participación Comunitaria. En suma, este cargo está llamado a prosperar.”

c) La representación legal de las empresas sociales del Estado la tiene el gerente o director y por consiguiente también la capacidad para contratar. Nulidad de nombramiento de gerente de ESE Centro Materno Infantil de Sabanalarga por falta de competencia del funcionario que contrató las evaluaciones y la elaboración del cronograma del proceso de selección

“La delegación es una institución jurídica que permite a las autoridades administrativas, mediante acto escrito, “transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias”, que se basa en un presupuesto fundamental consistente en que la autoridad delegante solamente puede delegar “los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos” (lb). Es decir, dicha figura obedece igualmente al principio de legalidad, en la medida que quien pretenda hacerla debe verificar, como mínimo, que la función que está transfiriendo temporalmente a otro funcionario, sea propia, pues resulta evidente que ninguna autoridad podrá entregar una función que no le haya sido asignada constitucional, legal o reglamentariamente. (...) Aunque lo discurrido en precedencia despeja toda duda sobre el particular, ya que queda claro que solamente los jefes o representantes legales de las empresas sociales del estado tienen la capacidad para celebrar contratos o convenios, así como para delegar esa atribución, no sobra argumentar que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado no cuentan con esa potestad. (...) De acuerdo con los anteriores lineamientos puede concluirse por la Sala, que el Decreto 00044 del 31 de marzo de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de Sabanalarga y mediante el cual se dispuso la designación acusada, es también ilegal por la irregularidad materializada en el Acuerdo 003 del 22 de enero de 2008, donde la Junta Directiva delegó una función que no es suya, consistente en la celebración de convenios o contratos, que como se vio es una atribución propia del representante legal de CEMINSA; sin que lo sea por la delegación que allí mismo se hizo “para que adopte cronograma del proceso de selección y lo acuerde o concilie con la Universidad o firma que se escoja”, ya que está demostrado que si bien la Junta Directiva sí es la titular de la función de integrar la terna de candidatos que deben presentarse al alcalde municipal para la designación del gerente de la citada empresa social del estado, ello no le confiere competencia para delegar una atribución inherente al gerente de esa Empresa Social del Estado.”

[Sentencia de 22 de octubre de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2008-00180-02. M.P.: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZON](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE CONSULTORÍA PARA APOYAR LA GESTIÓN DE ECOPETROL SE RIGEN POR EL ESTATUTO INTERNO DE CONTRATACIÓN DE LA ENTIDAD

En ese sentido respondió la Sala de Consulta y Servicio Civil la consulta que elevó el Ministro de Minas y Energía sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de prestación de servicios y de consultoría de Ecopetrol S.A. para apoyar la gestión contractual y comercial de la sociedad.

En un concepto de 2005, cuya reserva fue recientemente levantada de conformidad con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo, la Sala expuso a la entidad consultante:

a) Régimen contractual de Ecopetrol S.A. antes de la Ley 80 de 1993

“Entonces, en materia de contratos, a ECOPETROL se le aplicaban cuatro grupos de normas, a saber: a) Por regla general, el derecho privado según los artículos 6° del Decreto 1050 y 31 del decreto 3130, ambos del año 1968. b) En cuanto ejerciera funciones administrativas, se le aplicaba el derecho público, y en este orden de ideas el decreto ley 222 de 1983. c) Los contratos de empréstito y de obras públicas de ésta entidad, se regían por el decreto ley 222 de 1983. d) Los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, calificados como administrativos por el decreto ley 222 de 1983, se regían por las leyes especiales. Sin embargo, el decreto reglamentario 743 de 1975, sometió los contratos de asociación al derecho privado, y remitió al reglamento de la junta directiva de ECOPETROL, la regulación de los procesos de selección de los contratistas, las condiciones y los términos de dichos contratos.”

b) Los contratos de explotación, exploración y comercialización de recursos naturales se rigen por los reglamentos internos de las entidades que los administran. Los contratos de prestación de servicios y de consultoría para apoyar la gestión comercial de Ecopetrol S.A. se rigen por su estatuto interno de contratación

