



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 15
• Sección Primera	16 - 23
• Sección Segunda	24 - 32
• Sección Tercera	33 - 38
• Sección Cuarta	38 - 48
• Sección Quinta	49 - 54
• Sala de Consulta y Servicio Civil	54 - 59
• Noticias Destacadas	60

## Noticias destacadas

### CONSEJO DE ESTADO IMPUGNA TUTELA QUE ORDENA RESTITUCIÓN DEL GENERAL ÁLVARO HERNÁN VELANDIA

## EDITORIAL

En el marco de la celebración del Día Internacional de la Mujer, queremos enviar un saludo de felicitación a todas la mujeres que laboran en nuestra querido Consejo de Estado, no sin antes agradecerles la dedicación, el trabajo y la alegría con el cual, día a día, desempeñan sus labores, lo cual contribuye, de forma insuperable, al enaltecimiento y orgullo de esta Corporación.

Asimismo nos permitimos informar que durante los días 24, 25, 26 de febrero del presente año se llevaron a cabo las denominadas “Jornadas de Reflexión” acerca de la Propuesta de Reforma Constitucional a la Justicia que el Gobierno Nacional pretende presentar al Congreso de la República, fruto de las cuales se han empezado a delinear importantes criterios generales en relación con la posición que esta Corporación debe asumir respecto de cada uno de los temas incluidos en el citado borrador de reforma.

**Mauricio Fajardo Gómez**  
Presidente

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

### SALA PLENA

**1. Decretada pérdida de investidura del representante a la Cámara Noel Ricardo Valencia: Estaba inhabilitado por calidad de alcaldesa de su cónyuge en municipio que pertenece al departamento para el que fue elegido**

Al demandado se atribuía, entre otros cargos, el de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consagrado en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política que se concretaba, a su vez, en la inhabilidad por parentesco o vínculo con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, previsto en el numeral 5 del artículo 179 ibídem, porque su esposa era alcaldesa del municipio de Dosquebradas, que pertenece al departamento de Risaralda, para el que fue elegido representante a la Cámara.

La Sala inició por recordar los presupuestos de dicha inhabilidad y su justificación. A continuación se adentró en el concepto de autoridad y sus modalidades, especialmente la autoridad civil y rectificó varios criterios manifestados en el pasado, para precisar en esta oportunidad que la autoridad civil no se define en oposición a la autoridad militar y que tampoco es acertado considerarla como el género de la autoridad administrativa, pues de lo contrario normas constitucionales y legales no se referirían a ellas de forma independiente. Con apoyo en los conceptos decantados, concluyó que los alcaldes ejercen autoridad política y civil.

En cuanto al factor territorial de la inhabilidad, consideró que la circunscripción departamental comprende a todos los municipios que integran un departamento y que, en esa medida, la alcaldesa de Dosquebradas, Risaralda, ejercía autoridad en la circunscripción para la que fue elegido el demandado.

Por último, desechó el argumento del demandado referido al desconocimiento del principio de confianza legítima por haber obtenido concepto favorable del Consejo Nacional Electoral para inscribir su candidatura, señalando, de una parte, que era extemporáneo, pues se alegó después de la etapa probatoria e incluso después de la audiencia pública y, de otra parte, que aquél principio no limitaba la función jurisdiccional.

Así justificó la Sala su decisión:

**a) Sobre el factor territorial de la inhabilidad endilgada**

“Uno de los aspectos más debatidos en este proceso es precisamente este. Para el actor, la circunscripción territorial incluye el ejercicio de autoridad civil o política en un cargo, bien del orden departamental o bien del orden municipal -siempre que pertenezca al mismo departamento-; mientras que la parte demandada considera que sólo se configura en cargos ejercidos en una entidad del orden departamental, no así municipal.

(...)

En este orden de ideas, debe distinguirse perfectamente, para comprender de manera adecuada el tema, que existen múltiples circunscripciones, algunas con fines o funciones puramente administrativas, otras con fines electorales. Las que interesan ahora son estas últimas, de las cuales las hay municipales, si se trata de elegir alcalde o concejales; departamental, si la elección es de gobernadores y diputados, además de representantes a la Cámara; o nacional, si se trata de elegir Presidente de la República o Senadores. Incluso existen circunscripciones más particulares, como acontece con la elección de ediles. En fin, para estos efectos es necesario distinguir cada elección, y adoptar la noción de circunscripción de cada caso, siendo inadecuado usar para unos efectos el concepto creado para otros.

(...)

Es decir, que el departamento en su conjunto es la circunscripción territorial, para estos efectos, y desde luego en él se incluyen los municipios que lo conforman. De no ser así, ¿dónde estarían los votantes para esa elección, teniendo en cuenta que los departamentos no tienen un territorio ni una población exclusiva y diferente al de los municipios?

(...)

Es así como la Sala entiende que la prohibición del numeral 5 del artículo 179 -criterio que se aplica para los numerales 2, 3 y 6- no se determina por el tipo, naturaleza o nivel al que pertenezca la entidad estatal en la cual labora o ejerce de cualquier modo la autoridad civil o política el cónyuge o

pariente del aspirante a ser Representante a la Cámara porque siempre la circunscripción nacional comprende las territoriales. Lo anterior porque la excepción a la regla general que se contempla en el último inciso del art. 179 constitucional, en relación con la inhabilidad prevista en el numeral 5, en el sentido de que para este caso no existe coincidencia entre las circunscripciones territorial con la nacional, aplica y se refiere, como el mismo inciso lo señala, para quienes se elige por circunscripción nacional, esto es los Senadores.”

#### **b) El caso concreto**

“En el caso concreto, aplicando el análisis anterior, encuentra la Sala que la elección del Representante a la Cámara por el Departamento de Risaralda, doctor Noel Ricardo Valencia, para el período 2010-2014 -fl. 16 a 83, Cdo. Ppal.-, se llevó a cabo el 12 de marzo de 2010.

Se encuentra acreditado que la señora Luz Ensueño Betancur Botero, alcaldesa del municipio de Dosquebradas, al momento de la elección del demandado, era la cónyuge del Representante a la Cámara, calidad que, incluso, conserva en la actualidad. Así las cosas, está demostrado que antes, durante y después del día de la elección ejercía autoridad civil y política.

Con fundamento en el anterior análisis, y toda vez que se constató que i) existe el vínculo matrimonial entre la señora Luz Ensueño Betancur Botero y el demandado, ii) que para la fecha de la elección aquélla ejercía el cargo de alcaldesa de Dosquebradas, iii) que el factor territorial para la configuración de la causal se cumple, en las condiciones ya indicadas; y que iv) considerando las funciones del cargo de la señora alcaldesa -previstos en la Constitución Política y en la ley-, es claro que ejerció autoridad civil y política en la época de los hechos. Por ello el demandado perderá su investidura.”

#### **c) Sobre el principio de confianza legítima**

“No obstante lo expresado, la Sala hará unas reflexiones adicionales sobre un aspecto de la defensa ejercida en forma personal por el Representante a la Cámara, doctor Noel Ricardo Valencia, cuando se dirigió a los miembros del Honorable Consejo de Estado, en la audiencia pública, para aclarar que antes de postularse al cargo, por la circunscripción territorial de Risaralda, consultó al Consejo Nacional Electoral y al Consejo de Estado -esta consulta, afirma, finalmente fue remitida al Ministerio del Interior y de Justicia-, donde le indicaron que existía jurisprudencia de esta Corporación que hacía referencia a casos similares al suyo, en los cuales se falló favorablemente al demandado.

(...)

El principio de confianza legítima es un principio general del derecho de reciente incorporación en nuestro país, que tiene anclaje constitucional, aunque no normativo preciso, y se inspira, en buena medida, en la manera como jurídicamente se abordan una serie de problemáticas relacionadas con las decisiones, actuaciones, hechos y omisiones de la administración que sorprenden a los ciudadanos, porque varían la decisión que previsiblemente se espera de ella, a juzgar por los antecedentes en relación con casos similares.

(...)

Precisamente, los presupuestos que se le reconocen a la confianza legítima son: i) que se esté en presencia de una decisión administrativa o de una conducta o comportamiento concreto suyo; ii) la contradicción o diferencia de ella con decisiones anteriores, que han recibido soluciones diferentes,

y que sirven de referencia para la comparación; o también la existencia de una comunicación o consentimiento de la administración para ejecutar algo y la posterior negación o contradicción de la misma; iii) la existencia de supuestos fácticos y/o jurídicos comunes y similares entre la decisión o actuación anterior y la nueva; y iv) la necesidad de que tanto las decisiones o actuaciones administrativas anteriores y la que se juzga sean de contenido individual.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala advierte enormes diferencias en relación con la teoría de la confianza legítima, pues de entrada se aprecia que no aplica, sencillamente porque los conceptos jurídicos en los que el demandado se apoya para aducir que confiaba en su contenido, y que por eso le produjeron seguridad jurídica y tranquilidad personal, no provienen de esta Corporación sino del Consejo Nacional Electoral. Y es sabido que los actos de confianza deben proceder de la entidad de quien se reclama su respeto y observación, lo que no ocurre aquí.”

**[Sentencia de 15 de febrero de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-01055-00. MP: ENRIQUE GIL BOTERO](#)**

\*Salvamentos de voto: Martha Teresa Briceño de Valencia, Ruth Stella Correa Palacio y María Nohemí Hernández Pinzón

\*Aclaraciones de voto: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Hugo Bastidas Bárcenas, Susana Buitrago Valencia y Stella Conto Del Castillo

**2. Se niega la pérdida de investidura del Representante a la Cámara Rubén Darío Rodríguez Góngora al no encontrarse fundados los requisitos material y temporal que tipifica la inhabilidad por representación legal de entidades públicas que administran tributos, contribuciones o parafiscales y por no consagrarse como inhabilidad para ser congresista la pérdida de la investidura de diputado o concejal**

Situación fáctica: Se solicita la pérdida de investidura del Congresista por considerar que la legalidad de la elección se encuentra viciada en razón de operar la inhabilidad de representación legal de entidades públicas que administran tributos, contribuciones o parafiscales y por la pérdida de la investidura como diputado

La causal de inhabilidad en examen se presenta siempre y cuando el congresista haya cometido una o algunas de las conductas prohibitivas descritas (intervención de negocios ante entidades públicas, celebración de contratos con ellas, o representación legal de las que administren tributos o contribuciones parafiscales) previamente a la fecha de la respectiva elección y dentro del tiempo límite fijado en la disposición (seis meses antes). A efectos de la tipificación de la inhabilidad a, resulta definitiva la presencia del elemento temporal establecido en el del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en tanto que las conductas que dan lugar a la misma deben ser ejecutadas por el congresista dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, lo que excluye de plano las labores o actividades realizadas en ese sentido por fuera de ese término. Igualmente, es claro que la causal de inhabilidad hace referencia a la elección de cargos en el Congreso de la República y no para otras corporaciones de elección, por cuanto la autoría o sujeto activo de las conductas reprochables se le predica o imputa al congresista, sea Representante a la Cámara o Senador de la República. Así las cosas, analizado el acervo probatorio, se colige que en el proceso no se acreditó que el demandado hubiese realizado dentro de los seis meses anteriores a la elección de Representante a la Cámara, es decir, entre el 13 de septiembre de 2009 y el 14 de marzo de 2010, alguna de las conductas que lo pudieran inhabilitar en los términos dispuestos en el numeral 3 del artículo 179 de la Carta Política. Adicionalmente, atendiendo el hecho de que es la condición de Representante a la Cámara la que exhibe el demandado en este caso, nótese que los hechos a los que alude el actor Pablo Bustos Sánchez en su solicitud no guardan relación ni se enmarcan dentro de

los supuestos de la citada causal de inhabilidad para los congresistas. En efecto, la acusación se concreta en que el señor Rubén Darío Rodríguez Góngora ejerció el cargo como Gerente Regional del INPA- Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura en el Departamento del Tolima, dentro del semestre anterior a la fecha de la elección como “diputado” para el período 2001-2003, elección esta última diferente a la de “Representante a la Cámara” para el período 2010- 2014. Por lo tanto, ni siquiera los hechos en que se basa el actor corresponden a la elección del cargo para el cual solicita la pérdida de investidura. De otra parte, no es procedente privar a un congresista de su investidura como consecuencia de haber perdido la dignidad de diputado o concejal, puesto que las inhabilidades son de carácter taxativo y no admite analogía en su aplicación. La inhabilidad que sí se encuentra contemplada como tal es la pérdida de investidura de congresista y no de otra (No. 4 art. 179 C.P.), sin que por virtud del inciso segundo del artículo 299 de la Carta pueda llegarse a tal conclusión por disponer que el régimen de inhabilidades de los diputados no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas, en lo que corresponda, reenvío que en manera alguna puede operar en sentido contrario y para los fines perseguidos por los actores, mediante una lectura inversa de la norma. En las anteriores condiciones la Sala considera infundado el presente cargo, teniendo en cuenta que no se reúnen los requisitos materiales y temporales fijados en la norma superior que establece la causal de inhabilidad en estudio.

**Sentencia de 8 de febrero de 2011, Exp. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI). MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Pérdida de investidura**

\* Aclaración de voto de María Elizabeth García González, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Luis Rafael Vergara Quintero, Víctor Alvarado Ardila

**3. Se declara legal el Decreto 398 de 2010, por el cual se establece la base para la actualización de los planes obligatorios de salud por responder a los requisitos formales y materiales en su expedición**

Situación fáctica: Se estudia por control automático la legalidad del Decreto 398 de 2010, reglamentario del Decreto Legislativo 131 de 2010, dictado en desarrollo del Estado de Emergencia Social que declaró el Decreto 4975 de 2009.

Quizás el aspecto más importante en cuanto a la legalidad formal del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010, de naturaleza reglamentaria, sea determinar en ese caso quiénes conforman el Gobierno Nacional o si se quiere, junto al Presidente de la República qué Ministros deben figurar suscribiendo el respectivo decreto, tal como lo precisó la Sala Plena. En cuanto al Ministerio de la Protección Social porque en el artículo 9 del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, objeto de reglamentación, existe una referencia directa al mismo al prescribir que “Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud, CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”. Esa injerencia directa resulta acreditada también con los objetivos asignados a ese Ministerio, consistentes en “la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, dentro de las directrices generales de la ley, los planes de desarrollo y los lineamientos del gobierno Nacional” (Decreto 205/2003 Art. 1). Y por si fuera poco, la Comisión de Regulación en Salud - CRES, que juega un papel importante en cuanto a la definición del Plan Obligatorio de Salud, fue creada como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, “adscrita al Ministerio de la Protección Social” (Ley 1122/2007 art. 3). El decreto busca desarrollar el principio de progresividad establecido en el artículo 48 Constitucional, al prescribir que la actualización allí dispuesta respecto de los Planes Obligatorios de Salud, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, se guiarán por este principio, de modo que se mejoren los servicios de atención en salud a la

población afiliada. Lo mismo ocurre en relación con los principios de eficiencia e integralidad consagrados en los literales e) y d) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, así como las reglas de protección integral y de calidad establecidas en los numerales 3 y 9 del artículo 153 ibídem, pues como lo precisó el Gobierno Nacional al motivar la declaratoria del Estado de Emergencia Social, algunos de los propósitos de las medidas adoptadas apuntan a la sostenibilidad financiera o económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, procurando un manejo racional de los distintos recursos que confluyen a él, para evitar que sucumba el sistema y con ello resulte afectada la calidad del servicio y desde luego su cobertura frente a quienes se benefician del mismo, bien como pertenecientes al régimen contributivo o ya como integrantes del régimen subsidiado. Igualmente refleja el desarrollo del principio de integralidad, en la medida que frente a las necesidades de los afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado, se ha dispuesto, como ya se venía haciendo, que se debe garantizar a tal población “los servicios de baja, mediana y alta complejidad según los respectivos planes de beneficios”, con lo cual, valga el pleonasma, se busca cubrir todas las contingencias que pueden llegar a afectar la salud, la capacidad económica, así como las condiciones de vida de toda la población. En segundo lugar, el decreto examinado también se aviene a los términos de los artículos 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010. En efecto, al disponer el artículo 1º del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 que la actualización de los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado se hará a partir de los planes de beneficios vigentes al 21 de enero de 2010 -fecha de publicación del Decreto Legislativo 131 de 2010 en el Diario Oficial-, “conforme a los Acuerdos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud - CRES”, no está haciendo cosa distinta a desarrollar el artículo 12 de la última disposición, que bien claro ordena a esa Comisión de Regulación “actualizar[] el Plan Obligatorio de Salud por lo menos una vez al año”, según “los términos y con la metodología definida en el presente decreto dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación del mismo”. Conservar la materia respectiva del decreto legislativo, pues trata de la actualización del Plan Obligatorio de Salud, también reafirma la competencia del órgano encargado de hacerlo, como es la Comisión de Regulación en Salud - CRES, entidad que según lo previsto en la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, además de haberse concebido como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social (Art. 3 ibídem), tiene a su cargo, entre otras funciones, la de definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud, así como definir y revisar, al menos una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que se ofrecerán con los planes de beneficios.

[Sentencia de 8 de febrero 2011, Exp.11001-03-15-000-2010-00169-00\(CA\), MP. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN.](#)

\* Salvamento de voto de Stella Conto Díaz del Castillo, María Claudia Rojas Lasso, Danilo Rojas Betancourt

\* Aclaración de voto de Hugo Bastidas Bárcenas

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

1. Vulneración del debido proceso en concurso de meritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil por omisión en nombramiento de lista de elegibles existiendo equivalencia en los empleos



La Sección Primera amparó el derecho al debido proceso de la actora y ordenó al Ministerio de Educación suspender los nombramientos en provisionalidad para, de ser procedente, nombrar de las listas de elegibles existentes si existe equivalencia entre los empleos de las listas y las vacantes existentes

De las pruebas del proceso, destacó la Sala que el empleo para el cual concursó la actora, encuentra equivalencias, en los términos del artículo 3° del Acuerdo 150 de 2010 (septiembre 16), de la CNSC, con otros dos empleos contemplados en las Resoluciones 070 de 2007 (enero 16) y 55 de 2010 (enero 13); esto es, tienen la misma denominación, código y grado; para su desempeño se exigen requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales; y con el empleo del nivel central Unidad de Atención al Ciudadano, se cumplen las mismas funciones. Así las cosas, en el caso concreto le asistía derecho a la actora, al haber ocupado el segundo puesto en la lista de elegibles, de ser nombrada en período de prueba en uno de los 122 cargos creados en la nueva planta de personal, haciendo uso de la lista de elegibles que para ese momento se encontraba vigente. Sin duda, la provisión de los cargos creados mediante el Decreto 5013 de 2009 que efectuó el Ministerio de Educación Nacional con autorización de la CNSC, vulneró el derecho al debido proceso de la actora, pues existiendo equivalencia entre el empleo al que ella aspiró en la Convocatoria 001 de 2005 -en la cual ocupó el segundo puesto- y por lo menos 2 de los nuevos empleos, debió hacer uso de la lista de elegibles, según las normas de carrera analizadas en la providencia. En consecuencia, la Sala amparó el derecho al debido proceso y al acceso a un cargo público, por mérito, de la actora, y consideró pertinente aclarar que pese a que la lista de elegibles conformada mediante Resolución 639 de 6 noviembre de 2008, estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 2010, tiene plena aplicabilidad, comoquiera que la petición de amparo se elevó antes de dicha fecha. En vista de lo anterior, la Sala revocó en su totalidad la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenó al Ministerio de Educación Nacional suspender el procedimiento para proveer los empleos vacantes, hasta tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil efectúe el estudio de equivalencias entre los empleos de la lista de elegibles de la Convocatoria 001 de 2005 (Resolución 639 de 2008) y los cargos creados con posterioridad a la apertura de ésta (Decretos 5012 y 5013 de 2009), para ser provistos de la mencionada lista, conforme a los lineamientos fijados en esta providencia. Una vez agotado el procedimiento anterior, la CNSC procederá a autorizar el uso de la lista de elegibles (Resolución 639 de 2008), para que el Ministerio efectúe el nombramiento de la actora en uno de los 122 cargos profesional especializado 2028-16, con el cual haya quedado establecida la equivalencia.

[Sentencia de 17 de febrero de 2011, Exp. 25000-23-15-2010-03113-01\(AC\), MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ](#)

## **2. a) Afectación del derecho a la salud por suspensión de la prestación del servicio por inconvenientes administrativos**

La Sección Primera confirmó el amparó el derecho a la salud de la actora a quien se le suspendió la prestación de los servicios médicos, toda vez que figura con una multifiliación al sistema de seguridad social por inconvenientes administrativos en el reporte de novedades al sistema.

La Sala consideró que las EPS y las demás entidades encargadas de la prestación de servicios de salud, no están facultadas para suspender en forma intempestiva el servicio con ocasión de inconvenientes administrativos, menos aún cuando éstos no son imputables al afiliado, puesto que ello conlleva a la afectación del derecho a la salud, en conexidad con la vida, y desnaturaliza los principios de continuidad y oportunidad, que rigen el sistema de seguridad social en salud. Particularmente, sobre los casos de multifiliación a más de una EPS o EPS-S, la Corte Constitucional ha sido enfática al indicar que tal situación no puede conllevar la suspensión de los servicios de salud del afiliado.

**b) El término para el reporte de novedades en el sistema general de seguridad social en salud no puede prevalecer sobre el ejercicio efectivo del derecho a la salud**

La Sala no desconoció que el artículo 4° de la Resolución 1982 de 2010, por la cual se dictan disposiciones sobre la información de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sector Salud, establece las reglas y los términos para la remisión al FOSYGA de los archivos maestros de reporte de novedades y actualizaciones, términos que las EPS o EPS-S están obligadas a cumplir, con miras al manejo armonioso y organizado de las base de datos única de afiliados (BDUA). Empero, consideró que en modo alguno los términos dispuestos en la norma citada pueden prevalecer sobre el ejercicio efectivo del derecho a la salud de los afiliados, de donde se sigue que el cumplimiento de los mismos no justifica la suspensión del servicio de salud, cuando quiera que por inconvenientes presentados con la remisión de novedades y actualizaciones al FOSYGA, una persona figure como afiliada a dos EPS-S simultáneamente.

[Sentencia de 17 de febrero de 2011, Exp. 17001-23-31-000-2010-00436-01\(AC\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

**3. Vulneración del acceso a la administración justicia y al debido proceso por omisión en decreto oficioso de pruebas**

La Sección Segunda amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del actor, y dejó sin efectos el fallo de segunda instancia dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que negó las pretensiones del demandante al omitir analizar los documentos aportados en copia simple al considerar que carecían de valor probatorio.

En primer lugar consideró la Sala, que no podía ser cercenada de entrada la validez probatoria de un documento público aportado en copia al proceso contencioso administrativo cuando quien lo presenta indica - expresa o tácitamente - que es la contraparte -a través de su representante legal o de sus distintas dependencias- quien lo suscribió, menos aun cuando su consideración por parte del Juez es de tal entidad que constituye piedra angular del litigio, esto por cuanto “si la copia informal fue de pleno conocimiento de la Entidad demandada sin que se cuestionara en algún momento, total o parcialmente su autenticidad y contenido, ésta adquirió plena eficacia jurídica para militar dentro del proceso bajo la presunción de autenticidad que le otorga la norma en comento, como quiera que el óbice para su revisión -que se concreta en la salvaguarda del derecho de contradicción de la contraparte- queda manifiestamente superado”, sobre todo cuando existió reconocimiento tácito de dichos documentos y aun más del hecho que en ellos se indicó, a saber, la celebración el 27 de septiembre de 2000 de una Junta Médica Laboral que determinó la pérdida de la capacidad laboral del actor, su no aptitud para el servicio y la recomendación de reubicación, aspectos que no fueron refutados por la demandada en el escrito de contestación del libelo, ni en los de impugnación y sustentación del recurso de alzada presentados contra la sentencia de primera instancia -cuando ésta claramente se fundamentó en ellos - ni en los alegatos presentados en la segunda instancia. De manera que “si bien en principio las copias simples de un documento público o de un acto administrativo carecen de valor probatorio dentro del proceso, una vez conocidas por la contraparte sin que ésta efectúe manifestación negativa o cuestionamiento alguno respecto de su legitimidad, éstas adquieren plena validez dentro del proceso, por cuanto milita a su favor de conformidad con el artículo 252 del C.P.C. una presunción de autenticidad que bajo tal presupuesto le corresponde desvirtuar total o parcialmente a la demandada.”, situación que ocurrió en el presente caso y que no fue tenida en cuenta en la providencia acusada por el Tribunal Administrativo de Nariño. En segundo lugar, en atención a jurisprudencia constitucional reciente de esta Sección se consideró que, en el marco constitucional que orienta el análisis podía el Tribunal Administrativo de Nariño hacer uso de su poder oficioso dado que no es un simple espectador del proceso como sucede en sistemas puramente dispositivos, pues la ley le asigna, entre otras, las funciones de dirigir el trámite, de



adoptar todas las medidas que considere necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, de eliminar los obstáculos que le impiden llegar a decisiones de fondo, y de decretar las pruebas de oficio que considere necesarias, tanto en primera como en segunda instancia. Así en aras de garantizar el debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial, el juez debe hacer uso de los instrumentos que la ley ha puesto a su disposición a fin efectivizar los derechos de las partes, de manera que pueda esclarecer los hechos puestos a su consideración y emitir un pronunciamiento acorde con la realidad probatoria allegada, y, en todo caso, emitir una decisión de fondo que garantice a los administrados la justicia material que persiguen. Por lo anterior era claro que el Tribunal Administrativo de Nariño también tenía el deber de efectuar todos los actos procesales que estaban a su alcance para esclarecer la verdad del proceso y garantizar un real y efectivo goce del acceso a la administración de justicia, y de contera, proveer el debido proceso en todas sus dimensiones, pues la referida situación ciertamente era subsanable en uso de las facultades oficiosas, dado que se trataba de un elemento inherente al derecho debatido - la existencia de una Junta Médica Laboral que en el año 2000 declaró la falta de aptitud para el servicio y recomendó reubicación laboral- que por demás, como se expuso previamente, no fue desconocido por la contraparte, dando lugar a un fallo que si bien no puede denominarse expresamente inhibitorio omitió la valoración y cotejo de una parte importante del acervo probatorio puesto a su consideración, con lo que se desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia.

[Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-01096-00\(AC\), MP. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

#### **4. Improcedente la acción de tutela contra providencia judicial para subsanar errores propios del actor dentro del trámite del proceso**

El actor instauró la acción de tutela pretendiendo el amparó su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por el Tribunal de Cundinamarca al no notificar personalmente la sentencia y el auto de decreto de pruebas. La Sección Segunda negó la protección del derecho al considerar que el peticionario no agotó los medios legales existentes y no se incurrió en ninguna irregularidad procesal.

La Sala consideró que el ejercicio abusivo y desconsiderado de la acción de tutela, lamentablemente ha conducido a que este medio excepcional y subsidiario de defensa sea empleado como un mecanismo paralelo o alterno a los procesos judiciales, que en algunas oportunidades es utilizado cuando las pretensiones o excepciones dentro de un proceso judicial son resueltas desfavorablemente sin que necesariamente se evidencie la vulneración de un derecho fundamental, e incluso, cuando han vencido los términos para hacer uso de los mecanismos ordinarios de defensa, o cuando los mismos se han empleado sin el lleno de los requisitos legales. El uso indebido de la acción de tutela, ha llevado a la Corte Constitucional a establecer unos presupuestos generales y unas causales específicas de procedibilidad, con el propósito de rescatar el carácter excepcional y subsidiario de este mecanismo de protección y garantía de los derechos fundamentales, y a traer a colación algunos principios generales de derecho, como la imposibilidad de alegar la propia culpa a su favor, cuando los accionantes interponen la acción constitucional para subsanar errores que cometieron antes o dentro un proceso judicial.

Sobre la inconformidad con la motivación de la sentencia de 3 de diciembre de 2008 dictada por el Tribunal de primera instancia en el proceso de acción reparación directa, la Sala señaló que la parte demandante, hoy actor en tutela, contaba con el recurso de apelación para controvertir la providencia que se cuestiona al tenor de lo establecido en el artículo 181 del C.C.A., recurso del cual no hizo uso y que no puede suplirse a través de este mecanismo residual.

De otro lado, señaló que el Código de Procedimiento Civil en cuanto las providencias que deben notificarse personalmente a las partes señala, entre otros, al demandado el que corre traslado del

auto admisorio de la demanda, a las partes la sentencia: así lo establece el artículo 314 del C.P.C. Las demás providencias se notificaran por anotación en estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 321 del C.P.C. Para el caso bajo estudio se cuestionó la ausencia de notificación personal al demandante de los autos que decretaron pruebas, las cuales se debían notificar por estados acorde con la normatividad que se acaba de transcribir. Así las cosas, se consideró que a las partes se les notificó de las actuaciones procesales cuestionadas a través de estados, como se aprecia en las pruebas allegadas al presente trámite. En efecto el auto que decretó pruebas se notificó por estado del 14 de febrero de 2006; el auto que impuso la carga al apoderado de la parte demandante de retirar los oficios, estos últimos por medio de los cuales se solicitaba a la parte demandada se pusiera en conocimiento de la parte demandante el valor para la expedición de los documentos en copia autentica que se pretendan hacer valer como prueba en el proceso de reparación directa, se notificó por estado de 27 de febrero de 2007,; el auto por medio del cual se reiteró la carga al apoderado de la parte demandante de retirar los oficios se notificó por estado de 8 de mayo de 2007 y el auto que concedió por última vez un término de 10 días para retirar los oficios se notificó en el estado de 18 de septiembre de 2007. De otra parte se destaca que la notificación de la sentencia de 3 de diciembre de 2008, expedida en el proceso de reparación directa en comento se notificó por edicto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 323 del C.P.C. y ante la imposibilidad de notificarse personalmente a las partes o su apoderado, lo cual indica que se notificó en debida forma pues se realizó el enteramiento de la decisión por un medio eficaz e idóneo, luego de que el expediente permaneciera durante tres días en la secretaría, en los términos del artículo 315 del C.P.C..

[Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Exp, 11001-03-15-000-2010-01263-00\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

**5. La revocatoria directa de actos administrativos de reconocimiento pensional requiere del consentimiento previo del pensionado, si la controversia es por problemas de interpretación del régimen aplicable.**

**Suspensión de acto administrativo que revoca reconocimiento pensional.**

La Sección Segunda concedió el amparo de tutela solicitado por el actor, suspendió los efectos de los actos administrativos por medio de los cuales se le revocó la pensión y ordenó al Ministerio de Protección Social reanudar el pago de las mesadas pensionales.

La Sala recordó que la Corte Constitucional, en el fallo C-835 de 2003, advirtió que la facultad de revocación directa de los actos que reconocen pensiones u otras prestaciones económicas sin el consentimiento previo del pensionado, está limitada cuando la controversia surge de problemas de interpretación del derecho pensional, como son “el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición o la aplicación de un régimen especial frente a uno general”, eventos en los cuales deberá obtenerse el consentimiento o adelantar la acción pertinente para obtener la nulidad de los actos que pretende revocar. En este orden de ideas, la revocatoria se limitó exclusivamente a la utilización de medios ilegales refiriéndolo a la comisión de una conducta tipificable en la ley penal. En los demás casos la Administración deberá obtener el consentimiento del titular del derecho para revocarlo directamente o, en su defecto, solicitar la nulidad de su propio acto ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Atendiendo lo anterior, la Sala acogió la tesis expuesta por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que tuteló los derechos fundamentales del actor y suspendió los actos administrativos de revocatoria de la pensión con base en las siguientes razones: “Analizando íntegramente el contenido del acto, se reitera que la razón fundamental para proceder a la revocatoria de la resolución que reconoció la pensión al actor y, de la interposición de la citada denuncia penal, fue que aquel accedió a la pensión sin el lleno de los requisitos, por cuenta de la aplicación del régimen de la convención colectiva de trabajo, que no era propio de empleados públicos. En ese estado de cosas, no se patentiza, prima facie, una conducta

que permita entrever la consecución de un hecho punible penalmente, en tanto no se alude a que el actor haya presentado documentación falsa o haya alterado su historia laboral con el fin de acceder fraudulentamente a la pensión de jubilación, acreditando requisitos inexistentes. A partir de lo anterior, la Sala observa que se presenta una discrepancia en la interpretación del derecho en cuanto al régimen jurídico aplicable al tutelante y la eventual habilitación del régimen de excepción, en los términos del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, circunstancia que de conformidad con las directrices de la Corte Constitucional, previamente aludidas, debe ser definida por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, o a través de la acción consagrada en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo; por consiguiente, no era procedente en el caso concreto, la revocatoria directa del acto administrativo, sin el consentimiento del particular, como ocurrió”.

Por las razones expuestas, el fallo impugnado que negó la tutela incoada fue revocado para en su lugar suspender los efectos de las Resoluciones Nos. 171 de 9 de febrero de 2009, 703 de 22 de mayo del mismo año y 898 de 10 de julio de 2010 por medio de las cuales se revocó la pensión del actor y en consecuencia ordenarle a la entidad accionada reanudar el pago de las mesadas con inclusión de las sumas de dinero dejadas de pagar desde la ejecución de los actos hasta que se desate la acción Contenciosa.

[Sentencia de 13 de diciembre de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2010-03287-01\(AC\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

#### **6. Términos en que Cajanal debe resolver la solicitud de reconocimiento y pago de sustitución pensional. Vulneración de los derechos de petición, a la seguridad social y al mínimo vital por omisión de Cajanal en respuesta acerca de reconocimiento y pago de sustitución**

La Sección Segunda amparó los derechos fundamentales de la actora y ordenó a Cajanal expedir el acto administrativo que resuelva acerca de la sustitución pensional a su favor, al considerar que el término legal de 15 días para contestar la solicitud se encuentra más que excedido.

La Sala señaló que Cajanal debe resolver sobre el reconocimiento y pago de las sustituciones pensionales dentro de los términos previstos en la ley. En esas condiciones, Cajanal estaba obligada a resolver lo relacionado con el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de Eduardo García Sarmiento (q.e.p.d) respecto de la señora Carmen Ligia Olaya de García, dentro del término que la ley le impone, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la petición de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 1204 de 2008, lapso que se encuentra más que excedido teniendo en cuenta que la petición fue presentada el 11 de marzo de 2010. De acuerdo con lo anterior, Cajanal ha desconocido no sólo el derecho de petición al no resolver dentro del término legal la solicitud presentada, sino también los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la seguridad social, de la señora Carmen Ligia Olaya de García, dado que según lo manifiesta y de acuerdo con los anexos que aportó a su solicitud a folio 5, manifestación que no fue controvertida por la Entidad, ella dependía económicamente de su señor esposo y tras su muerte se ha quedado sin sustento alguno que le permita sufragar sus necesidades, situación que hace indispensable el reconocimiento y pago de la sustitución pensional para su subsistencia.

[Sentencia de 2 de diciembre de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2010-03328 01\(AC\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

#### **7. Trabajador no tiene que asumir las consecuencias de la mora del empleador en los aportes a seguridad social**

La Sección Cuarta confirmó el amparo de los derechos fundamentales de la actora a la vida digna, el mínimo vital y a la seguridad social vulnerados ante la imposibilidad de obtener el reconocimiento

pensional por la omisión de las entidades demandadas en el pago de los aportes y cotizaciones al sistema de seguridad social

En el sub examine, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público alegó que no puede cumplir con la orden dada en la sentencia impugnada, pues si bien la sentencia SU 484 de 2008 ordenó a ese Ministerio el pago de lo adeudado por la Fundación San Juan de Dios por concepto de aportes y cotizaciones al sistema integral de seguridad social, lo cierto es que la Corte Constitucional dio un plazo de cinco años para realizar esos pagos. Que, además, la entidad encargada de determinar los beneficiarios de la sentencia SU 484 y el monto de lo que debe pagarse es la sociedad liquidadora de la Fundación San Juan de Dios. Que, por lo tanto, la demandante debía esperar a que la liquidadora de esa fundación la incluya en el próximo 20% de los beneficiarios de los efectos de la sentencia mencionada, en razón de que ese Ministerio no gira dineros que no sean previamente solicitados por esa sociedad liquidadora.

Para la Sala, el reconocimiento de cualquier pensión requiere del cumplimiento de ciertos requisitos previstos por la Ley. En el caso de la pensión de vejez esos requisitos son el cumplimiento de cierta edad y tiempo cotizado. Por lo tanto, cuando el empleador omite el pago de los aportes pensionales puede afectar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de los trabajadores, toda vez que el reconocimiento de una pensión depende de, entre otras cosas, las semanas efectivamente cotizadas por pensiones. Ante la mora en los pagos a la seguridad social, son las entidades administradoras las obligadas a exigir al empleador el pago de los aportes pensionales adeudados. Asimismo, en virtud de las facultades que les otorga la Ley 100 de 1993, las entidades administradoras en pensiones pueden imponer sanciones al empleado moroso y deben iniciar las acciones de cobro correspondientes. En el sub examine, la entidad empleadora de la actora no cumplió con su obligación de realizar los aportes correspondientes a la seguridad, incumplimiento que, en este caso, genera la vulneración de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de la demandante. En consecuencia, en principio, debería ordenarse a la entidad administradora de pensiones que tome las medidas legales y administrativas necesarias para que el empleador moroso pague los aportes pensionales que le adeuda con relación a la actora. Sin embargo, la Sala advirtió que, en este caso, se presenta una circunstancia particular, pues la Fundación San Juan de Dios fue extinguida y la Corte Constitucional, en sentencia SU 484 de 2008, tomó medidas de protección de los derechos fundamentales de los extrabajadores de esa Fundación y de sus establecimientos hospitalarios. En efecto, en el numeral undécimo de esa sentencia la Corte Constitucional estableció que el pago adeudado por la Fundación San Juan de Dios por conceptos de aportes y cotizaciones al sistema integral de seguridad social y otras obligaciones atinentes a la financiación del pago de pensiones, y que estén comprendidos entre el primero de enero de 1994 y el 14 de junio de 2005, están a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Distrito Capital de Bogotá y de la Beneficencia de Cundinamarca solidariamente con el Departamento de Cundinamarca. Estas tres entidades asumen esos pagos en diferentes porcentajes.

Según certificación expedida por la Jefe del Departamento de Personal del Instituto Materno Infantil, la demandante laboró en ese Instituto desde el primero de agosto de 1996, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que, según dijo la demandante, terminó el 11 de marzo de 2005, lo que significa que se encuentra en el periodo señalado por la Corte en la sentencia SU 484. Por lo tanto, son las entidades antes mencionadas las que deben asumir ese pago. No obstante, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público alegó que el plazo que la Corte Constitucional estableció para el pago de esos aportes aún no se ha extinguido. Que, por lo tanto, la demandante debe esperar a que la liquidadora de la Fundación San Juan de Dios la incluya en el próximo 20% de los beneficiarios de los efectos de la sentencia mencionada, en razón de que ese Ministerio no gira dineros que no sean previamente solicitados por esa sociedad liquidadora. Ese argumento no fue de recibo para la Sala, habida cuenta de que la demandante es una persona de 65 años de edad que se ve afectada en su derecho al mínimo vital, en la medida en que el derecho de la demandante a obtener una pensión se encuentra afectado por la omisión del empleador de pagar los aportes en pensiones, omisión que no puede, de ninguna manera, imputarse al trabajador afiliado, pues es el empleador el que debe cumplir con la obligación de pagar aportes. Si bien existe un plazo para el cumplimiento de las órdenes contenidas en la sentencia SU 484, lo cierto es que, en este caso, no es la demandante quien

debe asumir las consecuencias negativas de la mora del empleador en el pago de los aportes en pensiones, pues el incumplimiento es ajeno a su voluntad.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Exp. 25000-23-15-000-2010-03109-01\(AC\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS](#)

## **ACCIONES POPULARES**

### **1. a) Vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio publico por transferencia de dominio de zona de cesión obligatoria**

El actor ejerció la acción popular en procura de la protección del derecho colectivo a la utilización y defensa de los bienes de uso público, el espacio público y la defensa del patrimonio público, que estimó violados por el Municipio de Tunja al ceder, a título gratuito, a la Arquidiócesis de ese municipio, el terreno donde esta ubicado el Polideportivo del Barrio Villa Luz.

La Sala consideró que la Escritura Pública No. 1030, de 14 de mayo de 1990, donde se hizo la cesión del terreno al municipio como área de uso público, constituía prueba ad substantiam actus de que el sitio en controversia es zona de uso público y no un bien fiscal, como en aras de la prosperidad de sus pretensiones, argumenta erróneamente el municipio. La Sala halló fundamento en el cargo que alega la violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, pues la transferencia de dominio a título gratuito que hizo el municipio de Tunja a la Arquidiócesis de Tunja, del mencionado predio desconoció las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia.

### **c) Improcedencia de la acción popular para decretar la nulidad de una escritura pública**

La Sala revocó el numeral 4º de la sentencia apelada, comoquiera que el consideró que *a quo* carecía de competencia para haber declarado la nulidad del negocio jurídico de cesión formalizado en la Escritura Pública No. 1699 de 2000 (26 de octubre), otorgado en la Notaría Tercera del Círculo de Tunja, pues es jurisprudencia reiterada de ésta Sección, que la jurisdicción ordinaria es la competente para decidir sobre la nulidad de escrituras públicas.

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 15001-23-31-000-2002-02582-01\(AP\), MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

### **2. Se selecciona para revisión eventual en acción popular, la procedencia del incentivo cuando la comunidad pone en riesgo los derechos colectivos**

Encontró la Sala que en este caso lo que pretendía la actora con la solicitud era el reconocimiento del incentivo económico, el cual se negó en primera y segunda instancia al tener en cuenta el criterio de esta Corporación consistente en que no procede cuando es la misma comunidad que con su actuar pone en riesgo los derechos colectivos. Por su parte, la actora en la solicitud de revisión cita la sentencia de 31 de mayo de 2007, rad. 2004-00189, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en la que se estudió un caso similar al ahora debatido y se advirtió la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad pública y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de los habitantes del sector, Avenida 10 frente a la residencia con número 3N-15 y al lado de la vivienda con número 2BN-15 parte alta del barrio Sevilla del Municipio de San José de Cúcuta), ante la existencia de fenómenos erosivos y deslizamientos de tierra, a lo que además han contribuido los moradores de este asentamiento subnormal, bajo la permisión del ente territorial. La Sección Primera del Consejo de Estado en esa oportunidad amparó los derechos y ordenó iniciar las gestiones



necesarias para reubicar definitivamente a quienes habitan en la zona objeto de la acción popular y recuperar el terreno ocupado, manteniendo vigilancia sobre el mismo para evitar que sea utilizado nuevamente para la construcción de viviendas o con fines no compatibles con la condición de alto riesgo asignada a la zona. En la misma providencia reconoció a favor de la parte actora la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales por concepto de incentivo. De lo anterior se observa que le asiste razón a la actora popular, pues en la providencia que se cita y que fundamenta la solicitud de revisión se reconoció el incentivo a favor del actor popular a pesar de que las acciones erosivas del terreno en parte fueron causadas por culpa de las construcciones levantadas por los mismos habitantes de la zona. Más recientemente se ha pronunciado la Sección Primera de esta Corporación en igual sentido, según se observa de las sentencias de 18 de febrero de 2010, rad. AP-2004-00185 y de 25 de marzo de 2010, rad. AP-2004-01305, ambas con ponencia del doctor Marco Antonio Velilla Moreno, en las que se confirmaron las decisiones del *a quo* en cuanto protegieron los derechos colectivos invocados pero se revocaron respecto al no pago del incentivo al actor popular para en su lugar reconocerlo. En consecuencia, se observa que no existe un criterio consolidado de la Corporación por lo que es necesario unificar la jurisprudencia y determinar si procede el reconocimiento del incentivo al actor popular cuando son los mismos habitantes del sector afectado los que ponen en riesgo los derechos colectivos, como en este caso que han provocado en parte la erosión del terreno, y si es necesario que quien pida a su favor el pago del incentivo no resida en la zona donde se presenta el daño.

[Auto de 25 de noviembre de 2010, Rad. 54001-33-31-004-2004-01481-01\(AP\)REV, MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**3. a) Ante la inexistencia de criterios jurisprudenciales consolidados sobre la vulneración a la moralidad administrativa por sobrecostos en la ejecución de un contrato estatal, se selecciona para revisión eventual sentencia del Tribunal Administrativo del Meta**

Con respecto a la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, si bien han existido diversos pronunciamientos de esta Corporación en los que se ha intentado desarrollar su alcance y contenido, no existe un precedente claro y contundente sobre la vulneración de estos derechos cuando se fundamenta en hechos como los descritos en la acción popular de la referencia. En efecto, en la sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, CP. Delio Gómez Leyva, la Corporación consideró que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, asociado con el impecable manejo de los bienes y dineros del Estado. Luego, en la sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Corporación, con ocasión de una acción popular por presunta vulneración del derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, consideró que la expresión sobrecostos, en materia contractual, debía entenderse como aquellos “mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal”, y que para efectos de la Ley 472 de 1998, tenía relación “con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación”. Por último, en la sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 2003-00618, CP. Ruth Stella Correa Palacio, también de manera somera se enunció el tema de los sobrecostos derivados de la contratación, para los efectos de la regulación del incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa. De acuerdo con lo anterior, la Sala evidenció la necesidad de fijar una posición clara y consolidada frente a la doctrina judicial de esta Corporación sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa derivada de los sobrecostos en que se incurre en la ejecución de los contratos estatales. Fue evidente para la Sala que la posición que ha sido asumida hasta el momento frente al tema de sobrecostos no es clara, y puede dar lugar a un sinnúmero de interpretaciones ante los vacíos que se puedan presentar en las diferentes situaciones, como la que fue objeto de estudio en esta oportunidad.



#### **b) Suspensión de la ejecución de fallo mientras se resuelve la solicitud de la revisión eventual**

La Sala estimó necesario suspender la ejecución del fallo del Tribunal Administrativo del Meta hasta tanto se resuelva la solicitud de revisión eventual interpuesta por el departamento del Meta contra la sentencia del 9 de diciembre de 2009. La revisión de las sentencias dictadas en procesos de acción popular es un mecanismo de reciente creación que le va a dar la oportunidad al Consejo de Estado de fijar su alcance, hasta el punto de definir si la revisión puede llegar hasta anular la sentencia que se revisa, por haber quebrantado los derechos de las partes e inclusive, los mismos derechos colectivos que se pretenden proteger.

[Auto de 21 de octubre de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2004-10709-01\(AP\)REV, MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS](#)

#### **4. No hay lugar a nueva selección para revisión eventual de sentencia de acción popular, si el tema ya ha sido escogido anteriormente**

El accionante alega que el Consejo de Estado no tiene una posición unívoca en cuanto al reconocimiento del incentivo en los eventos en que hay sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento. En concreto, mientras la Sección Primera sostiene que no hay lugar al incentivo, la Sección Tercera estima que sí. Sobre el tema se advierte que en varios pronunciamientos la Sección Primera, entre ellos, las sentencias del 24 de enero de 2008, expediente 2005-01669-01(AP), del 4 de abril de 2002, expediente AP-9407 y del 27 de noviembre de 2003, expediente AP-00355, ha indicado que el incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 es un reconocimiento a la labor diligente del demandante. Pero, el análisis sistemático de la norma junto con el artículo 34 de la misma ley, conforme al cual la sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda reconocerá y fijará el incentivo, lleva a la conclusión de que sólo hay lugar su reconocimiento en caso de dictarse sentencia estimatoria y no cuando hay fallo que aprueba el pacto de cumplimiento. Por su parte, la Sección Tercera en varias sentencias, entre otras, del 19 de abril de 2007, expediente 2004-00896-01(AP) y del 26 de enero de 2006, expediente 2004-02180-01(AP), ha sostenido que el incentivo corresponde a una motivación prevista en favor del veedor ciudadano que decide formular demanda o petición para el amparo de los derechos colectivos. De manera que procede su reconocimiento, aun cuando el proceso finalice con pacto de cumplimiento. Así las cosas, es evidente la contradicción jurisprudencial entre las Secciones Primera y Tercera de la Corporación, lo que amerita la unificación por conducto del mecanismo de revisión eventual, de conformidad con en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. No obstante, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por auto del 15 de junio de 2010, radicado 2008-00327-01, actor: Jorge Mario Dueñas, seleccionó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 2 de diciembre de 2009, con el fin de unificar la jurisprudencia en torno al reconocimiento del incentivo económico. Esta circunstancia es de la mayor importancia, porque será en dicho proceso en donde el Consejo de Estado unificará la jurisprudencia frente al tema que la solicitud en estudio plantea. Se recuerda que la revisión eventual no es nuevo recurso ni supone una instancia adicional en el trámite de la acción popular, precisamente porque no es un mecanismo de control de legalidad de la sentencia respectiva. Es decir, no está concebida para exponer razones de inconformidad respecto de la providencia cuya revisión se pretende; tampoco para replantear temas que ya fueron objeto de litigio y, por ende, decididos en las instancias. El único propósito de la revisión es la unificación de la jurisprudencia, que para el caso, se reitera, se hará en el proceso 2008-00327-01.

