



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 16
• Sección Primera	17 - 20
• Sección Segunda	20 - 31
• Sección Tercera	31 - 37
• Sección Cuarta	37 - 44
• Sección Quinta	44 - 45
• Sala de Consulta y Servicio Civil	45 - 46
• Noticias Destacadas	47

Noticias destacadas

CONSEJO DE ESTADO TIENE NUEVO PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE

EDITORIAL

Como nuevo Presidente del Consejo de Estado presento hoy a ustedes un caluroso saludo para entregarles una edición más del Boletín de la Corporación, el cual además de haberse institucionalizado ya desde hace varios años como uno de nuestros medios de divulgación jurisprudencial y conceptual, también ha contado con un significativo reconocimiento de importantes juristas de nuestro país y de los medios de comunicación, como una de las formas de acercamiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a la comunidad.

Espero, durante el ejercicio de la Presidencia, contribuir al fortalecimiento de este importante documento, para lo cual espero contar con el valioso aporte de todos.

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

SALA PLENA

1. SE NIEGA SOLICITUD DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE LA EX SENADORA MARTHA LUCIA RAMÍREZ

El demandante atribuía a la ex Senadora la causal de pérdida de investidura de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, a su vez, la inhabilidad por intervención en gestión de negocios ante entidades públicas o contratación en interés propio o de terceros, debido al contrato que celebró con Bancoldex dentro de los 6 meses anteriores a las elecciones para el Congreso.

La Sala consideró que, si bien la demandada suscribió una orden de prestación de servicios con Bancoldex, la inhabilidad no se configuraba porque el negocio jurídico en realidad se perfeccionó antes del plazo inhabilitante señalado en la norma constitucional. De otra parte, la Sala no encontró pruebas de que ese contrato hubiere beneficiado a la demandada en su pretensión electoral.

Para llegar a esa conclusión, la Sala profundizó en los siguientes temas:

a) Justificación del régimen de inhabilidades electorales y elementos de la inhabilidad invocada en la demanda

“La inhabilidad así consagrada tiene un sentido eminentemente preventivo, orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito de precaver, de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelanta ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado. De ello surge, como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corporación al ocuparse del estudio de esta causal, que para su configuración no se requiere que el deseo o la intención se logren en la práctica, como consecuencia de las diligencias o de las actuaciones adelantadas. Lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel. (...) En este orden de ideas, la causal de inelegibilidad consistente en haber intervenido “en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros”, comporta una doble prevención: de una parte, evitar que quien gestiona o contrata con el Estado, goce de una condición de privilegio frente a la comunidad que ha sido beneficiada con la gestión u obra contratada, y de otra, que la condición de candidato, potencialmente elegible, le derive una situación de ventaja frente a los eventuales contratistas. (...) La existencia de la causal, como la de aquellas otras que constituyen el régimen de inhabilidades se justifica en la necesidad común de que quienes aspiran a acceder a la función pública, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de los intereses públicos o sociales con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, idoneidad, moralidad, probidad e imparcialidad que informan el buen servicio.

(...)

Del enunciado constitucional se desprende que para la configuración de la causal se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos estructurantes: 1.- El sujeto de la prohibición: Quien aspire al Congreso. 2.- La conducta prohibitiva: Celebración de contratos con entidades públicas. 3.- Móvil de la actuación: En interés propio o de un tercero. 4.- Circunstancias modales de la actuación. 4.1.- Tiempo: Celebración del contrato dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección. 4.2. Lugar: Contrato celebrado en la circunscripción en la que debe efectuarse la respectiva elección”.

b) Diferencias entre el proceso electoral y el de pérdida de investidura. Las decisiones del primero no constituyen cosa juzgada para el segundo

“De conformidad con los artículos 227 y 228 del C.C.A., mediante el proceso de nulidad de carácter electoral, se puede pedir la declaratoria de nulidad de la elección de los congresistas por cualquiera de las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 179 de la Carta Política. Mientras que, la acción de pérdida de investidura ha sido instituida, de acuerdo con lo previsto los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, para solicitar que se despoje de la investidura al congresista que incurra en cualquiera de las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 179 de la Carta Política. En cuanto al objeto del proceso de pérdida de investidura, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido, que lo constituye la conducta de quienes acceden a la dignidad de congresistas, lo mismo que sus consecuencias, principalmente la inhabilidad perpetua establecida en el numeral 4 del

artículo 179 de la Constitución. Así entonces, acogiendo la línea jurisprudencial de la Sala, el proceso de nulidad del acto administrativo por el cual se declara la elección de un candidato, y el proceso de pérdida de investidura, tienen objetos distintos y, por este sólo aspecto, la sentencia que recaiga en el primero no constituye cosa juzgada frente al segundo”.

c) Naturaleza jurídica y régimen contractual de Bancoldex

“Los contratos que celebrara BANCOLDEX, sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, y que correspondieran al “giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”, no se rigen por las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal, sino por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. De tal manera que, como lo precisó la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, y conforme lo dispuesto en el artículo 99 del Código de Comercio, el giro ordinario de las actividades de una sociedad financiera no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, como sería el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos”.

d) Contratos de entidades financieras estatales exentos del Estatuto de Contratación Estatal

“Todos los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, y las demás entidades financieras, así sean de carácter estatal, y que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, están exentos del régimen previsto en el Estatuto de Contratación Administrativa. Se someterán a las normas especiales aplicables a esta clase de actividades (Estatuto del Sistema Financiero, Código de Comercio, Código Civil). Para precisar el ámbito de aplicación de la excepción, en el artículo 21 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, se estableció que no se someterán al Estatuto Contractual los contratos que celebren las instituciones financieras. De conformidad con lo previsto en la citada disposición: 1.- Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal, dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto Contractual, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. 2.- Por lo tanto, no estarán sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según se establece, los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. 3.- Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexa con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla”.

e) Conclusión: El contrato entre la demandada y Bancoldex se celebró por fuera del plazo inhabilitante. Tampoco le significó un beneficio para su pretensión electoral

“La orden de servicios No. 4492, no constituye el contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, simplemente es un acto con el que se instrumentalizó el contrato ya celebrado entre las partes, y cuya expedición se hacía necesaria, no para el perfeccionamiento del acto jurídico, sino para el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor, esto es, el pago del precio convenido por la pauta publicitaria, previo trámite de la propuesta a cargo del proveedor. (...) En este orden de ideas, aún cuando resulta probado en el proceso que la demandada celebró un negocio jurídico con BANCOLDEX, en interés propio, dicha actuación no se enmarca dentro de la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que, el acuerdo de voluntades

se produjo antes del 30 de septiembre de 2005. Según lo probado el negocio se perfeccionó a finales del mes de agosto de 2005, esto es, por fuera del período inhabilitante, que para el caso, está comprendido entre el 12 de septiembre de 2005 y el 12 de marzo de 2006. (...) Así las cosas, los supuestos de hecho de la causal de pérdida de investidura de congresista formulada contra Martha Lucia Ramirez De Rincon, no se encuentran demostrados, razón por la cual se desestiman los cargos formulados.

(...)

“Tampoco constituye a juicio de la Sala, una conducta con la que, para aquel entonces, la demandada, hubiera obtenido una situación de privilegio y/o ventaja frente al electorado, y aún frente a la entidad contratante, que le hubiere significado beneficio político alguno, circunstancia que históricamente justifica el establecimiento de dicha sanción. Se trató de un negocio jurídico consensual, regido por las normas sustanciales del derecho privado, cuyo perfeccionamiento se dio por el simple acuerdo de voluntades, por fuera del período inhabilitante (que para el caso comprende del 12 de septiembre de 2005 al 12 de marzo de 2006, y el contrato se perfeccionó a finales del mes de agosto de 2005), de cuyo objeto y ejecución, no se derivó beneficio distinto al que resulta del propio cumplimiento de las obligaciones mercantiles adquiridas por los contratantes”.

[Sentencia de 19 de enero de 2010. Exp. 11001-03-15-000-2009-00708-00\(PI\). M.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

* Salvamentos de voto: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Víctor Hernando Alvarado Ardila, Susana Buitrago Valencia, Gustavo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez, María Claudia Rojas Lasso, Mauricio Torres Cuervo y Alfonso Vargas Rincón.

* Aclaraciones de voto: Luis Rafael Vergara Quintero, Hugo Bastidas Bárcenas, Martha Teresa Briceño, Ruth Stella Correa, William Giraldo Giraldo, María Nohemí Hernández Pinzón y Dolly Pedraza de Arenas (conjuez)

2. NO PROCEDE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES: REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Sala Plena conoció por importancia jurídica la apelación de un fallo de tutela de la Sección Segunda, Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró improcedente la acción instaurada para controvertir la sentencia SU-484 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre la situación laboral de los empleados de la Fundación San Juan de Dios.

La decisión fue confirmar el fallo apelado. En respaldo de la decisión, la Sala empezó por precisar el juez competente en tutelas contra la Corte Constitucional, ante el vacío normativo al respecto:

“En atención a que las reglas de reparto previstas en el numeral 2 del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, en tratándose de acciones de tutela dirigidas contra autoridades judiciales, no contemplaron los casos en que la Corte Constitucional sea la accionada, debe aplicarse en consecuencia la regla de competencia prevista en el numeral 1°, inciso primero del artículo 1° ibídem, según la cual los tribunales administrativos son competentes para conocer en primera instancia de acciones de tutela dirigidas contra autoridades del orden nacional. De manera que en segunda instancia corresponde decidir a esta Corporación en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela”.

En segundo lugar recordó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales:

“Sobre esta última, la Sala ha deducido reiterativamente del ordenamiento jurídico la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en especial las que ponen fin a procesos en cualquiera de las instancias. (...) De modo que el examen de la Sala sobre la cuestión planteada la ha conducido a una respuesta o solución razonada de forma consistente y uniforme a la misma, haciendo aflorar las abultadas e ineludibles razones que conducen a dicha respuesta, esto es, que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, en especial las que deciden el fondo del asunto litigioso de que se trate o pone fin a los procesos en que se profieren”.

Luego resaltó la competencia exclusiva de la Corte Constitucional para revisar los fallos de tutela de los jueces de la República y la intangibilidad de las decisiones que adopta en ese ámbito, en cuanto providencias judiciales, además unificadoras de criterios:

“Por el objeto de la misma y por el carácter jurisdiccional de la función que se ejerce, dicha revisión es resuelta o decidida mediante una providencia judicial, que no puede ser menos que lo revisado, es decir, una sentencia de revisión de tutela y así se le denomina por quien la profiere. Ello por sí solo sustrae las sentencias de revisión de tutela de la misma acción, puesto que constituyen providencias judiciales, que incluso deciden en ese estadio procesal especial el fondo del asunto decidido en el fallo de tutela objeto de la revisión de que se trate, que por lo demás adquiere la connotación de una decisión que cierra la jurisdicción constitucional en el ámbito de la tutela, lo cual le da un carácter final o último e incluso, si se quiere, superior en la específica cadena procesal de las posibles decisiones de fondo en toda acción de tutela y, como tal, está llamada a ser un mecanismo procesal de unificación de criterios y de la jurisprudencia en la interpretación, delimitación y aplicación o efectividad de los derechos fundamentales, así como de la misma acción de tutela de que son objeto. De ser susceptibles de esa acción, además de desatender su carácter de providencia judicial y de su reserva constitucional en cabeza de la Corte Constitucional como juez natural y único competente para proferirlas, quedarían despojadas de esas connotaciones procesales y jurisprudenciales, ya que los jueces de tutela se erigirían motu proprio en jueces de revisión de los fallos de tutela, usurpando así funciones de la Corte Constitucional; habrían tantas sentencias de revisión como fallos de tutela se profieran sobre una de aquellas sentencias, pues un fallo de una acción de tutela contra una sentencia de revisión estaría sustituyendo a ésta y, en caso de ser seleccionada, estaría eventualmente dando lugar a otra sentencia de revisión, originándose así una cadena infinita sobre la acción de tutela inicial, situación que a todas luces es irracional y claramente opuesta, no sólo al cometido de la administración de justicia, sino con más obviedad, a la finalidad y características de la acción de tutela, de las que cabe destacar la celeridad o prontitud y eficacia, que significa decisión rápida y efectiva y supresión de dilaciones”.

Por último, consideró que, en todo caso, la situación expuesta por la actora no había sido originada por el fallo atacado en la demanda:

“Quiere decir, en primer orden, que si la actora está incurso en la situación de los numerales 4º y 5º, no es algo que le pueda endilgar a dicha providencia y, en segundo lugar, si en su caso surgieron situaciones posteriores a la fecha de que da cuenta la sentencia, de las cuales considera que adquirió nuevos derechos laborales, la misma no es óbice para que los reclame mediante los medios o acciones jurídicas pertinentes”.

[Sentencia de 16 diciembre de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2009-00089-01. M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

* Salvamentos de voto: Víctor Hernando Alvarado, Susana Buitrago Valencia, Mauricio Fajardo Gómez, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Myriam Guerrero de Escobar, Filemón Jiménez Ochoa, Alfonso Vargas Rincón, Mauricio Torres Cuervo y Luis Rafael Vergara Quintero

* Aclaraciones de voto: Gerardo Arenas Monsalve, Hugo Bastidas Bárcenas, Ruth Stella Correa Palacio, Enrique Gil Botero, William Giraldo Giraldo, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Héctor Romero Díaz y Lucy Cruz de Quiñones (conjuez)

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) La atención médica a ex miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional debe continuar prestándose mientras persista la dolencia, se encuentre retirado o no del servicio

El Sistema de Salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional está regulado por la Ley 352 de 1997, la cual, en armonía con lo establecido en los Decretos Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1.990 y 1796 de 2.000 y el Decreto 2192 de 2.004, establece que tendrán derecho a recibir los servicios de salud propios de este régimen quienes se encuentren en servicio activo o sean dados de baja con derecho a asignación por retiro o pensión. La Corte Constitucional se ha referido al derecho a la salud y a la seguridad social del personal retirado del servicio activo, señalado que aunque la persona no tenga derecho a la pensión, debe prestársele la asistencia médica que requiera para el tratamiento de sus condiciones de salud, siempre que la lesión o enfermedad que padezca sea producto del servicio, a la luz de los mandatos constitucionales y con el fin de garantizar una verdadera protección a sus derechos fundamentales y a su dignidad humana.

De lo anterior se infiere que los miembros de las fuerzas militares y la policía nacional tienen derecho a que se les asegure con carácter permanente y continuo el servicio médico, mientras persista la dolencia, cuando su afectación se haya presentado durante la prestación del servicio o con ocasión a éste. Igualmente se infiere que es irrelevante el hecho de que se encuentre retirado o no del servicio, pues se le debe garantizar una prestación de salud, independientemente de los exámenes de retiro.

b) No existe un tiempo límite para practicar examen de retiro a miembros de la fuerza pública. Su omisión puede vulnerar el derecho a la salud

La Sala en reiterada jurisprudencia ha precisado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, no existen límites de tiempo para determinar la pérdida de la capacidad laboral de un miembro de la Fuerza Pública, sufrida con ocasión de la prestación del servicio. El problema jurídico en particular se centra en dilucidar si por causa de la omisión de la entidad demanda de efectuar los exámenes de retiro a los que tiene derecho el actor se vulnera efectivamente el derecho a la salud. El actor solicitó que se le practicaran los exámenes de retiro necesarios para que le atendieran las dolencias que hoy en día sufre por causa de la herida que recibió en actividad del servicio, causada por arma de fuego, en el hombro izquierdo. La Entidad demandada afirma en la contestación que han pasado catorce (14) años después de terminada su vinculación con la entidad demandada y que es necesario llevar a cabo los exámenes de retiro pasados dos meses después, por lo tanto no tiene derecho a que se los realicen. Consta a folio 13 del expediente copia de la excusa de servicio con fecha del 19/05/94 en la que se constata que el actor presenta una herida con arma de fuego recibido tal y como lo afirma en los hechos, en actividad del servicio, así mismo lo prueban las notas de enfermería visibles a folio 16 a 18, parte de la historia clínica número 85463289 del actor. Por lo anterior y de acuerdo con la teoría de la

sala al respecto de que la práctica de los exámenes de retiro para los miembros de la fuerza pública no tiene un tiempo límite, esta sala considera que si hay una vulneración al derecho a la salud del actor, por lo que ordenará a la Dirección de Sanidad Policía Nacional para que de manera inmediata le dé una nueva fecha al actor para que se lleven a cabo sus exámenes de retiro y que a su vez le garantice al actor la realización de los mismos.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 05001-23-31-000-2009-01116-01\(AC\), M.P.\(E\): MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

2. a) Mientras se adelanta el procedimiento de revocatoria directa de una pensión irregular, debe continuarse con el pago de la misma

Con la expedición de la Ley 797 de 2003 (artículo 19), los responsables del pago de prestaciones económicas deben verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiario para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la prestación periódica a cargo del tesoro público. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aún sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes para las investigaciones pertinentes.

En la sentencia C-835 de 2003, la Corte Constitucional estableció que tal facultad otorgada a la Administración es perfectamente válida en aras de proteger la objetividad, transparencia, moralidad y eficacia que la función administrativa requiere en orden al correcto reconocimiento y pago de las pensiones u otras prestaciones económicas propias del régimen de seguridad social. No obstante, determinó que tal atribución solamente puede ejercerse una sola vez en respeto al “non bis in ídem”, y durante su desarrollo debe respetarse celosamente el debido proceso administrativo, es decir, que se citen las personas que puedan estar interesadas en las resultas de la actuación administrativa, con el objeto de que puedan expresar sus opiniones, presentar pruebas, controvertan las que se alleguen en su contra y en general, para que defiendan sus derechos subjetivos. Mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo, la Corte dejó en claro que al titular de la pensión se le debe continuar pagando sin solución de continuidad las mesadas o sumas que se causen. Finalmente estableció que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho, como por ejemplo el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición, o la aplicación de un régimen especial frente a uno general, estos litigios “deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular.”

En ese orden de ideas y si el Ministerio accionado consideraba que la prestación económica reconocida al actor quebrantaba lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta, debía solicitar al interesado su consentimiento para revocar la prestación irregular. Agotada esta posibilidad sin obtener el resultado esperado, a la Administración no le quedaba más remedio que acudir a la jurisdicción competente para obtener el pronunciamiento judicial respectivo. Por lo tanto no le era dable utilizar una suspensión provisional “sui generis” para frenar el pago de la pensión, so pretexto de consultar el sentido y alcance del texto constitucional.

b) Vulneración del mínimo vital por suspensión irregular de la mesada pensional

La conducta desplegada por la Administración en el presente caso se aparta diametralmente de las conclusiones establecidas en el pronunciamiento erga omnes y del propio artículo 29 de la Carta, al suspender el pago de la pensión sin comunicar al interesado esta decisión para hacer valer sus derechos subjetivos y sin tener en cuenta que tal actuación no cuenta con respaldo jurídico. Además, tal y como aparece probado en el expediente, esa conducta también desconoció el derecho fundamental al mínimo vital del actor y de su familia, pues si bien es cierto el interesado recibe una mesada pensional por parte del Instituto de Seguros Sociales equivalente a \$682.908

pesos, tal suma es inferior a los gastos de educación de su hija menor de edad (\$149.979), de arriendo (\$500.000) y de servicios públicos domiciliarios (\$ 320.038) que debe pagar mensualmente con ayuda de la mesada pensional que le fue suspendida de manera irregular.