“Las objeciones Presidenciales aceptadas por el Congreso de la República buscaban impedir que con la expedición de la ley 80 de 1993 se derogara la legislación especial contenida en las leyes y códigos de Petróleos y de Minas, así como flexibilizar los procedimientos de selección de los contratistas de las entidades encargadas de la explotación, exploración y comercialización de los recursos naturales, pues venían bajo un régimen de derecho privado según se ha expuesto. Es claro que el criterio de los decretos 1050 y 3130 de 1968 era principalmente el orgánico, de manera que el derecho privado se aplicaba en razón de la naturaleza de estas entidades y no del objeto o tipo de contratos que celebrarían. La solución ideada por el legislador en el actual artículo 76 consistió en autorizar a las entidades que manejan los recursos naturales renovables y no renovables, a expedir unos reglamentos internos de contratación, y establecer en ellos “el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse” de manera que fueran las mismas entidades públicas quienes, reconociendo sus necesidades, organizaran estos cuatro temas en sus propios reglamentos. De esta forma se buscó hacer flexible y oportuna la contratación como lo pedían las objeciones Presidenciales, de suerte que dejó de ser obligatoria para ellas la licitación pública para todos los contratos que celebrarían, pues en sus propias reglas pueden definir los diferentes mecanismos de selección de sus contratistas. (...) Conceptúa la Sala, que el reglamento interno debe referirse a toda la actividad contractual de las entidades que manejen los recursos naturales renovables y no renovables, y no sólo a los contratos de exploración, explotación, o comercialización, por las razones que se analizan a continuación. (...) Bajo estos presupuestos, en concepto de la Sala, el procedimiento de contratación que tenga por objeto la prestación de servicios y de consultoría para apoyar la gestión comercial de ECOPETROL, entre los cuales, se incluyen los que tienen por objeto la identificación de estrategias comerciales, el desarrollo de la logística de compras, estrategias de mercado, consolidación de economías de escala, el soporte en la realización de análisis de mercado, preselección de proveedores, inteligencia en abastecimiento, se rigen por el estatuto interno de contratación de la sociedad y en la parte sustancial por las disposiciones comerciales que ordenan la materia. Otro tanto, sucede con aquellos contratos de prestación de servicios y de consultoría que tengan por objeto apoyar la gestión contractual de ECOPETROL, tales como, los enunciados en la consulta formulada a la Sala, para la elaboración de pliegos o términos de referencia, soporte en el proceso de contratación y compras desde la planeación hasta el producto final, etc.”

[Concepto 1667 de 8 de septiembre de 2005. M.P.: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. LEVANTADA LA RESERVA LEGAL CON AUTO DE 14 DE OCTUBRE DE 2009](#)

2) EL INCUMPLIMIENTO EN LA ADQUISICIÓN DE BONOS DE SOLIDARIDAD PARA LA PAZ GENERAN INTERESES DE MORA QUE TAMBIÉN VAN AL FONDO DE INVERSIONES PARA LA PAZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la finalidad y el régimen presupuestal de los intereses moratorios que se causan por el incumplimiento en la adquisición de los bonos de solidaridad para la paz que regula la Ley 487 de 1998.

En concepto de 2005, cuya reserva fue recientemente levantada de conformidad con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo, la Sala respondió:

“1) Los intereses moratorios previstos en el artículo 6° de la ley 487 de 1998 y en el artículo 3° del decreto reglamentario 676 de 1999, por el incumplimiento de la obligación legal de inversión forzosa de adquisición de los títulos de deuda denominados “Bonos de Solidaridad para la Paz”,

tienen por finalidad principal resarcir económicamente al Estado por no haber contado oportunamente con los recursos esperados para financiar el presupuesto.

2) Los intereses moratorios previstos en el artículo 6° de la ley 487 de 1998, son recursos inescindiblemente vinculados al incumplimiento de la obligación de inversión forzosa en dichos Bonos, y en consecuencia, se encuentran destinados al Fondo de Inversión para la Paz.

3) La destinación de la totalidad de los recursos provenientes de los Bonos de Solidaridad para la Paz al Fondo de Inversión para la Paz, prevista en el artículo 8° de la ley 487 de 1998, comprende no sólo los originados en los recaudos por la suscripción de los títulos de deuda, sino todos aquellos necesariamente vinculados con los mismos, como los correspondientes a rendimientos y a intereses moratorios.”