[Auto de 20 de enero de 2011, Rad. 41001-33-31-006-2008-00320-01\(AP\)REV, MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

## SECCIÓN PRIMERA

1. a) **Derecho al recobro:** Procede únicamente respecto del cubrimiento de las obligaciones expresamente excluidas del plan obligatorio de salud y efectivamente cumplidas mediante el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no previstos ni financiados en el POS.

En acción de nulidad se demandó la Resolución 2933 de 2006, “*por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela*”, y todos aquellos actos que constituyen sus antecedentes normativos, proferida por el Ministerio de la Protección Social.

**Extracto:** Bosquejado en esos términos el esquema relativo a la prestación de los servicios básicos de seguridad social en Salud, se colige que las EPS, como entidades que tienen la responsabilidad de organizar y prestar directa o indirecta los servicios de salud, tal como lo establece el artículo 177 de la Ley 100 de 1973, en principio solamente están obligadas a suministrar los medicamentos y prestar los servicios que se encuentren incluidos en el POS, correspondiendo a los afiliados asumir en forma particular el costo de los tratamientos, procedimientos o medicamentos no previstos en aquél. No obstante lo anterior, excepcionalmente se ha venido ordenando por vía de tutela o autorizando por los Comités Técnico Científicos de las EPS. ARS y EOC, el suministro de medicamentos o la prestación de otros beneficios no contemplados en el POS, por estimarse que los mismos son necesarios para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los afiliados o beneficiarios. Paralelamente a ello, se ha venido admitiendo por parte de nuestra justicia constitucional, que en tales circunstancias, esto es, cuando las EPS, las ARS y las EOC se ven obligadas a prestar servicios o a suministrar medicamentos no previstos en el POS, surge para ellas el derecho al recobro, esto es, a repetir contra el Estado por el valor de los beneficios no cubiertos total o parcialmente por las Unidades de Pago por Capitación, por tratarse de medicamentos y servicios con o sin homólogo en el POS adoptado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS-, (hoy Comisión Reguladora en Salud). (...) Como se puede apreciar, la Corte Constitucional, reitera lo que ya había expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía, además de ser un derecho constitucional completamente justificado y legítimo, procede únicamente respecto del cubrimiento de las obligaciones expresamente excluidas del plan obligatorio de salud y efectivamente cumplidas mediante el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no previstos ni financiados en el POS.

b) **El Ministro de la Protección Social es el competente para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA**

**Extracto:** Con respecto a las disposiciones reglamentarias referidas al procedimiento y al monto de los recobros por concepto de medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos incluidos o no en el POS, autorizados por los Comités Técnico Científicos u ordenados por fallos de tutela, contenidas en los actos demandados resulta oportuno realizar las siguientes acotaciones: En tales normas se reglamentan el procedimiento, los requisitos y la oportunidad para la presentación de las solicitudes de recobro; el término para estudiar su procedencia y realizar el pago; las causales de rechazo, devolución y aprobación condicionada de las solicitudes de recobro; la realización de pagos por valor inferior al solicitado; la comunicación a la entidad recobrante; la presentación, sustentación y decisión de las objeciones; el monto de los recobros; el control, seguimiento y autoría sobre los procedimientos de recobro; los formatos a emplear y la definición de las consecuencias de su diligenciamiento incompleto. Frente a tales disposiciones, los actores aseguran que el Ministro del ramo tampoco tiene competencia para establecer el procedimiento de recobro ni para señalar los requisitos que deben cumplir las entidades recobrantes, y mucho menos aún para limitar el monto de los recobros y determinar la extensión de las obligaciones a cargo de las EPS,

ARS y EOC; afectando con ello el equilibrio de sus cargas económicas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Sobre el particular, estima la Sala que lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, en cuanto atribuye al Ministro la facultad de expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las EPS, las IPS y las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, constituye un fundamento legal más que suficiente para concluir que la reglamentación relativa al procedimiento, a los términos y a los requisitos que se cuestionan en este proceso, tiene en efecto un sólido fundamento jurídico. Aparte de ello, el propio artículo 173 de la ley 100 de 1993, al relacionar las atribuciones que se confieren al Ministro, en realidad está reiterando aquello que ya había sido establecido desde antaño en las leyes 10ª de 1990 y 60 de 1993 y en el Decreto 2164 de 1992. En efecto, el artículo 8° de la Ley 10ª de 1990 atribuye al Ministerio de Salud la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y establece como función de su despacho, la responsabilidad de “[...] formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema” Posteriormente, el Decreto 2164 de 1992 “Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud”, dictado por el Presidente de la Republica en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo 20 transitorio de la Constitución Política, dispuso en su artículo 2° numeral 12 que corresponde al Ministro del ramo ejercer la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y en tal virtud, es función suya “Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento y las que deberán ser adecuadas o desarrolladas por las entidades y organismos públicos y privados del sector salud en relación con los temas y regímenes tarifarios para la prestación de servicios de salud, conforme a las normas legales que regulan la materia.” Por contera, el artículo 5° de la ley 60 de 1993 también estableció que corresponde a la Nación, a través de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos y autoridades de la administración central o de las entidades descentralizadas del orden nacional, conforme a las disposiciones legales sobre la materia, “Dictar las normas científico administrativas para la organización y prestación de los servicios.” Según se deduce de lo expuesto, el Ministro de Protección Social si es competente para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA, en tanto y en cuanto tales medidas encuadran dentro del concepto de normas administrativas a las cuales se hace referencia en las disposiciones anteriormente enunciadas.

[Sentencia del 21 de octubre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2006-00388-00. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

## **2. Debe otorgarse la tarjeta de reservista de primera clase a las mujeres que hayan adelantado estudios en colegios militares.**

Se demandó, en acción de nulidad, la expresión “varones” contenida en el parágrafo del artículo 51 del Decreto 2048 de 1993, porque, a juicio del demandante, vulnera el derecho a la igualdad por razones de género.

**Extracto:** Del texto de las normas citadas (Artículos 10, 30 y 50, literal d), de la Ley 48 de 1993), se observa que la tarjeta de reservista es una constancia de haber definido su situación militar, la cual se exige a los hombres, mientras que para las mujeres, no podría tener dicha connotación puesto que no tienen la obligación de definir su situación militar, porque no les aplica el servicio militar obligatorio, sino voluntario. Sin embargo, considera la Sala que no existe razón alguna para excluir a las mujeres de obtener este documento, en la medida en que para ellas es una constancia de la instrucción militar que reciben en los colegios militares en iguales condiciones que los hombres, luego la tarjeta de reservistas de primera clase, debe otorgarse tanto a unos como a otras. Como bien lo señala el Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, los sujetos que se comparan se encuentran en la misma situación de hecho y no hay justificación para hacer la diferencia en la medida en que se trata de una constancia de estudios militares, que en los varones constituye un documento probatorio de la definición de su situación militar y para las mujeres, se repite, es la certificación de una formación militar, que desde luego no implica que en caso de confrontación o guerra deban estar obligadas a participar a la vanguardia pues, como ya se dijo, frente a ellas por

regla general el servicio militar es voluntario y solo por excepción, en los casos ya señalados, resulta obligatorio.

[Sentencia del 9 de diciembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2007-00161-00. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad.](#)

### **3. Licencia ambiental: No tiene que establecer que el 1% del proyecto se destine a las obras de recuperación, preservación y conservación de las aguas**

Se decide la demanda de nulidad presentada por la Sociedad Agropecuaria San Fernando S.A., contra la Resolución N° 0522 del 15 de mayo de 2001, expedida por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER-, por medio de la cual otorgó licencia ambiental a la sociedad Proteínas de Pereira S.A.

**Extracto:** Sobre la violación del artículo 43, parágrafo 1, de la Ley 99 de 1993 porque a juicio del actor no se determinó en la Licencia Ambiental que siquiera el 1% de la inversión del Proyecto se destine a las obras de recuperación, preservación y conservación de las aguas que pretende usar el proyecto, se ha de advertir que por el tenor del referido artículo no es menester que en los actos de licencia ambiental se deba establecer esa carga para el beneficiario, puesto que se trata de una obligación establecida directamente por la ley, es decir, se está ante una norma dispositiva de aplicación directa, que por lo mismo se entiende que hace parte de la decisión contenida en el respectivo acto administrativo, en caso de que nada se diga expresamente en él sobre ese punto. Para mejor comprensión de lo dicho, sirve traer el texto de la comentada, norma, a saber: “ARTICULO 43. (...) PARÁGRAFO. Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, deberá destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El propietario del proyecto deberá invertir este 1% en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determinen en la licencia ambiental del proyecto.” Por consiguiente, el cargo se desestima por ser infundado.

### **b) Trámite licencia ambiental: El término otorgado para solicitar información adicional al interesado es facultativo y el acto que declara reunida toda la información requerida es de mero trámite**

Sobre el exceso en el plazo de 30 días hábiles que dispone el artículo 30, numeral 5, del decreto en mención (1753 de 1994) para solicitar información adicional por parte de la entidad demandada, baste decir que esa circunstancia no afecta la legalidad de la resolución acusada, debido a que es un término opcional o facultativo de la autoridad que tramita el asunto, en tanto establece: “5. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación del estudio de impacto ambiental, se podrá pedir al interesado la información adicional que se considere indispensable. En este caso se interrumpirán los términos que tiene la autoridad para decidir.” Por consiguiente, no se trata de un término preclusivo y que por lo mismo determine la oportunidad o la competencia para proferirla, a ningún título (caducidad, prescripción, silencio administrativo positivo, o similar), sino que es meramente indicativo o programático, de modo que su incumplimiento no acarrea consecuencia negativa alguna en este caso; de allí que es irrelevante que el estudio de impacto ambiental se hubiera presentado el 1° de marzo de 2001 y que la Corporación Autónoma Regional de Risaralda -CARDER-, hubiera solicitado información adicional los días 26 de marzo y 25 de abril siguientes. (...) La actora también invoca como violado el numeral 7 del artículo 30 del Decreto 1753 de 1994, por el hecho de que no se profirió el auto de que habla dicho numeral, mediante el cual declara reunida toda la información requerida para emitir la licencia ambiental. La citada disposición reza: “7. Recibida la información o vencido el término de requerimiento de informaciones adicionales a otras autoridades o entidades, se expedirá el auto de trámite que declare reunida toda la información requerida. La autoridad ambiental competente decidirá sobre la viabilidad ambiental del proyecto,

*obra o actividad y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental, en un término que no podrá exceder de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la expedición del citado auto.”* Se observa que se trata de un mero acto de trámite, con el cual se busca darle un mayor grado de precisión y orden al desarrollo del diligenciamiento administrativo, sin que incida en manera alguna sobre la oportunidad para decidir el asunto ni sobre el fondo de la decisión, como tampoco sobre las garantías procesales, tanto que lo que en él se declare igualmente puede declararse en el acto administrativo definitivo, como en efecto aquí ocurrió. En ese orden, la falta de expedición de ese acto de trámite no significa necesariamente que la información requerida no se encuentre reunida, porque de hecho puede estarlo, de allí que no impide que se proceda a tomar la decisión definitiva del asunto, y en ella la autoridad podrá decir, como es muy seguro que ocurra, si la información requerida está o no reunida y hacer su pronunciamiento de conceder o no la licencia ambiental solicitada, lo cual, por lo demás estaría acorde con el principio de celeridad señalado en el artículo 3º del C.C.A.

[Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2002-00068-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad.](#)

**4. La factura proforma es un documento válido para acreditar que se puede disponer del parque automotor cuando se solicita la asignación de una ruta de transporte de pasajeros**

Radio Taxi “LA CAROLINA” Ltda., en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda las resoluciones expedidas por el Instituto Distrital de Tránsito y Transporte de Barranquilla, por las cuales se le negó la solicitud de asignación de la ruta Terminal - Plaza de La Paz. (Anuladas)

**Extracto:** Según expuso el Instituto Distrital de Tránsito y Transporte de Barranquilla en las resoluciones acusadas, Radio Taxi La Carolina Ltda., no demostró que disponía del parque automotor necesario para atender la ruta Terminal - Plaza de La Paz cuya asignación solicitaba, como quiera que los únicos documentos válidos para acreditar la compra del parque automotor eran los certificados de tradición y las licencias de tránsito de cada vehículo, siendo insuficiente la “factura de proforma” aportada (...) Para la Sala es claro que con miras a demostrar que podía disponer del parque automotor necesario para cubrir la ruta solicitada, Radio Taxi La Carolina Ltda. aportó copia de factura proforma suscrita por la Gerente de Ventas de Country Motors S.A. (...) Además (...) Radio Taxi La Carolina Ltda. solicitó al Departamento de Ventas de VEHICOSTA, la venta de 15 chasis NPR para completar el parque automotor de la ruta Terminal - Plaza de La Paz (...) considera la Sala que de la factura proforma sí podía inferirse que la demandante tenía la firme intención de acceder al parque automotor necesario para cubrir la ruta cuya asignación solicitó, así como también permite concluir que Country Motors S.A. estaba dispuesto a proveer los veinte (20) vehículos que conformarían dicho parque automotor, de donde se sigue que si bien Radio Taxi la Carolina Ltda., no probó que al momento de la solicitud disponía de los automotores, sí acreditó que podía disponer de los mismos de serle asignada la ruta, pues para tal efecto había contactado y acordado la disponibilidad de los vehículos con dos proveedores. La norma contenida en el literal g) del artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, se refiere a demostrar que se dispone o se puede disponer del parque automotor, de manera que pretender que la factura proforma debía ser aceptada o que la demandante debía suscribir un contrato o promesa de compraventa con un concesionario de vehículos, resultaría desmedido e implicaría que quienes solicitan la asignación de rutas de servicio público de transporte, deben incurrir en una serie de gastos y obligaciones sin contar con la certeza de que la ruta será asignada, desnaturalizando de esta forma una de las opciones contenidas en la norma citada.

[Sentencia del 20 de enero de 2011. Exp. 08001-23-31-000-1999-02660-01. MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)



## 5. Régimen de transición en licencias ambientales: Ley 99 de 1993 y Decreto 1753 de 1994.

La Sociedad Compañía Almacenadota de Granos S.A. -COLGRANOS S.A.-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó las Resoluciones 2129 y 2319 de 1995, ambas de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL MAGDALENA, y la 1259 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente, con las cuales se ordenó la suspensión inmediata de la construcción de la “*Planta de Almacenamiento de Granos Limpios*” por no contar con la correspondiente licencia ambiental.

**Extracto:** El Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución, expidió el Decreto 1753 de fecha 3 de agosto de 1994 (*hoy derogado*), en virtud del cual se desarrolló lo dispuesto en los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 en materia de licencias ambientales. En sus normas y bajo la consideración de que las disposiciones de ese Decreto no pueden ser aplicadas de manera retroactiva frente a aquellas actuaciones administrativas iniciadas con anterioridad al 5 de agosto de 1994, fecha en la cual se publicó el Decreto 1753 de 1993 en el Diario Oficial N° 41.427, el Gobierno Nacional consagró en el artículo 38 del Decreto en comento, un régimen de transición en virtud del cual se entienden exonerados de la obligación de contar con la aludida licencia aquellos proyectos, obras o actividades emprendidos bajo la vigencia de la normatividad anterior. (...) Como se puede observar, el artículo transcrito (38 del Decreto 1753 de 1994) desarrolló los principios que regulan el tránsito legislativo y que se desprenden de la Constitución y de la ley, tomando en cuenta para ello los atinentes a la irretroactividad de la ley, el postulado de la buena fe y la observancia de las reglamentaciones expedidas cuando se inició la respectiva actuación. (...) De lo previsto en el artículo 38 se pueden identificar entonces tres situaciones bien diferenciadas, a saber: (1) la referente a los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición del decreto obtuvieron permisos, concesiones, licencias o autorizaciones; (2) la atinente a aquellos proyectos u obras que aún no han obtenido los permisos, concesiones, licencias o autorizaciones, esto es, que están en trámite; y (3) la de los proyectos, obras o actividades que iniciaron actividades con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993. Frente a la primera situación es lógico, como lo advierte el Reglamento en el inciso 1° del artículo 38, que si con anterioridad a la expedición del decreto ya se habían expedido permisos, concesiones, licencias o autorizaciones, éstos puedan continuar. Ello se adecua a las prescripciones del artículo 117 de la Ley 99 de 1993 que prevé que “los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición”. En el segundo de los eventos, si los trámites tendientes a la obtención de la licencia o permiso se encuentran en curso, lo lógico es que se sigan rigiendo por las normas que se encontraban vigentes al momento de su iniciación. Frente a la tercera situación, si se iniciaron los proyectos, obras o actividades con anterioridad a la vigencia de la Ley 99 de 1993, al amparo de un permiso, concesión, licencia o autorización que permitió su iniciación, es igualmente razonable que las normas a aplicar deben ser las preexistentes y no las normas nuevas.

[Sentencia del 29 de noviembre de 2010. Exp. 47001-23-31-000-1996-04746-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

## 6. Requisito de edad para el ingreso al nivel preescolar en el grado de transición. Nulidad parcial del literal c) del artículo 3 de la Resolución 1515 de 2003.

Se demandó, en acción de nulidad, la frase “*cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar*” contenida en el artículo 3 literal c) de la Resolución 1515 del 3 de julio de 2003, “*Por la cual se establecen las directrices, criterios, procedimientos y cronogramas para la organización del proceso de asignación de cupos y matrícula para los niveles preescolar, básica y media de las instituciones de educación formal de carácter oficial en las entidades territoriales*”, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.



**Extracto:** En primer término, observa la Sala que es claro que para permitir el ingreso de un menor de edad al grado de transición, obligatorio en el nivel preescolar, el criterio preferente es el de la edad según se infiere de los artículos 67 de la Constitución y 11 y 17 de la Ley 115 de 1994. No obstante lo anterior, estima la Sala que la resolución acusada vulnera normas de rango superior, específicamente, el artículo 8° del Decreto 2247 de 1997, pues desconoció las normas reglamentarias que establecen que el ingreso al nivel preescolar no puede sujetarse a ningún tipo de consideraciones física o mental, entre ellas, la edad. En concordancia con lo anterior, según se describió, la Corte Constitucional también ha sostenido que el criterio de la edad y los límites establecidos en el artículo 67 de la Corte Constitucional, no deben ser entendidos como un criterio excluyente y deben aplicarse criterios incluyentes como en efecto se infiere de lo dispuesto en el precitado artículo 8° del Decreto 2247 de 1997. De acuerdo con todo lo anterior, estima la Sala que la limitación dispuesta en el acto acusado, esto es, que el menor que pretenda ingresar al grado de transición debe tener cinco años al momento de iniciarse el calendario escolar, viola las normas legales y constitucionales en que debía fundarse. Por lo precedente, se accederá a las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

[Sentencia del 27 de enero de 2011. Exp. 11001-03-24-000-2005-00086-01. MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.](#)

**7. Es registrable el signo PETROLIZADO porque la semejanza que tiene con la marca BODY GEAR PETROLERO + GRÁFICO no es relevante y no se presentan riesgos de conexidad competitiva.**

Se demandan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio por las cuales se denegó la solicitud de registro de la marca comercial PETROLIZADO (MIXTA).

**Extracto:** En primer término, se impone dar aplicación a la siguiente regla general establecida por la jurisprudencia y la doctrina: “Si el elemento preponderante del signo mixto es el denominativo, se deberá hacer el cotejo de conformidad con los parámetros para la comparación entre signos denominativos. A saber: En la comparación entre signos denominativos el Tribunal, sobre la base de la doctrina, Fernández Novoa, ha manifestado que los signos deben ser observados en conjunto y con la totalidad de los elementos que lo integran, sin descomponer su unidad fonética y gráfica, teniendo en cuenta la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia diferenciadora, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan disminuyan dicha función.” En aplicación de dicha regla, observa la Sala que el vocablo PETROLIZADO, si bien se asemeja a una de las locuciones que componen la marca BODY GEAR PETROLERO, previamente registrada a nombre del opositor, señor VICTOR HUGO ANGEL, esa similitud es apenas parcial. En efecto y siguiendo la recomendación de analizar los signos enfrentados en su conjunto, esto es, sin descomponer la unidad de cada signo y sin privilegiar algunas de las partes o elementos que integran la marca opositora, la Sala considera que al observar de un solo golpe y de manera sucesiva las marcas enfrentadas, se puede advertir que entre ellas no existe una semejanza muy relevante, pues mientras la marca solicitada está compuesta por un solo vocablo (PETROLIZADO), el signo opositor está integrado por tres locuciones (BODY GEAR PETROLERO), sin que la semejanza que se observa entre las expresiones PETROLIZADO y PETROLERO, que evocan en la mente del consumidor la idea de “petróleo”, tenga la fuerza suficiente para inducirlo al error respecto de los productos identificados con una u otra marca, o en relación con su origen empresarial. - BODY GEAR PETROLERO - PETROLIZADO - - BODY GEAR PETROLERO - PETROLIZADO - BODY GEAR PETROLERO - PETROLIZADO - BODY GEAR PETROLERO - PETROLIZADO - (...) Con respecto a los canales que se utilizan en la comercialización de los productos distinguidos con las marcas enfrentadas, salta a la vista que las “preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; (preparaciones abrasivas) jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos” comprendidos en la Clase 3ª nada tienen que ver con los «vestidos, calzados, sombrerería» comprendidos en la Clase 25ª Internacional, lo que indica que entre los productos no existe conexión

competitiva que pueda generar riesgos eventuales de confusión o asociación. El hecho de que la publicidad de los productos de la clase 3ª se pueda realizar mediante el empleo de bolsos, sombrillas, paraguas, bastones o prendas de vestir que forman parte de la Clase 25ª, no permite inferir de manera directa la existencia de una conexidad competitiva, capaz de generar riesgos de confusión o asociación en el mercado, más aún cuando esta misma Corporación ha sido enfática en señalar, como ya se anotó, que el uso del vocablo PETROLERO no es exclusivo de quien interviene como tercero en este proceso.

[Sentencia del 29 de noviembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2001-00317-01. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**8. El auto de apertura de investigación fiscal no equivale al auto de apertura a juicio fiscal (Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000)**

En acción de nulidad y restablecimiento del derecho se cuestionan los actos de la Contraloría Departamental del Tolima relacionados con la responsabilidad fiscal de servidores de la Beneficencia del Tolima.

**Extracto:** En la fecha en la que ocurrieron los hechos irregulares, la norma vigente era la Ley 42 de 1993, pero al entrar en vigencia la Ley 610 de 2000 el 18 de agosto de ese año, las actuaciones que estaban en trámite en procesos de responsabilidad fiscal, se deberían regir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de ésta (...) En el presente caso la apertura de investigación fiscal ocurrió mediante Auto núm. 110 de 10 de agosto de 2000. La actora considera que el auto de apertura de investigación fiscal es equivalente al auto de apertura a juicio fiscal, por lo que se debe dilucidar si éstos son equivalentes o no. (...) De lo anterior se colige (artículos 74, 75, 77, 79 a 81 y 89 de Ley 42 de 1993), contrario a lo estimado por la actora, que el auto de apertura de investigación fiscal difiere del auto de apertura a juicio fiscal y que éste es un acto posterior a aquél. En el presente caso el auto de Apertura de Investigación Fiscal es de 10 de agosto de 2000 y la actora se vinculó a la investigación el 4 de mayo de 2001. Luego, para esta última fecha no se había proferido auto de apertura a juicio fiscal, por ende, le asiste razón al a quo en considerar que el proceso debía regirse por la Ley 610 de 2000, de conformidad con su artículo 67 transcrito.

**b) En vigencia de la Ley 43 de 1992 el proceso de responsabilidad fiscal no tenía término de caducidad.**

**Extracto:** Como está visto los hechos motivo de investigación ocurrieron cuando estaba vigente la Ley 42 de 1993 y para esa época, contrario a lo que afirma la actora, la acción de responsabilidad fiscal no tenía término de caducidad, de conformidad con lo expresado por la Sección en diferentes providencias, en las cuales ha sostenido que dicha ley no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y que no obstante que su artículo 89 consagra que en los aspectos no previstos se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso, dado que el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción y del contenido del artículo 17 se desprende que dicho juicio puede ser iniciado en cualquier momento.