[Sentencia de 29 de octubre de 2009, Exp. 47001-23-31-000-2009-00222-01 \(AC\), M.P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

3. a) Los asuntos sometidos al trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son susceptibles de conciliación. Basta que el acto tenga contenido patrimonial para que deba intentarse un acuerdo entre las partes, frente a este aspecto

Por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de “inciertos y discutibles”. Empero, la posición de la Sala referente a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio. Según se dejó visto, la parte actora pretende dejar sin efectos las providencias que determinaron el rechazo de la demanda de nulidad y restablecimiento interpuesta contra los actos administrativos que le impusieron una sanción pecuniaria, proferidos por la Superintendencia Financiera, por no haber acreditado intentar con anterioridad a la interposición de la demanda el requisito de la conciliación prejudicial. A su juicio, se discute la legalidad del acto administrativo, por tal razón, no es susceptible de negociación alguna entre las partes en contienda. A juicio de la Sala, el asunto sometido al trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí es susceptible de conciliación. Es cierto, como lo plantea el tutelante, que la legalidad de un acto administrativo no puede ser transado bajo ningún motivo, por cuanto dicha materia además de comprometer el interés público de la legalidad, ha sido reservada al juez de lo Contencioso Administrativo; empero, baste que el acto tenga contenido patrimonial para que deba intentarse un acuerdo entre las partes, frente a este respecto.

b) Si la conciliación prejudicial no se agota previa, a la interposición de la demanda, pero se realiza antes de la ejecutoria del auto que rechaza el libelo, el requisito de procedibilidad se subsana

En el caso concreto, se encuentra acreditado, que el actor, una vez se determinó el rechazo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del Juzgado Primero Administrativo de Bogotá, y antes de ser resuelto el recurso de apelación por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentó solicitud de conciliación y tuvo ocurrencia la diligencia ante el Procurador Judicial respectivo, la cual fue fallida. En el presente caso, encuentra la Sala que si bien la diligencia de conciliación no fue iniciada con anterioridad a la interposición de la demanda, el requerimiento fue subsanado cuando la providencia que determinó el rechazo de la demanda no estaba materialmente ejecutoriada. En efecto, la parte interesada apeló la decisión, y el recurso fue concedido por el a quo en el efecto suspensivo. Así las cosas, el requisito fue subsanado antes de finalizar la actuación judicial, por lo que es posible continuar el proceso por haber fallido el intento conciliatorio. En ese orden de ideas, impedir al demandante acceder al aparato jurisdiccional por la inexistencia de un requisito que actualmente se encuentra acreditado, no cumple con el mandato superior de la prevalencia del derecho sustancial frente al material, que no es otra cosa que la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los administrados.

[Sentencia de 28 de enero de 2009, Exp. 11001-03-15-000-2009-01244-00\(AC\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

4. a) La acción de tutela es procedente contra las conductas, hechos o comportamientos que hubieran podido afectar los derechos fundamentales de las partes en un determinado proceso

La Sala encuentra que en esta ocasión el Distrito Capital no ataca el contenido de la sentencia dictada el 30 de abril de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sino el hecho de haberse sorteado y designado de manera irregular la Conjuez para integrar el quórum, al punto de que las partes no pudieron conocer la identidad de quienes fungieron como jueces del caso. Por tal razón, el Distrito pide o que se deje sin efectos ese fallo o que se conceda la tutela en el sentido de ordenar la suspensión del mismo hasta que se resuelva la instancia de revisión. Tanto de la pretensión inicial, como de la petición de suspensión de la sentencia, como de los alegatos posteriores, eso es lo que la Sala entiende como el objetivo del Distrito Capital en esta acción. Entonces, la Sala considera que, en el sub examine, la solicitud de tutela no está dirigida contra una providencia judicial en la medida en que no se cuestiona el contenido de ninguna providencia judicial, esto es, que la parte actora no impugna el análisis jurídico y fáctico hecho por el Tribunal, sino la conformación legítima de ese órgano. Hecha la aclaración de que con la presente tutela no se busca controvertir una decisión judicial propiamente dicha, concluye la Sala que la tutela sí puede caber contra las conductas, los hechos o ciertos comportamientos que hubieran podido afectar los derechos fundamentales de las partes en un determinado proceso y siempre que no se vea un mecanismo ordinario lo suficientemente idóneo para defender esos derechos o para detener los efectos perjudiciales de las diligencias adelantadas en un escenario en el que se afectaron los derechos fundamentales de las partes. Es factible que la posición que aquí se asume ahora, en cuanto que la Sala piensa que sí es posible la intervención de la tutela para remediar vicios que afecten de modo fuerte el debido proceso y otros derechos fundamentales vinculados al debido proceso como la igualdad de trato por parte de un determinado tribunal, se mire como una innovación o cambio de criterio, cosa que no sería cierta, en razón de que esta Sección, en diversas oportunidades, ha accedido a solicitudes de amparo cuando advierte una flagrante vulneración del derecho fundamental del debido proceso.

b) La inobservancia del trámite para la designación y posesión de los conjueces vulnera el debido proceso

El debido proceso es una garantía instituida en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial. El debido proceso también es una garantía a favor del Estado mismo, en cuanto que éste tiene el derecho y la obligación de dictar las providencias conforme los contenidos del debido proceso para preservar la legitimidad de las autoridades. En efecto, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos. Uno tiene que ver con el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio, esto es, según las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa. El otro elemento tiene que ver con el derecho a ser juzgado por lo que se conoce como el juez natural, esto es, por el juez o tribunal competente y, finalmente, aparece el importante elemento del derecho de defensa. En el caso concreto, el trámite que ha sido establecido por el Acuerdo 209 de 1997, que hace parte de la reglamentación del funcionamiento de los tribunales y que regula la designación y comunicación de los conjueces, no fue debidamente observado. Ese rápido procedimiento que siguió el Tribunal quizá estuvo guiado por la necesidad de dictar el fallo dentro de los plazos legales, pero no siguió los cánones que normalmente la ley tiene previsto para el sorteo, la comunicación de la designación y la posesión del conjuez. El desconocimiento de esas reglas, a juicio de la Sala, sí configura un evidente caso de violación del debido proceso, que no solamente afectó a las partes sino al órgano judicial, que también tiene derecho a esa garantía constitucional, pues el cumplimiento de las formas propias de cada juicio coadyuva a darle legitimidad, esto es, credibilidad y confianza a las decisiones que se hacen a nombre del Estado. En un Estado de derecho no hay jueces anónimos o secretos o sin rostro. Y cuando el Estado ha tenido la necesidad de esconder la cara de los jueces, la identidad de esos funcionarios, ha sido solamente para protegerlos contra la amenaza del crimen. Es necesario siempre que las partes sepan, en concreto, esto es, con plena identidad, quien será el juez que va a resolver la contienda. Tanto para hacer valer los derechos procesales de la recusación, que mira la imparcialidad de la justicia, como por razones de simple transparencia y publicidad, es necesario que las partes conozcan que las personas que ellas saben que vienen

ocupando el cargo de juez no pueden ahora tomar la decisión y que operará, en consecuencia, la sustitución o la integración del órgano mediante la figura del conjuer. Las partes tienen derecho a saber con antelación quién será el conjuer. Por eso, el acuerdo 209 dice que existe el deber de que el presidente de la Sala fije fecha y hora del sorteo y de ahí que sea necesario que se notifique el auto por el que se ordena la designación del conjuer para desempatar la votación y reintegrar el quórum. La posesión del conjuer también es un acto público que generalmente es conocido por las partes, todo eso para que puedan saber la identidad de quién va a asumir la función pública de dictar una sentencia. Si una determinada Sala queda integrada por uno o más conjueres de forma tal que las partes no se enteran de ese hecho, resulta entonces que se les ha cercenado el derecho a conocer la identidad de los funcionarios encargados de esa misión y sin posibilidad alguna de controvertir la imparcialidad del Tribunal o de formular alguna recusación, si la hubiere. Esta circunstancia afecta de forma grave el debido proceso y el funcionamiento del aparato judicial, que es necesario remediar.

c) El derecho de igualdad se vulnera si en un proceso cualquiera se cumplen las reglas de designación de conjueres y no se hace lo propio en otro asunto, sin justificación

En relación con el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades ha manifestado que este derecho no se traduce en una igualdad mecánica y matemática sino en el otorgamiento de un trato igual, compatible con las diversas condiciones del sujeto. Lo que implica que la aplicación efectiva de la igualdad en una determinada circunstancia no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los sujetos. Ahora bien, la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente que se dé un tratamiento diferente a sujetos puestos en unas mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique. La necesidad de que los tribunales den trato igual a todos los que concurren a obtener pronta y cumplida justicia legítima en mayor grado cualquier decisión de esos órganos. Por el contrario, que un determinado tribunal, en una misma sección, como es el caso del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, trate a determinadas partes en un proceso cualquiera de una forma tal que siga razonable y lógicamente las reglas de designación de conjueres y que no haga lo propio en otro asunto; que en éste prefiera ejecutar una serie de hechos, conductas y actos tan apresurados que ignoren los derechos de las partes, ocasiona sin duda una violación del artículo 13 de la Constitución y diluye las condiciones de legitimidad de las sentencias que dicta.

[Sentencia de 10 de diciembre de 2009, Exp. 11001-03-15-000-2009-01032-00\(AC\), M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

5. a) En el régimen de las fuerzas militares, los costos de los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y ordenados por tutela serán cubiertos por partes iguales entre la Dirección de Sanidad del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional 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 advierte 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, si bien la accionante no pertenece al Sistema General de Seguridad Social en Salud sino a uno exceptuado en virtud de lo dispuesto en el artículo 179 de la 100 de 1993, es claro que el régimen especial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, del que hace parte la accionante, es de aquellos legalmente vigentes a los que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, sobre la interpretación de lo dispuesto en el literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007. Así, siempre que el juez de tutela condene a una EPS del régimen contributivo, del régimen subsidiado o, como en el caso en estudio, a la Dirección de Sanidad encargada de administrar el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a suministrar medicamentos, tratamientos, procedimientos, exámenes médicos y demás servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad accionada debe asumir el 50% de su costo y sólo el 50% restante, queda a cargo del FOSYGA.

En virtud de que 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., o administradoras de los distintos regímenes, de los costos no cubiertos por los planes obligatorios de salud, fuerza concluir que la sentencia apelada debe adicionarse en el sentido de autorizar el recobro por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional ante el FOSYGA, en un porcentaje del 50%, los costos en que incurra en el cumplimiento de la sentencia pues el otro 50% está a cargo de dicha Dirección.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 13001-23-31-000-2009-00499-01\(AC\), M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

6. a) La competencia general que consagra el artículo 86 de la Constitución Política y los principios de eficacia y celeridad que gobiernan el trámite de la acción de tutela validan lo actuado y decidido por el juez quien, según las reglas de reparto, no era el llamado a conocer de la demanda.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República fue creado por el artículo 14 de la Ley 33 de 1985, como un establecimiento público del orden nacional. En atención a la naturaleza jurídica de esta entidad y en concordancia con lo previsto en el numeral 2°, artículo 38 de la Ley 489 de 1998, Fonprecon es una entidad descentralizada por servicios del orden nacional, motivo por el cual, el conocimiento en primera instancia de la acción de tutela instaurada contra dicho organismo bajo las reglas de reparto, le correspondía asumirlo a los jueces de circuito, reparto, y en atención a la jurisdicción que escogió la demandante, a los jueces administrativos. No obstante, los principios de eficacia y de celeridad que gobiernan el trámite de la acción de tutela, en concordancia con la competencia general que consagra el artículo 86 de la Constitución Política, imponen que prevalezca otorgar validez a lo actuado y decidido por el Tribunal a quo, lo cual sin embargo no significa que en adelante no deba atenderse preferentemente por aquel juez ante quien se instaure la demanda, el mandato que preceptúa el Decreto 1382 de 2000. Porque esta normatividad tiene por propósito racionalizar y desconcentrar el conocimiento de las demandas de tutela, beneficios que no se alcanzan si no se le da aplicación a esas reglas. El parágrafo del artículo 1° del Decreto en cita, autoriza, cuando la demanda se presente ante funcionario no llamado a conocerla según las reglas de reparto, que éste puede enviarla a quien le corresponda. Bajo los

anteriores razonamientos, la Sala no declarará nulo el trámite adelantado en primera instancia por el Tribunal.

b) Procedencia de la acción de tutela para el cumplimiento de sentencias que imponen obligaciones de hacer, si el medio ordinario de defensa no garantiza el derecho de acceso a la justicia

A fin de establecer si para obtener el cumplimiento por parte de una entidad pública de sentencias que imponen obligaciones de hacer es procedente acudir a la acción de tutela, se requiere que previamente se determine si el medio ordinario de defensa judicial existente para ese efecto, sirve para garantizar de manera completa e integral el derecho real de acceso a la justicia que, por supuesto, incluye materializar, en la práctica, la orden que imparte la sentencia. Los artículos 177 a 179 del Código Contencioso Administrativo y 334 a 339 del Código de Procedimiento Civil, establecen la posibilidad de exigir la ejecución de providencias judiciales ejecutoriadas impuestas a una entidad pública, incluidas aquéllas por obligaciones de hacer. La condena de reintegrar a quien judicialmente se le consideró que fue objeto de ilegal desvinculación laboral implica una obligación de hacer. Pero en el presente evento, ocurre que de antemano la entidad compelida a cumplir la obligación de hacer que el fallo le impuso (proceder al reintegro), emitió pronunciamiento y asumió posición negativa al respecto, la cual expresa en acto administrativo: Resolución 1019 del 2 de octubre de 2009, señalando su imposibilidad de cumplir el reintegro en tanto el empleo que ocupaba la señora Ledesma Sánchez fue suprimido, por ende, el juez del ejecutivo no puede ordenar la ejecución porque el cargo no existe y la ejecución judicial resulta inane. En este estado de cosas, el medio de defensa ordinario con el que cuenta la actora (proceso ejecutivo), ciertamente no ostenta efectividad real para garantizar la materialización de su derecho fundamental, integralmente entendido, de acceso a la administración de justicia, derecho que en estos casos presenta directa cercanía y conexidad también con el derecho al debido proceso y con el derecho al trabajo, en tanto que solo la ejecución real, en la práctica, de la obligación de hacer impuesta en la sentencia los garantiza. Es por ello que en este preciso evento se exceptúa la improcedencia de la tutela cuando existe otro medio de defensa judicial porque, si bien formalmente ese medio judicial ordinario que en el proceso ejecutivo existe, no es eficaz.

c) La ejecución de las sentencias por parte del Estado es un derecho fundamental de los administrados

Es deber inherente a la existencia misma de las entidades públicas, por mandato constitucional y legal, ejecutar las sentencias en firme, según lo dispone el artículo 176 del C.C.A., a fin de atender a la efectividad de los fines esenciales del Estado y al cumplimiento de las funciones que como servidores públicos están compelidos a atender (C.P. arts. 2 y 123). Por tanto, correlativamente, la ejecución de las sentencias por parte del Estado es un derecho de los administrados que como componente integral de acceso real y efectivo a la justicia, es un derecho de carácter fundamental. En consonancia con la jurisprudencia Constitucional, la tutela procede para lograr el cumplimiento de sentencias judiciales ejecutoriadas cuando éstas contienen una obligación de hacer, y cuando tratándose de obligaciones de dar, su desatención en ejecutarlas por parte del Estado afecta de forma directa un derecho fundamental, como el mínimo vital.

Cabe advertir que en el puntual caso de la obligación de reintegro de funcionarios, ante la no ejecución de la obligación por parte del organismo público, no procede emitir orden para su cumplimiento a una autoridad diferente a aquella a quien se impuso su cumplimiento, en tanto ningún servidor público puede realizar funciones que no le han sido asignadas expresamente por la ley o el reglamento, en virtud de lo dispuesto por los artículos 6, 121, 122 y 123, inciso 2 de la Constitución Política.

d) La orden de reintegro a un cargo público debe cumplirse así el empleo haya cambiado de denominación

En el caso concreto, la razón que esgrime la entidad accionada para negar el reintegro de la tutelante carece de justificación legal en tanto que la única posibilidad que autoriza la decisión judicial para que la demandada no deba atender el reintegro es que el empleo que ocupaba haya sido provisto por el sistema de carrera, que no es la situación que acaece con el cargo al que equivale en la actual planta de personal el que desempeñaba la actora. Alega la entidad accionada que el cargo al que debía reintegrarse a la señora Ledesma no existe, por haber sido objeto de supresión; no obstante, esta razón no se ajusta a la realidad, pues aunque dicho empleo no mantiene la clasificación de código y grado que tenía asignado en la planta de empleos vigente para el momento de la declaratoria de insubsistencia, su existencia no se encuentra en duda, pues de acuerdo con las nuevas normas de nomenclatura y de clasificación, equivale y se reconoce ahora como el identificado bajo el código 2028, grado 13. Luego, el empleo que desempeñaba la señora Ledesma lo mantiene la actual planta de cargos, aunque con otra denominación. Se impone entonces a la entidad demandada atender al reintegro de la señora Ledesma al cargo que actualmente equivale al que ocupaba al momento de la declaratoria de insubsistencia, acorde con la reforma del sistema de nomenclatura de los empleos públicos. Como se anticipó, el fallo impugnado se revocará para, en su defecto, amparar a la señora Abigail Ledesma en sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, y en consecuencia, ordenar a Fonprecon que en el término de 48 horas proceda a emitir el correspondiente acto administrativo de reintegro al cargo que en la actualidad se identifica como Profesional Especializado código 2028, grado 13.