El concepto estuvo motivado por las consideraciones que se extractan a continuación:

a) Los bonos de solidaridad para la paz son títulos de deuda pública de inversión forzosa; no constituyen obligación tributaria

“La ley 487 de 1998 contiene una autorización de endeudamiento público, pues faculta al Gobierno Nacional para emitir títulos de deuda interna denominados “Bonos de Solidaridad para la Paz”, hasta por la suma de dos billones de pesos (\$2.000.000.000.000), sin que esta operación afecte el cupo de endeudamiento autorizado al propio Gobierno Nacional de conformidad con las leyes vigentes. Asimismo dispone que las condiciones de emisión y colocación de los títulos serán establecidas por el Gobierno. (...) La emisión de títulos de deuda pública autorizada por la ley 487, se enmarca dentro de las operaciones de crédito público definidas por el Estatuto de Contratación de la Administración Pública... De esta definición legal debe destacarse la función económica de la operación de crédito público consistente en la obtención de recursos para financiar el gasto público. (...) La obtención de recursos por parte del Estado para financiar actividades encaminadas a la consecución de una convivencia pacífica, la satisfacción de necesidades primordiales de los afectados por la guerra y su incorporación a la actividad económica, a través del instrumento de la inversión forzosa en títulos de deuda, encuentra su fundamento en el artículo 95 numerales 6 y 9 de la Carta relacionados con el postulado constitucional de los deberes ciudadanos; que desarrolla en forma específica el artículo 3° de la ley. (...) La identificación de los denominados Bonos de solidaridad para la Paz como una inversión forzosa, surge también de otras disposiciones de la ley 487 como la que se refiere a los parámetros que deben tenerse en cuenta para establecer su monto, la que asigna competencia al Gobierno Nacional para señalar los plazos en que los obligados debían liquidar y adquirir los bonos en los años 1999 y 2000, la que determina quienes no estaban obligados a adquirirlos y la que establece las funciones de control del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La inversión forzosa en títulos de deuda es calificada como tal, en atención a la forma como el sector público recurre al recurso particular. (...) Por otra parte, por el carácter de inversión forzosa, es claro que la obligación de adquirir los títulos de deuda pública, a que se refiere la ley 487, difiere de la institución genérica de la imposición fiscal o tributación, en la que el ciudadano que contribuye a la financiación de las cargas públicas carece en absoluto de derecho a la restitución o reembolso de la suma que le ha sido impuesta a pagar.”

b) El Fondo de Inversiones para la Paz es un fondo especial compuesto, entre otros recursos, por los bonos de solidaridad para la paz

“Se creó por la ley 487 de 1.998 y se reglamentó a través del decreto 1813 de 2.000, como el principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz. Es una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica, que se administra como un sistema separado y sus recursos, para la atención de su objeto, están integrados por los aportes del Presupuesto General de la Nación que se le asignan en la Sección correspondiente del Departamento Administrativo de la Presidencia de la

República, por los recursos de crédito que contrate el gobierno nacional para el desarrollo del objeto del fondo y los provenientes de los bonos de paz creados por la ley 487 de 1.998, los cuales se le destinarán de manera exclusiva. Como lo ha sostenido la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los fondos especiales, entre los que está el FIP, constituyen una de las excepciones al principio de la Unidad de Caja, puesto que de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, a través de ellos se busca, que con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital, se atienda al pago oportuno de las apropiaciones autorizadas con cargo al respectivo fondo, en el Presupuesto General de la Nación.”

c) El incumplimiento en la adquisición de bonos de solidaridad para la paz causa Intereses de mora, que también se destinan al Fondo de Inversiones para la paz. Se aplica la tasa de interés para el pago de obligaciones tributarias

“Este precepto contiene una disposición legal especial, en la cual se prevé el pago de intereses por no cumplir la obligación de adquirir los títulos de deuda, tanto por la omisión en suscribirlos, como por hacerlo extemporáneamente o por un monto menor al ordenado por la ley. Es claro que la naturaleza de estos intereses no es comercial, contractual o por vía de estipulación entre las partes vinculadas al título de deuda pública, ni obedece a un acuerdo de voluntades, sino que en su origen y naturaleza legal, necesariamente participan de la exigencia coactiva, heterónoma y unilateral que presenta la inversión forzosa cuyo incumplimiento es la causa de los mismos. Para efectos de establecer el monto de los intereses, el legislador remite a la tasa que se utiliza para el pago de obligaciones tributarias, sin que por ello se convierta esta obligación de pago de intereses, en una obligación tributaria, como tampoco es una obligación tributaria la que conlleva la exigencia de la inversión forzosa. (...) Aunque en términos estrictos no se está en presencia de una imposición tributaria, la Sala participa de los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional referidos en la consulta, en cuanto afirma que en tratándose del incumplimiento de obligaciones fiscales, los intereses moratorios, además de desestimular el incumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes y evitar su enriquecimiento injusto, buscan, como otro objetivo, “compensar el detrimento patrimonial de Estado y con ello atenuar el daño sufrido ante la imposibilidad de utilizar los recursos en forma oportuna...”. (...) La causación de los intereses moratorios se encuentra naturalmente vinculada con la realización de la inversión forzosa, en la medida que dependen de las condiciones de cumplimiento de esta última, tanto en lo relacionado con los montos como con los plazos, a tal punto que no podrían concebirse los intereses aisladamente, sin tener en cuenta los requisitos que la ley establece para realizar la inversión en los Bonos. No es de recibo la tesis según la cual al FIP sólo van los recursos provenientes estrictamente de la suscripción de bonos, excluyendo los correspondientes a rendimientos e intereses moratorios, pues ello equivale a desconocer que el objetivo de la ley fue concebir un mecanismo de financiación de programas presupuestales a través de los títulos de deuda, para destinar la totalidad de los recursos provenientes de ellos, exclusivamente al Fondo de Inversiones para la Paz.”