[Sentencia del 20 de enero de 2011. Exp. 73001-23-31-000-2004-00857-01. MP. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**9. El acto que concede la revocatoria directa -acto revocatorio- tiene el carácter de definitivo y, aunque no es susceptible de recurso, es pasible de la acción contencioso administrativa**

La sociedad INVERSIONES PERALES LTDA., Y CIA. FLOTA GRANADA S.A., en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la Resolución 001587 de 2006, expedida por el Director de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte, por medio de la cual se accedió a la solicitud

presentada por la Cooperativa de Transportadores de San Luis -COOTRASAL-, de revocatoria de la Resolución 004058 de 2004.

**Extracto:** El artículo 72 del C.C.A. señala que *“Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”* Interpretando esa disposición, la jurisprudencia tiene precisado que en virtud de la misma, el acto que decida la solicitud de revocación directa no tiene recursos, y el que la niegue no constituye acto administrativo definitivo, ya que no hace parte de la vía gubernativa y no genera una situación jurídica nueva o distinta a la del acto administrativo que se solicite revocar directamente, por lo cual no es susceptible de acción contencioso administrativa. No así el acto que conceda la revocación directa, es decir, el acto revocatorio, que justamente por significar una nueva situación jurídica frente a la del acto revocado, pasa a ser un nuevo acto administrativo, de allí que se considere que la revocación directa es la sustitución o supresión de un acto administrativo mediante otro acto administrativo. Como quiera que la Resolución Núm. 004058 de 28 de diciembre de 2004 revocó en vía gubernativa, a instancia del recurso de apelación, el acto que puso fin a la actuación administrativa en comento, ella pasó a ser el acto definitivo en el procedimiento administrativo respectivo. 3.2.- Por lo tanto es claro que la resolución enjuiciada, al revocar directamente esa resolución 004058, constituye un nuevo acto administrativo, que si bien no es susceptible de recurso, sí es pasible de la acción contencioso administrativa incoada, sin que ello signifique de manera alguna revivir los términos de la acción contencioso administrativa respecto de los actos administrativos que le precedieron, en particular de la resolución revocada.

**b) Revocatoria directa de actos particulares: El consentimiento expreso y escrito no se predica del tercero con interés en el asunto**

**Extracto:** Alega la actora que para efectos de revocarlo se requería su consentimiento expreso y por escrito. Sobre el particular, en las citas jurisprudenciales en que se apoya el memorialista, aparece mencionado el artículo 73 del C.C.A., por lo que es dable entender que en esa norma es donde se fundamenta para reclamar por no habersele requerido a la actora el consentimiento para la revocación directa aquí impugnada. Al punto, observa la Sala que dicho artículo se refiere es al titular del derecho, como sujeto de quien se debe obtener el consentimiento expreso y escrito para la revocación directa, cuando se trate de actos administrativos que hubieren creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, y sucede que el titular del derecho extinguido con la resolución revocada (004058 de 28 de diciembre de 2004) es la Cooperativa de Transportadores de San Luis -COOTRASAL, y no la actora, como quiera que mediante la misma se había a su vez revocado en vía gubernativa la Núm. 00292 de 23 de junio de 1998, que le había otorgado licencia de funcionamiento para operar como empresa de transporte público terrestre de pasajeros por carretera, y asignado la correspondiente ruta. La circunstancia de que la Resolución Núm. 004058 de 28 de diciembre de 2004 se hubiera proferido en virtud del recurso de apelación que la actora interpuso contra la 00292 no la hace necesariamente titular de derecho alguno creado o modificado en aquélla, menos cuando el derecho modificado en la misma estaba en cabeza de una persona distinta. Lo que tenía respecto de la citada Resolución 004058 era apenas un interés como tercero sobre el asunto, sin que el mismo llegare a constituir un derecho o una situación jurídica que le significara un derecho particular y concreto creado a su favor. Así las cosas, no se daba el supuesto para que la actora hubiera debido dar su consentimiento expreso y escrito para la revocación directa de la Resolución Núm. 004058 de 28 de diciembre de 2004.

**[Sentencia del 29 de noviembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2006-00236-00. MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)**

## SECCIÓN SEGUNDA

**1. Nulidad de los actos que no incorporaron a la demandante a la nueva planta de personal del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, a pesar de haber sido elegida la opción de reincorporación y este cargo ser suplido por un empleado en provisionalidad.**

Situación fáctica: El problema jurídico se contrae a establecer si el retiro de la actora está viciado por desviación de poder.

Es preciso tener en cuenta que el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 dispone que en caso de que la incorporación sea la opción elegida por el servidor, esta debe surtirse “dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos”, sin embargo en el caso bajo examen, la señora Elsa Yaneth Burgos fue retirada, informándosele que no existían posibilidades de incorporación. Sin embargo, de acuerdo con las pruebas señaladas se concluye que el señor Leonardo Castro Vargas fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 3020 Grado 12 como el que desempeñaba la actora el 25 de abril de 2002, esto es, dentro de los seis meses contemplados por la norma mencionada, no obstante lo anterior, la entidad procedió al reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo, pese a que como se observa existían opciones de incorporación. De acuerdo con lo anterior es claro, que los derechos de carrera de la actora fueron vulnerados teniendo en cuenta que se retiró a una empleada inscrita en carrera administrativa para ser reemplazada por un provisional.

[Sentencia de 7 de octubre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-08673-01\(0877-09\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**2. Se decreta la nulidad parcial de la expresión “y las instituciones hospitalarias concurrentes” contenida en el literal d) artículo 3º, en los incisos 3º y 4º del numeral 1 del artículo 7º y en los artículos 10º y 11º del Decreto 306 de 2.004, expedido por el Gobierno Nacional al traer modificaciones sustanciales a la estructura de la Ley 715 de 2.001, excediendo así la potestad reglamentaria al actuar sin competencia ya que por virtud de la Carta Política, es de competencia exclusiva del legislador ordinario.**

Situación fáctica: Determinar la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional con la expedición del Decreto demandado, al modificar la Ley 715 de 2.001 radicando la carga del pasivo prestacional de los servidores del sector salud no solo en la Nación y los entes territoriales, sino en las instituciones hospitalarias, en forma concurrente.

Concluye la Sala que la norma demandada difiere sustancialmente de la Ley reglamentada, pues el Gobierno Nacional realiza un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, encuadrando las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que ésta contiene, ampliando y modificando la responsabilidad financiera consagrados en la Ley, que únicamente radicó en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el manejo y traslado de los recursos del Fondo, mas no la imposición de responsabilidades financieras a cargo de las instituciones de salud. Cabe señalar que la modificación realizada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto demandado, desborda su ámbito de competencia, pues es claro que la Ley 715 de 2.001 es una ley orgánica, lo que significa que es únicamente al legislador ordinario al que le corresponde por otra ley de igual categoría realizar dicha modificación, pues en virtud del numeral 10º del artículo 150 de la Carta Política, si no es posible conceder facultades al legislador extraordinario para la expedición de leyes orgánicas como la presente, tampoco para modificarlos por medio de decretos reglamentarios a las leyes orgánicas expedidas por el legislador ordinario. En ese sentido, al haber incluido el Gobierno Nacional - precedido de una facultad constitucional (art. 189- 11) - a las instituciones hospitalarias, como

responsables financieras del pasivo prestacional del sector salud en forma concurrente, introdujo modificaciones sustanciales a la estructura de la Ley reglamentada y excedió su potestad al actuar sin competencia, ya que esta materia, por virtud de la Carta Política, es de competencia exclusiva del legislador ordinario.

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

[Sentencia de 21 de octubre de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2005-00125-00\(5242-05\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad.](#)

**3. La indemnización por la consignación tardía del auxilio de cesantías antes del 15 de febrero que corresponde al año anterior laborado, es diferente a la sanción moratoria por el no pago de la prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria.**

Situación fáctica: El problema jurídico consiste en determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por la consignación tardía de las cesantías correspondientes al año de 2004, o por el no pago de las cesantías del 2004.

En aras de mayor claridad frente a la confusión presentada por la parte actora en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de las mismas, es importante esclarecer que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995. Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

[Sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2008-00394-01\(1521-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**4. La falta de publicación de un acto administrativo no es condición de validez del acto, sino presupuesto de su conocimiento y exigibilidad.**

Situación fáctica: El problema jurídico exige definir si los actos acusados violan las normas superiores señaladas en la demanda, trasgresión que resultaría, a juicio del demandante, de su expedición en forma irregular y de haber incurrido en falsa motivación.

A juicio de la Sala, en punto de la publicidad necesaria de todos los actos acusados, se debe despachar adversamente la pretensión de nulidad, pues la publicidad es condición de eficacia de los actos, es decir, este requisito se halla asociado al conocimiento que los destinatarios deben tener de la norma o del acto, a fin de poder exigir a ellos su acatamiento. La presunción de que el desconocimiento de la ley no dispensa de su cumplimiento, está fundada en la promulgación de las normas, es decir, en dotarlas de algún medio de publicidad, pues no puede trasgredirse una norma que no se conoce, es decir, una regla que no existe en la conciencia de sus destinatarios no podría



ser desobedecida. En lo que respecta a los actos de la administración, la publicidad también tiene como función hacer saber a la comunidad de la existencia del precepto u orden, a fin de poder exigir su cumplimiento. No obstante, la publicidad no es condición de validez del acto, sino presupuesto de su conocimiento y exigibilidad, es decir, de su observancia por la comunidad a la que va dirigido. Sugiere lo anterior que el reclamo de nulidad de los actos, fundada en este caso en la deficiente publicidad resulta improcedente, pues la carencia de ésta no vicia el proceso de expedición, sino que hace el acto inoponible a quienes pretexten ignorarlo, es decir afecta su eficacia o fuerza de observancia y no su validez.

[Sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. 52001-23-31-000-2003-00729-01\(0733-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad.](#)

**5. Se declara la nulidad del acto que desvincula por facultad discrecional a un suboficial de la Policía Nacional, puesto que incurrió en desviación del poder, dado que demostró que era una persona idónea para el buen servicio al haber sido calificado con “superior” por la misma institución.**

Situación fáctica: el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si el retiro del Sr. René Triana Rivera se encuentra viciado de legalidad por no haberse incluido expresamente dentro del acto de recomendación u otro acto lo que motivó dicha determinación; y, por otra parte, si su retiro obedeció a razones distintas al buen servicio.

Se concluye que es bastante razonable considerar que lo que motivó el retiro del servicio del actor fue el manto de duda que se tejió en contra de su honestidad en el operativo adelantado el 20 de enero de 2003. Empero, dicha conclusión por sí sola no tiene la virtualidad de afirmar la configuración del vicio de desviación de poder respecto del acto demandado, pues lo sucedido en el operativo de 20 de enero de 2003 pudo generar, de un lado, desconfianza en sus superiores y en consecuencia, determinar la decisión de removerlo efectivamente del servicio; y, de otro, una afectación tal en el servicio que justificara la decisión discrecional. En este sentido y a pesar de que la desconfianza en el funcionario por parte de sus superiores puede justificar en algunos eventos el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, en la medida en que interfiere en el buen desempeño de una función estatal, en el presente asunto debe analizarse si dados los antecedentes laborales del accionante era razonable ejercer dicha potestad. Estas probanzas llevan a cuestionarse si en atención a un fin constitucionalmente relevante, como lo es la buena prestación del servicio público, con dichos antecedentes era razonable desvincular a un servidor que demostró durante el tiempo en que estuvo vinculado, virtudes policiales adecuadas al mejoramiento del servicio. En otras palabras, teniendo en cuenta que la razón de la facultad discrecional es el buen servicio, cabe preguntarse si el servicio efectivamente se favorecía con el retiro inmediato de un funcionario en el marco que acaba de describirse y con un desempeño “superior”. Aun cuando es innegable el malestar que generaron las irregularidades presentadas en el operativo tantas veces citado frente a la credibilidad y prestación del servicio público, lo que se cuestiona es si en aras de proteger dicho servicio se requería prescindir, por la vía de la facultad discrecional, de un funcionario que, se repite, gozaba de excelente consideración dentro de la Institución. La facultad de retiro discrecional resultaba viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, situación que, se reitera, no se da en el presente asunto pues el retiro del accionante, con las calidades y antecedentes anotados, no evidencia la razonabilidad de la medida, y entrevé una sanción en donde se miró el hecho objetivo de una acusación.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Exp. 25001-23-25-000-2003-06792-01\(0938-10\) MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)



**6. En aplicación de la potestad revocatoria sin consentimiento del pensionado, se revoca el acto que reconoció la pensión de jubilación al demandante como consecuencia de la tipificación de una conducta delictiva por parte de la Fiscalía General de la Nación.**

Situación fáctica: El problema jurídico exige definir si los actos acusados violan las normas superiores señaladas en la demanda, trasgresión que resultaría, a juicio del demandante, de su expedición en forma irregular y de haber incurrido en falsa motivación.

Conforme a las pruebas del proceso sí encuentra la Sala que la motivación de la revocatoria fue la tipificación de una conducta, situación que cobró aún mayor justificación con lo resuelto en la etapa investigativa penal iniciada con ocasión de la actuación administrativa, cuando la Fiscalía General de la Nación no precluyó la investigación, dejando tipificado el delito de estafa, tal y como lo reconoce la misma parte actora en los hechos sucintos de la demanda. En atención al mandato legal del referido artículo 19 y a su interpretación judicial, antes explicados, no es cierto, como lo afirma el recurrente, que la revocatoria del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, procede siempre y cuando ocurra completamente la judicialidad de la responsabilidad penal, pues la antijuridicidad ni la culpabilidad son elementos de juicio de la Administración para concretar o no dicha medida excepcional de revocatoria del acto ilegal constitutivo de una conducta descrita en un tipo penal.

[Sentencia de 19 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-01141-01\(0026-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**7. Los factores salariales causados en vigencia de una relación laboral y que fueron pagados de manera retroactiva, después del retiro, deben ser incluidos en la reliquidación pensional.**

Situación fáctica: Establecer si es viable tener en cuenta para la reliquidación de la pensión del actor, la totalidad de los factores causados en el último año de servicio y pagados con posterioridad a su retiro.

Así, dado que una cosa es adquirir el derecho a una determinada remuneración y otra percibirla o recibirla, debe precisarse que lo pedido en el sub lite por el recurrente tiene vocación de prosperidad, pues como quedó demostrado en el plenario (ver folios 121 y 122) los valores que solicita el actor para que sean incluidos en su reliquidación pensional fueron causados o se originaron con anterioridad al retiro, cosa muy diferente es que se hayan pagado con posterioridad a saber, en los meses de diciembre de 2000 y diciembre de 2001 (retroactivo), pues es claro que a pesar de ser valores cancelados después del retiro, tienen incidencia en el monto de la reliquidación pensional, como quiera que si bien es cierto fueron pagados con posterioridad a la fecha de su retiro, también los es, que tuvieron su origen durante la vigencia de la relación laboral.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Exp. 73001-23-31-000-2007-00146-01\(0465-09\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**8. La liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con los factores salariales causados en vigencia de una relación laboral actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) al momento de conceder el status de pensionado, así haya dejado de laborar con anterioridad.**

Situación fáctica: Se contrae el presente asunto a determinar, si la actora tiene derecho a que se actualice la base salarial de su pensión, conforme al índice de precios al consumidor.

Una interpretación distinta equivaldría a liquidar la pensión con fundamento en una suma devaluada con pleno detrimento del jubilado, porque sería parodiando la pensión con los medios de transporte,

que mientras la jubilación avanza en burro la devaluación corre en tren; lo que implicaría desconocer la realidad económica del país y la situación real del pensionado. Ningún segmento es tan sensible como este sector y amerita no sólo la simple interpretación positivista, sino la articulación de los derechos de los ciudadanos, a la observancia de los postulados Superiores sobre el principio de favorabilidad y el principio pro operario, como corresponde a un verdadero Estado Social de Derecho. Ahora bien, para positivizar lo dicho además del artículo 230 Superior, y las demás normas señaladas en la providencia, debe indicarse que le es aplicable a la actora por encontrarse en régimen de transición, la actualización del IPC a que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

[Sentencia de 22 de septiembre de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2003-05054-01\(2197-08\) MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**9. La no supresión de cargos a los prepensionados en aplicación de la estabilidad laboral reforzada o reten social no vulnera los derechos de carrera ni el derecho a obtener indemnización**

**Situación fáctica:** Establecer si el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, al abstenerse de suprimir el empleo de Profesional Especializado, código 3010, grado 16, que venía desempeñando el señor José Eugenio Lozano Andrade actuó conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

La Sala estima necesario reiterar que la Ley 790 de 2002 estableció una protección especial, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, consistente en una estabilidad laboral reforzada, para las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la citada ley. Debe decirse que en el caso concreto el demandante adquirió su estatus pensional el 9 de agosto de 2005, momento en el cual cumplió el último de los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985, 20 años de servicios, para el reconocimiento de una pensión de jubilación. Así las cosas, para la Sala la situación particular del demandante correspondía a la prevista para los prepensionados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, toda vez que, adquirió su estatus pensional dentro del término de tres años contados a partir de la promulgación de la citada norma, esto es entre el 27 de diciembre de 2002 y el 27 de diciembre de 2005. De acuerdo con las razones que anteceden, el actor sí era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, medida que a juicio de la Sala en nada vulnera los derechos de carrera que le asistían al señor José Eugenio Lozano Andrade. De otra parte, estima la Sala que tampoco es cierto que con la aplicación de la medida de protección especial contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 al señor José Eugenio Lozano Andrade se le haya vulnerado su derecho adquirido a optar entre una indemnización o la reincorporación a un cargo equivalente, dado que la opción de elegir entre una reincorporación y una indemnización no es consecuencia inmediata de ostentar derechos de carrera sino de la supresión efectiva de un cargo de carrera ejercido por un funcionario inscrito en el escalafón del sistema de carrera.

[Sentencia de 3 de febrero de 2011, Exp. 47001-23-31-000-2004-00690-01\(1345-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

**10. Se declara la nulidad del acto de insubsistencia de fiscal que desempeñaba cargo en provisionalidad al considerar que adquirió derechos de carrera por superar el concurso de méritos, así la administración no haya hecho la respectiva inscripción en carrera administrativa**

Situación fáctica: Determinar si el acto administrativo por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se ajusta a derecho, o si por el contrario por estar desempeñando un cargo en provisionalidad ostenta Derechos de Carrera; y si el acto acusado debía ser motivado.

De las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que el demandante aplicó; participó, aprobó y fue incluido en el “Listado Definitivo de Aprobados” del Concurso de Méritos de 1994; por lo tanto el demandante ingresó a dicho cargo mediante Concurso Público de Méritos. Por esta razón a juicio de la Sala el actor adquirió Derechos de Carrera Administrativa mediante la Resolución No. 0-1071 de 16 de junio de 1994 que lo nombró en provisionalidad en el cargo de Fiscal Local en la Dirección Seccional de Cundinamarca, con ocasión precisamente del Concurso de Méritos de 1994, respetándole así los derechos adquiridos a través del mencionado Concurso. Empero, sin razón justificada la Comisión Nacional de Administración de Personal de la entidad no lo inscribió en el Escalafón de Carrera Administrativa, pese a las múltiples solicitudes elevadas por el actor en virtud de encontrarse incluido en la última etapa del Concurso de Méritos de 1994 como fue la de “Lista de Aprobados”. Más aún, dicha gestión administrativa - inscripción de funcionarios incluidos en el Listado Definitivo de Aprobados de la Convocatoria de 1994 en el RUIC - sí fue realizada por la entidad, inscribiendo a 1236 funcionarios, sin que, existiera fundamento para la ausencia de la inscripción en el Escalafón, del actor. En esas condiciones como el actor no se le respetaron los Derechos de Carrera que le asistían, el cargo formulado contra el acto demandado, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, está llamado a prosperar, sin que sea necesario entrar a estudiar si el acto debió ser motivado.

[Sentencia de 3 de febrero de 2011, Exp. 25000-23-25-000-2005-00913-01\(0440-10\). MP BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

**11. Al establecer que la renuncia del Delegado de Tribunal de Distrito Judicial no fue libre y espontánea y su nexos de causalidad con la discrepancia con el superior en una decisión dentro de una investigación se declara la nulidad del acto de aceptación**

Situación fáctica: Se solicita la nulidad del acto por el cual la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación aceptó la renuncia del demandante al cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá.

Las declaraciones enunciadas evidencian que el hecho generador de la renuncia no fue la voluntad libre y espontánea del actor sino la disparidad de criterios existente entre el nuevo Fiscal General y el demandante respecto de la decisión proferida en la investigación seguida contra el General citado y que al parecer fue proferida el mismo día de su posesión sin contar con su autorización a pesar de que fue enterado de lo sucedido. El nexos de causalidad existente entre la medida de aseguramiento ordenada en contra del General Rito Alejo del Río el 31 de julio de 2001, día de la posesión del Fiscal General, y la renuncia presentada por el actor el 6 de agosto del mismo año, es decir, seis días después de proferida la decisión, evidencia que el hecho generador de la misma fue la discrepancia expresada por el Fiscal General con respecto a la decisión proferida en la investigación citada. Aunque el Fiscal General es representado por sus Delegados y Directores de Unidades bajo su dependencia tal circunstancia no afecta “la autonomía” otorgada a los Jueces en los términos y condiciones de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, por tal razón, las diferencias de criterio no le permiten al Director de la Entidad proceder al retiro de los funcionarios máxime cuando demuestran eficiencia y experiencia en el cargo. En este orden de ideas, el cargo formulado por la entidad demandada en el recurso de apelación no es de recibo dado que la renuncia no reunía los requisitos exigidos en la ley como son la voluntad libre y espontánea del demandante, razón por la cual no era viable su desvinculación y así el proveído impugnado que accedió a las súplicas de la demanda amerita ser confirmado.

[Sentencia de 28 de octubre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-00549-01\(2427-08\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

12. Por no respetarse los derechos adquiridos y no realizar la homologación del cargo dentro del proceso de municipalización de la educación en Ibagué, se ordena el pago sobresueldo y horas extras a título de indemnización del daño antijurídico en aplicación de los principios de la realidad sobre las formalidades, de igualdad, de irrenunciabilidad de los beneficios laborales, de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo. No se ordena el pago de la Prima de Dedicación Exclusiva, por cuanto no se pueden derivar derechos adquiridos contrarios a la Constitución y la ley al consagrarse por funcionario incompetente.

Situación fáctica: Se solicita por parte de los demandantes se declare la nulidad de los actos administrativos les negó a los demandantes el derecho a cancelarles los factores salariales dejados de pagar por parte de la Administración Municipal desde abril de 2002 hasta diciembre de 2004, consistentes en sobresueldo del 20%; 40 horas extras semanales por la atención de doble jornada y prima de dedicación exclusiva, ésta última dejada de pagar desde abril de 2002, hasta la fecha.

Dentro del proceso de municipalización de la educación, los docentes deben ser incorporados y homologados a la nueva planta de personal, de ahí que la incorporación, en nuestro caso, para el Municipio, implica que este debe ajustar, atendiendo sus necesidades, estructura orgánica y funcional para cumplir con los fines del servicio educativo y, de otro, que la inclusión en la nueva planta debía tomar en cuenta no sólo el aspecto formal de los empleos, como su nomenclatura y grado, que conforme se observó arriba tiene plena autonomía para fijarlos, pero que, en todo caso debió clasificarlos por la naturaleza de las funciones, el grado de responsabilidad y los requisitos para su ejercicio, con sujeción a los manuales específicos respectivos, para así determinar la remuneración; para lograr estos fines debió cumplirse un proceso de homologación, en el que, a no dudarlo no deben existir desmejoras salariales y/o prestacionales, en lo que se refiere a los factores legales. Se concluye, entonces, que el legislador y el ejecutivo previeron parámetros para la transferencia del personal docente administrativo y directivo del servicio educativo del orden nacional a las entidades territoriales, debiéndose buscar en primer término la equivalencia dentro de la homologación. En la homologación se les desconocieron a los demandantes sus condiciones laborales porque, dentro del proceso de estructuración y conformación de las plantas de personal no se previó que ellos debieron ocupar los cargos de Coordinadores o, en todo caso, debió preverse que conservaron su derecho a recibir los emolumentos que venían percibiendo. De otro lado, lo reclamado corresponde a prestaciones reguladas dentro del marco de la ley, pues el sobresueldo y las 40 horas extras semanales por doble jornada reclamadas se establecieron en sendos decretos proferidos dentro de la ley marco, que es la Ley 4ª de 1992. No ocurre lo mismo con la denominada "prima de dedicación exclusiva", porque esta prestación no está regulada en los decretos expedidos bajo la vigencia de la Ley 4ª de 1992, y los demandantes no alegaron su regulación en una norma legal o en una preceptiva que la desarrollara y que, además, pudiera predicarse que actualmente está vigente. Si en gracia de discusión se considerara que esta prima de dedicación exclusiva fue regulada en normas de carácter territorial, que no fueron aportadas al proceso, la Sala observa que no puede alegarse la existencia de derechos adquiridos en contra de la Constitución y de la Ley y no pueden calificarse como tales unos supuestos derechos derivados de normas proferidas por quien carecía de competencia para expedirlas. Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, no en la forma como las plantearon los demandantes, esto es, otorgándoles los valores que debieron percibir como si hubiesen ejercido la labor de Coordinadores sino porque la Administración les causó un daño antijurídico al no vincularlos con las prerrogativas que venían disfrutando. Puede decirse, sin ninguna hesitación, que el reconocimiento otorgado también se hace en aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad (artículo 13 del C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53 ib.), el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, en cuanto consagra que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Exp. 73001-23-31-000-2006-01244-01\(1362-07\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

13. Se declara nulidad del acto de supresión de cargo de libre nombramiento y remoción, por cuanto al momento de expedir el acto general de reestructuración de la entidad, Decreto 237 de 2001, no se había realizado los estudios técnicos, razón por lo que fue declarado nulo por falsa motivación por la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que sea de recibo argumentar que fueron recibidos dos días antes de la suscripción del acto que suprimió el respectivo cargo.