[Sentencia de 28 de enero de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2009-01590-01\(AC\), M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. a) La acción popular es improcedente si se discuten derechos particulares así sean comunes a un grupo

De acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares son los medios procesales adecuados para la protección de los derechos e intereses colectivos y en esa medida cuando se discuten derechos adversos a la colectividad, tales mecanismos judiciales no proceden. La Sección Primera del Consejo de Estado precisó que los derechos particulares comunes a un grupo de personas no necesariamente constituyen derechos colectivos. Entonces si los bienes son susceptibles de apropiarse, excluyendo la posibilidad de que otros sujetos los adquieran o usen en ese mismo momento, estamos frente a intereses subjetivos. Por el contrario, si los bienes no pueden apropiarse sin excluirse la apropiación o el uso por otros sujetos, como lo es el aire, espacio público, entre otros, estamos frente a derechos e intereses colectivos. Realizada la anterior distinción es pertinente resaltar que los derechos individuales de los sujetos que pertenecen a un mismo grupo pueden afectarse por una causa común y sufrir un daño. En ese orden de ideas, aún cuando existen acciones individuales para proteger sus derechos, por un tema eminentemente práctico pueden reclamar de forma conjunta la indemnización mediante la acción de grupo prevista en la Ley 472 de 1998 o los demás mecanismos que dispone el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, cuando el actor pretende la protección de intereses subjetivos la acción popular es improcedente, toda vez que la naturaleza de tal mecanismo judicial busca la protección de derechos e intereses colectivos y no de intereses particulares.

b) La acción popular procede contra actos administrativos siempre que éstos amenacen o vulneren los derechos colectivos. El juez popular puede suspender la aplicación o ejecución del acto más no declarar su nulidad

La jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha sido enfática en manifestar que la acción popular contra actos administrativos procede siempre que éstos amenacen o vulneren los

derechos e intereses colectivos y en esa medida el juez constitucional tiene la facultad de suspender la aplicación o ejecución del acto administrativo siempre que se acredite que vulnera o amenaza derechos e intereses colectivos. Sin embargo, se resalta que la nulidad de dichos actos es de competencia exclusiva del juez contencioso administrativo, entonces mal podría entenderse que mediante el trámite de una acción popular se puede anular un acto administrativo.

c) Improcedencia de la acción popular frente a incremento de los avalúos catastrales

En el presente asunto para la Sala es claro que los cargos de la demanda no se encaminaron a argumentar ni demostrar la vulneración de las disposiciones legales en materia urbanística y usos del suelo, sino que por el contrario su fundamento consistió en afirmar que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi de manera ilegal y arbitraria incrementó el avalúo catastral de cada unidad familiar en proporción igual al porcentaje que le correspondía como coeficiente de copropiedad, generando así el aumento del impuesto predial. Es así que el actor solicitó la derogatoria o revocatoria de los incrementos de los avalúos catastrales de las unidades familiares sujetas al régimen de propiedad horizontal en Manizales y el reajuste el impuesto predial. Los avalúos catastrales son actos administrativos que producen una situación particular. En efecto, para efectos fiscales, el avalúo catastral hace las veces de la base gravable del Impuesto Predial Unificado. Por lo anterior, se concluye que el incremento del avalúo catastral implica que el ciudadano tenga que asumir un mayor pago en el impuesto predial y si bien es cierto que ello puede afectar a un número de personas, mal podría entenderse que estamos frente a un derecho colectivo, pues ésta es una situación que afecta de forma individual a diferentes sujetos. Adicionalmente el demandante pretende la revocatoria de actos administrativos que no afectan bienes colectivos y en esa medida las pretensiones del demandante se escapan de la órbita de las acciones populares.

[Sentencia de 19 de noviembre de 2009, Exp. 17001-23-31-000-2004-01492-01\(AP\), M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. a) El incentivo económico en la acción popular no se causa por la simple presentación de la demanda, es necesario que el actor cumpla con cierta diligencia dentro del proceso

La Jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación ha sido reiterativa en precisar que el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, no se causa por el simple hecho de presentar la demanda en ejercicio de la acción popular e indicar los derechos colectivos presuntamente vulnerados, sino que es menester que el actor cumpla con la carga de diligencia que le permita al juez llegar al pleno convencimiento de la necesidad de protegerlos. Algunas de las conductas del actor popular que permiten inferir la diligencia del mismo para obtener la protección de los derechos colectivos vulnerados son, entre otras, la publicación del aviso para enterar a la comunidad de la existencia del proceso de acción popular, aportar pruebas que le permitan al juez establecer la violación que se alega, asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento, proponer soluciones o presentar alegatos de conclusión, todo lo cual se analiza en conjunto.

b) El incentivo económico en la acción popular no puede ser inferior a diez salarios mínimos

La Sala ha considerado que la cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, es suficiente y ajustada a la ley, por encontrarse dentro de los mínimos y máximos previstos en la norma para el otorgamiento del citado reconocimiento económico. Sin embargo, el valor de \$3'580.000 que dispuso el Tribunal en el fallo impugnado no corresponde a diez (10) salarios mínimos legales vigentes a la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, habida cuenta que el valor del salario mínimo legal mensual a octubre de 2005 era de trescientos ochenta y un mil quinientos pesos (\$381.500.00) que, multiplicados por diez, corresponde a tres millones ochocientos quince mil pesos (\$3'815.000.00). Lo anterior quiere decir, que el incentivo reconocido por el Tribunal es inferior al mínimo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, lo cual conduce a modificar la sentencia recurrida en el sentido de ajustarlo, al equivalente a diez (10) salarios

mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se produce el presente fallo en aras de garantizar el poder adquisitivo de tal reconocimiento económico.

[Sentencia de 19 de noviembre de 2009, Exp. 41001-23-31-000-2004-01175-01\(AP\), M.P.\(E\): MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

3. a) El derecho al espacio público se vulnera con el cerramiento de un predio destinado al uso común

En el caso bajo estudio, la actora le atribuye al Municipio de Pereira la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público por tolerar el cerramiento que se hizo de la Urbanización Alfa y el Barrio Gamma III, edificados en el lote de terreno que le fue cedido por el antiguo Instituto de Crédito Territorial, con destinación exclusivamente para zonas verdes y la construcción de servicios comunales tales como parques, guarderías, puestos de salud, establecimientos públicos, etc.

Conforme al acervo probatorio, no hay duda que las zonas de cesión del Barrio Alfa y los sectores Gamma III y IV, antes urbanizaciones abiertas, quedaron en el interior de la obra pública de cerramiento ordenada por el Concejo Municipal de Pereira, impidiendo que el resto de la comunidad que gozaba de ella siguiera haciéndolo, para convertirlo en un derecho exclusivo de quienes habitan allí. En estos términos, el espacio público -del cual son parte integrantes las áreas de cesión gratuitas al municipio, las vías, los parques urbanos, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, culturales y de espectáculos al aire libre-, se encuentra vulnerado, pues se ha permitido la apropiación por parte de los particulares de un ámbito de acción perteneciente a todos y se han proferido decisiones que restringen su destinación al uso común o excluyen a algunas personas del acceso a dicho espacio, creando privilegios a favor de los particulares en detrimento del interés general prevalente. También está conculcado el derecho colectivo al goce del espacio público porque si bien el lote de terreno cedido al Municipio de Pereira es un bien fiscal, en su área se realizaron obras con destinación al uso público, -(escenarios deportivos y recreativos al aire libre)-, que constituyen bienes de uso público.

De otra parte, analizando el contenido del Acuerdo 54 de 1988, mediante el cual el Concejo Municipal de Pereira ordenó el cerramiento del sector Gamma III, IV, y el Barrio Alfa, e igualmente autorizó al Alcalde Municipal para enajenar los predios fiscales que queden dentro del cerramiento, se encuentra que en el proceso no se probó la compra por parte de los habitantes del inmueble cedido por el Instituto de Crédito Territorial al Municipio de Pereira, aunque sí se estableció la construcción de la obra. En consecuencia, si la Administración Local no cumplió con la orden de enajenar el bien, pero en cambio sí realizó el cierre de las urbanizaciones, vulneró el derecho colectivo de la comunidad a quien restringe la entrada, el uso y goce del espacio público, cuando le compete resguardarlo y preservarlo al uso común.

[Sentencia de 19 de noviembre de 2009, Exp. 66001-23-31-000-2004-00955-01\(AP\), M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

4. a) Revisión eventual en acciones populares: finalidad y requisitos

Para que proceda la solicitud de revisión de las sentencias de las acciones populares ante esta Corporación se requiere lo siguiente: En primer lugar, la solicitud de revisión deberán formularla las partes o el Ministerio Público dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia respectiva que determine la finalización o archivo del proceso. En segundo lugar, debe tratarse de sentencias o providencias que pongan fin al proceso, pues en manera alguna podrían revisarse las providencias, bien sea de trámite o interlocutorias, que no resuelvan de manera concreta y definitiva sobre la solicitud de protección de los derechos colectivos invocados, las cuales deberán ser dictadas únicamente por los Tribunales Administrativos. En tercer lugar, se tendrá en cuenta que la selección de una providencia para su revisión debe tener como propósito la unificación de jurisprudencia, tarea que, entre otros casos, sería necesaria cuando el tema o los temas objeto de la providencia hayan sido tratado de forma diferente por la jurisprudencia del

Consejo de Estado; cuando, por la complejidad, indeterminación, o ausencia de claridad de las disposiciones normativas en la que se fundamenta el tema o los temas de que trata la providencia, o por un vacío legal, éstos sean susceptibles de generar confusión o involucren diferentes formas de aplicación o interpretación; cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no exista una posición consolidada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, o cuando uno o varios de los temas de la providencia no haya sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación.

b) La revisión eventual en acciones populares procede si el juzgador de segunda instancia desconoce las líneas jurisprudenciales

La Sala observa que el asunto sometido a consideración para la escogencia del proceso a efectos de revisar el proveído de segunda instancia en principio cumple con los requerimientos anteriormente expuestos, en la medida en que la demandante describe las líneas jurisprudenciales desconocidas por el Juzgador de Segunda Instancia, dentro de las cuales se atribuye la responsabilidad en la construcción de los andenes al Municipio, defiriendo su desarrollo a los cuerpos colegiados, esto es, a los Concejos Municipales, sin que ello obste para que el Alcalde, instituido como suprema autoridad de policía, desatienda su deber de vigilancia y control sobre el cumplimiento de los deberes que la constitución, la ley y los actos administrativos han radicado en cabeza de los particulares. También, dentro de esos pronunciamientos, se hace alusión al tema presupuestal en el sentido de que la inexistencia de recursos y de la debida apropiación, no es óbice para que el ente territorial justifique la no construcción o vigilancia sobre las obras que garantizan a los asociados el goce de los derechos colectivos de los que son titulares.

[Auto de 19 de noviembre de 2009, Exp. 73001-33-31-004-2008-00006-01\(AC\), M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

5. Procedencia del mecanismo eventual de revisión eventual frente al tema de agotamiento de jurisdicción por criterios diferentes entre las Secciones Primera y Tercera del Consejo de Estado

En el auto cuya revisión se solicita el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de lo actuado por «agotamiento de la jurisdicción» y rechazó la demanda con fundamento en lo dispuesto en el auto de 15 de marzo de 2006 de la Sección Tercera, que reitera que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado, opera el «agotamiento de la jurisdicción» hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos. De otra parte, esta Sección reiteradamente ha señalado que la acción popular es un proceso especial por lo que es viable la acumulación de procesos, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por los artículos 82 y 157 del Código de Procedimiento Civil. Es evidente que ante una misma situación de hecho las Secciones Primera y Tercera adoptan distintos criterios y decisiones que no son compatibles. Conviene, por tanto, unificar la jurisprudencia respecto del tema objeto de debate para darle coherencia, evitar contradicciones y garantizarle a los usuarios de la administración de justicia el derecho de igualdad ante la ley.

[Auto de 19 de noviembre de 2009, Exp. 73001-33-31-007-2008-00030-01\(AP\), M.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO SEGUIDO POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ES APLICABLE EL TERMINO DE CADUCIDAD DE LA

FACULTAD SANCIONATORIA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 38 DEL C.C.A., NORMA CUYO ALCANCE PRECISÓ LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORPORACIÓN.

La actora la sustenta en que la decisión sancionatoria se adoptó después de los 5 meses que señala el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 o, en todo caso, quedó en firme después de los 3 años que establece el artículo 38 del C.C.A. Al respecto se observa que el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 prevé un término de 5 meses para que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa, pero en dicha norma no se le da a ese término el alcance de caducidad que reclama la actora, y ni siquiera carácter preclusivo alguno, de modo que ante la ausencia de cualquiera de esos alcances, sólo cabe tenerlo como un término programático o indicativo, que a lo sumo puede tener implicaciones disciplinarias por su incumplimiento. Para la debida ilustración, conviene traer su texto, que a la letra reza: “ARTÍCULO 111. OPORTUNIDAD PARA DECIDIR. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente ley.” Por consiguiente, el término de caducidad que se ha de aplicar por no existir norma especial en la referida ley, es el artículo 38 del C.C.A., según el cual la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas. El alcance de esa disposición fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en reciente sentencia cuyo asunto se llevó a su conocimiento por la importancia jurídica del tema nacida de la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre el mismo, por lo cual la posición jurisprudencial mayoritaria allí sentada, que aunque concerniente a un proceso disciplinario, se ha de aplicar para dilucidar el cargo bajo examen, pues sustancialmente se trata del ejercicio de una misma facultad, la de imponer sanción por las autoridades administrativas, no sin antes advertir que el Consejero ponente del sub lite salvó el voto en dicha sentencia. La posición jurisprudencial allí definida y que, como atrás se señala, acoge la Sala por su carácter unificador de los diferentes lineamientos que se habían dado entre las Secciones de la Corporación, consiste en que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa, decisión ésta que resuelve de fondo el proceso sancionatorio y define la conducta investigada como constitutiva de falta, porque en él se concreta la expresión de la voluntad de la administración; mientras que los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado. (...). En ese orden, se tiene que los hechos, según consta en autos, tuvieron ocurrencia entre 15 de julio y 31 de agosto de 2000 (folio 112), por consiguiente, la Superintendencia tenía oportunidad hasta 31 de agosto de 2003 para proferir e incluso notificar en debida forma el acto sancionatorio, y observa la Sala que la decisión se tomó mediante Resolución 003262 de 23 de julio de 2003 y que su notificación se surtió de manera personal al apoderado de la actora el 6 de agosto de 2003 (folio 2356), lo que pone en evidencia que tal diligencia se produjo antes de vencerse el comentado término de 3 años, luego no tuvo ocurrencia la invocada caducidad ya que la sanción fue impuesta dentro del lapso que para el efecto tenía la autoridad sancionadora.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2004-00339-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. EN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA SUS ARGUMENTOS DEBEN ATACAR EL FONDO DE LAS CONSIDERACIONES DEL FALLO CONTROVERTIDO Y NO REFERIRSE A NUEVAS RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO NO PLANTEADAS EN LA PRIMERA INSTANCIA.

A efectos de poder adoptar una decisión de fondo frente a los argumentos planteados en la apelación, la Sala considera necesario puntualizar, a manera de antecedente, que la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se puso fin a la primera instancia, declaró probadas la caducidad de la acción impetrada por el actor contra las Resoluciones 40571 de

30 de diciembre de 1999 y 448 de 17 de octubre de 1989 y, de manera oficiosa, la falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Resolución 40571 de diciembre 30 de 1999, denegando en consecuencia las súplicas de la demanda. (...). El argumento cardinal de la inconformidad se fundamenta en el hecho de que los actos administrativos acusados, dispusieron de manera irregular la afectación y desmembración del derecho de dominio que el actor tiene y ejerce sobre el inmueble antes mencionado, pues al solicitar la licencia para acometer la construcción del cerramiento del antejardín ubicado dentro de su propiedad, la Curaduría denegó su otorgamiento, por cuanto las áreas privadas involucradas, se encontraban afectadas al uso de la comunidad. Como bien se puede apreciar, el recurrente concentró todos sus esfuerzos en la reiteración de las razones de hecho y de derecho expuestos en la demanda y en el planteamiento de nuevos argumentos que no fueron tratados en el curso de la primera instancia, olvidándose de contradecir o desmentir las razones que fueron aducidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al declarar probadas las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de la vía gubernativa de los actos administrativos acusados. En ese orden de ideas, además de compartir plenamente las razones que llevaron al a quo a declarar probadas las excepciones antes mencionadas, la Sala encuentra que los fundamentos aducidos en la apelación no tienen la propiedad de desvirtuar el acaecimiento del fenómeno de la caducidad ni desmienten tampoco el hecho objetivo de la falta de agotamiento de la vía gubernativa, motivo por el cual habrá de confirmarse la providencia apelada.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2002-00582-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

3. DECLARADA NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE DISPUSO EL REGISTRO DE LA MARCA “MAGIC CHEF” POR SER IDÉNTICA A UNA MARCA NOMINATIVA PREVIAMENTE REGISTRADA QUE DISTINGUE EL MISMO PRODUCTO.

En virtud de lo dispuesto en el acto administrativo demandado, la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, concedió a favor de la sociedad MAYTAG INTERNATIONAL LTDA, el registro de la marca “MAGIC CHEF” para distinguir productos comprendidos en la clase 11 de la Clasificación Internacional de Niza, a pesar de que con anterioridad se había concedido el registro de la misma marca nominativa a nombre de la firma MAYTAG INTERNATIONAL INC, para amparar productos pertenecientes a la misma clase. (...) Sobre el particular es preciso observar que tanto la marca solicitada como aquella que se encontraba previamente registrada a favor de la firma demandante, están conformadas por las expresiones MAGIC y CHEF, ubicadas en el mismo orden, las cuales, a pesar de haber sido tomadas de los idiomas inglés y francés, respectivamente, corresponden a vocablos de cotidiana utilización en nuestro medio, evocando en ambos casos la idea de un jefe de cocina mágico o de un cocinero mágico, hecho que permite predicar la existencia de una identidad ideológica entre ellos. Examinando ambos signos en su conjunto, la Sala observa además que existe una identidad indiscutible entre las palabras que los constituyen, identidad que se presenta igualmente al comparar las sílabas y letras que conforman los vocablos de las marcas en pugna, todo lo cual se enmarca dentro de la causal de irregistrabilidad prevista en el artículo 83 literal a) de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, vigente por la época en que sucedieron los hechos relatados en la demanda, toda vez que los signos en cuestión, siendo absolutamente idénticos, están llamados a inducir al público al error. Se suma a lo expresado hasta aquí, la identidad que existe en la razón social de las dos sociedades comerciales involucradas en el presente asunto (MAYTAG INTERNATIONAL INC y MAYTAG INTERNATIONAL LTDA, lo que viene a incrementar más aún el riesgo de asociación empresarial, erigiéndose en un obstáculo insalvable que determina la imposibilidad de que ambas marcas coexistan en el mercado. Aparte de lo expuesto, al realizar el cotejo las marcas en sus aspectos visuales y auditivos, se advierte así mismo y sin mayor dificultad que en uno y otro caso los vocablos presentan la misma escritura, determinando que su pronunciación sea la misma, circunstancia que en el presente caso adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que dichos signos distinguen productos comprendidos dentro del mismo nomenclador de la Clasificación Internacional de Niza. Tales evidencias llevan a colegir la existencia de un riesgo cierto de confundibilidad, que es de suyo contrario a la normatividad comunitaria y en

particular a lo previsto en los artículos 82 literal h) y 83 literal a) de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena. A lo dicho hasta aquí hay que añadir, que los canales de comercialización de los productos que distinguen las marcas en disputa, vienen siendo prácticamente los mismos, hecho que viene a reafirmar la existencia de un riesgo cierto de confusión directa e indirecta. En tales circunstancias, la Sala estima que la marca cuestionada no cumple con el requisito de distintividad exigido por el ordenamiento jurídico, debiendo decretarse la nulidad del acto administrativo que dispuso su registro.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-24-000-1999-05991-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

4. IMPROCEDENTE LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN DE DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN POR PAGO DE TASA ESPECIAL DE SERVICIOS ADUANEROS GENERADA EN PERIODO EN QUE ESTUVO VIGENTE NORMA LEGAL QUE CREÓ DICHA TASA.