Concepto 1684 de 6 de octubre de 2009. M.P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. LEVANTADA LA RESERVA CON AUTO DE 14 DE OCTUBRE DE 2009

3) COMPETENCIAS PARA CONOCER INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA Y CONTROL PREVIO DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES A PARTIR DE LA LEY 1340 DE 2009

Con ocasión del conflicto negativo de competencias suscitado entre las Superintendencias de Industria y Comercio y la de Servicios Públicos Domiciliarios para tramitar 167 investigaciones relacionadas con prácticas comerciales restrictivas de la competencia que venía adelantando la segunda, la Sala de Consulta y Servicio Civil estudió el régimen de transición que sobre la competencia para conocer éste tema y las integraciones empresariales introdujo la Ley 1340 de 2009, “*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*”.

La Sala resolvió que la entidad competente era la Superservicios, porque el artículo 33 de la referida Ley mantiene la competencia de las autoridades en esos temas durante los 6 meses siguientes a su entrada en vigencia, es decir, hasta el 24 de enero de 2010. El auto que resolvió el conflicto dice textualmente:

“La competencia, tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo el principio de seguridad jurídica. No pueden por tanto, atribuirse los funcionarios públicos competencias que por ley no les hayan sido asignadas. Con esta advertencia entra la Sala a establecer los puntos relevantes para el caso concreto. La Sala, interpretando lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 1340 de 2009, concluye para este caso específico lo siguiente: La norma citada estableció un régimen de transición de duración de seis (6) meses que va desde la entrada en vigencia de la ley, esto es, desde el 24 de julio de 2009, hasta el 24 de enero de 2010. Durante este término las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, continuarán ejerciendo tales facultades, de acuerdo con las previsiones establecidas en la misma norma para estos tres eventos: 1º) Las investigaciones que se encuentren en curso, es decir, las que no estén en indagaciones preliminares, al finalizar el periodo de transición, continuarán siendo tramitadas por la SSPD hasta su culminación. En este caso la ley perpetúa la competencia. 2º) Las demás quejas e investigaciones preliminares se seguirán recibiendo y tramitando durante el término de transición por la SSPD, y al finalizar el mismo, esto es, el 24 de enero de 2010, las deberá trasladar a la SIC, si continúan en dicha etapa del procedimiento. 3º) Las informaciones sobre proyectos de integración empresarial que se presenten ante la SSPD hasta el 24 de enero de 2010, serán tramitadas por ésta hasta su terminación. Sin embargo, antes de tomar la decisión definitiva deberá oír el concepto de la SIC.”

[Auto de 15 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00059-00. M.P.: GUSTAVO APONTE SANTOS](#)

4) COMISIÓN PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN PROCESOS DISCIPLINARIOS CONTRA MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

La Sala de Consulta y Servicio Civil se ocupó de ese asunto como consecuencia de la solicitud del Corregidor Distrital de Policía de Sumapaz en Bogotá D.C., que planteaba un conflicto de competencias administrativas con el Batallón de Infantería No. 39 del Ejército Nacional, respecto de la comisión para la práctica de unas pruebas dentro de un proceso disciplinario que adelantaba el Batallón de Contraguerrilla No. 13 del Ejército Nacional.

La Sala explicó la justificación de la comisión de la práctica de pruebas y señaló las autoridades que de acuerdo con el artículo 157 de la Ley 836 de 2003 pueden ser comisionadas para practicar pruebas dentro de los procesos disciplinarios contra miembros de las Fuerzas Militares.