Situación fáctica: El demandante solicita la nulidad del acto de retiro del servicio por supresión del cargo.

Este Decreto 005 de 2002 (acto de supresión del cargo del demandante), según se lee en su parte considerativa, fue expedido con fundamento en la nueva estructura fijada mediante Decreto 237 de 2001, por lo cual para la Sala es claro, y así lo ha manifestado en recientes pronunciamientos esta Sección, que la anulación del acto general tiene efectos erga omnes es decir, “frente a todos” y por tanto al haberse anulado el acto general que constituye fundamento del acto particular, este último resulta viciado también de ilegalidad al estar inmerso en la causal de falsa motivación, sin que pueda afirmarse que se está ante una situación consolidada cuando se anulo el acto general, esto es, el Decreto 237 de 2001, porque el afectado con el acto particular había solicitado además de la nulidad de dicho acto, la inaplicación del acto general. Finalmente precisa la Sala que los estudios técnicos deben realizarse de manera previa a un proceso de supresión, por lo cual no es acertado argumentar que como tales estudios fueron presentados dos días antes de la suscripción del acto de supresión, ello signifique purga de la ilegalidad que deviene de la ausencia de los estudios técnicos para la fijación de la estructura de la administración con fundamento en la cual se expidió el acto que determinó la nueva planta de personal. Así las cosas deberá la Sala revocar la sentencia impugnada para en su lugar, anular los Decretos 005 y 0010 del 14 y 15 de enero de 2002 respectivamente, expedidos por el alcalde de Barrancabermeja, en cuanto suprimieron el cargo que el actor desempeñaba al interior de la administración y fueron expedidos de manera irregular dada la ausencia de estudios técnicos previos a la fijación de la nueva estructura de la administración.

[Sentencia de 10 de febrero 2011, Exp. 68001-23-31-000-2002-01342-01\(401-10\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

14. Es posible el ejercicio de la facultad discrecional y declarar la insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción del nivel asesor, cuando los conceptos jurídicos que emiten no ofrecen confianza a la administración, así en el ámbito donde se hayan debatido se les otorgue la razón a los mismos.

Situación fáctica: Se solicita la nulidad del acto de insubsistencia que retiro del servicio a empleado desnivel asesor.

Entre las funciones atribuidas a los empleos del nivel asesor, se encuentran las siguientes: “Asesorar a las directivas en la formulación, la coordinación y la ejecución de las políticas y los planes generales de la entidad”, “Absolver consultas, prestar asistencia técnica y emitir conceptos en los asuntos encomendados por la administración” y “Aportar elementos de juicio para la toma de decisiones relacionadas con la adopción, la ejecución y el control de los programas propios del organismo” Artículo 3°, numerales 1°, 2° y 3° del Decreto 590 de 1993. Como se advierte, son claramente funciones en las cuales se requiere una confianza y afinidad especial con el empleado que las desempeñe. Si la labor de asesoría consiste en dar un consejo, una opinión, un juicio, a una persona u órgano que tiene que tomar una decisión o fijar una política referente a una entidad, y por tanto, puede tener cierta incidencia en la determinación que se produzca, es necesario que el nominador del Asesor tenga una gran confianza en el criterio del funcionario que realiza tal labor. Así pues, los cuestionamientos que sobre la labor de la actora hicieron los Comisionados, demuestran



una desconfianza en su criterio profesional, que podía dar lugar a la insubsistencia, sin perjuicio de que los mismos puedan ser o no admisibles jurídicamente. Los testimonios relacionados llevan a la Sala a la convicción de que la insubsistencia de la actora se dio por motivos netamente institucionales y no personales, habida cuenta de que los criterios por ella esbozados, no le generaban confianza a la mayoría de los Comisionados. El hecho de que en cada campo jurídico donde se debatieron los asuntos conceptuados por la actora, se le haya dado jurídicamente la razón, no le cercena la facultad que constitucionalmente ostenta el nominador frente a sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, cual es la de la discrecionalidad.

[Sentencia 10 de noviembre de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-03955-01\(1380-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

#### **15. Reconocimiento de pensión especial de jubilación por homicidio voluntario de empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público**

Situación fáctica: se solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación especial consagrada a favor de empleados de la Rama Judicial y Ministerio Público, Ley 126 de 1985, cuando su fallecimiento tiene ocurrencia por homicidio voluntario.

Sin duda alguna, fue la intención del legislador, al expedir la Ley 100 de 1993, preservar la prestación consagrada en el artículo 1 de la Ley 126 de 1985 en los mismos términos y condiciones que allí se establecieron. Por ello no señaló condicionamiento alguno, ni exigencia adicional para su reconocimiento. Se trata de una pensión especial independiente de los regímenes generales, inspirada en la salvaguarda del derecho de quienes hallaran obstáculo para acceder al mismo en condiciones normales. Ahora bien, la citada disposición establece unos supuestos puntuales para el reconocimiento de la pensión especial, a saber: (i) que el funcionario o el empleado pertenezca a la Rama Judicial o al Ministerio Público; (ii) que dichos servidores fallezcan como consecuencia de un homicidio voluntario; (iii) que la muerte ocurra durante el desempeño del cargo; y (iv) que el causante no haya cumplido con el tiempo de servicio requerido por la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. El demandante se vinculó al servicio de la Fiscalía General de la Nación - Seccional Cúcuta el 16 de marzo de 1992, en el cargo de Director Seccional de Instrucción Criminal de Cúcuta; por Resolución No. 0047 del 26 de junio de 1992 emanada de la Fiscalía General de la Nación, fue incorporado al cargo de Director Seccional de Fiscalías de Cúcuta, del cual tomó posesión el 1º de julio de 1992 y en el que permaneció hasta el 7 de agosto de 1993, fecha de su muerte. Obra en el plenario copia del Registro de Defunción No. 927683 del 9 de agosto de 1993 de la Superintendencia de Notariado y Registro, en donde aparece que el señor PRIETO ORTÍZ falleció el 7 de agosto de 1993 como consecuencia de "TRAUMA CRANEO-ENCEFÁLICO CON PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO Y OTROS". Dadas las circunstancias en que se causa su fallecimiento, se considera que la muerte del Director Seccional de Fiscalías de Norte de Santander fue producto de un homicidio voluntario. No puede afirmarse entonces que el causante no se encontraba desempeñando el cargo de Director Seccional de Fiscalías de Cúcuta al momento de ocurrir su deceso, ya que para la fecha mencionada ostentaba tal dignidad. Y resulta irrelevante que la muerte hubiera sucedido en sede distinta a la de su trabajo y en horas de la noche, pues debe tenerse en cuenta que el fin que inspiró al legislador para establecer esta particular prestación fue brindar a la familia del funcionario de la Rama Judicial o del Ministerio Público, fallecido en circunstancias angustiosas, irritantes y desoladoras, una contribución económica que le permitiera subsistir en un estado púdico, concurrente con la dignidad del cargo que aquél desempeñaba. De acuerdo con el tiempo de servicios referido anteriormente, el fallecido funcionario judicial no completó el período exigido para obtener la pensión ordinaria de jubilación, circunstancia que da lugar al reconocimiento de la especial consagrada en la Ley 126 de 1985.

[Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Exp. 54001-23-31-000-1999-01220-01\(0334-09\), LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.](#)

## SECCIÓN TERCERA

### **1. El Estado declaró responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con ocasión de las lesiones sufridas por un soldado, cuando prestaba servicio militar obligatorio, la Sala de la Sección Tercera ordenó el pago de perjuicios morales, materiales y fisiológicos**

El pasado 26 de enero del presente año, la Sala de la Sección Tercera - Subsección A, resolvió el recurso de apelación interpuesto la parte actora y modificó la providencia recurrida, al abordar el estudio del caso de un soldado que prestaba el servicio militar obligatorio y fue lesionado gravemente por un compañero cuando cargaba y descargaba un fusil, sin percatarse que el arma se encontraba sin seguro accionándola accidentalmente. La Junta Médica Laboral registrada en la Unidad de Sanidad del Ejército, dictaminó en el lesionado una incapacidad relativa y permanente y una disminución de capacidad laboral del 76.45% a causa de la herida recibida.

La Sala de la Sección Tercera, encontró que los argumentos esgrimidos por el recurrente, en cuanto censuró el monto reconocido por concepto de perjuicios morales reconocidos por el tribunal de instancia, no tuvieron la fuerza suficiente para desvirtuar la decisión, por lo que la Sala consideró que el valor se mantendría incólume y como quiera que fue tasada en gramos oro, resultó necesario ajustar los valores a la pauta jurisprudencial trazada, la cual fija en salarios mínimos el resarcimiento del perjuicio de orden moral.

Respecto a la indemnización ordenada por el a quo por valor de 8.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en relación con el perjuicio fisiológico, consideró la Sala que ésta no se ajustó en una proporción razonable al perjuicio padecido por el demandante *“amén de que las lesiones le ocasionaron secuelas consistentes en injerto femoral derecho arterial y venoso y atrofia muscular en músculo derecho y limitación femoral”*, manifestó que fue evidente el daño generado al lesionado consistente en alteraciones significativas y anormales en sus condiciones de existencia, modificó la decisión y condenó al pago de 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por este concepto.

En relación con los perjuicios materiales, la Sala procedió a efectuar la indexación correspondiente aplicando la fórmula trazada por la jurisprudencia para actualizar la renta, otorgando una indemnización por este concepto consistente en el pago de lucro cesante por prestación debida o consolidada e indemnización futura.

**[Sentencia de 26 de enero de 2011. Exp. 76001-23-31-0000-1996-02874-01 \(18.718\). MP.\(E\): GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)**

### **2. El Consejo de Estado se declaró inhibido para fallar en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque el demandante no aportó con el escrito de la demanda copia auténtica del acto demandado, requisito indispensable y no subsanable para que proceda esta acción**

La Sala de la Sección Tercera -Subsección C, para tomar la decisión consideró que para que proceda la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el demandante debe aportar con el escrito de la demanda, copia auténtica del acto administrativo acusado. Este requisito no puede subsanarse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo que exige que con la demanda el actor aporte *“Una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución”*, por ser éste un requisito ineludible para que esta acción prospere, en razón a que *“la falta de la copia auténtica del acto administrativo en el proceso, impide al operador jurídico realizar un análisis de fondo y hace que el procedimiento que se adelante ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se torne ineficaz.*

[Sentencia de 7 de febrero de 2011. Exp. 88001-23-31-000-1999-00006-01 \(19.003\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO](#)

3. El Consejo de Estado declaró que el INCORA incumplió parcialmente sus obligaciones contractuales, relativas al pago oportuno del contado inicial sobre el valor del precio de las mejoras de un inmueble, objeto de un contrato de compraventa y condenó al Instituto al pago de intereses moratorios

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C, al abordar el recurso de apelación interpuesto por el Incora, condenó a la entidad demandada al pago de intereses moratorios, para tomar la decisión consideró que la entidad demandada no estaba exenta del pago de intereses moratorios por incumplir una obligación dineraria, porque esta regla no tiene aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. De igual forma, determinó que los contratos de compraventa de bienes realizados por el Incora, para cumplir objetivos propios de la reforma agraria, no pueden ser calificados como actos de carácter mercantil, en el entendido que *“la compraventa realizada por el INCORA a la sociedad actora constituye una verdadera actuación administrativa que se encuadra en lo dispuesto por el artículo 23.3 del Código de Comercio como quiera que la adquisición realizada se justifica en un motivo de utilidad pública, el cual se identifica plenamente con los denominados “fines de servicio público” a los que alude la norma y que se identifican con aquellas actividades adelantadas por el Estado para garantizar el interés general. En consecuencia, al no estar regulado el aspecto de los intereses moratorios en la ley 135 de 1961, y al estar excluido el negocio jurídico de los denominados actos de comercio, es necesario acudir a la regulación que sobre el tema se hace en el Código Civil”*.

Consideró la Sala que los intereses estipulados en la cláusula cuarta del contrato de compraventa y en el artículo 1653 del Código civil, no eran aplicables al supuesto fáctico debatido en el proceso, en razón a que lo que el acreedor reclamaba era la cancelación de los intereses que se produjeron por la mora en el cumplimiento de la prestación debida.

[Sentencia de 7 de febrero de 2011. Exp. 08001-23-31-000-1993-07655-01 \(19.597\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL](#)

4. El Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta de un contrato de compraventa de inmueble, por la omisión de requisitos y formalidades para la validez del acto jurídico y ordenó la restitución del valor pagado. En esta instancia se advirtió la causal de nulidad absoluta lo que obligó a la Sala de la Sección Tercera al decreto oficioso de la nulidad, a pesar de que el actor fuera el apelante único

Para tomar la decisión la Sala de la Sección Tercera - Subsección C, estimó que el contrato estatal celebrado entre las partes no cumplió con los requisitos de validez para su formación que exige el artículo 1741 del Código Civil, al cual se acudió por remisión del Decreto 222 de 1983, vigente para la época en que se celebró la promesa de compraventa del bien inmueble, que disponía que los contratos de la administración eran absolutamente nulos en los eventos señalados en la citada norma y además en los “casos previstos en las disposiciones vigentes”. La Sala al acudir a lo señalado en el artículo 1741 que dispone que un contrato es absolutamente nulo, entre otros casos cuando *“se presenta omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos”*, dispuso que dicho contrato se encontraba viciado de nulidad absoluta en razón a que al abordar el estudio del caso, quedó plenamente demostrado que en la promesa de compraventa celebrada se omitieron dos requisitos o formalidades para la validez del acto, como lo eran la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que hiciera sus veces, y el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Dicha nulidad no puede ser saneada por ratificación de las partes y como tampoco se produjo la prescripción extraordinaria, se impuso declararla oficiosamente, lo que condujo a que la Sala decretara la restitución del dinero recibido por el demandante.

La Sala no aplicó el principio de la no reformatio in pejus al considerar que *“si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas”*; igualmente consideró que debía prevalecer el interés general sobre el particular.

[Sentencia de 24 de enero de 2011. Exp. 76001-23-31-000-1996-02709-01 \(16.326\). MP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES](#)

\* Con salvamento de voto del doctor Enrique Gil Botero

**5. El Consejo de Estado declaró patrimonial y solidariamente responsable a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por los daños causados a un ciudadano que estuvo privado injustamente de la libertad**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C, abordó el estudio de un caso en el cual el demandante fue privado de la libertad porque fue vinculado a un proceso penal en calidad de sindicado y en fallo de segunda instancia el Tribunal Superior de Popayán revocó la sentencia recurrida, absolvió al procesado de los cargos imputados y ordenó su libertad; para adoptar la decisión el tribunal de instancia consideró que no se tuvo certeza absoluta de que las cosas ocurrieron como lo afirmó la Fiscalía encargada del caso.

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C, encontró probado que el procesado estuvo privado de la libertad, como presunto autor del delito de homicidio, y fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, porque las pruebas recaudadas no brindaron certeza de su participación en la comisión del delito y la parte demandada no demostró ninguna causal excluyente de imputación, como son el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima o un evento de fuerza mayor. Decidió igualmente, absolver a la llamada en garantía porque ninguna actividad probatoria se desplegó para demostrar el aspecto subjetivo de su conducta, necesaria para establecer su responsabilidad y en consecuencia no se acreditó dolo o culpa grave en su actuación.

[Sentencia de 31 de enero de 2011. Exp. 19001-23-31-000-1995-02029-01 \(18.452\). MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

\* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**6. Se declaran terminados los contratos de arrendamiento celebrados por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la Sociedad Parking International Ltda., la sentencia produce efectos respecto de la Sociedad Concesionaria Aeroportuaria Internacional S.A. “OPAIN S.A.”, en su calidad de cesionaria y litisconsorte de la entidad demandante**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección B, decidió el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Parking Internacional Ltda., confirmó la sentencia del tribunal de instancia y declaró terminados los contratos de arrendamiento suscritos entre esta sociedad y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Para adoptar la decisión la Sala determinó que los contratos de arrendamiento suscritos por las partes, los días 19 de junio de 1989 y 3 de septiembre de 1990, respecto de áreas descubiertas utilizadas como parqueaderos, no podían exceder el plazo de 5 años, por encontrarse sometidos al

Decreto Ley 222 de 1983, que determinaba que estaban expresamente prohibidas las prórrogas automáticas y la aplicación de las normas comerciales. Se ordenó a la sociedad demandada restituir al arrendador los parqueaderos internacionales, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que dio por terminado el litigio. Señaló la Sala que la providencia produce efectos respecto de la Sociedad Concesionaria Aeroportuaria Internacional S.A. "OPAIN S.A.", en su calidad de cesionaria y litisconsorte de la parte demandante.

**[Sentencia de 28 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-26-000-2003-00349-01 \(28.281\). MP.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN CONTRACTUAL - RESTITUCIÓN DE INMBUEBLE ARRENDADO](#)**

**7. Se declara responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por la desaparición y muerte de un soldado que prestaba servicio militar obligatorio.**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección B, abordó el estudio del caso de un soldado que prestaba el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería No. 16 "Patriotas" ubicado en el municipio de Honda Tolima, quien cayó a las aguas del río Prado a finales del mes de julio de 1991, el superior directo del soldado dio la orden de buscarlo en el río y sus alrededores, con ayuda de los pescadores de la zona, pero fue imposible dar con su paradero, pasados 5 días de su desaparición, el oficial elaboró un reporte por el delito de desertión e informó del hecho a la Policía de la zona para que dispusieran retenes con el fin de capturar al presunto infractor. Posteriormente, habitantes del sector encontraron unos restos humanos en estado de descomposición, lo que hizo imposible su identificación a pesar de que un compañero de la víctima le aseguró a un Subteniente que se encontraba encargado, que era el cuerpo de su compañero desaparecido, éste precisó que no lo reconocía como tal y ordenó a sus subalternos abandonar el lugar. Al cuerpo encontrado no se le practicó la necropsia, por lo que fue imposible determinar las causas del fallecimiento y fue sepultado como NN en una fosa común, previa autorización del Alcalde Municipal. El 30 de diciembre de 1991, se exhumaron los restos óseos del cadáver encontrado y fue enviado a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la individualización del occiso, el 4 de agosto de 1998 se llevó a cabo la inscripción del deceso del soldado en el registro civil de defunciones.

Solo 7 años después de su desaparición - luego de la prueba de ADN-, la familia del soldado pudo tener certeza acerca de que el cuerpo enterrado como NN y posteriormente exhumado pertenecía a su familiar.

La Sala consideró que el daño era imputable a la entidad demandada "*toda vez que bajo un análisis objetivo de los hechos probados, es claro que la desaparición y muerte del soldado (...) se produjo durante su período de conscripción, es decir cuando se encontraba bajo custodia y tutela del Estado, cuyo deber jurídico era devolver al soldado al seno familiar, una vez concluyera su servicio militar obligatorio, en condiciones similares a aquellas que presentaba al momento de su ingreso a las filas del Ejército Nacional.*" y condenó a la demandada a pagar perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente

**[Sentencia de 28 de febrero de 2011. Exp. 73001-23-31-000-1999-00098-01\(18.287\). MP.: DANILO ROJAS BETANCOURT. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)**

**8. Se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de un campesino durante un enfrentamiento armado entre el ejército y un grupo subversivo**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección A, abordó el estudio de un caso en el que se configuró la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, por la muerte de un campesino durante un enfrentamiento armado entre el ejército y un grupo subversivo, en hechos ocurridos el 6 de febrero de 1995. La Sala, resolvió modificar la sentencia proferida en primera instancia, y condenó a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a reparar a los demandantes los perjuicios morales sufridos. La discusión principal surgió en torno a la indemnización del daño moral a favor de los



hermanos de la víctima, y se concluyó, que la presunción del daño no había sido desvirtuada, pues si bien es cierto que los hermanos vivían en diversas poblaciones del país, esta circunstancia por si sola, no es indicativa de que las relaciones entre ellos hayan sido hostiles, discordantes o de enemistad, únicamente revelan que cada uno de ellos había fijado su residencia en el lugar de su preferencia sin que este distanciamiento físico implicara desaparición de los lazos familiares de afecto que son normales entre hermanos. En consecuencia, la Sala encontró pertinente reconocer a favor de cada uno estos demandantes, por concepto de indemnización por el daño moral padecido con los hechos a que se refiere la demanda la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

**Sentencia de 9 de febrero de 2011. Exp. 17001-23-31-000-1995-06004-01(20.364) MP.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.**

**9. Se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, a la que fue sometido un ciudadano sindicado y procesado bajo el supuesto de estar implicado en el atentado dinamitero perpetrado contra el Centro 93, ubicado en la ciudad de Bogotá**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección B, modificó la providencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Fiscalía General, por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido un ciudadano que fue absuelto por comprobarse que no cometió el delito que se le había imputado.

La Sala acogió el régimen de responsabilidad objetiva, por considerar injusta la privación de la libertad en razón a que el sindicado fue ajeno a la comisión del delito y a la responsabilidad penal imputada, configurándose una de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 - Código de Procedimiento Penal ya derogado, pero aplicable al momento de la ocurrencia de los hechos. Para la Sala no fue de recibo el argumento expuesto por la entidad demandada en cuanto consideró que la ausencia total de pruebas no implicaba necesariamente que existiera una duda razonable sobre la responsabilidad penal del procesado y segundo, porque el hecho de que la justicia penal estableciera fehacientemente quienes fueron las personas que perpetraron el atentado terrorista, implicaba que el demandante resultó ajeno a la comisión del delito.

La Sala de la Sección Tercera, condenó a la Nación a pagar perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante.

**Sentencia de 31 de enero de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1996-02709-01(18.626) MP.: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.**

**\* Con aclaración de voto de la doctora Ruth Stella Correa Palacio**

**10. Se declaró a la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad DAS, administrativamente responsable por el secuestro, tortura y asesinato de cinco personas, en el cual participaron agentes de la institución, en desarrollo de un operativo tendiente a lograr el rescate de una persona secuestrada**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección A, modificó la providencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad DAS, al comprobarse la participación de agentes activos de la institución en el secuestro, tortura y muerte de cinco personas, los detectives se encontraban en servicio activo del servicio e invocando esta condición procedieron a detener y poner en estado de indefensión a las víctimas para posteriormente matarlos. Los cadáveres fueron encontrados en una vía rural de los municipios de Facatativá y la Mesa, presentaban signos de "violencia extrema", se encontraban prácticamente calcinados, fueron amordazados y atados de pies y manos y según las

respectivas actas de necropsia, luego de haber sido torturados, murieron como consecuencia de ahorcamiento unos y otros por múltiples impactos de arma de fuego, las víctimas habían sido plagiadas en la ciudad de Bogotá.

La Sala consideró que la actuación criminal desplegada por los agentes del DAS, en el presente caso constituyó, sin lugar a dudas, además de una censurable e ilustrativa falla del servicio flagrante, una transgresión particularmente grave de Derechos Humanos, por tal razón, además de condenar a la entidad al pago de perjuicios morales y materiales, ordenó la reparación integral de la violación de sus derechos decretando medidas de Justicia Restaurativa, de naturaleza no pecuniaria, como son medidas de satisfacción y garantía de no repetición y la supervisión del cumplimiento de la sentencia.

[Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1995-01692-01\(20.046\) MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**11. Se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por el arresto ilegal al que fue sometido un ciudadano en cumplimiento de una providencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien resolvió imponer una sanción equivalente a 16 días de arresto y multa de 2 salarios mínimos**

La Sala de la Sección Tercera - Subsección C, modificó la providencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y condenó a la Nación Colombiana -Rama Judicial - Dirección Nacional de Administración Judicial a pagar perjuicios morales a los demandantes. Para la Sala fue claro que el asunto se gobernó bajo el régimen de responsabilidad subjetiva por falla probada del servicio, teniendo en cuenta que el hecho dañoso resultó imputable a la entidad pública demandada.

La Sala de la Sección Tercera, consideró que se vulneraron los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre protegidos por mandato expreso de la Constitución Política y procedió a reajustar la condena impuesta en primera instancia, al demandante y a su cónyuge y extendió la indemnización por concepto de perjuicios morales a los hermanos del demandante, como víctimas indirectas.

[Sentencia de 24 de enero de 2011. Exp. 25000-23-26-000-1998-00656-01\(18.190\) MP.: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

\* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

## SECCIÓN CUARTA

**1. a) La exclusión del impuesto sobre las ventas en la importación o venta de computadores personales, portátiles o de escritorio, cuyo valor no exceda de 82 UVT, se garantiza en la medida que se tome como referente el valor en aduana de la mercancía**

Se decide la nulidad parcial del Concepto 031496 del 26 de abril de 2007, expedido por la Oficina Jurídica de la DIAN. Concretamente, se analiza si de conformidad con los artículos 31 de la Ley 1111 de 2006 y 1º del Decreto 379 de 2007, la exclusión del IVA por la importación y venta de “computadores personales de escritorio o portátiles cuyo valor no exceda de ochenta y dos (82) UVT”, debe tener como referente el valor en aduanas de los computadores importados o la base gravable correspondiente a cada operación, sea que se trate de importación o venta.

**Extracto:** Mediante el artículo 31 de la Ley 1111 de 2006 se adicionó el artículo 424 del E.T., para excluir del impuesto sobre las ventas los computadores personales de escritorio o portátiles, cuyo valor no exceda de ochenta y dos (82) UVT. Por consiguiente, ni la venta o importación causa el impuesto. Para que se configure el derecho a la exclusión, los bienes deben cumplir dos condiciones. La primera, que se trate de computadores personales de escritorio o portátiles. La segunda, que su “valor” no exceda de 82 UVT. Habida cuenta de la imprecisión conceptual de las condiciones que estableció el legislador, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 379 de 2007, cuyo artículo 1° aclaró lo referente a la segunda condición, es decir, la referida al valor, como referente para convertir los 82 UVT. Y el Decreto 567 del mismo año, cuyo artículo 5° precisó las condiciones que se deben configurar para entender cuando se está en presencia de un computador personal de escritorio y portátil. Visto el tenor literal del artículo 1 del Decreto 379 de 2007, se aprecia que tuvo por objeto regular la “exclusión del impuesto sobre las ventas para computadores”, de tal manera que no hace distinción si es para la exclusión de bienes importados o para los comercializados en el territorio nacional. Refuerza lo anterior el hecho de que la norma expresamente enuncie la importación o venta como las operaciones sobre las que puede recaer la exclusión. Como bien lo pone de presente el demandante, en Colombia no se producen computadores, se importan. Se garantiza la aplicación de la exclusión en condiciones de igualdad al consumidor en el territorio nacional, porque partiendo del presupuesto de que los computadores personales, portátiles o de escritorio, son importados, el referente del valor en aduana garantiza que, independientemente de que con posterioridad a la importación se comercialicen los computadores a un precio mayor que el valor en aduanas, tendrá derecho a la exclusión. En esa medida, si se interpreta que el valor en aduanas sólo puede tenerse en cuenta como referente para los computadores importados, la exclusión beneficiaría a los comercializadores que los importan y, eventualmente, a la persona que importe el computador para su uso personal, pues cuando el comercializador venda el producto, ya tendrá un costo adicional que supere el valor en aduana del bien importado. Esa situación, se reitera, crea inequidad en la aplicación del incentivo tributario, pues frente a un mismo bien importado, el que lo importe directamente, gozará del beneficio, en cambio el que lo adquiera con posterioridad a la importación, no gozará del beneficio, si en virtud del encarecimiento del bien su valor ha superado los 82 UVT. En consecuencia, la exclusión del impuesto sobre las ventas en la importación o venta de computadores personales, portátiles o de escritorio, cuyo valor no exceda de 82 UVT, se garantiza en la medida que se tome como referente el valor en aduana de la mercancía, conforme lo dispuso el artículo 1° del Decreto 379 de 2007. Tanto la DIAN como el Ministerio Público interpretan que la pretensión del demandante implicaría modificar las reglas que establece el E.T. sobre la base gravable del IVA en la venta de bienes. Esa interpretación es errada, pues el hecho de que el artículo 1° del Decreto 379 de 2007 haya tomado como referente el valor en aduana de la mercancía, no implica que la base gravable en la venta de bienes en el territorio nacional sea el valor en aduanas.

**b) No se aplica la base gravable del impuesto sobre las ventas del artículo 477 del Estatuto Tributario a los computadores personales portátiles o de escritorios importados y posteriormente vendidos**

Como la motivación que esgrimió la DIAN en el concepto demandado es que se debe procurar cumplir el propósito de la norma, la Sala considera que para que este propósito se cumpla se requiere tomar como referente, el valor en aduanas de la mercancía liquidado conforme al “Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles de Aduana y Comercio - GATT”. El propósito no se cumple cuando, según la DIAN, “(...) se vend[a]n los computadores a un monto que no supere la condición objetiva de desgravación”. La Sala considera que mientras el valor en aduana de los computadores personales portátiles o de escritorio importados, que con posterioridad a la importación se vendan, así sea a un valor mayor al valor en aduana, mantenga el rango de los 82 UVT, tales computadores se encuentran excluidos del impuesto sobre las ventas. Pretender que el valor total de la venta de los computadores personales portátiles o de escritorio en el territorio nacional no supere los 82 UVT, para tener derecho a la exclusión, como lo sugiere la DIAN en el

concepto demandado, hace nugatoria, por lo menos de manera temporal, la exclusión, pues, se reitera, el valor en aduana constituye una condición objetiva y razonable que garantiza que se aplique la exclusión en condiciones de igualdad, respecto del consumidor. No es pertinente tomar como referente el valor en aduana, para la importación, y el valor total de la operación fijado bajo las reglas del artículo 447 del E.T., para la venta, porque de entrada esa situación apareja un trato discriminatorio para el consumidor, respecto del importador que comercializa los computadores importados, en beneficio exclusivo de éste último. El referente para aplicar la exclusión cuando se trata de la importación y para la hacer la conversión en UVT, definitivamente será mucho más bajo que el referente que la DIAN quiere aplicar para cuando se trata de la importación. La Sala insiste en que el propósito de la norma se cumple si el consumidor tiene acceso a los computadores que, al momento de la importación, tengan un valor en aduanas que no supere los 82 UVT. En consecuencia la Sala considera que el concepto demandado viola el artículo 1° del Decreto 379 de 2007 y, por lo tanto, se declarará su nulidad parcial.

**Sentencia de 10 de febrero de 2011. Exp. 11001-03-27-000-2007-00040-01(16798) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad**

**2. a) La causación del impuesto al consumo de cigarrillos, tabaco y licores no es el consumo en sí mismo sino la entrega del producto con miras al consumo**

Se demanda la nulidad de los artículos 90 al 94 de la Ordenanza 057 de 1997, expedida por la Asamblea del Tolima.

**Extracto:** La Sala mediante providencia en que revisó la legalidad de actos particulares relacionados con el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado definió el momento de causación de este tributo, así: "... es claro que el legislador quiso establecer como objeto del impuesto "el consumo" de cigarrillos y tabaco elaborado, pero el hecho concreto que permite verificar el momento en que surge la obligación para el pago del impuesto no es el consumo en sí mismo, sino la entrega del producto en fábrica o en planta con miras hacia el consumo, en los términos ya explicados. Para el caso de los productos extranjeros, el hecho de donde surge la obligación tributaria (causación) es la introducción al territorio nacional de los productos extranjeros. En uno y otro caso, esos hechos se concretan antes de que efectivamente se "consuman los productos", lo que de ninguna manera deviene ilegal ni arbitrario. Lo anterior indica que para que surja la obligación tributaria a cargo de los productores de cigarrillo y tabaco elaborado basta que el productor entregue el producto y que ese producto tenga el precio al que se factura a los expendedores de la capital del departamento donde esté situada la fábrica puesto que, una vez entregado, tal como lo afirmó la demandada, la finalidad de consumo va implícita en la entrega. No es necesario que se consolide la distribución, la venta, la permuta, la publicidad, la promoción, la donación, la comisión o el autoconsumo para que surja la obligación tributaria. Una interpretación en sentido contrario dejaría a discreción del contribuyente el nacimiento de la misma. Criterio aplicable al caso dado que en idéntico sentido el legislador estableció la causación para el impuesto al consumo de licores, así tal como bien lo explica la sentencia citada el momento en que surge la obligación para el pago del impuesto no es el consumo en sí mismo, sino la entrega del producto en fábrica o en planta con miras a que sea posteriormente consumido, tratándose de nacionales y para el caso de los productos extranjeros, la introducción al territorio nacional, en ambos casos, los hechos se concretan antes de que se consuman efectivamente los productos, ya que no es necesario que se consolide la distribución, venta, permuta, publicidad, promoción, donación, comisión o autoconsumo para que surja la obligación tributaria. Es obvio que, tanto en el caso de licores nacionales como extranjeros la causación se da con miras a ser enajenados y consumidos, no en el momento del consumo efectivo, de donde no se presenta diferencia alguna en desmedro de los licores extranjeros.

**b) El no ejercer el monopolio aunque estén codificadas sus normas, no impide cobrar el impuesto al consumo sobre licores, cigarrillos y tabaco**

El simple hecho de codificar las normas que, de manera general, regulan el monopolio de licores destilados no impedía a la Asamblea de Cundinamarca incluir en el Estatuto de Rentas también las relacionadas con el impuesto al consumo de estos productos, pues si no ha optado por el monopolio, para poder establecer el impuesto al consumo de tales productos se requiere de la existencia de los parámetros legales para hacerlo. Pero si hizo uso de tal facultad y escogió ejercer el monopolio sobre los licores de producción nacional y lo desarrolla, este hecho no tornaría ilegal la disposición, pues en este evento no podría gravarlo con impuesto al consumo, sino que tendría derecho a la participación fijada en los convenios previamente celebrados. Elegir entre las dos posibilidades que contempla la ley debe ser un acto expreso. Optar por el monopolio implica no solo incorporar la normativa que lo regula sino ejercer actos que demuestren su escogencia. En el caso si bien es claro que se codificaron las normas generales que regulan las dos posibilidades, no se acredita que el Departamento estuviera ejerciendo el monopolio de los licores. ..". **NIEGÁNSE** la nulidad de los artículos 90 a 94 de la Ordenanza 057 de 1997 a través de la cual la Asamblea Departamental del Tolima expidió el Estatuto de Rentas del Departamento, los cuales regulan el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 73001-23-31-000-2001-00033-02\(17941\). MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Acción de nulidad.](#)

**3. a) El término para interponer el recurso de reconsideración se cuenta desde el primer día del plazo es decir desde la fecha en que se notifica o ejecuta el acto procesal**

La Sala decide la legalidad de los actos por los cuales la DIAN modificó el impuesto de renta y complementarios de la actora. Para el efecto, decide si hubo debido agotamiento de la vía gubernativa teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración fue inadmitido por la DIAN por extemporáneo.

**Extracto:** Como ha sido la jurisprudencia reiterada de la Sala el término del artículo 720 del Estatuto Tributario se empieza a contar desde la notificación del acto, por ser éste el “primer día del plazo” conforme con el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal. En efecto, la Sala mediante sentencia de 30 de agosto de 2007 y reiterada el 23 de abril de 2009 analizó la forma como debía contarse el término para interponer el recurso de reconsideración del artículo 720 del Estatuto Tributario, para lo cual expuso las siguientes consideraciones, que ahora se reiteran. Para establecer la forma como se deben contabilizar los términos se acude al Código de Régimen Político y Municipal, comoquiera que ni el Estatuto Tributario ni el Código Contencioso Administrativo, contienen una regulación sobre el tema, pues, las reglas establecidas en el Código de Régimen Político y Municipal, se aplican “en general a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades nacionales, salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa”(art. 59). El artículo 59[1] citado establece que “Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo. Por año y mes se entienden los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal”; y el inciso segundo prevé que “El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, y el plazo de un año de 365 ó 366 días según los casos”. Cuando se trata de términos de “meses” o “años”, los plazos corren de fecha a fecha, es decir, el número del mes o año en el que inicia debe coincidir con el mismo número del mes o año en el que termina. La Sala ha reiterado que en esta materia no tiene cabida el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil según el cual “Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda”, pues, se trata de una disposición específica para la notificación de las providencias en los procesos judiciales, cuestión diferente a la de los actos administrativos. Contrario a lo expuesto por la actora y a lo decidido por el Tribunal, la Sección ha precisado que el “primer día del plazo”



corresponde a la fecha en que se notifica o se ejecuta el acto procesal indicativo del inicio del término.

**b) Los efectos de la notificación por correo a partir del día siguiente no se aplica porque la norma que lo permitía perdió vigencia con la ley 788 de 2002**

En cuanto a la aplicación del Decreto Reglamentario 1350 de 27 de junio de 2002, según el cual la notificación por correo de que trata el artículo 566 del Estatuto Tributario tendrá efectos a partir del día siguiente a la fecha de recibo del acto administrativo por parte del contribuyente, de acuerdo con la certificación expedida por la entonces Administración Postal Nacional, la Sala considera que tal disposición no es aplicable al presente caso, pues como lo señaló en la sentencia del 23 de abril de 2009, citada en párrafos anteriores, dicha norma perdió vigencia una vez la Ley 788 de 2002 modificó el artículo 566 del Estatuto Tributario (norma reglamentada). De manera que no es de recibo el planteamiento de la actora, acogido por el Tribunal, de que los dos meses para interponer el recurso de reconsideración iniciaron el día siguiente al de la notificación, porque como se dijo no se trata de un plazo fijado en días y la norma expresamente dispone que inicia el día de la notificación. Por las anteriores razones y conforme con la jurisprudencia de la Sala, se tiene que como la notificación de la liquidación oficial se surtió el 17 de diciembre de 2003, el recurso de reconsideración presentado el 18 de febrero de 2004, fue extemporáneo, pues el plazo de dos meses para interponer la reconsideración había finalizado el 17 de febrero de ese año, de manera que la inadmisión se ajustó a derecho.

**c) La presentación extemporánea del recurso de reconsideración surte el mismo efecto de no haberlo interpuesto y no procede invocar el silencio administrativo positivo**

Para la Sala, la presentación extemporánea del recurso de reconsideración surte el mismo efecto de no haberlo interpuesto. En consecuencia, no puede considerarse agotada la vía gubernativa, que, conforme con el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, ocurre cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso (artículo 62 [1] ibídem); cuando los recursos interpuestos se hayan decidido ((artículo 62 [2] ibídem), y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja. Como en virtud del artículo 720 del Estatuto Tributario, el recurso de reconsideración es el medio de impugnación indispensable para agotar la vía gubernativa frente a las liquidaciones oficiales, al no haberse interpuesto oportunamente, no puede darse por cumplido este presupuesto de la acción. De otra parte, para la Sala, ante la presentación extemporánea del recurso de reconsideración, no es de recibo que se invoque el silencio positivo previsto en el artículo 726 del Estatuto Tributario pues en primer lugar, como se dijo, la presentación del recurso por fuera del término equivale a no haberlo presentado, de manera que mal podría iniciarse un término de silencio para dar por cumplido un requisito que no es saneable, como lo dispone el inciso segundo del artículo 728 ibídem.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2004-01931-01 \(16998\). MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**4. a) La variación de la vida útil legal de un activo fijo requiere autorización del Director de la DIAN, más no si el motivo es la obsolescencia del bien**

La Sala resuelve si es procedente la deducción por obsolescencia de activos fijos, registrada en la declaración de renta del año gravable 2002.

**Extracto:** Cada inciso del artículo 138 contempla un caso diferente de vida útil de los bienes usados en las actividades productoras de renta de un contribuyente, así: a. La variación de la vida útil del bien por razones de su naturaleza y desde que se adquiere o durante su uso, pues, se evidencia que el bien no tiene una vida útil igual a la del reglamento, caso en el cual se exige la autorización previa del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, con base en conceptos o tablas de

depreciación de reconocido valor técnico; por ejemplo, si considera que un determinado mueble no tiene una vida útil de 10 años, sino menos de acuerdo al caso particular. b. La variación de la vida útil efectiva por obsolescencia u otro motivo imprevisto. Si se trata de obsolescencia, se debe acudir al concepto del artículo 129 ibídem, según el cual, ocurridas las circunstancias de desuso, etc., “se determina clara y evidentemente la necesidad de abandonarlo por inadecuado, en una época anterior al vencimiento de su vida útil probable” caso en el cual, el inciso 2 del artículo 138 citado dispone que el contribuyente “puede aumentar su deducción por depreciación durante el período que le queda de vida útil al bien, aduciendo las explicaciones pertinentes” y, c. Cuando la vida útil efectiva resulta superior a la autorizada por el reglamento, caso en el cual el contribuyente puede distribuir en el lapso faltante el saldo amortizable o disminuir su deducción de acuerdo con la vida útil efectiva. Los dos últimos eventos se refieren a vida útil efectiva, es decir a la que en realidad ha resultado del uso de los bienes y si ha sido menor por obsolescencia, no debe exigirse la autorización del director, sino proceder como se indica en la norma, con las pruebas y explicaciones del caso.

**b) La deducción por obsolescencia procede cuando se demuestra que el activo fijo entra en desuso por cambio de tecnología**

Las pruebas que aportó la parte actora, tanto en vía gubernativa, como en esta instancia, muestran la procedencia de la deducción solicitada por la demandante, porque corresponde a la obsolescencia de bienes utilizados durante la vigencia de 2002, específicamente equipos de comunicación usados en la actividad productora de renta de la Empresa. Asimismo, para la Sala resultan suficientes las explicaciones técnicas sobre el cambio de tecnología que los hizo entrar en desuso, razón por la que correspondía a la DIAN evaluar tales documentos a la luz de lo preceptuado en los artículos 128 y 129 del E.T., y no negar la deducción con fundamento en los artículos 130 y 148 del E.T., toda vez que la deducción discutida no corresponde a la procedencia de un mayor gasto fiscal por depreciación (art. 130 E.T.), ni a una deducción por pérdida de activos fijos (art. 148 ib.), como equivocadamente lo consideró la DIAN, sino a una depreciación por obsolescencia, regulada en los arts. 128 y 129 ibídem.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 25000-23-27-000-2005-90856-01\(17069\). MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**5. a) El termino de prescripción para notificar la liquidación oficial respecto de los bonos de solidaridad al no ser previsto en la ley 487 de 1998 se rige por el Código Civil**

Se decide la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la DIAN determinó el valor de la diferencia en la inversión forzosa en Bonos de Solidaridad para la Paz por el año 2000, a cargo del contribuyente.

**Extracto:** En relación con la pretendida extemporaneidad de la resolución que determinó el valor de la diferencia en la inversión en Bonos a cargo del demandante, por haberse notificado cuando había vencido el plazo de dos años que tenía la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Bucaramanga para expedir el acto de determinación, la Sala precisa que la obligación prevista en la Ley 487 de 1998 es distinta de la obligación tributaria consagrada en el Ordenamiento Tributario habida cuenta de que se trata de una operación de endeudamiento interno de la Nación a través de la colocación de títulos de deuda pública y no de la determinación de impuestos. Ahora, el artículo 7 de la Ley 487 de 1998 le otorgó a la Administración Tributaria las facultades de investigación, determinación, discusión y cobro previstas en el Estatuto Tributario, pero no hizo referencia a las normas que establecen el procedimiento para la notificación de las liquidaciones oficiales de determinación de impuestos, como lo deduce la demandante. En tales condiciones, debe tenerse en cuenta que la Ley 487 se refirió específicamente al acto de cuantificación de la inversión y al recurso procedente contra el mismo; los demás aspectos deben regirse, entonces, por las normas que sean pertinentes del Estatuto Tributario y del Código Contencioso Administrativo. De manera coherente, no son aplicables los términos de firmeza de la declaración tributaria, ni mucho menos de imposición

de sanciones, porque, se insiste, la Ley 487 de 1998 no remitió a dichas normas de procedimiento, ni éstas le son aplicables, dado que la suscripción de los bonos de paz no es una obligación tributaria. En consecuencia, la facultad de control quedó sujeta al término ordinario de prescripción consagrado en el artículo 2536 del Código Civil, debido a la ausencia de norma especial.

**b) Al ser la suscripción de los bonos de solidaridad una operación de endeudamiento no se le aplican las causales de nulidad del estatuto tributario**

Conforme con el artículo 730 del Estatuto Tributario es evidente que cuando se omitan las bases gravables, el monto de los tributos o la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración, o de los fundamentos del aforo, el acto de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la administración tributaria, serán nulos. Observa la Sala que la obligación prevista en la Ley 487 de 1998 es distinta a la obligación tributaria prevista en el Estatuto Tributario, toda vez que se trata de una operación de endeudamiento interno de la Nación a través de la colocación de títulos de deuda pública - bonos de solidaridad para la paz - que se redimen dentro de los siete (7) años siguientes a la fecha de su vencimiento por su valor nominal y tienen reconocimiento anual de intereses, por consiguiente, no pueden aplicarse las causales de nulidad del artículo 730 del Estatuto Tributario. Además se advierte, que las causales de nulidad son taxativas de interpretación restrictiva por lo que no admite aplicación extensiva o por analogía.

**c) El Director de la DIAN era competente para ejercer la investigación, determinación, discusión, cobro y ejecución de los bonos de solidaridad**

Como puede observarse la Constitución Política admite la delegación de funciones, entre autoridades administrativas así como en subalternos o en otras entidades. En estas condiciones, no tiene soporte jurídico la manifestación del apelante en cuanto a que la delegación de funciones que realizó el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante la Resolución 472 de 1999 haya sido definida en el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pues como se indicó, fue la misma Ley 487 de 1998 la que facultó la delegación y de la Resolución en cita no se evidencia lo esgrimido por el recurrente. En consecuencia, y con base en el acto de delegación que estableció que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para ejercer la investigación, determinación, discusión, cobro y ejecución por los Bonos de Solidaridad para la Paz, debía asumirla la dependencia de la Administración Tributaria que ejerciera la función conforme con la delegación, aunque la inversión forzosa no cumpla con las características propias de un tributo. Para efectos de la competencia para expedir el acto que determina la inversión forzosa vigente para el período que se examina, el Decreto 1071 de 1999. En el caso, la Sala observa que el funcionario que expidió la Resolución de Determinación Valor Inversión en Bonos para la Paz No. 040642004000103 del 22 de junio de 2004, mencionó como soporte de su decisión el artículo 70 de la Resolución 5632 de 1999. Visto el contenido de la Resolución No. 5632 de 1999 se encuentra que ella se ajusta a la facultad otorgada por el Decreto 1071 de 1999 y teniendo en cuenta que la Resolución de determinación de la Inversión Forzosa fue proferida por un funcionario de la División de Liquidación y la Resolución que resolvió el Recurso de Reposición por un funcionario de la División Jurídica, ambos vinculados a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Bucaramanga, no se configura la incompetencia del funcionario aludida por el demandante.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Exp. 68001-23-31-000-2005-00206-01\(17525\). MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

**6. a) El Consejo de Estado conoce de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos dictados por el gobierno nacional sean actos de gestión o de autoridad**

Se decide sobre la demanda de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los apartes demandados del artículo 2 del Decreto 1766 del 2 de junio de 2004, expedido por el Gobierno

Nacional, que definió los activos fijos reales productivos para efectos de la deducción consagrada en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario

**Extracto:** Conforme con la segunda gran atribución prevista en el Numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, le corresponde al Consejo de Estado conocer de las “acciones de nulidad por inconstitucionalidad” de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Conforme con el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. y el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, la competencia para decidir esas acciones radica en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y se tramita con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes del Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, puede tener un término máximo de diez (10) días. La Sala considera que no le asiste razón a la apoderada de la nación, porque la sentencia C-560 de 1999 sólo reitera que el Consejo de Estado tiene la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de todos los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, sean actos de gestión o actos de autoridad. Además, cuando la Corte se refiere a la distribución de competencias que hace el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. en cabeza de la Sala Plena y de las respectivas secciones, la Corte no aclaró nada en particular, pues simplemente consideró lo siguiente: “Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado...”. Pero, de las normas citadas no se advierte con claridad cuáles serían los decretos dictados por el Gobierno Nacional que se pueden demandar en acción de nulidad por inconstitucionalidad o en acción de nulidad simple, máxime, cuando conforme se comentó, del artículo 84 del C.C.A. no es dable inferir que se excluya la posibilidad de demandar cualquier acto por la violación de cualquier norma, sea constitucional o legal, pues lo importante es que se trate de norma a la cual deba supeditarse el acto demandado. En consecuencia, dada la falta de claridad sobre los decretos cuyo control es de competencia de la Sala Plena, en virtud de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, y de los decretos cuyo control es de competencia de las respectivas secciones, en virtud de la acción de nulidad simple, la Sala precisa que no es pertinente arribar, con fundamento en la sentencia y normas citadas, a la conclusión a la que llegó la apoderada de la Nación para sustentar la excepción de inepta demanda por escogencia inadecuada de la acción.