De acuerdo con las normas trascritas, es evidente que la autoridad aduanera puede expedir liquidación oficial de corrección cuando se presenten errores en las declaraciones de importación referentes a la subpartida arancelaria, a las tarifas, a la tasa de cambio, a las sanciones, a la operación aritmética, a la modalidad, a los tratamientos preferenciales, al igual que cuando se trata de establecer el monto real de los tributos aduaneros en los casos en que se aduzca pago en exceso. No obstante, la situación de la actora no encuadra en ninguna de las anteriores causales, pues pese a que en su demanda aduce que en su caso se trata de corregir una tarifa y de obtener lo pagado en exceso por concepto de la Tasa Especial de Servicios Aduaneros, lo cierto es que dicho pago correspondió a la tarifa establecida por el artículo 56 de la Ley 633 de 2000, vigente para la época de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación relacionadas en los actos acusados, como lo exige el artículo 89 del Decreto 2685 de 1999, esto es, al 1.2% del valor FOB de la mercancía amparada con tales declaraciones, luego sólo en el evento de que la actora hubiera liquidado dicha tasa teniendo en cuenta una tarifa superior, por ejemplo, el 1.3% del valor FOB de la mercancía podría hablarse de exceso en el pago, caso en el cual, independientemente de la declaratoria de inexecutable con efectos hacia el futuro de los artículos 56 y 57 de la Ley 663 de 2000 la DIAN estaría obligada a devolver lo pagado en exceso, esto es, la suma que superara el porcentaje del 1.2% del valor FOB de la mercancía, pero no así lo pagado acorde con dicha tarifa (porcentaje), por cuanto la Corte Constitucional dispuso hacia el futuro los efectos de la inexecutable de los artículos citados y, por tanto, quedaron consolidadas las situaciones anteriores referentes al pago de la tasa especial aduanera efectuado con base en la tarifa legal vigente para la fecha de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación. En efecto, la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 663 de 2000 fue la que consolidó la situación jurídica de la actora, en la medida en que no dispuso que sus efectos fueran retroactivos. Es decir, que si la Corte Constitucional hubiera considerado que los efectos de la sentencia eran retroactivos, así lo tendría que haber dispuesto expresamente, caso en el cual, sin lugar a dudas, la DIAN estaría obligada a devolver lo recibido por concepto de la tasa; de aceptarse lo contrario, se estaría desconociendo por parte de esta jurisdicción contencioso administrativa el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, al igual que la cosa juzgada constitucional y, entonces, daría lo mismo que la Corte Constitucional no manifestara expresamente, como lo exige el citado artículo 45, que los efectos del fallo son retroactivos, pues de todas maneras se le darían dichos efectos, cuestión a todas luces inconstitucional, en cuanto el artículo 243 de la Carta Política establece que ‘Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional’, fallos que tienen los efectos que determine la Corte Constitucional, efectos respecto de los cuales también se predica la cosa juzgada.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Exp. 76001-23-31-000-2003-03958-01, M.P. \(E\) MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

5. LEGALIDAD DEL REGISTRO COMO MARCA FIGURATIVA DE DISEÑO QUE EVOCA IMÁGENES DE UN BOTÓN DE UNA FLOR Y UN CORAZÓN DENTRO DE UN ROMBO, PARA DISTINGUIR PRODUCTOS DE LA CLASE 16 DE LA CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DE NIZA, ESPECÍFICAMENTE PAPEL HIGIÉNICO.

La Sala, siguiendo los parámetros establecidos en la interpretación prejudicial solicitada, considera pertinente referirse, a la aptitud distintiva y a la susceptibilidad de representación gráfica del signo impugnado que son los requisitos o elementos constitutivos de las marcas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Decisión 486. (...) En el sub lite, se trata de un signo que suscita en la mente del consumidor una imagen visual y evoca imágenes conceptuales de una flor, un botón de flor y un corazón cada uno dentro de unas figuras geométricas como son los rombos. Bajo estos presupuestos y contrario a lo que afirma la sociedad actora de que tales figuras son usualmente utilizadas como elementos decorativos para los productos de la clase 16, específicamente, para el papel higiénico, es preciso anotar que si bien individualmente consideradas puede ser cierto, no lo es menos, que tal como está estructurada la marca figurativa impugnada, que aparece en el extracto de la solicitud publicado en la Gaceta de Propiedad Industrial núm. 516 de 30 de mayo de 2002, sus elementos (flor, botón de flor y corazón más rombos), no son utilizados en el mercado en la forma y orden establecido en dicha solicitud. (...) Para el caso sub examine, se tiene que los elementos que conforman la marca analizada, son figuras conocidas y reales, que individualmente consideradas son inapropiables y, por lo tanto, su utilización no puede ser exclusiva por persona alguna. Sin embargo, no es aceptable aducir categóricamente que tales elementos comunes no puedan tenerse en cuenta en la configuración de una marca figurativa, pues dicha afirmación sería desde todo punto de vista ilógico, ya que es tanto como indicar que los seres vivos o las cosas, no podrían ser objeto de ser representadas a través de las marcas. Es más, expresarse en tal sentido iría en contraposición de lo aceptado y permitido en la norma comunitaria, la cual, contempla la posibilidad de registrar los signos que contengan los referidos elementos como marca, siempre y cuando no se encuentren incursos en las causales de irregistrabilidad contempladas en la normativa andina. (...) Además, se tiene que no existen en el mercado marcas registradas que den lugar a cotejarlas con la marca cuestionada, para la época en que su registro fue solicitado, con excepción de la marca figurativa que da cuenta la providencia transcrita, cuyo titular es el mismo que actúa como tercero interesado en las resultas de este proceso, la cual difiere en que la flor contiene tallo y existen otras figuras como son los botones de flor y los corazones.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-24-000-2003-00385-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. SANCIÓN DISCIPLINARIA POR FRACCIONAMIENTO DE CONTRATO - Debido proceso

Advierte la Sala, que sin lugar a dudas le asiste razón a la Procuraduría, cuando impone la sanción de multa, en atención a que se encuentra fehacientemente probado, que el disciplinado celebró varios contratos tanto de obra pública como de suministro, de manera directa, adicionando algunos de ellos, alcanzando sumas hasta de \$88.015.624; con lo que es evidente, que superó el tope máximo de contratación directa para la cual se encontraba autorizado el Municipio, según la certificación emitida por su Tesorería, si se tiene en cuenta que para el año 1999 el tope de 250 salarios mínimos legales vigentes equivalía a \$59.115.000. Con lo que salta a la vista que incurrió en fraccionamiento del objeto del contrato para evitar el proceso licitatorio y así proceder a contratar en forma directa, utilizando indebidamente la figura de la adición contractual; cuando de conformidad con lo establecido por la Ley 80 de 1993, le asistía la obligación de observancia del principio de transparencia y de selección objetiva, habida cuenta que la entidad contratante es de

carácter estatal al tenor de lo dispuesto por el artículo 2° del Estatuto Contractual, en los siguientes términos: “1°. Se denominan entidades estatales: a) la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital o los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios...”. De suerte que con el proceso licitatorio lo que se pretende es evitar que los contratos que tienen un mismo objeto queden en cabeza de pocos contratistas, pues mediante el fraccionamiento de los mismos, lo que se constituye es un favorecimiento indebido, haciendo nugatorio el principio de transparencia, de imparcialidad y de buena fe inmerso en toda la actividad contractual de la Administración. Si bien es cierto la figura del fraccionamiento de los contratos no aparece prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, no lo es menos, que de las pautas, reglas y principios establecidos por dicha Ley se infiere tal prohibición. Entendido el derecho al debido proceso como aquel conjunto de actuaciones que deben ser desarrolladas por los sujetos procesales y en atención al cual es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, como una garantía contra la posible arbitrariedad de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos; es por lo que para la Sala se hace evidente que el actuar de la Procuraduría no vulneró tal principio, habida cuenta que la condena en este caso fue impuesta al inculpado como consecuencia de que su conducta desconoció de manera evidente la Ley de Contratación Estatal a la que debió sujetarse y además omitió el deber constitucional que le asistía como máximo representante de la entidad territorial, habiendo sido demostrada su responsabilidad dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que le aseguraron sus posibilidades de defensa y contradicción.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 52001-23-31-000-2002-01023-02 \(0506-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

2. INSUBSISTENCIA DE PROCURADOR JUDICIAL - Procede por facultad discrecional del Procurador General de la Nación / DESVIACIÓN DE PODER - No se configuró por desmejora en el servicio ya que el reemplazo reúne las calidades para dicho cargo.

La desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; entonces, este vicio se configura, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. A punto de la afirmación del actor, en el sentido que se produjo una desmejora en el servicio con ocasión de la declaratoria de insubsistencia; advierte la Sala, que tal aseveración impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. Y es que no puede ser de otra manera, cuando en el proceso, en relación con la supuesta desviación de poder y luego de un ponderado análisis comparativo de las dos hojas de vida, es fácil inferir que la persona a quien el Procurador General de la Nación, nombró en reemplazo del demandante, en atención a la facultad discrecional que le asiste, por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, cumplía a cabalidad con el perfil para ocupar el cargo para el cual fue designada. En estos eventos de insubsistencia el cotejo es procedente frente a un mismo empleo, funciones y carga laboral, situación que habilita el análisis entre el desempeño del servidor declarado insubsistente y la persona que ingresa en su reemplazo y para tal efecto, ha debido allegarse la prueba del rendimiento laboral del empleado entrante, que permita establecer de forma fehaciente que con la salida del declarado insubsistente, se causó una desmejora en la prestación del servicio; prueba de la cual carece en absoluto el proceso. Aclara la Sala, que el contraste entre dos servidores que ocupan un cargo similar, tiene lugar cuando se trata de una

supresión de cargo, situación diametralmente opuesta a la de la insubsistencia, en la que existe una carga de confianza entre el nominador y su subalterno que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción. Vale la pena resaltar, que aunque en el proceso reposan certificaciones y constancias del ejercicio funcional del actor, de las que se logra inferir el cumplimiento y la eficiencia en el desempeño de los cargos que ostentó, tal documentación, no fue allegada en forma regular al proceso, circunstancia que la hace inapreciable, salvo la que fue decretada al interior del mismo, además de que aquella documentación no comprueba el desmejoramiento en el servicio por causa del nombramiento del reemplazo, pues debe recordarse que la excelencia, la capacidad y la eficiencia del empleado que no se encuentra amparado por fuero de estabilidad alguno, no son por sí solas condiciones suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador, pues las mismas se constituyen en un deber del servidor público. Se tiene entonces, que le asiste razón a la parte demandada, en el sentido de que con la declaratoria de insubsistencia del actor no se configuró la desviación de poder por desmejora en el servicio, que obedeciera a la arbitrariedad intencional de la Administración con fines personales, para favorecer a terceros o con influencia de una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, en abuso de sus poderes para fines diferentes de aquellos que le fueron conferidos por la ley; todo lo cual impone la revocatoria de la sentencia apelada.

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

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 27001-23-31-000-2003-00471- 02 \(1385-09\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

3. NULIDAD PARCIAL DE CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS EN LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL - Los Directores de Unidad son de libre nombramiento y remoción al ser este cargo equivalente al de Magistrado Auxiliar

En la rama judicial al igual que en la función pública, existen como mecanismos técnicos de selección la carrera como regla general, y por excepción, los cargos de libre nombramiento y remoción, destinados a los altos empleos de poder y de confianza especialísima. La Ley 270 de 1996, estatuto de la administración de justicia diseño los rasgos generales. Dispone esta ley, que son de carrera los cargos de magistrados de los tribunales y de las salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no son de libre nombramiento y remoción. Esta competencia, tal y como lo señalan los artículos 125 y 150-23 superiores, esta asignada al legislador, el cual debe definir dentro de los criterios de proporcionalidad y racionalidad cuales cargos son de carrera y cuales de libre nombramiento y remoción. Efectivamente así lo hizo, entre otros en el artículo 130, en donde calificó como de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes. Ahora bien, el artículo 85 de la Ley Estatutaria, que asigna las funciones administrativas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 7, le concedió la facultad de determinar la estructura y la planta de personal de ese ente. Con base en la misma profirió entre otros, el Acuerdo No. 250 de 1998, en donde estableció en el párrafo 2. la equivalencia “para todos los efectos” de los cargos de Profesional Asistente, Abogado Asistente de la Oficina Jurídica y Director de Unidad de la Sala Administrativa, con el cargo de Magistrado Auxiliar. Lo mismo hizo en el Acuerdo No. 273 del mismo año, con el cargo de Director de Unidad de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. De contera que, si para los magistrados auxiliares se exigen como requisitos para el cargo 8 años de experiencia en el área correspondiente, no podrán demandarse más, para los empleos de Profesional Asistente, Abogado Asistente de la Oficina Jurídica, Director de Unidad de la Sala Administrativa, ni para el Director de Unidad de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Así mismo, en materia salarial y prestacional debe existir igualdad con respecto al magistrado auxiliar. Lo mismo puede predicarse respecto de su vinculación por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción. Es precisamente esta la violación enrostrada al acto demandado, puntualizada en que a pesar de que el Director de Unidad de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con las dependencias equivalentes, es un cargo de libre nombramiento y remoción, se convocó a un concurso de méritos para su selección de personal, pero no sucedió lo

mismo, con los cargos similares pertenecientes a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Estas conclusiones son las premisas que llevan a resolver el problema jurídico planteado, con la declaratoria de nulidad del acto demandado, por violación al artículo 13 Superior, al promover la desigualdad en la convocatoria de los cargos equivalentes a magistrado auxiliar, en la Dirección Ejecutiva y en la Sala Administrativa, artículo 130 numeral 4 de la Ley 270 de 1996, porque allí se clasificaron los empleos de la rama judicial y se identificaron los cargos de libre nombramiento y remoción, los Acuerdos Nos. 250 y 273 de 1998 expedidos por la entidad demandada, porque en ellos se hicieron las equivalencias de los empleos tantas veces citados con el de magistrado auxiliar. Para finalizar es necesario hacer claridad sobre uno de los argumentos esbozados por el Consejo Superior de la Judicatura, consistente en que nada impedía citar los cargos objeto de la decisión a concurso para su provisión por el sistema de méritos, porque este se constituye en un mecanismo de control y transparencia. Debe señalar la Sala que en nada se opone este argumento a la decisión tomada en esta providencia, pero si debe concretarse, en que si se hace una convocatoria por meritocracia, el concurso debe dejar en claro que los cargos son de libre nombramiento y remoción, vale decir, que no adquieren los privilegios de la carrera para no incurrir en alguna hipótesis de nulidad de los actos administrativos.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2007-00092-00 \(1790-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

4. PRIMA DE ALTO MANDO - No tiene carácter salarial / PRIMA DE DIRECCIÓN - No tiene carácter salarial / LEGALIDAD DEL DECRETO 407 DE 2006 POR EL CUAL SE FIJA LA ESCALA GRADUAL PORCENTUAL PARA LOS OFICIALES Y SUBOFICIALES, PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES DE LA FUERZA PÚBLICA

El Gobierno, en ejercicio de la facultad constitucional podía determinar, como lo hizo a través del Decreto acusado, qué parte de la asignación mensual puede excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, toda vez que no existe una razón constitucional o legal que impida que determinada prestación social se liquide sin tener en cuenta el monto total de dicha asignación. En lo pertinente es dable traer a colación la sentencia del 19 de mayo de 2005, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante Consejo de Estado, que dijo: “El marco de expedición normativo debe ser de amplio espectro, de manera tal que le permita al ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó, pero el Gobierno Nacional tampoco debe sobrepasar esos lineamientos generales.” Y en un asunto de similares características al sometido a estudio, donde se analizó el contenido del art. 2° del decreto 062 de 1999, mediante el cual se estableció la prima de alto mando sin carácter salarial para ningún efecto legal, de lo que perciben los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, esta Corporación expuso: (...). Un análisis autónomo y objetivo de esta norma evidencia que su finalidad fue excluir del concepto de factor de salario ese porcentaje de la suma que reciben los mencionados Oficiales como asignación mensual (igual a la que devengan los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación), porcentaje al que se le denominó prima de Alto Mando, lo que implicó su sustracción de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales a los que por ley, los mismos tienen derecho, como son las prestaciones sociales e indemnizaciones. Tanto las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, reiteradamente han sostenido que el legislador ostenta facultades para definir qué valores de los que el trabajador recibe a título de remuneración por su labor, sirven de base para liquidar el monto de otros pagos que por ley deben hacerse, y que por consiguiente, su exclusión para tales efectos, no resulta contraria a derecho. De conformidad con lo anterior, no son de recibo las argumentaciones esgrimidas por el actor en orden a soslayar la legalidad de la disposición demandada, por cuanto si al establecer un régimen salarial y prestacional es viable determinar cuáles de las sumas que percibe el servidor a título de salario deben tenerse en cuenta para liquidar otros pagos a los que también tiene derecho, la exclusión por la norma demandada de la prima de Alto Mando como factor salarial, no contraría ordenamiento jurídico alguno. No se evidencia una

marcada desproporción entre la remuneración de ese personal y la que perciben los Almirantes y Generales, sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con los Artículos 3° y 4° del decreto demandado, los integrantes del mismo, además de la asignación básica prevista en el Artículo 1° ejusdem, tienen derecho al pago de primas mensuales, unos, equivalente al 52.23% de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica mensual y gastos de representación, otros, del 46.56% y otros del 35.44% de esos mismos haberes y los últimos, a las primas establecidas en los estatutos de carrera vigentes, lo que quiere decir que la remuneración que percibe por sus servicios el personal enlistado en el Artículo 1° ibidem, no es sólo la determinada en él, ya que a ésta se suma el valor correspondiente a los porcentajes y primas aludidos. De otro lado, no puede decirse que el hecho de que a la prima de Alto Mando se le haya despojado de carácter salarial implicó el incumplimiento del deber de nivelar los salarios del referido personal, por cuanto el supuesto desconocimiento de lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, no necesariamente se habría dado por esa razón, pues el Gobierno Nacional al determinar la escala salarial gradual a que se ha hecho referencia, bien habría podido utilizar mecanismos diferentes en orden a proscribir esa pretendida desproporción de los salarios entre grupos de ese personal, ya que existen diferentes maneras de engrosar las sumas que percibe el servidor como remuneración por la labor que desempeña, como efectivamente lo hizo al disponer en los Artículos 3° y 4° del Decreto 062 de 1999 que miembros del personal enlistado en el Artículo 1° ejusdem, además de las asignaciones básicas señaladas en esta norma, perciban las primas que en ellos se contempla y a las cuales se hizo referencia.