De ése análisis, concluyó que en el caso concreto no existía el alegado conflicto, porque el funcionario instructor del proceso disciplinario había manifestado que practicaría directamente las pruebas.

En el auto se argumentó:

“Respecto a la comisión para practicar pruebas en los procesos disciplinarios de las fuerzas militares... sólo se podrá otorgar dicha comisión a... un oficial ubicado en la unidad militar donde debía practicarse la prueba o en los funcionarios competentes de las Personerías y la Procuraduría; esta disposición incluye no sólo la práctica efectiva de la prueba, sino todos los trámites necesarios para que ella se lleve a buen fin, como por ejemplo el de realizar el proceso de notificación. El objeto de la disposición es garantizar la transparencia y velar por el debido proceso de los

investigados y de todas aquellas personas que concurran a la realización de las pruebas, bien sea cuando las mismas las practique directamente el funcionario instructor o cuando las realice alguno de los funcionarios que señala la norma. Además, debe resaltarse que las comisiones pretenden lograr el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia procesal, administrativa y judicial, bajo los principios de eficacia, dirección del proceso y economía procesal. (...) Observa la Sala que en el caso concreto se dan varias circunstancias especiales: 1) Inicialmente, el funcionario instructor del proceso disciplinario comisionó a un funcionario que, como el Corregidor de la localidad de Sumapaz, no podía ser objeto de dicha orden, de acuerdo con el artículo 157 de la Ley 863 de 2003. 2) Por su parte, cuando el Corregidor recibió la comisión y consideró que no podía ser delegado para la práctica de las respectivas pruebas, optó por trasladar la comisión al Batallón de Infantería N° 39, en lugar de devolverla al funcionario instructor del Batallón de Contraguerrilla N° 13 para que resolviera respecto de la procedencia de dicha comisión. 3) Lo anterior generó una serie de remisiones entre el Ejército, el Corregidor y la Personería de la localidad. 4) Actualmente, el funcionario instructor del proceso disciplinario informa que ha resuelto adelantar directamente la práctica de las pruebas correspondientes, para lo cual ha solicitado a la Personería de la localidad su colaboración en el proceso de notificación de las personas con quienes se practicarán las respectivas diligencias. 5) No obstante, la Personería Local de Sumapaz manifiesta no estar legalmente facultada para colaborar con el proceso de notificación de los testigos y denunciantes, dado que en sus normas funcionales no está prevista esa labor. (...) Sin embargo, se descarta la existencia de un conflicto de competencias administrativas en los términos del artículo 33 del C.C.A. por cuanto tal conflicto sólo se presenta cuando dos o más autoridades administrativas discuten su competencia para conocer sobre un mismo asunto, bien de manera negativa o positiva, pero en el caso concreto ya se ha decidido lo pertinente al interior del proceso, en razón a que las pruebas serán practicadas directamente por el funcionario instructor, según éste lo ha informado. Por lo anterior, la Sala devolverá la actuación al Batallón de Contraguerrillas N° 13 del Ejército Nacional.”

[Auto de 7 de octubre de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2009-00032-02. M.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA](#)

NOTICIAS DESTACADAS

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO Y EL VICEMINISTRO DE JUSTICIA RADICARON EN EL SENADO, EL PROYECTO DE LEY DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Los doctores Rafael Enrique Ostau De Lafont Pianeta, Presidente del Consejo de Estado, y Miguel Ceballos, Viceministro de Justicia, radicaron en la Secretaría de la Comisión Primera del Senado el Proyecto de Ley de Reforma al Código Contencioso Administrativo, que buscar fortalecer la administración de justicia en Colombia.

Este Proyecto es el resultado de un arduo trabajo de la Comisión Redactora del Código, conformada desde sus inicios por diferentes miembros del Consejo de Estado, un grupo de ilustres asesores y el Gobierno Nacional, que trabajaron por más de dos años en la redacción del citado Proyecto de Ley.

CONSEJO EDITORIAL

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

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Maria Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Alfonso Vargas Rincón
Presidente Sección Segunda
Enrique Gil Botero
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño de V.
Presidente Sección Cuarta
Filemón Jiménez Ochoa
Presidente Sección Quinta
William Zambrano Cetina
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- Carolina Leal Galán

Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- Fabiana De La Espriella S.
Jefe de Prensa

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117

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

Para cualquier inquietud escribanos a: boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co