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

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2006-00101-01\(1647-06\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

5. SE NIEGA LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 1 NUMERAL 1.5 DEL DECRETO 1931 DE 2006, PUES SÓLO REGULA LAS MODALIDADES DE PAGO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN POR LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES, OBLIGACIÓN PREVIAMENTE CONSAGRADA EN LAS LEYES 100 DE 1993 Y 797 DE 2003

No es posible acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad del Artículo 1 numeral 1.5 del Decreto 1931 de 2006, pues se acompasan con el ordenamiento vigente. A esta conclusión arriba la Sala, luego de examinar que el imperativo de cotizar sin excepciones, tanto para el sistema de pensiones como para el de salud, no fue establecido primitivamente por el Decreto mencionado, sino que ya normas de orden superior al referido Decreto, han establecido reglas que en lo esencial coinciden con las previsiones del Decreto acusado. Dicho en breve, la obligación de cotizar para los dos sistemas no tiene origen en el Decreto acusado, sino que las propias previsiones de la Ley 100 de 1993, tal como fueron luego subrogadas por la Ley 797 de 2003, han impuesto la misma exigencia. El Decreto acusado, en tanto dispuso una modalidad de autoliquidación de los aportes, la que debe hacerse directamente en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y pagar vía Internet o utilizar la liquidación asistida y pagar mediante alguna de las modalidades señaladas en el numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto 1465 de 2005, no creó ninguna nueva obligación, sino que reguló la forma de cumplir las cargas que ya estaban establecidas por las Leyes precitadas. Igualmente, como la Corte Constitucional, al juzgar la conformidad de las normas que impusieron la obligación de cotizar para ambos sistemas, encontró que esas leyes se ajustaban a la Constitución, no podría el Consejo de Estado determinar que el Decreto No. 1931 de 12 de junio 2006, por el cual se reguló la forma de cumplir con esa obligación, viola normas de orden superior, pues ninguna de las normas de la Carta Política que se ha enunciado como violada, regula la modalidad de pago.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2007-00036-00 \(0689-07\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

6. SE NIEGA NULIDAD DEL DECRETO 4353 DE 2004, POR EL CUAL SE CREÓ LA BONIFICACIÓN DE GOBERNADORES Y ALCALDES, POR CUANTO SE EXPIDIÓ POR FUNCIONARIO COMPETENTE ATENDIENDO LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y DE IGUALDAD

Dada la competencia del gobierno nacional para fijar el régimen prestacional de los servidores de las entidades territoriales, debe señalar la Sala que, la bonificación especial de dirección de que trata el Decreto 4353 de 22 de diciembre de 2004, encuadra dentro de los criterios y objetivos señalados por el legislador en la ley marco (arts. 2 y 12 Ley 4ª de 1992). Ciertamente, la naturaleza de las funciones, las responsabilidades constitucional y legalmente atribuidas, así como las calidades exigidas para su desempeño, justifican el reconocimiento de la bonificación de dirección para los gobernadores y alcaldes en su condición de jefes de la administración seccional y local, y representantes legales de los entes territoriales. Ahora bien, el acto administrativo demandado, esto es, el Decreto 4353 de 22 de diciembre de 2004, no se enmarca dentro de la actuación administrativa reglada. Se trata de un acto expedido en ejercicio de la competencia constitucional atribuida al gobierno nacional para establecer prestaciones especiales, en cumplimiento de los desarrollos legislativos a los cuales se ha hecho referencia. El gobierno nacional bien puede fijar prestaciones especiales, siempre que sean justificadas, esto es, acordes con los criterios y objetivos señalados en la ley marco, que para el caso en particular, se contraen, al nivel de los cargos, las responsabilidades atribuidas a los alcaldes y gobernadores como jefes de la administración, y las calidades exigidas para el desempeño de los mismos, lo cual asegura un sistema racional y proporcionado de establecimiento de la prestación, sin quebrantar criterios de igualdad material. En el caso concreto, al igual que en el precedente que se cita, si bien no hay lugar a la exigencia de consignar los motivos por los cuales fue expedido el acto en cuestión, la fuente que le dio origen está dada por la norma en desarrollo de la cual fue proferido, esto es, como se indica de manera expresa en su propio texto, el acto se expidió por el Presidente de la República, “en desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en la ley 4ª de 1992” (fls. 3-4). De tal manera que, habiendo sido expedida la decisión conforme lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, en especial, ajustando su contenido a los artículos 2 y 12 de la ley marco, para la Sala no está llamado a prosperar el cargo que se formula en la demanda por expedición irregular, bajo el supuesto de que en el acto “no se explican los motivos o causas que justificaron su expedición”. Estas mismas razones expresa la Sala para despachar de manera desfavorable el cargo por “*Falsa motivación*”, en tanto que, de una parte, se insiste, no se trata de una actuación administrativa reglada en la que el órgano deba actuar de la manera previamente dispuesta en una norma clara y específica; y de otra, la confrontación del acto impugnado con las normas que se invocan como fundamento de la decisión, reafirman la legalidad de la decisión en la medida en que se ajusta al ordenamiento superior que le dio origen. Por último y en lo que se refiere a la presunta violación al derecho constitucional a la igualdad, debe decirse que, dicho principio no impone dispensar siempre idéntico trato a todos los sujetos destinatarios de la norma jurídica, por cuanto situaciones fácticas disímiles encierran consecuencias jurídicas diferentes. De tal manera que, existiendo razones objetivas, no arbitrarias para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, no opera la igualdad material.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2005-00167-01\(7673-2005\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

7. SE NIEGA NULIDAD DEL DECRETO 3615 DE 2005. GOBIERNO NACIONAL, ARTÍCULOS 7, NUMERALES 7.6, 7.8, 7.9, 7.10; 8, NUMERAL 8.8; 9 CON SU RESPECTIVO PARÁGRAFO; 11 Y 12, NUMERAL 12.

a) LOS REQUISITOS Y CONDICIONES ECONÓMICAS EXIGIDOS PARA LA AFILIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL NO EXCEDE LA FACULTAD REGLAMENTARIA

Para la Sala, al revisar el Decreto 3615 de 2005, en sus artículos 7, numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 (modificado por el artículo 3 del Decreto 2313 de 2006); 8, numeral 8.8 (modificado por el artículo 4 del Decreto 2313 de 2006); 9 con su respectivo párrafo; 11 y 12, numeral 12.2, conforme a los reparos propuestos por el demandante, encuentra que al reglamentar los requisitos y condiciones económicas para la afiliación colectiva de los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral, no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional porque éste último puede definir las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes pretendan afiliarse de forma colectiva en las diferentes formas que se presta el servicio de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales); en suma, el Gobierno, con el fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, conforme a los artículos 48 y 189, numeral 11, de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 15, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993 y el literal b) del artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, podía expedir las normas acusadas. De la misma forma las facultades del Gobierno no pueden limitarse a repetir el texto de las leyes sino que pueden y deben contener ordenamientos que hagan efectiva y eficiente la ley. Por consiguiente, en el caso sub júdice, podía adoptar requisitos y condiciones para el ingreso de forma colectiva al Sistema General de Seguridad Social. Las normas, crean requisitos que, pueden ser excluyentes o restrictivas con respecto a las formas de acceder a la afiliación colectiva, pero esta decisión obedece a una política del Estado, quien debe definir esas condiciones para facilitar o restringir la prestación los servicios de seguridad social en forma colectiva de acuerdo con los estudios y características del sistema, por ello estas condiciones especiales son de su resorte reglamentario. Ahora bien, las condiciones y requisitos que se deben imponer para la afiliación colectiva no deben contener exigencias que la hagan impracticable, que se varíe la voluntad del legislador o que contenga condiciones no razonables y a esto se contraerá el análisis específico de los artículos acusados, así: Los numerales 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 del artículo 7 del Decreto 3615 de 2005, modificado por el artículo 3 del Decreto 2313, ordena que las asociaciones o agremiaciones para obtener su autorización para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social, deben establecer dentro de su objeto social ese servicio de afiliación; deben aportar certificación de una entidad financiera sobre inversión de los recursos de la reserva especial de garantía mínima; presentar actualizados los estados financieros de la entidad “donde se refleje la reserva especial como un rubro de destinación específica y exclusiva para el pago de las cotizaciones de sus trabajadores independientes afiliados”; y acreditar un patrimonio mínimo de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes más la reserva especial de garantía mínima.

b) CONSTITUCIÓN DE RESERVA ESPECIAL DE GARANTIA MÍNIMA DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

La exigencia de una reserva especial de garantía, si se tiene en cuenta que se trata de una organización que debe agrupar como mínimo un total de quinientos (500) afiliados el monto, también, mínimo, de trescientos (300) salarios mínimos, en principio, no resulta desproporcionado ni impide o coarta el derecho de los interesadas a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en forma colectiva, eso sí, cumpliendo los requisitos allí señalados. Es más, puede decirse que la existencia de alguna liquidez financiera, por parte del ente que los agrupa, responde a las necesidades de que el colectivo interesado en afiliarse al Sistema de Seguridad Social tenga la solvencia y solidez necesarias que garanticen su permanencia y continuidad dentro del Sistema. De otro lado, no aparece demandada la mencionada discriminación en contra de algún grupo, pues, conforme a la Ley 100 de 1993, el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 3º) la afiliación de forma individual, la que siempre resulta procedente bajo diversas modalidades y condiciones subjetivas de cada habitante. No es cierto que el Estado, en aras de garantizar el derecho de la asociación, deba abstenerse de imponer exigencias de índole económica para poder afiliar colectivamente a los trabajadores independientes, por el contrario, el Estado debe proveer las garantías y medidas de seguridad que hagan confiable y segura la vinculación y permanencia de las agremiaciones y asociaciones. Empero, como política estatal puede estar la promoción de asociaciones o agremiaciones para que vinculen al Sistema de Seguridad Social, pero ello no implica que su finalidad deba estar orientada a crear masas, sino que, ésta puede obedecer a fijar

condiciones de estabilidad como son las que se deducen de las condiciones económicas ordenadas. Esta actuación del Estado no resulta discriminatoria, en la medida en que informa de las mismas condiciones a todos los interesados en crear, formar parte o desarrollar asociaciones o agremiaciones cuyo objeto social sea la vinculación colectiva a la Seguridad Social Integral, con lo que pueden lograr unas mejores condiciones que las que se ofrecen al conglomerado en general. En el mismo sentido la Sala no observa que la norma tenga un claro sesgo a favor de las denominadas por el actor “asociaciones de particulares, con ánimo de lucro”, pues de lo que se trata, es que con una regulación estricta se dé permanencia y continuidad a la asociación o agremiación de trabajadores independientes que se quiera afiliar al Sistema de Seguridad Social dejando de lado, a aquellas asociaciones que no tengan una solvencia o una vocación de permanencia en el sistema y esto no excluye a las asociaciones o agremiaciones cívicas o de trabajadores informales, los que, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad pueden, con reglas claras, crearlas.

c) PAGO DE COTIZACIÓN DEL AFILADO EN MORA POR LA ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES

En cuanto a la exigencia a la asociación del pago de las cotizaciones aún cuando el afiliado esté en mora, la Sección señala que, en efecto, el Decreto acusado contiene una regulación sistemática que prevé esta hipótesis; esta carga no resulta desproporcionada, en la medida en que la asociación o agremiación tiene potestad de escoger a sus vinculados, puede recibir donaciones con destino al pago solidario de las cuotas de cotización respecto de los asociados que se retrasen, desde su creación existe el fondo de reserva para esos fines y ellas mismas, pueden establecer mecanismos para que se paguen las cotizaciones de forma completa y oportuna y así no poner en riesgo la autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de la Protección Social a la agremiación.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2006-00114-00 \(1836-06\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

8. SE NIEGA NULIDAD DEL DECRETO 3454 DE 2006 ARTICULO 5 LITERAL C, POR CUANTO NO DESBORDÓ LA FACULTAD REGLAMENTARIA AL ESTABLECER LA FORMA DE ACREDITAR LA EXPERIENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO PARA EL CARGO DE NOTARIO, PUES FUE LA LEY REGLAMENTADA, 588 DE 2000 ARTICULO 4, QUIEN ESTABLECIÓ LA DIFERENCIA DE PUNTAJES Y LA NO ASIMILACIÓN DE ACTIVIDADES EN LOS DIFERENTES SECTORES

Fue el propio legislador, Artículo 4 de la Ley 588 de 2000, quien hizo la distinción que el demandante reprocha. En efecto, la diferencia entre los literales e) que consagra la actividad privada y b), que trata de la actividad pública, aparece en el texto de la norma reglamentada y no es creación antojadiza del Decreto Reglamentario. Dicho con otras palabras, la diferencia entre ejercer “funciones notariales o registrales” y desempeñar “Autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo” aparece en el texto de la Ley, de lo cual se sigue que el Decreto Reglamentario nada sustancial añadió, cuando apenas estableció la forma de probar la experiencia en cada una de las dos clases de funciones nítidamente separables: la pública y la privada. Pero si lo anterior no fuera suficiente, la categoría que corresponde a los cargos de “autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo”, es exclusiva de la administración pública y por tanto no se aplica para las entidades privadas, pues esa nomenclatura es propia de la función pública. Para demostrar lo dicho baste con mencionar el artículo 179 de la Constitución, que en el numeral 2º establece como inhabilidad “haber ejercido ‘como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar’” y el Decreto No. 1661 de 27 de junio 1991, expedido en uso de las facultades extraordinarias conferidas por los numerales 2º y 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, que en su artículo 3º, al regular la prima técnica de los funcionarios públicos, estableció se otorgaría dicho beneficio laboral por el desempeño de un “cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo”, lo cual descarta que esa referencia comprenda a las entidades privadas. Por lo demás si ese fuera el correcto entendimiento, el

ejercicio de la profesión de abogado como asesor en una sociedad privada, daría el puntaje previsto en el literal b) y dejaría sin ninguna utilidad los literales c), d) y e) de la escala expuesta precedentemente. La nominación “autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo,” con antecedente en el artículo 179 de la Constitución, refleja un bloque de funciones y cargos que en su contexto se refiere a las entidades públicas, pues no podría el legislador estar juntando función pública, en la parte de la norma que se refiere a la “autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa”, y función privada en la parte que alude a “cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo”, sino que lo público se predica de todas las actividades que se mencionan en el precepto. De ello se desprende que la equiparación y la homogeneidad de la clase están dadas por el desempeño de una función en bien de la administración pública. En suma, todas las categorías enlistadas en la norma reglamentada implican mando o jurisdicción de conformidad con la norma constitucional citada y son inaplicables a la actividad en el sector privado, pues para éste el Legislador reservó la referencia a ejercicio de la profesión de abogado, cátedra universitaria y funciones notariales o registrales, todas tareas y desempeños propios de la actividad privada a las que asignó apenas un punto y que no pueden equipararse en importancia de las funciones enlistadas en el artículo 179 Constitucional. Dicho en breve fue el legislador quien distinguió entre actividad pública y privada como factor diferencial de puntaje. De conformidad con lo anteriormente argumentado, el Presidente de la República no desbordó la potestad reglamentaria, pues si la ley no estableció la forma de probar el ejercicio del cargo, en función de acreditar la experiencia, correspondía al fuero del Presidente, con sujeción al artículo 189 llenar ese vacío, es decir, se cumple el requisito de necesidad de la reglamentación para que la ley cumpla los fines a los que está llamada. Ejercer mando y jurisdicción, no puede asimilarse al ejercicio de actividades privadas como factor de experiencia, distingo que aparece en la Ley reglamentada y no es innovación del reglamento que sólo se ocupó de la prueba.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009, Exp. 11001-03-25-000-2007-00053-00 \(1094-07\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

9. a) PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO, DECRETO 546 DE 1971, SE REQUIERE QUE LOS 20 AÑOS DE SERVICIO SE HAYAN PRESTADO EN ENTIDADES PÚBLICAS, POR LO QUE NO ES POSIBLE EL COMPUTO DEL SERVICIO PRESTADO EN ENTIDADES PÚBLICAS Y EN EMPRESAS PRIVADAS

La demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, disponiendo que la liquidación de la pensión de jubilación se haría en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público, salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas. Sin embargo, esta normatividad, artículo 6, implícitamente consagra como requisito para el reconocimiento pensional que los 20 años hayan sido laborados en el sector público, toda vez que para la época en que fue expedida no era posible computar los tiempos prestados al servicio de entidades públicas y de empleadores privados, pues esta posibilidad se previó por primera vez con la expedición de la Ley 71 de 1988, la cual, se evidencia es posterior al régimen especial en comento. Este criterio interpretativo tiene plena consonancia con la lectura armónica del Decreto 546 de 1971, el cual, en sus artículos 7 y 8, Obsérvese que en las precitadas normas se prevé que en caso de que el empleado de la rama judicial y/o del Ministerio Público no acredite los 10 años de servicio en una o ambas instituciones, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos que se reconoce a los demás empleados de la Rama Ejecutiva del Estado, lo cual supone que los servicios se hayan prestado en entidades públicas. Igualmente, se estipula que en caso de que el servidor haya laborado por lo menos 3 años en las instituciones en referencia, pero no tuviere los 10 años de servicio requeridos, y que deba desvincularse de la administración por haber llegado a la edad de retiro forzoso, podrá pensionarse con el régimen especial siempre y cuando acredite 20 años de tiempo laborado en el sector público. Entonces, del análisis de las

disposiciones contenidas en el Decreto 546 de 1971 se concluye que los 20 años de servicio deben ser de orden público sin que sea posible acumular tiempos laborados en el sector privado. La actora no tenía derecho a obtener su pensión de vejez con 50 años de edad, pues las normas que invoca son de aplicación exclusiva para el personal que haya prestado sus servicios a entidades del orden oficial en la forma antes prevista; y, la disposición que establece la pensión permitiendo acumular tiempos de servicio prestados al sector privado y público, es la Ley 71 de 1988, que exige 55 años de edad para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación en el caso de las mujeres.

b) RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES POR TIEMPO PRESTADO EN ENTIDADES PÚBLICAS Y EN EMPRESAS PRIVADAS / SE ORDENA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES POR CUMPLIR CON EL REQUISITO DE EDAD EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA, ASÍ NO SE CUMPLIERA EN EL MOMENTO DE LA RECLAMACIÓN, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DEL PRINCIPIO DE REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES Y DEL ARTICULO 170 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Del material probatorio allegado al expediente así como de los actos administrativos demandados, se evidencia que como el régimen anterior del cual es beneficiaria la accionante en virtud de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el contenido en la Ley 71 de 1988, bajo dicha normatividad, la demandante, a la fecha, ya acredita la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación. En efecto, el tiempo laborado y cotizado al ISS y a CAJANAL es superior a 20 años y, además, cumplió los 55 años de edad el 14 de diciembre de 2007. Si bien es cierto, que para la época que hizo su reclamación a la entidad no reunía el requisito de edad, pues para ese entonces contaba con cincuenta (50) años, no es menos cierto que a la fecha, y en el trámite de esta instancia, la actora cumplió cincuenta y cinco (55), motivo por el cual es dable acceder al reconocimiento de la pensión por aportes, y no a la especial de jubilación pretendida en la demanda, en atención a los principios constitucionales de favorabilidad en materia laboral; prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades; y de lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A., el cual permite al fallador contencioso, para restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas.

[Sentencia de 19 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2005-00670-01 \(1489-08\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

10. a) NO SE PRESENTA INEPTITUD DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE PODER CUANDO SE MENCIONA A LA PERSONA NATURAL QUE DESEMPEÑA EL CARGO DE REPRESENTANTE LEGAL. PRINCIPIO DE BUENA FE. PRINCIPIO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El hecho de haberse mencionado en el poder la persona natural que representaba la entidad para el momento del otorgamiento de la facultad y la interposición de la demanda, no indica que el mandato se otorgaba para demandar a dicha persona natural y no a la entidad. Es claro, y así lo entendió el Tribunal, que la mención que se hace del señor Sergio Pérez Chamatti en el memorial poder, lo único que pretendía era informar acerca de quien ejercía la representación de la entidad para efectos del trámite que debía surtir una vez se admitiera la demanda, más no que fuera contra esa persona natural que se dirigía la demanda. Nótese que se agrega la frase: “o quien haga sus veces”, porque bien podía ocurrir que para el momento en que se llevara a cabo la notificación personal del auto admisorio o cualquiera otra providencia dictada en el curso del proceso, el gerente ya no fuera el mencionado en el poder, sino otra persona diferente. Consecuente con lo anterior no le asiste razón al impugnante sobre la ineptitud de la demanda por ausencia de poder, porque, insiste la Sala, se trata de un requisito formal que genera inadmisión de la demanda al tenor de lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A., y una vez corregido en los términos ordenados o si en dicha corrección se le da al juez claridad sobre el asunto para el que se otorgó y contra quien se dirigen las pretensiones, procede la admisión de la demanda, dado que bajo la órbita de un excesivo formalismo se pueden menoscabar derechos subjetivos o desconocer principios del derecho como el de la buena fe y el acceso a la administración de justicia

b) LA REINCORPORACIÓN DE EMPLEADO DE CARRERA POR SUPRESIÓN DE CARGO PERMITE LA CONTINUIDAD DE LOS DERECHOS QUE DE ELLA SE DERIVAN

La Ley 100 de 1993 en su artículo 194, prevé que la prestación de los servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de la Empresas Sociales del Estado que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley. Acorde con lo anterior, la supresión del empleo que la actora desempeñaba al interior del municipio de Itagüi, concretamente en la Dirección Local de Salud, se verificó en cumplimiento no sólo de la Ley 100 de 1993, sino también de la Ley 10 de 1990 por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud como un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas para ello. Esta reorganización al interior del municipio, motivó la transformación por el Concejo mediante Acuerdo No. 011 del 3 de agosto de 1999 del establecimiento público Hospital del Sur, en una Empresa Social del Estado descentralizada del orden municipal dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita en los términos del parágrafo del artículo 20 del Decreto 1876 de 1994, a la Dirección Local de Salud e integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud, sometida al régimen jurídico previsto en los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993. En cuanto a la situación laboral de las personas vinculadas a las entidades que se liquidan, transformen o fusionen en cumplimiento de las nuevas disposiciones en materia de salud, el artículo 17 de la Ley 10 de 1990 señala: “...Las personas vinculadas a las entidades que se liquidan, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente. En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella.(...)” De las normas transcritas se infiere que en tratándose de empleados escalafonados, a quienes se les suprime el cargo, o son trasladados en virtud de la fusión de entidades, no se les pueden menoscabar los derechos laborales que les son inherentes y por ende tienen derecho a continuar prestando el servicio en las mismas condiciones laborales si se les incorpora a la nueva entidad que asumió las funciones de la suprimida, la transformada o la fusionada.

c) EN LA LIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR SUPRESIÓN DEL CARGO DEL EMPLEADO REINCORPORADO EL TIEMPO DE SERVICIO ANTES DE LA SUPRESIÓN DEL CARGO DEBE ACUMULARSE CON EL SERVIDO A PARTIR DE AQUELLA

Es claro entonces para la Sala y así se reitera en esta oportunidad, que producida la incorporación de un empleado escalafonado, a quien se le suprimió el cargo, el tiempo servido antes de la supresión se acumulará con el servido a partir de aquella para efectos de la causación de prestaciones sociales, incluida la indemnización por supresión del cargo en el que fue incorporado, sin perjuicio de que en el evento de haberse presentado interrupción en la prestación del servicio, este término deba descontarse al momento del reconocimiento de cualquiera de los derechos laborales. El anterior argumento es válido si en cuenta se tiene que la antigüedad laboral otorga a los funcionarios un conjunto de derechos y beneficios desde el momento mismo de su vinculación con la entidad, y como la suspensión del servicio no rompe el vínculo laboral, esta antigüedad debe computarse para todos los efectos en procura del amparo y protección de los derechos

fundamentales al trabajo y adquiridos por cuanto el Estado debe brindar especial protección al trabajo propiciando de este modo que se realice en condiciones dignas y justas.

[Sentencia de 5 de noviembre de 2009, Exp. 05001-23-31-000-2002-03218-01\(1516-08\), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

SECCIÓN TERCERA

1. a) A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 1150 DE 2007, SE UNIFICÓ EL SISTEMA DE LAS CAUSALES PARA LOS RECURSOS DE ANULACIÓN CONTRA LAUDOS ANTE EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto, que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión. De otra parte, conviene también puntualizar que, con anterioridad a la modificación que sufrió el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 por cuenta del artículo 22 de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, las causales de anulación de laudos arbitrales se encontraban previstas en dos normas: la primera en el citado artículo 72 y aplicable a los contratos estatales; y la segunda en el artículo 38 de la Decreto ley 2279 de 1989, para los contratos regidos exclusivamente por el derecho privado, compiladas ambas en los artículos 230 y 163 del Decreto 1818 de 1998, respectivamente. Empero, según la jurisprudencia que desarrolló la Sala al amparo del texto original de la Ley 80 de 1993, las causales de anulación que resultaban aplicables a un contrato celebrado por una entidad pública pero regido por el derecho privado, debían ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998; en efecto, así lo señaló para cuando una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal celebrara un contrato amparado por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. Este tema se encuentra superado en la actualidad, por cuanto la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó en su artículo 22 el artículo 72 de la Ley 80 de 1993. Por consiguiente, a partir de la vigencia del anterior precepto, se unificó el sistema de las causales para los recursos de anulación contra laudos ante el contencioso administrativo, en el sentido de que corresponden a las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 de la Decreto 1818 de 1993, con independencia de que el contrato origen del conflicto en el respectivo laudo arbitral sea regido por el derecho privado o también por el estatuto de contratación pública.

b) LA CAUSAL DE HABERSE FALLADO EN CONCIENCIA NO EXCLUYE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD

El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración; amen de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política (artículo 230). Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares. De otra parte, también ha señalado la Sección que la

decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, razón por la que la causal de anulación en comento no puede justificar por parte del juez del recurso la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento (Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 22.191); además, ha puntualizado que para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Igualmente, ha sostenido la Sala que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso.

c) PARA QUE SE CONFIGURE LA CAUSAL 7 DEL ARTÍCULO 163 DEL DECRETO 1818 DE 1998 RELACIONADA CON LA EXISTENCIA DE DISPOSICIONES CONTRARIAS, ÉSTAS DEBEN IMPEDIR LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

Dicha causal tiene lugar, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando no sólo aparezca en la parte resolutive de la sentencia sino que además ‘la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago’. En resumen, se configura la causal siempre que habiéndose alegado oportunamente al Tribunal y éste no acceda a su corrección, no sea posible ejecutar la providencia total o parcialmente, porque lo decidido en su parte resolutive en una o varios de los dictados de ésta se excluyen y oponen entre sí, de tal manera que lo fallado en una parte de pretender cumplirse simultáneamente veda o aniquila otra. De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la causal del numeral 7º artículo 38 del Decreto ley 2279 de 1989, en cuanto a su último supuesto está condicionada: i) a que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento; ii) a que las contradicciones que se alegan estén presentes en la parte resolutive del laudo; y iii) a que determinen la imposibilidad de ejecutar sustancialmente la decisión contenida en la parte resolutive.

d) EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA IMPLICA QUE EN LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS QUE PONGA FIN A UN LITIGIO DEBE EXISTIR UNA ADECUACIÓN O PERFECTA SIMETRÍA ENTRE LO PEDIDO Y LO RESUELTO

La causal “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, prevista en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, evento en el cual se predica que el fallo es mínima o citra petita respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil). El principio de congruencia implica que en la decisión de los árbitros que ponga fin a un litigio debe existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, de manera que puede verse afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando concede menos de lo pedido o deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita), quebrantos a esa regla de atribución por exceso o por defecto, que se encuentran tipificadas como hechos pasibles para la invocación de la nulidad del laudo arbitral en los términos de los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y causa petendi- de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvención y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente. Por tal motivo, la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto

por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y apareja, como atrás se señaló, que el juez deba anular el laudo y entrar a proferir fallo en relación con los puntos omitidos (inciso segundo del artículo 165 ibídem). En virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión.

Sentencia de 8 de julio de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2008-00091-00 (35896). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

2. a) POR FALTA DE INFORMACIÓN ENTRE AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS, SE REMATÓ Y ADJUDICÓ UN BIEN INMUEBLE QUE HABÍA PASADO A SER PROPIEDAD DEL ESTADO POR EXTINCIÓN DE DOMINIO

En el presente caso resulta innegable el hecho de que el Estado, por conducto del Juez 12 Civil del Circuito de Cali, al ejecutar obligaciones contraídas por la señora Ada Fanny Ballesteros, en pública subasta le vendió al señor Jaime Martínez Orozco un inmueble que previamente había pasado al dominio de la Nación - Dirección Nacional de Estupefacientes, es decir que la deudora hipotecaria a quien el juez representó legalmente en dicha venta forzada, para el momento en que dicha venta se produjo, no era la verdadera dueña del inmueble y en esa medida el derecho de dominio no pudo ser efectivamente trasladado al rematante. No obstante lo anterior, lo cierto es que según se desprende de los señalamientos precedentes, en éste caso la venta en pública subasta del inmueble y su consecuente adjudicación a Jaime Martínez Orozco habría podido evitarse si el Juzgado Quinto Especializado de Cali o la Dirección Nacional de Estupefacientes, o ambos, hubieran registrado de manera oportuna la limitación del derecho de dominio que se configuró con ocasión de la incautación del bien, toda vez que tal proceder habría impedido la constitución e inscripción del gravamen hipotecario así como el embargo y secuestro decretado en el proceso ejecutivo; de la misma manera, si la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos hubiese puesto en conocimiento del Juez 12 Civil del Circuito la inscripción de la sentencia de extinción del dominio, comoquiera que en todo caso seguía vigente el embargo decretado en el proceso ejecutivo hipotecario que se adelantaba en ese Despacho Judicial. En conclusión, el daño por cuya indemnización reclama el demandante se presentó como consecuencia directa y determinante de la falla del servicio en la que incurrieron conjuntamente el Juzgado Quinto Especializado de Cali, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Superintendencia de Notariado y Registro; en consecuencia, el daño sufrido por el demandante resulta imputable tanto a la Nación - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, como a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Superintendencia de Notariado y Registro, entidades que deberán responder patrimonialmente en forma solidaria por los perjuicios que serán determinados en el siguiente acápite.

b) SE RECONOCEN PERJUICIOS MORALES POR LA ANGUSTIA Y ZOZOBRA GENERADA POR LA PÉRDIDA DE BIENES MATERIALES

Esta Corporación ha encontrado posible derivar perjuicios morales por la pérdida de bienes; así lo manifestó en sentencia del cinco de octubre de 1989: “Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiéndose por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se

presume”. En cuanto a la prueba de ese daño moral, ha recalcado la Sala que: “la especial naturaleza de este perjuicio implica su cabal demostración, sin que resulte suficiente para darlo por existente —y en consecuencia, para considerarlo indemnizable— con probar la titularidad del derecho y la antijurídica lesión del mismo imputable a una autoridad pública.” De manera que frente al caso concreto, teniendo en cuenta que el dinero es un bien mueble de carácter fungible y que ante la inminencia de su pérdida el demandante dijo haber resultado moralmente afectado, es necesario recurrir a las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de establecer si las mismas otorgan a la Sala certeza sobre la existencia y justificación de tal perjuicio. En el presente caso sí hay lugar a reconocer la existencia del perjuicio moral alegado teniendo en cuenta la zozobra y la angustia que sin duda alguna debió implicar e implicó para el demandante la situación que dio lugar al presente proceso. Sin embargo, la tasación que de dicho perjuicio hizo el *a quo*, en el equivalente en pesos a la cantidad de 1000 gramos de oro, resulta objetivamente alta si se tiene en cuenta que la intensidad del perjuicio que debió soportar el señor Martínez Orozco no puede en modo alguno equipararse a la afectación moral que ha llevado a la Sala a reconocer dicho monto en los casos de mayor intensidad, como suelen ser los que corresponden a la muerte de un ser querido muy cercano (padre, madre, hijo, cónyuge o compañero).

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-1996-02035-01 \(17119\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

3. PROBADO QUE ACTUARON EN FORMA DOLOSA, PREMEDITADA E INHUMANA, CON MIRAS A DEMOSTRAR RESULTADOS (FALSO POSITIVO), SE ORDENÓ A LOS MILITARES QUE ASESINARON A 6 CAMPESINOS, A REINTEGRAR AL ESTADO LA CONDENA PAGADA A LOS DAMNIFICADOS POR ESE HECHO DE BARBARIE, SUMA QUE EN LA ACTUALIDAD ASCIENDE A \$687'403.450

En el caso concreto, de las sentencias penales y el acta del Consejo de Guerra Verbal, documentos debidamente trasladados como pruebas del proceso penal militar, se establece que los militares actuaron con toda la premeditación del caso, y que su objetivo era claro al pretender cercenar de forma inhumana la vida de los seis campesinos de Belmira (Antioquia). En efecto, tal y como se desprende de la mencionada acta, los propios apoderados judiciales, en representación de los militares sindicados, aceptaron los cargos formulados, e intentaron escudarse jurídicamente en la grave situación que se vivía en la zona, dada la alta influencia de la guerrilla en la misma. No es admisible que miembros activos del Estado, encuentren justificación para actuar como “agentes provocadores” y como “agentes de ejecución extrajudicial”, con miras a mostrar resultados en relación con el conflicto interno que vive el país “falsos positivos”. El Estado Colombiano se edifica en el principio del Estado Social de Derecho, según el cual el eje principal de la organización pública es la persona, entendida como un sujeto titular de derechos que deben ser protegidos en su integridad por quienes detentan el poder público. En otras palabras, dada la connotación antropocéntrica de la Carta Política, los derechos humanos y, especialmente, los de carácter fundamental son inviolables, inalienables e imprescriptibles y, precisamente, es el Estado el principal encargado de velar por el respeto de esas garantías esenciales del ser humano. Así las cosas, los miembros de la fuerza pública deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, pues cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, por muy loable en apariencia que sea el propósito con que subjetivamente se actúe por parte de los funcionarios (v.gr. eliminar a las fuerzas al margen de la ley), se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad; lo anterior, como quiera que cuando es el mismo Estado -entidad que detenta el uso legítimo de la fuerza-, quien a través de sus miembros activos emplea sus medios e instrumentos para cercenar, aniquilar y desdibujar las garantías fundamentales del ser humano se quebranta el principio basilar del Estado Social de Derecho, esto es, la dignidad humana, y ello se presta para definir a la organización pública como ilegítima, pues actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político. Expuestos los anteriores planteamientos, para la Sala es apodíctica verdad que los señores Monroy Roncancio, Mendoza Mena, y Mejía González con su conducta desconocieron no sólo el

ordenamiento jurídico interno, sino que, desde la perspectiva internacional, generaron vulneraciones o trasgresiones a la normatividad sobre los derechos humanos (DDHH). En efecto, como bien lo precisó el tribunal de primera instancia, los militares incurrieron en actos de barbarie, al asesinar de la forma más inhumana a un grupo de campesinos de la zona -tres de los cuales eran menores de edad-, lo que claramente significa un grave desconocimiento al principio de dignidad humana y al derecho fundamental de la vida. Así las cosas, el actuar doloso de los demandados se encuentra acreditado en el asunto *sub examine*, puesto que no sólo se aceptaron los cargos formulados dentro del proceso penal militar (confesión) -documentos que son valorables en este proceso, como ya se puntualizó-, sino que, adicionalmente, las sentencias penales allegadas son claramente demostrativas del grado psicológico -intencionalidad- con que actuaron los ex militares, al haber aplicado, sin fórmula de juicio, la pena de muerte a seis campesinos desarmados que no representaban ningún peligro o riesgo para los militares.

[Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 05001-23-25-000-1998-02246-01 \(35529\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPETICIÓN.](#)

* Con salvamento de voto

4. SE CONDENÓ AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES POR LA MUERTE DE UN NASCITURUS, PROVOCADA POR LA FALTA DE ATENCIÓN PREVIA Y A LA CARENCIA DE RECURSOS HUMANOS EN LA INSTITUCIÓN HOSPITALARIA

El primero de los elementos estructurales de la responsabilidad, el hecho, se encuentra probado con las anotaciones realizadas por el médico Hernando Vergara González en el informe presentado al Jefe de atención médica de la Clínica “Henrique de la Vega” del Instituto de Seguros Sociales donde se transcribe la historia clínica de la paciente, allí consta que, luego de haber sido practicada la cesárea para la que fue programada la materna, se halló un “feto recién muerto, líquido amniótico meconiado y cordón umbilical breve”, es decir, el nasciturus había muerto minutos antes de ser practicado el procedimiento quirúrgico referido. El daño, por su parte, se concreta, en estricto sentido, con el deceso o la muerte del hijo que estaba por nacer y se predica frente a quienes obran como demandantes dentro de este proceso. El nexo de causalidad entre el hecho y el daño, se encuentra debidamente acreditado, si se tiene en cuenta que, de la lectura de los informes médicos relacionados en precedencia, se evidencia la falta de atención oportuna en cuanto al procedimiento que debió implementarse para conjurar el período expulsivo prolongado al que fue sometida la paciente y el feto, circunstancia que finalmente le produjo la muerte a éste, falta de atención que, entre otras y fundamentalmente, estuvo determinada por la carencia de recursos humanos en la sala de partos o en la sección de maternas de la institución. En efecto, se acreditó debidamente que la atención dispensada a la paciente fue deficiente y el procedimiento quirúrgico implementado inoportuno, en tanto que no pudo ser atendida en forma permanente y periódica por el personal profesional que se requiere para enfrentar este tipo de situaciones, debido a la carencia de médicos y el cúmulo de pacientes que normalmente acuden en busca de atención científica profesional y especializada en una institución de tercer nivel como es el caso del centro asistencial “Henrique de la Vega”, carencia que resulta inadmisibles si se tiene en cuenta que el centro hospitalario demandado pertenece, como se anotó, al nivel III de atención, ello implica que debería contar no sólo con los elementos básicos necesarios para la buena prestación del servicio como instrumentación, equipos farmacéuticos, terapéuticos, quirúrgicos, biológicos etc., sino con los recursos más importantes en cualquier entidad o institución del sector salud, el potencial profesional y asistencial humano, pues la existencia de esta clase de centros asistenciales justifican su existencia y funciones en la atención de asuntos que revisten. La Sala, no halla dentro de la transcripción de la historia clínica presentada en los informes rendidos, ni de las argumentaciones esgrimidas por la defensa, justificación alguna al hecho probado, según el cual, el hijo de la materna que estaba por nacer, murió como consecuencia directa de la falta de monitoreo profesional permanente que permitiera conocer, sin hesitación alguna, el estado del nasciturus y la evolución del trabajo de parto que adelantaba su madre para determinar, de esa manera, cuál era

la mejor opción para lograr que el feto naciera con vida y en buenas condiciones de salud como ingresó al centro hospitalario.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Exp. 13001-23-31-000-1996-01000-01 \(19566\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

5. a) PARA QUE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO PUEDAN CONOCER DE DEMANDAS EJECUTIVAS, SE REQUERIRÍA AUTORIZACIÓN LEGAL Y HABILITACIÓN EXPRESA CONTENIDA EN LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

De la específica naturaleza del proceso ejecutivo y su finalidad, puede deducirse en principio, la improcedencia del mecanismo arbitral para su trámite, por cuanto no existiría controversia sobre materia transigible que lo justificara, sino el cobro de una obligación clara, expresa y exigible, en donde ninguna duda cabe respecto de la titularidad del derecho que se ejerce coactivamente a través del ejecutivo. No obstante, la Constitución Política, al permitir la designación de árbitros por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, que serán por lo tanto investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (art. 116), no estableció limitación alguna y defirió a la ley los términos del ejercicio de la función judicial por estos particulares; en consecuencia, el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede establecer las condiciones en las que el arbitramento será posible dentro de nuestro sistema jurídico procesal. Es decir que, así se admita la posibilidad de convocar tribunales de arbitramento para tramitar procesos ejecutivos, surgen dos obstáculos que deben ser superados para que aquellos puedan actuar válidamente en tal clase de procesos: 1) De un lado, es necesario que el legislador autorice y establezca el procedimiento a seguir por parte de los árbitros, cuando se trate de cobros ejecutivos, puesto que el procedimiento que actualmente existe, corresponde a un proceso de conocimiento, declarativo y de condena, que obviamente no resulta adecuado para aquella finalidad. 2) De otro lado, es necesario que las partes expresamente hayan acordado en el pacto arbitral la posibilidad de someter al conocimiento de árbitros el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en títulos ejecutivos -en este caso, derivados de contratos estatales-, es decir, que de manera expresa y concreta incluyan en la cláusula compromisoria o en el compromiso, el acuerdo de tramitar los procesos ejecutivos que se puedan suscitar entre ellas, ante tribunales de arbitramento y no ante la justicia ordinaria.

b) EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL NO EXISTE NORMA LEGAL QUE AUTORICE A LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO PARA CONOCER DE PROCESOS EJECUTIVOS

En materia de contratación estatal, no existe norma legal alguna que autorice la constitución de tribunales de arbitramento para la tramitación de procesos ejecutivos derivados de contratos de la Administración, los cuales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa; como tampoco se ha regulado por parte del legislador, como mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para los derivados de los contratos estatales, proceso arbitral distinto al consagrado en el Decreto Ley 2279 de 1989, el cual corresponde a un proceso de conocimiento tendiente a la definición de controversias mediante la expedición de un laudo arbitral que decida sobre las pretensiones y defina el derecho en cuestión; no sobra observar, además, cómo el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, define el arbitraje como "... un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral (...)", definición en la que resalta precisamente, el hecho de que debe existir una **controversia**, sobre la cual puedan transigir las partes, circunstancia que, en principio, no se presenta en una demanda ejecutiva.

c) SE DECLARÓ FUNDADO EL RECURSO DE ANULACIÓN INTERPUESTO POR ASMET SALUD ESS, TENIENDO EN CUENTA QUE LOS ÁRBITROS SE PRONUNCIARON SOBRE UN ASUNTO QUE NO ESTABA SUJETO A SU DECISIÓN, PARA LO CUAL INTERPRETARON LA DEMANDA, VARIÁNDOLA DE TAL MANERA PARA QUE SE ACOMODARA A SU REAL COMPETENCIA

Los árbitros se pronunciaron sobre un asunto que no estaba sujeto a su decisión, pues asumieron la competencia para conocer del mismo, frente a una demanda ejecutiva en la que se les pidió que profirieran un mandamiento de pago en contra de la entidad estatal convocada. Ese desbordamiento, manifestado en la expedición de un fallo *extra petita*, configura una violación del principio de congruencia, que debe ser respetado por todo juez en sus providencias y a cuya protección apunta la causal 7ª del artículo 8º del Decreto Ley 2279 de 1989, invocada en el recurso de anulación que ahora se decide. No es de recibo, por lo tanto, que los árbitros pretendan “interpretar” la demanda de convocatoria del tribunal de arbitramento, variándola de tal manera, que se acomode a la real competencia que ellos ostentan para resolver las controversias que en esa precisa relación negocial puedan surgir entre las partes; resulta totalmente irregular la actuación del tribunal de arbitramento de pretender cambiar las pretensiones del demandante, so pretexto de proceder a su interpretación, reemplazando su voluntad y querer al acudir al juez del contrato y tramitando un proceso de conocimiento que no fue pedido y que además no se requería, resultaba inocuo e inútil, frente a la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un documento proveniente del deudor, obligación que por lo tanto, no era necesario establecer nuevamente, aparte de que esto implicaba desconocer la fuerza normativa que ostentaban las actas de liquidación bilateral de los contratos suscritas por las partes y presentadas como título ejecutivo, respecto de las cuales, ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala que se trata de acuerdos de voluntad que sólo pueden ser invalidados si se alega y comprueba un vicio del consentimiento que los afecte. Por si lo anterior fuera poco, se observa que en la cláusula compromisoria suscrita por las partes, ellas no acordaron someter a la decisión de los árbitros las controversias que se pudieran suscitar con ocasión del cobro ejecutivo de las obligaciones derivadas del contrato estatal celebrado. El Tribunal de Arbitramento dejó de lado y no le mereció comentario alguno el hecho de que la sociedad Asmet Salud hubiera acudido en primer lugar ante la jurisdicción contencioso administrativa a presentar su demanda ejecutiva ante el Tribunal Administrativo de Nariño y que éste -en forma equivocada, por demás-, le hubiera rechazado la demanda por falta de jurisdicción, hecho que sin lugar a dudas, la indujo a intentarlo ante un tribunal de arbitramento, no porque sus pretensiones hayan variado sino porque el juez natural del contrato le indicó esta vía procesal como la procedente para la tramitación del cobro ejecutivo que buscaba efectuar. En estas condiciones, lo que realmente se configuró fue una verdadera denegación de justicia. De acuerdo con lo expuesto, no queda duda entonces, sobre la configuración de la causal de anulación consistente en haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

[Sentencia de 8 de julio de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2009-00026-00 \(36478\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) LAS ACTAS DE JUNTA DIRECTIVA NO SON PRUEBAS IDÓNEAS PARA DESPOJAR A LOS ASIENTOS CONTABLES DE SU EFICACIA PROBATORIA

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre las ventas del segundo bimestre del año 2002 y se impuso sanción por inexactitud.

Tesis: Esta Corporación advierte que en contraposición a lo anterior, la actora ha demostrado que la negociación con BAVARIA S.A., plasmada en los mencionados contratos, resulta coherente con sus soportes contables y los estados financieros, frente a lo cual la DIAN con fundamento en sus amplias facultades de fiscalización, pudo obtener medios probatorios directos y contundentes que le permitieran desvirtuar la contabilidad del contribuyente y tener la certeza y veracidad requerida para revelar la realidad negocial que ha sostenido existió en el sub examine. Lo anterior por cuanto

para la Sala, las determinaciones de la junta directiva de CROWN no son pruebas suficientes para controvertir los asientos contables de la demandante, pues la Administración ha sido dotada de mecanismos que le permitirían en el caso, establecer el valor real de la maquinaria y equipo que BAVARIA S.A. le vendió a CROWN, tales como un avalúo técnico de los bienes al momento de su negociación o el valor de los equipos en libros, etc., no obstante acudió a informes de junta directiva que no son pruebas idóneas y suficientes para despojar a los asientos contables de la eficacia probatoria que la ley le ha otorgado cuando se llevan en debida forma, como ocurre en el presente caso, para el asunto que se analiza. Todo lo anterior permite desvirtuar en consecuencia, que la valoración de las pruebas por parte de la DIAN fue integral, como lo sostiene, pues como se observó, no puede decirse con certeza, que lo acordado en los contratos contradice lo consignado en las actas de junta directiva y que por ende sea lo dispuesto en éstas últimas el verdadero objeto y precio de la maquinaria. Por lo anterior se advierte, que el contrato, que es ley para las partes, respecto del valor de la maquinaria coincide con los asientos contables de la demandante, quien registró los bienes por la suma de US\$4.500.000, según se indica en los estados financieros a los que se hizo referencia.

b) EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENVASES AL SER LEY PARA LAS PARTES LO ESTIPULADO EN ÉL TIENE VALIDEZ

El contrato, que es ley para las partes, respecto del valor de la maquinaria coincide con los asientos contables de la demandante, quien registró los bienes por la suma de US\$4.500.000, según se indica en los estados financieros a los que se hizo referencia. Entonces, precisado lo anterior, para la Sala no existe prueba que permita señalar que el descuento estipulado en la cláusula quinta del contrato de suministro, corresponda en realidad al pago de la maquinaria y equipo que BAVARIA S.A. vendió a CROWN, como lo sostiene la demandada, por lo que en tal sentido se procederá a analizar la legalidad del descuento rechazado por la Administración a la luz de lo acordado en el mencionado contrato.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2006-00959-01 \(17079\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

* Salvamento de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

2. a) LA BASE GRAVABLE EN INDUSTRIA Y COMERCIO EN CALI RESPECTO DE SERVICIOS TEMPORALES SON LOS INGRESOS BRUTOS MENOS LOS COSTOS DIRECTOS

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales el municipio de Santiago de Cali modificó la declaración del impuesto de industria, comercio, avisos y tableros de 2001.

Tesis: De acuerdo con la Ley 14 de 1983 [32, 33], el artículo 1 del Acuerdo 035 de 1985, “Por el cual se dictan disposiciones sobre el Impuesto Municipal de Industria y Comercio y su Complementario de Avisos y Tableros en el Municipio de Cali”, dispuso que el impuesto de industria y comercio, en cuanto a materia imponible, recae sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se realicen directa o indirectamente, en el municipio de Santiago de Cali, por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, independientemente de que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos. Dicho impuesto se liquida sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, con exclusión de devoluciones; ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones; subsidios; impuesto a las ventas; y recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el estado, siempre y cuando el contribuyente demuestre que incluyó dichos impuestos en sus ingresos brutos. La base gravable para liquidar el tributo es la resultante de dividir el valor de los ingresos brutos percibidos durante el año inmediatamente anterior, por el número de meses en que se haya realizado la actividad que genera el tributo [21, 24]. Y, para el caso de las empresas que ejercen actividades de servicios temporales, el Acuerdo 57 de 1999 previó que dicha

base se obtiene de deducir de los ingresos brutos, los costos directos, o sea, el valor de los salarios y prestaciones sociales por los empleos temporales (artículo 4).

b) LA CORRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE INDUSTRIA Y COMERCIO ES UNA FACULTAD DEL CONTRIBUYENTE QUIEN POR LO MISMO NO ESTÁ OBLIGADO A EJERCERLA

El procedimiento de corrección para disminuir el valor a pagar o aumentar el saldo a favor, previsto en el artículo 34 del Decreto 523 de 1999, es ante todo una facultad del contribuyente quien por lo mismo no está obligado a ejercerla, ni el reconocimiento de los saldos a favor se supedita a que ello ocurra, pues, la misma norma aclara que la corrección no impide la facultad de revisión.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 76001-23-31-000-2006-00727-01 \(17238\) M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

3. DEBE EXISTIR PRONUNCIAMIENTO DEFINITIVO DE LA LEGALIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN PARA ESTABLECER EL MONTO DEL SALDO A FAVOR A REINTEGRAR

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN sancionó a la actora por devolución improcedente.

Tesis: Así pues, la devolución de saldos a favor declarados en renta y ventas tiene carácter provisional, dado el proceso de fiscalización que eventualmente puede iniciarse respecto de dichos tributos y dentro del cual es posible que tales saldos se modifiquen o rechacen. Los actos sancionatorios, como la resolución que ordena el reintegro de sumas devueltas o compensadas, hacen parte de una actuación oficial diferente a la de determinación del impuesto. La actuación administrativa relacionada con el reintegro de la devolución efectuada y la correspondiente al proceso de determinación oficial del tributo, son dos trámites distintos y autónomos aun cuando la orden de reintegro se apoye en la actuación de revisión. Para la procedencia de la sanción, el artículo 670 del Estatuto Tributario sólo exige la preexistencia de devolución o compensación de un saldo a favor, el rechazo o la modificación del mismo a través de liquidación oficial de revisión y la notificación de ésta. Aunque la firmeza de la liquidación oficial de revisión no se consagró como requisito de la sanción, la Sala ha señalado que del artículo 670 del E. T. se deduce que para imponerla debe existir una decisión definitiva en vía gubernativa, que rechace o modifique el saldo a favor. De ello se infiere que si se declara la nulidad parcial de un acto y se fija un nuevo saldo a favor, la diferencia entre lo efectivamente devuelto según la liquidación privada y el nuevo saldo determinado como consecuencia de la declaratoria de nulidad, debe devolverse a la Administración. También se deduce que si se niega la nulidad de la liquidación oficial de revisión, la sanción por devolución improcedente impuesta debe permanecer incólume. En consecuencia, los actos demandados tienen la misma suerte del acto de determinación oficial en el que se fundamentaron y cuya solicitud de nulidad se negó por fallo ejecutoriado, de modo que las pretensiones debían negarse, porque en el caso en estudio la jurisdicción mantuvo la legalidad de la liquidación oficial de revisión que modificó el saldo a favor declarado en la declaración de renta de 2000.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-00056-01 \(16708\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

4. a) LOS PAGOS A LA ANDI Y AFIDRO SON DEDUCIBLES CUANDO TENGAN RELACIÓN CON EL OBJETO SOCIAL DEL CONTRIBUYENTE

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN negó el levantamiento de las medidas de embargo y secuestro de un inmueble que fue arrendado por la demandante ya que conforme al artículo 687 del C.P.C. al tener el arrendatario la calidad de poseedor o tercero poseedor hay lugar al levantamiento de tales medidas.

Tesis: En lo que hace a los pagos efectuados a la ANDI, la entidad tributaria expone como sustentación del rechazo que “*no está demostrada la identidad del tema manejado por la asociación gremial con el farmacéutico, ni obra prueba de la oportunidad y cuantía*”. Examinadas las pruebas remitidas con la demanda, tenemos que se trata de ocho facturas, pagadas por “Cuota de sostenimiento de la Cámara de la Industria Farmacéutica” y una por “Afiliación al proyecto contra la falsificación de productos y usurpación de marcas”, conceptos que no dejan duda sobre la relación con la industria farmacéutica, principal objeto social de la contribuyente. Como se observa, la totalidad de facturas pertenecen a la vigencia gravable 2002 y sus valores parciales totalizan la cuantía solicitada, cumpliendo con las exigencias legales para su aceptación. No obstante, al verificar el pago realizado, encontramos que éste pago de \$96.552 corresponde a la “Inscripción...al Simposio Internacional de Marketing Farmacéutico”, de donde no se trata de compra de ningún medicamento o materia prima para su elaboración excluido del IVA, por tanto el desconocimiento de éste rubro debe permanecer. En relación con los pagos efectuados a AFIDRO, el ente fiscal, a pesar de reconocer que, por tratarse de la “Asociación de Fabricantes de Productos Farmacéuticos” posee identidad con el objeto social de la empresa, hace referencia en su rechazo a que el tema del pago es “Atención odontológica a particulares, donación, vacunación y festival de juegos recreativos”; sin embargo, examinados los documentos probatorios hallamos que en ninguna de las facturas aportadas aparecen conceptos tales como tratamientos odontológicos, vacunación o juegos recreativos ya que la suma desestimada por la entidad tributaria se descompone así: \$92.401.704 que corresponden a Cuotas de mantenimiento a la Asociación; \$11.592.000 por donación a Fundafidro y \$1.500.000 por el patrocinio de un periodista para la realización de un diplomado. De las anteriores cantidades es procedente deducir lo correspondiente a cuotas de sostenimiento por su relación directa con el sector farmacéutico; no así la cantidad donada, toda vez que para ésta se debió haber demostrado el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la viabilidad fiscal de las donaciones, ni lo pagado por patrocinio por cuanto éste fue efectuado a “un periodista” sin vínculo alguno con la compañía.

b) LA DEDUCCIÓN POR SUSCRIPCIONES A REVISTAS Y PERIÓDICOS NO PROCEDEN CUANDO NO SON NECESARIAS PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL NI GUARDAN RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Tesis: Se tratan los anteriores conceptos de suscripciones a revistas y periódicos de carácter financiero y económico o noticioso, los que, como bien lo expuso el *a quo* carecen de relación causal con la renta declarada y no son necesarios para el desarrollo normal del objeto social, respecto de los que mal puede la actora aseverar que se aceptaron pagos por otras publicaciones de contenido similar, ya que las que fueron procedentes en su mayoría guardan relación directa con el sector farmacéutico (IMS, Interdata, Dendrite, PBJ) o se trata de normatividad indispensable en su departamento legal (Legis), en tanto éstas no reúnen ninguna de las enunciadas condiciones. Los anteriores rubros obedecen el primero a la afiliación a un sindicato que no es forzosa para el funcionamiento de la sociedad, ni de ella se deriva la obtención de ingreso alguno, como tampoco es necesaria ni tiene ninguna relación de causalidad con la renta la música ambiental contratada con Sayco, de donde no se hace viable su aceptación.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01893-01 \(16717\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

5. NO ES NECESARIO PARA OBTENER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO LA CORRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la Secretaría de Hacienda rechazó la solicitud de devolución de pago de lo no debido del impuesto de industria y comercio de los bimestres 1 a 6 de los años 1998, 1999, 2000, 2001 y 1 a 5 de 2002.

Tesis: El demandante discrepó de la decisión del *a quo* por cuanto consideró que el pago que hizo fue no debido y, como tal, su devolución podía formularse dentro de los términos de prescripción de la acción ejecutiva previstos en el artículo 2536 del Código Civil y sin adelantar el procedimiento previo de la corrección de la declaración. La Sala considera que le asiste razón a la demandante, en

cuanto a que no era necesario que siguiera el procedimiento establecido en el artículo 20 del Decreto 807 de 1993 y en cuanto a que, el término para solicitar la devolución es el establecido para la prescripción de la acción ejecutiva previsto en el Código Civil. Esta Sala en sentencia que ahora se reitera, al referirse a si es procedente la corrección previa de la declaración privada para obtener la devolución de lo que se pagó de manera indebida por concepto del impuesto de industria y comercio liquidado sobre la UPC, precisó que no por cuanto, precisamente, el pago de lo no debido es el que se efectúa “sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento”. En consecuencia, si con la solicitud de devolución no se pretende establecer un mayor saldo a favor sino probar la inexistencia legal para realizar un pago, el trámite pertinente no es el previsto en el artículo 20 del Decreto 807 de 1993 que remite al artículo 589 del E.T. y que limita la petición de devolución a tan sólo dos años.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01939-01 \(16567\) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.](#)

* Salvamento de voto del doctor William Giraldo Giraldo

6. EN EL COBRO COACTIVO CONTRA HEREDEROS INDETERMINADOS NO SE REQUIERE QUE LA DIAN EXPIDA ACTO ADMINISTRATIVO INDEPENDIENTE

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN declaró no probadas las excepciones de falta de ejecutoria, falta de título ejecutivo y prescripción de la acción de cobro.

Tesis: De los hechos probados advierte la Sala que las liquidaciones oficiales que se formularon contra el señor Luis Felipe Velásquez Arango se encuentran debidamente ejecutoriadas y son oponibles a sus herederos representados por la demandante por las siguientes razones: En el proceso se encuentra probado que la Registraduría Nacional del Estado Civil le informó a la DIAN que el 20 de agosto de 2003, la cédula del contribuyente se canceló por muerte, hecho que motivó a la entidad a proferir, el 7 de enero de 2004, el auto No. 400001 en el que ordenó emplazar por edicto a los herederos indeterminados del contribuyente Luis Felipe Velásquez Arango para que se notificaran de las liquidaciones oficiales y ordenó enviar copia del auto al Juzgado 2 de Familia de Manizales para que obrara dentro del proceso de filiación natural y petición de herencia. En efecto, de los hechos probados se aprecia que la DIAN no tuvo la posibilidad de enterarse del fallecimiento del contribuyente sino hasta el momento en que se registró el acta de defunción en la Registraduría Nacional del Estado Civil, hecho que ocurrió con posterioridad a la expedición de las liquidaciones oficiales. Una vez que se enteró del deceso del señor Velásquez Arango, la DIAN procedió a emplazar por edicto a los herederos para efectos de que se surtiera la notificación, emplazamiento al que los herederos hicieron caso omiso, no obstante que la DIAN envió copia del auto que ordenó el emplazamiento al Juzgado 2 de Familia de Manizales. No obstante que con el emplazamiento era suficiente, la DIAN indagó sobre los nombres de los herederos determinados y procedió a notificarles las liquidaciones oficiales por correo certificado a través de los apoderados dentro del proceso de sucesión y filiación natural. Para la Sala es válida la notificación que se surtió a los apoderados judiciales, pues, no debe perderse de vista que la DIAN tenía interés en los resultados en el proceso de sucesión en calidad de acreedora de la deuda debida al fisco por el causante y, en esa medida, era deber de los apoderados de los menores, informarles de esa circunstancia. No obstante, también se precisa que esta Sala reconsideró esa doctrina judicial y en sentencia del 31 de julio de 2009 rectificó el precedente expuesto porque consideró que con fundamento en la Ley 6 de 1992 y en el artículo 794 del E.T. a los deudores solidarios se les vincula al proceso de cobro coactivo únicamente mediante la notificación del mandamiento de pago y expresamente se dijo que no se requería de acto administrativo adicional. Con el mismo razonamiento considera esta Sala que para la vinculación de herederos a un proceso de cobro coactivo adelantado por la DIAN no se requería que la DIAN expidiera actos administrativos independientes.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-02033-01 \(16826\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.](#)

*** Salvamento de voto del doctor Héctor J. Romero Díaz****7. a) HAYA O NO VENTA DE ENERGÍA SE GENERA LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO**

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales Corporinoquía declaró a la BP Exploration Company Colombia Limited como deudora morosa por concepto de transferencia del sector eléctrico en el período comprendido entre octubre de 2002 a agosto de 2004.

Tesis: Conforme al artículo 45 de la Ley 99 de 1993 la base gravable estaba constituida por las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señalara la comisión de regulación energética. Es decir, aunque la norma señalara como base gravable las ventas brutas de energía, no puede considerarse que éste sea el hecho generador. El hecho generador era y sigue siendo la generación de energía, que en el caso de las generadoras se vende, de manera que la base correspondía exactamente al resultado de la actividad realizada por el sujeto pasivo, destinatario inicial de la contribución, que era la generación. Y aunque el valor de las ventas de una generadora se puede determinar por otros medios (por ejemplo, el valor de los contratos de venta de energía), el legislador quiso que fuera una forma sencilla de establecer este elemento, mediante la simple operación de multiplicar la generación propia (previo el descuento del consumo propio de la planta) por la tarifa para venta en bloque de energía. Para la Sala, aunque el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 señale como base gravable la venta de energía, la Ley 143 de 1994 que incluyó otros sujetos pasivos, definió y le dio un alcance al concepto “venta bruta de energía” propio y específico para la transferencia del sector eléctrico por parte de estos nuevos sujetos pasivos al usar el adverbio “como”. Esta definición legal tiene su razón de ser por el hecho de que resulta aplicable a cualquiera de los sujetos pasivos que adicionó la Ley 143 de 1994, haya o no venta de energía, como en el caso de los cogeneradores. En efecto, en los autogeneradores no existe venta de energía, pues de operar de esta forma, los reglamentos señalan que pierden su carácter de autogeneradores.

b) SON SUJETOS PASIVOS DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO TODAS LAS ENTIDADES, HAGAN PARTE O NO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA

No es de recibo el argumento de la recurrente según el cual la Ley 143 de 1994 no es aplicable a las autogeneradoras porque no hacen parte del servicio público de energía eléctrica, pues, en primer término la mencionada ley establece el régimen de las actividades de generación (dentro de la cual están los autogeneradores), interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que se denominan actividades del sector (artículo 1ib.), y en segundo lugar, la transferencia del sector eléctrico prevista en el artículo 54 ibídem, no distingue si el sujeto pasivo hace parte del servicio público domiciliario de energía o no, que es al que se refiere el artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, citada por la actora. Además, conforme al artículo 15,2 ibídem, entre las personas que prestan servicios públicos, están las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, como en el primer evento lo hacen los autogeneradores. Así las cosas, en el presente caso, BP Exploration Company - Colombia - Limited es un autogenerador de energía sometido a la transferencia del sector eléctrico sobre la generación propia de energía multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto, según lo definió el artículo 54 de la Ley 143 de 1994. Razón por la cual, los actos administrativos que liquidaron la contribución y lo declararon deudor moroso de la misma, se ajustaron a derecho.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2007-00038-01 \(17402\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

8. a) EL ALMACENAMIENTO PROVISIONAL EN SUCURSALES DE CIGARRILLOS Y TABACO NO APLAZA EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA PORQUE TIENE COMO FINALIDAD LA FUTURA COMERCIALIZACIÓN

Situación fáctica: Se demandan los actos mediante los cuales el departamento del Tolima modificó las declaraciones del impuesto al consumo de 2002 e impuso sanción por inexactitud.

Tesis: Una vez la planta o la fábrica entrega el producto hacia la jurisdicción de otro departamento, por ejemplo, se causa la obligación tributaria y no es de recibo la tesis según la cual si el movimiento de la mercancía se hace entre planta y sucursales no habría lugar al impuesto por carecer esa operación del ánimo de distribución o comercialización. Una interpretación en ese sentido, sin duda, conduciría a dispersar el momento en que se causa el tributo, dificultando el recaudo y su control. La vocación del proceso industrial es la de que el producto terminado vaya al mercado, para su consumo, esto es, para fines tributarios, en sentido amplio, para la comercialización, distribución, donación, venta, autoconsumo, publicidad, etc. De modo que si una planta o fábrica entrega el producto hacia la jurisdicción de otro departamento, este, como sujeto activo del tributo, tiene derecho a cobrar el impuesto al consumo, puesto que la movilización de ese producto tiene por destino proveer el mercado de la jurisdicción territorial de ese departamento. En la sentencia del 24 de marzo de 2000, esta sección precisó que el impuesto al consumo es un impuesto instantáneo que se causa con la entrega o con el retiro para los fines de la norma. Ahora bien, en esa misma sentencia figuran ciertas expresiones anfílogas, pero que en una interpretación conforme con la ley de ese texto, sin duda se ratifica que el impuesto se causa con la entrega que supone los fines de la distribución, comercialización y consumo. En esa medida, la obligación tributaria de PROTABACO S.A., como responsable del impuesto al consumo de cigarrillo y tabaco elaborado, nació cuando la demandante entregó el producto en la sede de su fábrica. El almacenamiento provisional del producto en la sede ubicada en el Departamento del Tolima no tiene la virtud de aplazar el nacimiento de la obligación tributaria, como quiera que, en la práctica comercial, el depósito temporal de los bienes tiene como propósito la futura distribución y comercialización.

b) LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO DEBE INCLUIR TODAS LAS UNIDADES QUE SE VENDEN, PERMUTAN Y LAS DESTINADAS A PUBLICIDAD, PROMOCIÓN O AUTOCONSUMO

Conforme con los antecedentes administrativos no se discutió el precio de los productos. El origen de la discrepancia en la base gravable fue la cantidad del producto porque la demandante tomó las unidades que efectivamente dijo que distribuyó, vendió, permutó en el Departamento de Tolima, así como las que tomó para publicidad, promoción, comisión o autoconsumo, hecho que pretendió probar con la relación de las facturas de venta y la certificación del revisor fiscal de la empresa. No incluyó el inventario final de cada periodo declarado del año 2002 porque no obstante que salió de la fábrica, a juicio del demandante ese inventario no había cumplido las finalidades a que hace alusión el artículo 209 de la Ley 223 de 1995. Para la Sala, esa razón no justifica esa actitud del demandante y por ende incurrió en la omisión de liquidar el impuesto sobre la totalidad de las unidades que fueron entregadas en la fábrica, pues, tal como se precisó, esa entrega lleva implícita las finalidades a que hace alusión el artículo 209 de la Ley 223 de 1995. Con esa justificación se comprueba que el demandante de forma subjetiva, voluntarista, aplazó el nacimiento de la obligación tributaria a un momento distinto al señalado en la norma. En consecuencia, por este aspecto se confirmará la liquidación.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Exp. 73001-23-31-000-2005-02632-01 \(16527\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS](#)

SECCIÓN QUINTA

1. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ELECTORAL CONTRA ACTO DE NOMBRAMIENTO DE CARÁCTER PARTICULAR Y DEL ORDEN NACIONAL SE CUENTA DESDE SU EXPEDICIÓN

Dentro del proceso electoral promovido contra el acto de nombramiento del señor William Martínez Downs como Notario Primero del Círculo de Barrancabermeja, la Sección Quinta declaró probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el demandado y se inhibió para pronunciarse de fondo.

La caducidad es el fenómeno procesal en virtud del cual, por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de demandar el acto en la vía jurisdiccional. Así, la caducidad, como presupuesto para interponer la acción, obedece a la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas y, en ese sentido, ésta juega un papel trascendente en la medida que tiene como finalidad cerrar toda posibilidad al respectivo debate jurisdiccional. De esta forma, se acaba con la incertidumbre que genera para la administración la eventual revocación o anulación de sus actos en tiempo indefinido. El fenómeno de la caducidad obedece a un criterio objetivo, pues transcurrido el tiempo límite que prevé la ley para demandar, ya no se puede incoar la acción y, en consecuencia, sobreviene la intangibilidad del respectivo acto, en cuanto que este acto ya no puede ser enjuiciado ante la jurisdicción contencioso administrativa. La caducidad fijada por el legislador para el proceso de nulidad electoral se justifica por su objeto. Recuérdese que a través de ella se pueden demandar actos de elección o de nombramiento, por lo que si bien está permitido realizar un control de legalidad en abstracto, es igualmente necesario que para ello el interesado en accionar lo haga dentro de un término corto, con lo cual se pretende dotar de seguridad y estabilidad las distintas instituciones que pueden ser objeto de acción de nulidad electoral.

El término para impugnar un acto administrativo a través del cual se hace un nombramiento empieza a correr a partir del día siguiente al de su expedición, esto es, desde el siguiente a aquel en que se pronuncia la administración, según lo establece el C.C.A., artículo 136, numeral 12.

El acto demandado fue expedido el 20 de mayo de 2008, por tanto, el término para presentar la demanda venció el 19 de junio de ese mismo año y la demanda fue instaurada el 5 de septiembre de 2008, cuando ya había operado la caducidad.

Contrario a lo dicho por la demandante, la publicación de esta clase de actos de nombramiento no es el punto de partida para iniciar el conteo del término de caducidad de la acción contenciosa electoral porque en la sentencia C-646 de 2000, la Corte Constitucional no examinó ni definió la constitucionalidad del numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., pues solamente estableció la necesidad de que, a partir de la fecha de notificación y ejecutoria de los actos administrativos de elección o de nombramiento de carácter particular y del orden nacional, se adelante el trámite de publicación en cuanto fueran susceptibles de ser demandados a través de la acción pública sometida a término de caducidad. Así las cosas, la exigencia de la publicación de esta clase de actos, se convierte, en un mero formalismo que carece de sentido lógico, pues el desempeño del empleo representa, de manera más que suficiente para la ciudadanía interesada en someter tales actos administrativos a control judicial, la publicidad de éstos.

Aún si en gracia de discusión se admitiera la razonabilidad de exigir la publicación del acto (únicamente cuando la designación corresponda a un cargo del orden nacional como lo reza la sentencia de constitucionalidad en cita), como único punto de partida para iniciar el conteo del término de caducidad de la acción contencioso electoral, publicación que tiene por claro fin permitir que la ciudadanía enterada de éste lo someta a control judicial en protección de la

legalidad en abstracto, es perfectamente entendible que tal intención se cumple con creces cuando el nombrado o el elegido no solo ha tomado posesión sino que ha ejercido el cargo desempeñando las funciones inherentes, desempeño público que divulga y publicita la investidura con la que fue ungido.

[Sentencia de 28 de enero de 2010. Exp. 11001-03-28-000-2008-00025-00. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

* Salvamentos de voto: Mauricio Torres Cuervo, María Nohemí Hernández Pinzón

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. LA ENAJENACIÓN DE BIENES DE ENTIDADES PUBLICAS A CISA NO CONFIGURA DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO SI SE HACE SEGÚN EL PROCEDIMIENTO LEGAL

Ese fue el sentido de la respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil a la consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, relacionada con un concepto anterior (el 1852) sobre el daño patrimonial al Estado cuando una entidad pública paga a otra multas, intereses de mora o sanciones.

En esta oportunidad, la Sala reiteró el concepto de daño patrimonial al Estado:

“Este daño consiste fundamentalmente en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala gestión fiscal, fenómeno que sucede en el caso del pago de multas, sanciones e intereses de mora, de una entidad pública a otra”.

Seguidamente precisó la naturaleza jurídica de la Central de Inversiones S.A., CISA, su objeto social y la posibilidad de adquirir bienes de entidades públicas

“En la actualidad, la Central de Inversiones S.A. - CISA, es una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sujeta en sus actos y contratos al régimen del derecho privado. (...) Es claro que CISA está habilitada para adquirir toda clase de bienes que sean de propiedad de entidades públicas de cualquier nivel (nacional o territorial) o rama (ejecutiva, legislativa o jurisdiccional) o de organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución y en la ley (como la Contraloría General de la República, la Comisión Nacional de Televisión, etc.) o sociedades con participación estatal y régimen especial, o patrimonios autónomos constituidos en fiducia por las entidades mencionadas”.

Con base en lo anterior, la Sala concluyó que la enajenación de bienes de entidades públicas a CISA no configura un daño patrimonial al Estado si se hace según el procedimiento legal:

“Esta norma otorga la facultad a las entidades públicas de enajenar bienes a CISA, pero siempre partiendo de la base del avalúo comercial del bien, conforme se determina en los artículos 10 y 12 del mismo decreto, según que sean inmuebles o muebles, y dando aplicación al modelo de valoración establecido por la Junta Directiva de CISA, de lo cual se desprende que el precio o valor de transferencia que convengan las partes en la negociación, debe estar precedido del procedimiento legal y fundamentado en el mencionado modelo de valoración, de manera que, si así se cumple, no se puede presentar un daño patrimonial al Estado, en los términos del artículo 6° de la ley 610 de 2000, arriba citado. No obstante, si no se observa correctamente el procedimiento

consagrado en la citada normatividad, como en cualquier actuación administrativa podría presentarse un daño patrimonial al Estado, y si se comprueba que el gestor fiscal actuó con dolo o culpa grave incurriría en la respectiva responsabilidad fiscal. (...) En el caso de venta de activos de entidades públicas en liquidación a CISA, se deben cumplir las condiciones fijadas en esta disposición y en especial, es indispensable hacer la determinación del precio o valor de transferencia, de conformidad con el modelo de valoración adoptado por la Junta Directiva de CISA, de forma que, si el gestor fiscal actúa de acuerdo con la ley y el reglamento, no incurre en un daño o lesión al patrimonio del Estado, según el artículo 6° de la ley 610 de 2000, pues es claro que la negociación se debe efectuar siguiendo los lineamientos legales señalados”.

[Concepto 1852A de 15 de diciembre de 2009. M.P.: GUSTAVO APONTE SANTOS. AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO DE 13 DE ENERO DE 2010](#)

NOTICIAS DESTACADAS

CONSEJO DE ESTADO TIENE NUEVO PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE

En sesión realizada el martes 2 de febrero de 2010 fue elegido el Doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo como Presidente del Consejo de Estado; el magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil se venía desempeñando como Vicepresidente.

Por su parte, el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, magistrado de la Sección Tercera, fue designado como Vicepresidente; cabe destacar que en ambos casos la votación fue muy rápida, lo que demostró consenso institucional.

La Sala Plena también resaltó la excelente labor realizada por el Doctor Rafael Enrique Ostau De Lafont Pianeta como Presidente de la Corporación durante el 2009.

CONSEJO EDITORIAL

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

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