**b) El control de legalidad en demandas de simple nulidad es rogado y limitado a la causa petendi de la demanda**

El artículo 175 del C.C.A. consagra tanto la cosa juzgada absoluta, como la cosa juzgada relativa, ésta última únicamente en aquellos casos en que se niega la nulidad del acto acusado en razón a que el Consejo de Estado no ejerce un control integral de legalidad, sino un control rogado y limitado a la causa petendi de la demanda. La causa petendi en las acciones de nulidad simple hace alusión a las normas que se citan como violadas y al concepto de la violación. Por eso, para determinar si respecto de una cosa ya operó la cosa juzgada es necesario cotejar las normas que fueron objeto de demanda en procesos ya fallados y el correspondiente concepto de violación.

**c) Para la deducción por activos fijos reales productivos el termino real se refiere a los bienes que tienen una existencia física por tanto se excluyen los intangibles**

La Sala, al referirse a la segunda condición, esto es, que se trate de activos reales, puso de presente el artículo 653 del Código Civil en cuanto establece la clasificación de bienes en corporales e incorporales, y en cuanto define como bienes corporales todas aquellas cosas que “tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos”. De tal manera que, con fundamento en la clasificación y definición prevista en el artículo 653, la Sala concluyó que la condición de “real” sólo se predica de los “bienes corporales” y, por ende, quedan excluidos los incorporales o intangibles. En ese contexto, la Sala considera que esa sentencia tiene los efectos de cosa juzgada respecto de la causa

petendi alegada en este proceso, pues si bien en el expediente 2004 -00078 (14898) no se alegó la violación del artículo 653 del C.C., norma que sí se citó como violada en el presente proceso, es evidente que la ratio decidendi de la sentencia del 24 de mayo de 2007 fue el artículo 653 del C.C. y la interpretación que se hizo de ese artículo. No es acertada la interpretación que hace el demandante sobre la sentencia del 24 de mayo de 2007, en el sentido de que el término “real” lo entendió para hacer referencia a los activos que “existen”, pues es claro que lo entendió para hacer referencia a los activos “que pueden ser percibidos.”. La Sala considera que la conclusión a la que se llegó en la sentencia del 24 de mayo de 2007 es acertada, porque si el legislador hubiera querido hacer alusión a cualquier tipo de activo fijo no habría agregado el vocablo “real”, pues, conforme con el artículo 60 del E.T., se habría podido interpretar claramente que se refería a los activos inmovilizados, sean corporales muebles o inmuebles o los incorporales que, en todo caso, no se enajenen dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente. Por eso, el término “real” en virtud de la interpretación con efecto útil del artículo 68 de la Ley 863 de 2003, debe entenderse en los mismos términos en que es utilizado en el artículo 653 del C.C., esto es, activo fijo como ser “real” que puede ser percibido por los sentidos. Por otra parte, la leve distinción que, a juicio del actor, se desprende entre cosa y bien, según los preceptos del Código Civil, para sostener que el término “real”, en su sentido natural, hace referencia a la cosa “Que tiene existencia verdadera y efectiva”, no permite concluir que dentro de la expresión “activos fijos reales productivos” se encuentran las cosas incorporales, pues habría sido una perogrullada del legislador poner como condición que el activo fijo exista verdadera y efectivamente.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Expediente 11001-03-27-000-2008-00006-00\(16990\). MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad.](#)

**7. a) En la notificación por aviso en diario de amplia circulación la administración está en la obligación de establecer por todos los medios necesarios, la dirección en la que puede ser ubicado el contribuyente**

Corresponde establecer si se violó el derecho al debido proceso de la demandante, porque la DIAN le notificó, por aviso, del Pliego de Cargos al actor. Así mismo, se establecerá a partir de qué momento se deben reconocer los intereses moratorios a que alude el artículo 670 del E.T., referente a la tasación de la sanción por devolución improcedente.

**Extracto:** De los artículos 564, 565, 567 y 568 del Estatuto Tributario se infiere que pueden ocurrir dos eventos, el primero acontece cuando la Administración, por error, envía los actos a dirección diferente a la registrada o informada, caso en el que puede corregir el error enviando los actos a la dirección correcta. El segundo acontece cuando el correo devuelve los actos por cualquier razón, menos por la referida anteriormente, evento en el que queda abierta la puerta para que los actos se notifiquen por medio de aviso publicado en periódico de amplia circulación. Como la notificación por aviso mediante la publicación en un periódico de amplia circulación nacional es excepcional, conforme con el artículo 563 del E.T., es evidente que la Administración está en la obligación de establecer por todos los medios necesarios, la dirección en la que puede ser ubicado el contribuyente. Para el efecto, puede acudir a la verificación directa o utilizar guías telefónicas y, en general, acudir a la información comercial o bancaria, que le permitan identificar la dirección del contribuyente. Ahora bien, las normas sobre notificación de las actuaciones de la Administración, deben armonizarse con las normas relativas al Registro Único Tributario-RUT, pues dicho registro fue creado como un mecanismo para identificar, ubicar y clasificar a los obligados y responsables tributarios. Es decir, la información sobre los obligados y responsables tributarios y, en general, toda aquella información que sobre ellos requiera la Administración, es agrupada en el sistema único de información (dirección de notificación, información sobre la actividad económica, etcétera), para facilitar no sólo la gestión de la DIAN, sino de las demás entidades del Estado que la requieran.

**b) Ante la devolución del correo no se vulnera el debido proceso cuando los actos administrativos se notifican a la dirección que aparece en el Rut**



Analizado lo anterior, la Sala no evidencia la supuesta vulneración del derecho al debido proceso invocada por la demandante, toda vez que es claro que la DIAN, inicialmente, agotó el procedimiento de notificación por correo del pliego de cargos en los términos del artículo 566 E.T., y ante la circunstancia de devolución del correo por la causal “NO EXISTE EL No.”, teniendo conocimiento previo de la dirección que aparecía en la declaración de renta del año 1998 y en el RUT para el mes de mayo de 2003, procedió a notificar el acto por aviso, en atención de lo dispuesto en el artículo 568 ibídem. Es por ello que para la Sala no es cierto, como lo afirma la parte actora, que la DIAN no hubiere agotado todos los medios necesarios para encontrar la dirección para notificaciones, sino que, por el contrario, a partir de la información que reposaba en el RUT corroboró que la dirección a la que se envió el acto era la correcta, y que ante la imposibilidad de notificarle por correo el acto, acudió a la notificación por aviso en un diario de amplia circulación nacional. Vale resaltar que en este caso no se trata de una notificación enviada a una dirección incorrecta, pues lo cierto es que era la dirección registrada oficialmente por el contribuyente.

**c) En la sanción por devolución improcedente los intereses moratorios se calculan desde la fecha del acto administrativo que ordenó la devolución**

La Sala considera que como el valor a reintegrar se exige para cubrir el mayor valor del impuesto que se determinó mediante liquidación oficial o mediante liquidación judicial, así como la sanción por inexactitud, la DIAN debe calcular los intereses de mora sobre ese mayor impuesto a partir de la fecha del acto administrativo que ordenó la devolución y hasta la fecha del reintegro de las cifras que se ordena devolver mediante el acto administrativo que impone la sanción por devolución improcedente. No se puede tomar como fecha, la de ejecutoria de la sentencia del Tribunal a quo, por cuanto, a esa fecha, el contribuyente ya se ha beneficiado de la devolución y es probable que siga insoluto el mayor impuesto y la sanción por inexactitud determinados en la liquidación oficial proferida con posterioridad a la fecha en que la DIAN ordenó la devolución. De tal manera que, sólo cuando el contribuyente reintegre el monto que la DIAN le devolvió en exceso, las cifras reintegradas se imputaran al saldo de la deuda, siguiendo las reglas del artículo 804 del E.T.

**d) La sanción por inexactitud no se debe detraer para efectos del cálculo de los intereses de mora en la sanción por devolución improcedente - Rectificación jurisprudencial**

Si bien mediante sentencia del 6 de octubre de 2009, la Sala, al resolver cierta litis en la que se discutía si para liquidar los intereses a que se refiere el artículo 670 del E.T. había que detraer la sanción por inexactitud que, con ocasión de la revisión de la declaración privada impone la Administración, dijo que no porque “la norma es clara en establecer que los intereses moratorios se deben liquidar sobre el (sic) suma a reintegrar, y no hace distinción alguna.” En esta oportunidad la Sala rectifica esa providencia y precisa que los intereses de mora se deben liquidar sobre el mayor impuesto liquidado y teniendo en cuenta lo anteriormente precisado. Lo expuesto no quiere decir que se deba detraer de la “suma a reintegrar” a que hace alusión el artículo 670 del E.T, el valor de la sanción por inexactitud, porque, se insiste, es claro que cuando se confirma judicialmente el monto que en derecho correspondía devolver como saldo a favor de una suma ya devuelta, la compensación que se hace en la liquidación oficial de la sanción de inexactitud con el saldo a favor es teórica y, por tanto, subsiste la obligación de pagarla.

**[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Expediente 25000-23-27-000-2005-00073-01\(17909\). MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)**

**8. a) Los actos de determinación del impuesto al Consumo e Iva de licores, vinos, aperitivos y similares, cedidos a los departamentos, el procedimiento debe ajustarse a las normas del estatuto tributario nacional**

Se determina la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Secretaría de Hacienda del departamento de cundinamarca, mediante los cuales modificó la liquidación privada del impuesto al consumo y/o participación de licores, vinos, aperitivos y similares, correspondiente a la primera quincena de mayo de 2004, presentada por la demandante.

**Extracto:** La Ley 788 de 2002, en el artículo 59, sobre el procedimiento tributario territorial, dispuso: “Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de éstas respecto del monto de los impuestos”. De conformidad con lo dispuesto por el legislador, tratándose del caso de actos de determinación del impuesto al consumo e IVA de licores, vinos, aperitivos y similares, cedidos a los departamentos, el procedimiento debe ajustarse a las normas del Estatuto Tributario Nacional. Este ordenamiento establece la posibilidad de modificar, por una sola vez, las declaraciones privadas de los contribuyentes, mediante liquidación de revisión, previo requerimiento especial, que debe contener todos los puntos que pretenda modificar y las razones o motivos que lo justifican.

**b) En el impuesto al consumo es nula la liquidación de revisión que no contiene una explicación de las razones o motivos para modificar la liquidación privada**

De otra parte, el Estatuto Tributario establece que la liquidación de revisión debe contener, entre otros, “la explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, en lo concerniente a la declaración”. Este requisito es esencial a los actos administrativos, por ser las razones fácticas y jurídicas en que se funda la decisión las que el administrado en ejercicio del derecho de contradicción y defensa puede discutir; su omisión daría lugar a la causal de nulidad prevista en el artículo 730 numeral 4 del Estatuto Tributario. Aunque en el acto se anuncia la liquidación oficial del tributo, lo cierto es que sólo incluye un cuadro comparativo. En una columna relaciona la Declaración y liquidación privada discriminada por producto y en otra la determinación oficial, para cada uno de esos ítems discrimina: unidad de medida, grado alcoholimétrico, cantidad, tarifa y valor del impuesto. El cuadro lo totaliza con los valores de impuesto causado e impuesto declarado. Es clara para la Sala, la ausencia de razones o motivos en que se fundamentara la modificación de la liquidación privada, pues si bien hace relación al valor del impuesto declarado y al determinado oficialmente, ni en el requerimiento especial ni en la liquidación de revisión se exponen las razones por las cuales no se acepta el valor total declarado, sino que la Administración se limita a afirmar que existe inexactitud entre el monto declarado y el causado, pero en manera alguna indica los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta su decisión. En efecto, el acto previo señala el valor declarado y el aceptado por el ente oficial, sin explicar por qué desconoce la diferencia o a qué obedece el valor propuesto. En el acto definitivo, si bien en cuadro comparativo puede evidenciarse cuáles son los valores aceptados, igualmente no se expresa razón alguna para desconocer parte del impuesto declarado. De lo anterior se colige que la Administración no indica el motivo o la razón por la cual pretende modificar el denunciado privado, pues si bien afirma que existe inexactitud en el valor declarado, no explica en qué consiste, impidiéndole al contribuyente ejercer su derecho de contradicción y defensa. Tal omisión prevista en el Estatuto Tributario como causal de nulidad de los actos administrativos, razón suficiente para confirmar la decisión del Tribunal que anuló los actos administrativos demandados, sin que tenga prosperidad el recurso interpuesto por la demandada.

[Sentencia del 10 de febrero de 2011. Expediente 25000-23-27-000-2008-00105-01\(18226\). MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

## SECCIÓN QUINTA

### **1. Ejercicio simultáneo de empleos públicos no se configura cuando media comisión de servicios. Improcedencia de estudio de legalidad de comisión de servicios en proceso de nulidad electoral**

La Sala confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia de negar la nulidad del Acuerdo No. 001 de 2010, por el que el Consejo Directivo del Instituto Tecnológico Pascual Bravo designó rector encargado a Mauricio Morales Saldarriaga.

En el fallo, la Sala en primer lugar, se percató de la indebida acumulación de procesos electorales, pues el a quo acumuló las nulidades contra los actos de elección del rector en propiedad y la designación de rector encargado de la mencionada Institución. Advirtió también que el apelante debió limitar los argumentos del recurso a lo que le fue desfavorable, es decir, a la negación de la pretensión de nulidad del acto de elección de rector encargado y rechazó las censuras contra la decisión sobre la elección del rector en propiedad.

En segundo lugar, al adentrarse al fondo del asunto, resaltó que el cargo de nulidad soportado en el supuesto ejercicio de dos empleos simultáneos por el demandado no prosperaba porque existía prueba en el proceso de que la designación en encargo que censuró estuvo precedida del otorgamiento de comisión de servicios, acto que gozaba de presunción de legalidad no controvertible en el proceso de nulidad electoral.

Sobre el aspecto procesal reseñado, explicó la Sala:

“(…), los expedientes distinguidos con los números 2010 - 0317 (Actor: Ministerio de Educación Nacional) y 2010 - 0345 (Actor: Gustavo Richard Uribe Camargo) fueron objeto de acumulación procesal pese a no estar dirigidas las demandas contra el mismo acto administrativo... Pero esta determinación que sobrepasa los límites de la procedencia de acumulación de procesos electorales en los términos que autorizan los artículos 237 y 238 del C.C.A., no permite que el apelante, quien únicamente impugnó tal fallo en cuanto a la denegación de sus pretensiones al no acceder a decretar la nulidad del Acuerdo 001 de 2010 -designación en encargo-, pueda extender los argumentos de su oposición a la otra decisión de la sentencia que sí accedió a declarar la nulidad del Acuerdo 013 del 18 de diciembre de 2009, por el cual designó a la señora CONSUELO MORENO ORREGO, Rectora del Instituto Tecnológico Pascual Bravo período 2010-2015, decisión ésta que él no apeló. El artículo 357 del C.P.C., aplicable a este asunto por el principio de integración normativa previsto en el artículo 267 del C.C.A. dispone que la competencia del juzgador de segundo grado, cuando no apelan las dos partes, como ocurre en el presente caso, se circunscribe a los argumentos que le sean desfavorables a quien impugna. Estos conciernen, para el caso, a la no prosperidad de la pretensión de anulación del Acuerdo 001 de 2010.”

Respecto al ejercicio simultáneo de cargos públicos y la comisión de servicios, se lee en la sentencia:

“El acto administrativo dictado por el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid que le autorizó comisión de servicios al demandado goza de la presunción de legalidad, que no ha sido desvirtuada ni con medida de suspensión provisional ni por sentencia anulatoria que así lo disponga. Entonces, no le asiste razón al actor en el sentido de que la designación transitoria que hiciera el Consejo Superior del Instituto Tecnológico Pascual Bravo, esté viciada de nulidad por contravenir el elegido la prohibición constitucional del artículo 128, toda vez que no existe prueba que demuestre su ejercicio simultáneo de funciones como Vicerrector Académico del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid y Rector (E) del Instituto Tecnológico Pascual Bravo. La prohibición que contempla esta disposición superior tiene como propósito impedir el ejercicio simultáneo de dos empleos públicos.

Tal supuesto fáctico no se tipifica en este caso porque el designado Rector (E) del Instituto Tecnológico Pascual Bravo se encontraba frente al empleo en el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid como Vicerrector, en situación administrativa de “comisión de servicios”, condición que implica estar separado de la atribuciones propias de ese y, por lo tanto, el no desempeño de tales atribuciones de aquel empleo, por el tiempo que dure la comisión. Finalmente, en cuanto a la censura respecto a que el designado no podía ser beneficiado con la comisión de servicios comoquiera que su cargo en el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid era de libre nombramiento y remoción, y esta clase de situación administrativa solo se puede conceder a quien ocupe un empleo en carrera, la Sala reitera que se abstiene de examinar si le asiste o no la razón jurídica al demandante ya que no está probado la clase de vinculación del demandado en el Politécnico Colombiano J.I.C., ni la naturaleza de tal empleo hecho que imposibilita analizar la censura planteada en este sentido, amén que como ya se dijo, la comisión de servicios al ser una decisión administrativa con efectos jurídicos está amparada por la presunción de legalidad y su examen para determinar su constitucionalidad y legalidad no puede llevarse a cabo en este proceso de nulidad electoral.”

[Sentencia de 22 de febrero de 2011, Exp. 05001-23-31-000-2010-00345-01. MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

## **2. Legalidad de nombramiento de comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil: La lista de candidatos estaba vigente y no se requería nuevo proceso de selección para remplazo en la primera Comisión conformada desde su creación**

La Sala negó la nulidad del Decreto 1111 de 8 de abril de 2010, por el que el Presidente de la República nombró a Magdalena Mantilla Cortés como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en remplazo de Eduardo González Montoya y por el resto del período para el que el ex comisionado había sido nombrado.

La demanda atribuía a dicho Decreto las causales de nulidad de expedición irregular, falsa motivación, desconocimiento del derecho de audiencias y defensa y violación de las normas en que debió fundarse pues, a su juicio, el nombramiento debió estar precedido de una convocatoria, mas el nominador usó una lista de elegibles que supuestamente no estaba vigente.

De las normas que regulan la Comisión Nacional del Servicio Civil y en especial el Decreto 3232 de 2004, advirtió que la conformación de la primera Comisión desde su creación siguió un proceso especial en comparación con el descrito en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y que, además, el período de los comisionados se extendió por 24 meses, lo que permitía la utilización de la lista existente, de la que fue nombrada la demandada.

Algunos apartes del fallo:

### **a) El principio del mérito es el fundamento de la función pública y lo garantiza el sistema de carrera administrativa. Marco legal de la Comisión Nacional del Servicio Civil**

“El artículo 125 de la Constitución Política, establece el principio de mérito como substrato de la función pública; por virtud del referido principio el acceso, permanencia y retiro de un empleo oficial está determinado por las condiciones demostradas por el aspirante al momento del ingreso y durante la vigencia de la relación laboral. Dichas condiciones sólo pueden verificarse mediante mecanismos técnicos de administración de personal como el denominado sistema de carrera administrativa, que considera tanto organismos como procedimientos y existe para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al servicio así como la eficiencia de la función pública. Consiente de que el sistema de carrera sólo podía cumplir sus cometidos si era administrado por un órgano independiente del más alto nivel, el Constituyente de 1991, creó la Comisión Nacional del

Servicio Civil - CNSS -(artículo 130), como el órgano responsable de ‘[a]dministrar y vigilar las carreras de los servidores públicos...’.”

#### **b) Primera Comisión Nacional del Servicio Civil conformada desde su creación: particularidades**

“La conformación y funcionamiento de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil se caracterizó por un aspecto extraordinario, a saber: que por virtud de la expedición de la Ley 1033 de 2006, se prorrogó el período de los comisionados por el término de 24 meses, con el propósito de que se finiquitara el proceso de selección de la Convocatoria 1 de 2005, el primer proceso de selección de alcance nacional adelantado por la Comisión. (...) El anterior recuento normativo permite sostener que la primera Comisión Nacional del Servicio Civil fue integrada previo un proceso especial, el previsto en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, distinto al ordinario establecido en ese mismo artículo para las demás Comisiones, no sólo porque no agotó las etapas de convocatoria, reclutamiento, pruebas, entrevista y lista de elegibles, sino porque se efectuó para designaciones por periodos distintos, a saber: 4 años para quien ocupara el primer puesto en el concurso, 3 para quien alcanzara el segundo lugar y 2 para quien lograra el tercer lugar, períodos que al considerar la prórroga dispuesta por la Ley 1033 quedaron así: 6 años para quien obtuvo el primer puesto, 5 para quien logró el segundo y 4 para quien obtuvo el tercer lugar, además, por cuanto la respectiva lista estaría vigente hasta cuando se cumpliera el período del primer comisionado, es decir, por espacio de 6 años.”

#### **c) Expedición irregular de acto administrativo**

“La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando en el proceso de formación de la decisión administrativa, se desconocen las formalidades establecidas por la ley, sea una especial o la general contenida en la primera parte del Libro I del Código Contencioso Administrativo, o cuando el respectivo acto se presenta sin considerar la manera dispuesta por el legislador. Este vicio afecta el elemento de la validez denominado adecuación de las formas. Cuando se alega que un acto administrativo se expidió en forma irregular debe plantearse una confrontación entre el procedimiento o la forma que la ley impone y el que se cumplió para su formación o la presentación de la decisión; en cuanto se aduzcan defectos en el trámite habrá de alegarse, además, que fueron de tal entidad, que afectaron el sentido de la decisión.”

#### **d) Falsa motivación de acto administrativo**

“La falsa motivación como vicio que causa la anulación de los actos administrativos se verifica cuando los fundamentos fácticos y/o jurídicos de la respectiva decisión se apartan de la verdad, como cuando el acto administrativo está apoyado en disposiciones jurídicas que no existen, ya porque no han sido expedidas, ora porque fueron retiradas del ordenamiento jurídico, pues se derogaron, se subrogaron, se abrogaron o se declararon nulas (siendo reglamentos) o inconstitucionales, o cuando ha sido construido con base en hechos que no han ocurrido. Este vicio afecta el elemento causal del acto administrativo.”

#### **e) La violación al derecho de audiencias y defensa en la expedición de acto administrativo sólo se presenta en el contexto sancionatorio**

“Este vicio se verifica respecto de los actos administrativos que materializan la facultad administrativa sancionatoria que, en condición de garante del orden público económico y social le corresponde al Estado, en cuanto se haga uso de tal prerrogativa sin permitir que el encartado conozca los cargos que se le endilgan y se defienda de éstos; representa la materialización del principio según el cual nadie puede ser sancionado si que previamente haya sido oído.”

#### **f) Modalidades de violación de normas en que debió fundarse un acto administrativo**



“Este defecto como vicio de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración desconoce las normas superiores de orden sustancial que regulan el objeto (qué) del acto administrativo; de ahí que la citada violación se pueda dar por vía directa o indirecta y, además, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.”

**g) Legalidad de elección de comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil porque la lista de candidatos estaba vigente y no se requería nuevo proceso de selección para remplazo en primera Comisión**

“En la demanda se aduce que el acto de nombramiento demandado adolece de los vicios de violación a las normas en que debía fundarse, expedición irregular, falsa motivación y violación del derecho de audiencia y de defensa, en términos generales, porque se dispuso sin que mediara un proceso de selección y considerando una lista que se hallaba vencida. (...) Siendo que el acto demandado no estaba sometido al procedimiento ordinario establecido en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y que la lista de elegibles con arreglo a la cual se dictó se hallaba vigente, el cargo de expedición irregular no tiene vocación de prosperidad. (...) Como quedó establecido, la designación del reemplazo del doctor Luis Eduardo González Montoya, debía hacerse con arreglo a la lista que sirvió de base para su designación, tal como se hizo por lo que no era necesario adelantar un nuevo proceso de selección.”

[Sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 11001-03-28-000-2010-00015-00. MP. \(E\): MAURICIO TORRES CUERVO](#)

**3. Se niega nulidad de elección de representante a la Cámara Carlos Andrés Amaya Rodríguez: Calidad de miembro de consejo superior universitario no configuró inhabilidad por ejercicio de autoridad administrativa**

El actor sostenía que Carlos Andrés Amaya Rodríguez estaba inhabilitado para ser elegido representante a la Cámara por el departamento de Boyacá porque dentro del año anterior a la elección fue el representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC y, a su juicio, en tal calidad ejerció autoridad administrativa y gestionó negocios ante entidades públicas, configurándose las situaciones descritas en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución Política.

La Sala profundizó en las normas que regulan la conformación de los cuerpos colegiados de las entidades públicas y acudió a los precedentes jurisprudenciales sobre el tema, para concluir que los particulares que conforman dichos órganos, si bien cumplen funciones públicas, no adquieren la calidad de servidores públicos y, por lo tanto, no se estructuraba en el caso concreto la inhabilidad por ejercicio de autoridad.

En cuanto a la gestión de negocios, advirtió que no se configura esa inhabilidad cuando la gestión se adelantó en cumplimiento de funciones administrativas, como fue el caso del demandado en los organismos en los que participó.

Expresamente dijo la Sala:

**a) Alcance del ejercicio de funciones públicas por particulares**

“Desde el mismo artículo 123 Superior advirtió el constituyente que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los servidores públicos lo hacen de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores públicos quedan comprendidos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones

públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”.

#### **b) Características del empleado público**

“El empleado público se caracteriza, entre otras cosas, por lo siguiente: Primero, porque su arribo a la administración tiene por fin el cumplimiento de funciones públicas o administrativas; segundo, porque se trata de la prestación personal del servicio; tercero, porque ello sólo es posible a través de una relación legal y reglamentaria, que requiere de una previa designación o nombramiento, seguido de la posesión, donde el empleado debe prestar juramento de cumplir la Constitución y las leyes; cuarto, porque como lo dice la Constitución, deben existir en la planta de personal los respectivos empleos, así su creación sea temporal, con funciones detalladas, y estar asignados los recursos presupuestales que aseguren el pago de los derechos salariales y prestacionales del respectivo empleado (Art. 122); y quinto, porque además de tratarse de una relación marcada por la subordinación y el deber de cumplir las funciones en determinado horario, es preciso que las funciones se cumplan en forma permanente y no transitoria.”

#### **c) Democracia expansiva**

“El ordenamiento jurídico ha determinado, in genere, que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, son foros en los que participan tanto autoridades públicas como particulares, dando cabida a los últimos a efecto de desarrollar postulados constitucionales como el de la participación democrática, pues por tratarse allí temas de interés para la comunidad, resulta importante que la misma no sea apartada o marginada de esos escenarios, a efecto de que sus apreciaciones puedan ser consideradas, aprobadas y puestas en práctica. Es por ello que en el artículo 2 de la Constitución Política se consagra como uno de los fines esenciales del Estado el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, postulado que corresponde a una forma de democracia expansiva, de suerte que la participación en las decisiones de interés general ya no se surte solamente con el ejercicio del derecho al voto, sino que ahora también se cumple con la posibilidad que tienen los particulares, y de contera la sociedad, para conformar los máximos órganos de dirección de las entidades públicas, donde bien pueden incidir en la orientación de las mismas.”

#### **d) Conformación de cuerpos colegiados de entidades públicas por autoridades públicas y particulares. Los particulares que integran cuerpos colegiados de entidades públicas cumplen funciones públicas pero no adquieren la calidad de servidores públicos. Particulares que integran consejos superiores universitarios no son servidores públicos**

“En el ordenamiento jurídico interno ha perdurado la regla atinente a que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, congregan tanto funcionarios públicos como particulares, e igualmente que los últimos, pese a que cumplen funciones públicas y que por ello asumen las mismas responsabilidades que en general tienen los servidores públicos, no adquieren por ese sólo hecho la condición de empleados públicos. (...) Una vez establecido que el Consejo Superior Universitario lo integran funcionarios públicos y particulares, y que la sola condición de miembro del mismo no da a esas personas la calidad de empleados públicos, es claro para la Sala que el representante de los estudiantes a que se refiere el literal d) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, no es un empleado público, ciertamente porque lo que le permite arribar a ese escenario es el tener matrícula vigente en la universidad. (...) De igual forma, dicho representante tampoco puede tomarse como un empleado público, en atención a que lo ejercido no es un empleo sino una representación, y como tal no es un empleo o cargo que tenga asignadas unas funciones, las cuales, por cierto, son inherentes al Consejo y no a cada uno de sus integrantes. Y, por otra parte, para la Sala la condición de representante estudiantil ante el Consejo Superior Universitario, tampoco puede catalogarse como un empleo público, dado que el estudiante que así actúa no ejerce sus funciones en forma

permanente sino transitoria, lo cual ocurre con cada sesión a la que es citado el respectivo órgano. (...) Todo lo dicho permite inferir a la Sala que el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez fue elegido Representante a la Cámara por Boyacá, sin estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 179 de la Constitución, ya que si bien, dentro del año anterior a su elección, hizo parte del Consejo Superior de la UPTC y del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), como representante de los estudiantes, esa calidad no le confiere la de empleado público, ingrediente que por estar ausente en el caso examinado impide configurar la mencionada inhabilidad, y releva a la Sala de continuar con el análisis de los demás componentes de la misma. Por tanto, el cargo no prospera.”

**e) En el proceso electoral no procede examen de supuestas faltas disciplinarias o conductas penales del demandado**

“Los señalamientos atinentes a que el demandado pudo haber utilizado recursos oficiales o su misma condición de integrante del Consejo Superior de la UPTC y del CESU para su campaña política, no pueden ser objeto de estudio en la acción de nulidad electoral, donde sólo se juzga la legalidad de su elección y no la posible comisión de faltas disciplinarias o conductas penales, respecto de las cuales será el actor quien decida si las pone en conocimiento de los órganos de control.”

**f) Inhabilidad de congresista por gestión de negocios ante entidades públicas n o se configura cuando la gestión fue adelantada en calidad de servidor público**

“Como la causal de inhabilidad, por presunta intervención en gestión de negocios, se predica de un servidor público (representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC y ante el CESU), por la eventual incidencia que el ejercicio de sus funciones haya podido tener en la celebración de contratos por parte de la UPTC, debe señalar la Sala, desde ya, que la misma no prosperará porque los supuestos de hecho que se alegan no se ajustan a los fundamentos fácticos requeridos por el numeral 3 del artículo 179 Constitucional para su configuración, según las siguientes razones: En primer lugar, porque la gestión de negocios, en la forma allí concebida, alude a las “diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”, inspiradas en un fin lucrativo o económico, del que pueda derivarse un provecho, que de ninguna manera puede predicarse del representante estudiantil por el ejercicio de sus funciones como integrante del Consejo Superior de la UPTC o del CESU. En segundo lugar, porque la gestión de negocios, para que inhabilite, debe cumplirse “en interés propio, o en el de terceros”, lo que por supuesto tampoco se puede atribuir a los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones. Es preciso recordar que la función administrativa siempre sirve a los intereses de todos, postulado así consagrado en el artículo 209 Superior al señalar que la misma “está al servicio de los intereses generales”, los que por antonomasia se conciben en sentido opuesto a los intereses particulares que menciona la causal de inhabilidad. En tercer lugar, porque la gestión de negocios debe presentarse por la actuación del demandado “ante entidades públicas”, lo que unido a los intereses gestionados (particulares), fácilmente permite concluir que ello no es posible si el hecho alegado corresponde al ejercicio de funciones públicas, debido a que allí obra el demandado como servidor público, esto es como agente de la misma administración, de suerte que no está ante ella, sino que cuando menos hace parte de la misma, si no es que lleva su representación. Y, en cuarto lugar, porque existen claros y coherentes precedentes jurisprudenciales de esta Sección que determinan que bajo estas circunstancias no se configura la inhabilidad por intervención en gestión de negocios, cuando las conductas inhabilitantes surgen del ejercicio de funciones administrativas.”

[Sentencia de 4 de marzo de 2011, Exp. 11001-03-28-000-2010-00040-00. MP. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

### **1. Efectos de la nulidad parcial de la ordenanza de creación del municipio de Tuchín, Córdoba, sobre su inclusión en el Sistema General de Participaciones**

El ministro del Interior y de Justicia consultó a la Sala sobre los efectos de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba que anuló parcialmente la ordenanza que creó el municipio de Tuchín, sobre su inclusión en el Sistema General de Participaciones.

La Sala advirtió que dicho municipio no desapareció, sino que se conformó con territorios que no le pertenecían y que, por lo tanto, debía ajustarse la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones a su población real, según los límites y el mapa que definieran la Asamblea de Córdoba y el IGAC, respectivamente.

#### **a) Inclusión en el Sistema General de Participaciones es un derecho constitucional de los municipios. Inclusión de nuevos municipios**

“La inclusión de los municipios en el Sistema General de Participaciones es un derecho de rango constitucional derivado de su condición de entidad territorial. El artículo 287 de la Constitución Política establece que las entidades territoriales (departamentos, municipios y territorios indígenas) tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y “participar en las rentas nacionales”. (...) En ese sentido, el Sistema General de Participaciones es el mecanismo previsto en la Constitución (art.356) para hacer efectivo el mencionado derecho de participación y asegurar que las entidades territoriales reciban los recursos necesarios para atender los servicios a su cargo y financiar adecuadamente su prestación (...) Particularmente, en el caso de municipios nuevos, la Ley 715 de 2001 establece que éstos tienen derecho a participar del Sistema General de Participaciones desde la misma vigencia fiscal de su creación, en proporción a su población y a la de los municipios de los cuales se han segregado; y que, a partir de la siguiente vigencia fiscal, deberán ser incluidos directamente en el sistema General de Participaciones y recibirán recursos en las mismas condiciones de las demás entidades territoriales.”

#### **b) Componentes y criterios de distribución del Sistema General de Participaciones**

“La Constitución prevé también en su artículo 356 los criterios que debe tener en cuenta el legislador para establecer la forma de distribución del Sistema General de Participaciones entre las entidades territoriales según los posibles destinos de los respectivos recursos (educación salud, saneamiento, etc.). (...) Estos criterios se encuentran desarrollados en la Ley 715 de 2001, modificada parcialmente por la Ley 1176 de 2007. En ella se establece cómo se calculan los tres componentes del Sistema General de Participaciones (educación, salud y participación para propósito general). Para educación se tiene en cuenta principalmente la población atendida, la población por atender y el criterio de equidad (Art.16); la participación para Salud que a su vez tiene tres componentes -financiación de subsidios a la demanda, prestación del servicio a la población pobre y acciones de salud pública- utiliza como criterios la población pobre atendida con subsidios a la demanda y la equidad (art.48); la población pobre por atender y la dispersión poblacional (art.49); y la población, equidad y eficiencia administrativa (art.51), respectivamente. En cuanto a la participación de propósito general, la distribución entre las entidades territoriales se calcula según los índices de pobreza relativa, población urbana y rural y eficiencia administrativa y fiscal (art.79).”

#### **c) Ajustes en la distribución de los recursos Sistema General de Participaciones**

“Gran parte de los criterios de distribución utilizados corresponden a variables estimadas, las cuales están sujetas a cambios constantes entre los diversos periodos de cálculo (las personas mudan su

domicilio, entran o salen del mercado laboral, se desplazan a centros urbanos o vuelven al campo, hay nacimientos y fallecimientos, surgen estudiantes nuevos y otros se retiran, etc.); por ello, tanto la Ley 715 de 2001, como sus normas reglamentarias no están estructuradas sobre datos exactos e inmodificables sino sobre la base de estimaciones, estadísticas y comparativos, para cuya determinación se establecen, además, distintas formas de suplir vacíos o inconsistencias de información y de hacer conciliaciones y ajustes posteriores cuando los datos utilizados son objeto de rectificaciones o actualizaciones. Todo ello con el fin de que los problemas de información no afecten el derecho de las entidades territoriales a recibir los recursos necesarios para atender las necesidades locales. (...) En síntesis, se puede observar entonces que la legislación reconoce las diversas contingencias que por problemas de información pueden enfrentar las autoridades competentes al momento de calcular la distribución del Sistema General de Participaciones, pero a la vez, les ofrece posibilidades, que en el contexto del derecho de participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales constituyen deberes, de superarlas y de hacer eficiente el flujo de recursos hacia los entes locales, para no afectar la atención de las necesidades que estas últimas cubren con ellos. (...) Respecto de estos últimos, las certificaciones, estimaciones y cálculos de las distintas autoridades competentes son esencialmente instrumentales (no condicionantes) para la efectividad de ese derecho, de manera que, sin perjuicio de que en cada caso deba exigirse la información a que haya lugar y el uso de instrumentos de medición adecuados, su aplicación no puede hacerse con excesiva formalidad y rigorismo, al punto que termine afectando desproporcionada e innecesariamente el derecho constitucional de las entidades territoriales a recibir recursos del Sistema General de Participaciones. (...) Por tanto, si las entidades territoriales no reciben los recursos que les corresponden, pueden estar en riesgo derechos fundamentales y colectivos especialmente protegidos, lo que justifica aún más no actuar con excesivo formalismo, atender la finalidad del Sistema General de Participaciones y utilizar todas las herramientas previstas en la normativa vigente para solucionar los inconvenientes de información que puedan afectar las transferencias de recursos a las entidades territoriales.”

#### **d) Creación de municipios: Competencia, requisitos y procedimiento**

“La atribución para la creación y supresión de municipios está asignada por la Constitución Política a las Asambleas Departamentales, quienes deben sujetarse para tal efecto a los requisitos que señale la ley (art.300-6). 10. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, la creación de un municipio debe cumplir los siguientes requisitos, siendo especialmente relevantes para este asunto los dos primeros: (i) que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas las características naturales, sociales, económicas y culturales; (ii) que el nuevo municipio cuente al menos con 14.000 habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se segrega no disminuyan su población por debajo de ese mismo límite; (iii) ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a 5.000 salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a 4 años; (iv) contar con estudio previo de conveniencia económica y social de la iniciativa y de viabilidad de la nueva entidad, aprobado por la oficina de planeación del respectivo departamento; (v) someter el proyecto de ordenanza a un control previo de legalidad por parte del Tribunal Administrativo de la respectiva jurisdicción; si el respectivo proyecto “no se encontrare ajustado a la ley no podrá sancionarse”; y (vi) si la creación del municipio no tuvo origen en una iniciativa popular, la respectiva ordenanza será sometida a referéndum entre los habitantes del respectivo territorio. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 17 de la Ley 617 de 2000, el proyecto de ordenanza debe estar acompañado de una exposición de motivos que incluirá como anexos los estudios y certificaciones sobre población, área y recursos, el concepto de viabilidad expedido por la oficina de planeación departamental, el mapa preliminar del territorio del municipio que se pretende crear y los demás documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Finalmente, el artículo 16 de la Ley 136 de 1994 establece que la ordenanza de creación deberá fijar los límites del nuevo municipio, indicar la cabecera municipal y señalar la forma en que la nueva entidad concurrirá al pago de la deuda pública de los municipios de los cuales se segregó. 11. Cumplido todo lo anterior, el gobernador del respectivo departamento, remitirá copia de la ordenanza y sus anexos a la



dirección general unidad administrativa especial para el desarrollo institucional de los entes territoriales del Ministerio del Interior, donde se llevará un registro de los municipios creados (parágrafo tercero del artículo 15 de la Ley 617 de 2000); también comunicará la creación del municipio al Departamento Nacional de Planeación para su inclusión en el Sistema General de Participaciones (Art. 87 Ley 715/2001, supra 6); y, finalmente, una vez publicada la ordenanza que crea el nuevo municipio, el Gobernador mediante Decreto, nombrará alcalde encargado y en el mismo acto citará con no menos de tres (3) meses de anticipación a elección de concejales y alcalde popular (art. 18 de la Ley 136/1994). 12. Finalmente, el artículo 16 de la Ley 136 de 1994 establece que una vez entre en funcionamiento el nuevo municipio (es decir que no es una condición para su existencia sino una consecuencia de ella), se procederá a su deslinde, amojonamiento y a la elaboración y publicación del mapa oficial.”

#### e) Creación del municipio de Tuchin

“En el caso del Municipio de Tuchín, su creación se dio mediante la Ordenanza 09 de 2007 de la Asamblea Departamental de Córdoba, ratificada en Referendo Aprobatorio el 13 de abril de 2008 (según acta de escrutinio del 15 de abril de 2008). El 14 de septiembre del mismo año, se eligió por votación popular su alcalde y concejales. Además, según aparece en la decisión judicial que ahora se analiza, la ordenanza cumplió con el control previo de legalidad y con los anexos, estudios de viabilidad y certificaciones previstas en la ley. Particularmente, para su creación, la Asamblea Departamental segregó el 27% del territorio del Municipio de San Andrés de Sotavento y el 2% del territorio del Municipio de Chimá, este último correspondiente a la vereda Sabana Costa y al caserío El Brillante (art.2 Ordenanza 09/2007). En el respectivo acto de creación, se fijaron los límites del nuevo Municipio con base en lo que sería su territorio y se ordenó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi adelantar el proceso de deslinde y amojonamiento, al igual que la elaboración y publicación del mapa oficial de la respectiva entidad (art.4). 14. Según indica la consulta, el Municipio de Tuchín fue incluido desde su creación en el Sistema General de Participaciones con base en las certificaciones necesarias para el efecto, aunque los traslados de recursos fueron suspendidos en el año 2009 en virtud de la suspensión provisional de la Ordenanza 09 de 2007 por parte del Tribunal Administrativo de Córdoba. 15. Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Córdoba resolvió el asunto definitivamente en la Sentencia del 8 de julio de 2010, en la que solamente se declaró la nulidad parcial (no total) de la Ordenanza 09 de 2007, en el sentido de excluir del nuevo municipio los territorios que la Asamblea Departamental había tomado del Municipio de Chimá, esto es, la vereda Sabana Costa y el caserío El Brillante. Quedó entonces vigente la referida Ordenanza, en cuanto a la integración del nuevo Municipio de Tuchín con el territorio restante, esto es, el segregado de San Andrés de Sotavento.”

#### f) Efectos de la nulidad parcial de la ordenanza de creación del municipio de Tuchín sobre su inclusión en el Sistema General de Participaciones

“En primer lugar, la sentencia no afectó la existencia legal del Municipio de Tuchín, pues la nulidad del acto de creación fue solamente parcial y se limitó a excluir de sus límites una porción de su territorio original; en ese sentido, la sentencia deja a salvo el área restante no vinculada a la declaración de nulidad, como elemento territorial propio de dicho municipio. En segundo lugar, su impacto poblacional es relativamente bajo, pues, según lo expuesto, el Municipio de Tuchín solamente perdió un área menor que no le aportaba más de del 1% de su población. En tercer lugar, el área no afectada con la decisión judicial y que hoy constituye el territorio del Municipio de Tuchín, es un área plenamente determinada e identificable por cualquier de dos vías: basta restarle al trazado original lo correspondiente a las dos veredas del Municipio de Chimá que perdió con la sentencia o, simplemente, tomar el área que se segregó del Municipio de San Andrés de Sotavento que es la que actualmente constituye el Municipio de Tuchín. En cuarto lugar y como consecuencia de lo anterior, la delineación de los límites del Municipio de Tuchín -en la que ya no aparezcan los

territorios excluidos por la decisión judicial-, pasa a ser una situación más de tipo formal y cartográfico que de fondo; frente a ello, lo que corresponde a la Asamblea Departamental de Córdoba no es crear o dar nuevamente vida jurídica al Municipio de Tuchín (pues ya la tiene), sino, solamente, ajustar en su forma el acto inicial de su creación en lo relacionado, no con los territorios que componen el Municipio, sino, únicamente, con la enunciación de sus límites actuales, teniendo como base que al mismo ya no le pertenecen las áreas de Sabana Costa y El Brillante del Municipio de Chimá. 17. Todo lo anterior permite concluir que el Municipio de Tuchín existe jurídicamente como entidad territorial; que en su condición de tal puede ejercer las funciones que le corresponden y reclamar los derechos de los cuales es titular de acuerdo con la Constitución y la ley; y que tiene un territorio identificable conformado por el área segregada del Municipio de San Andrés de Sotavento (dato éste objetivo y verificable), a partir del cual se pueden hacer las estimaciones y cálculos pertinentes para el Sistema General de Participaciones. (...) Precisamente, lo que se observa es que la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba deja sin efecto la suspensión provisional decretada dentro del proceso en el año 2009 y permite reactivar el traslado de recursos del Sistema General de Participaciones, pues deja indemne la existencia del municipio y la legalidad de la Ordenanza 09 de 2007 en lo que no fue anulada.”

#### g) Participación de resguardos indígenas en el Sistema General de Participaciones

“En el caso de los resguardos indígenas, éstos son beneficiarios del Sistema General de Participaciones mientras no se constituyan las entidades territoriales indígenas, pero los recursos correspondientes no son girados directamente a ellos, sino a través de los municipios en los cuales se encuentran ubicados, quienes para el efecto deben manejar cuentas separadas y convenir con los autoridades de los resguardos su forma de ejecución.”

[Concepto 2044 de 15 de diciembre de 2010. MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO OFI11-1373-GAA-0422 DE 18 DE ENERO DE 2011 DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA](#)

## 2. El procurador general de la Nación no tiene competencia para crear cargos destinados a la Procuraduría Delegada para la Justicia y la Paz

El director del Departamento Administrativo de la Función Pública, a solicitud del procurador general de la Nación, solicitó concepto a la Sala sobre el alcance de las facultades otorgadas a éste último por el artículo 35 de la Ley 975 de 2005, dirigidas a crear una Procuraduría Delegada para la Justicia y la Paz. En concreto, la consulta indagaba sobre la posibilidad de crear los cargos necesarios para esa Procuraduría, por parte del procurador general.

La Sala resaltó la reserva legal para la creación de cargos y respondió que el procurador general de la Nación carece de competencia para adicionar la planta de personal de la entidad, así exista una norma que lo faculte para crear una procuraduría delegada.

Dice expresamente el concepto:

*“El análisis del régimen normativo y las interpretaciones judiciales del mismo, permiten a la Sala afirmar que la competencia para determinar la estructura y el funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, incluida la creación de cargos y la ampliación de su planta de personal, corresponde al legislador ordinario o extraordinario. Por tanto debe concluirse que no existe norma constitucional que asigne estas funciones al Procurador General de la Nación, pues las disposiciones contenidas en el decreto ley 262 - art. 7° numerales 38 y 39 sólo se refieren a la distribución y reubicación de empleos ya existentes dentro de la planta globalizada, sin que pueda extenderse a aquellos asuntos de reserva legal. (...) El legislador no puede autorizar al Procurador General para*

*que asuma una competencia que es de reserva legal, como lo es la creación orgánica de estructuras y la consiguiente ampliación de la planta de cargos de la Procuraduría. (...) Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala estima que el Procurador General de la Nación no es competente para adicionar la planta de personal con base en el artículo 35 de la ley 975 de 2005.”*

Concepto 1805 de 12 de febrero de 2007, MP. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. LEVANTADA LA RESERVA CON AUTO DE 18 DE FEBRERO DE 2011, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 110 DEL C.C.A.

## NOTICIAS DESTACADAS

**CONSEJO DE ESTADO IMPUGNA TUTELA QUE ORDENA  
RESTITUCIÓN DEL GENERAL ÁLVARO HERNÁN VELANDIA**

El presidente del Consejo de Estado, Mauricio Fajardo Gómez, impugnó la sentencia de tutela que profirió una Sala de Conjuceces, mediante la cual se revocó la destitución al general del Ejército Nacional Álvaro Hernán Velandia Hurtado.

El oficial había sido destituido inicialmente por la Procuraduría General de la Nación, luego de ser involucrado en la muerte de la ciudadana Nydia Erika Bautista, en hechos ocurridos el 30 de agosto de 1987, época para la cual el entonces coronel Velandia era comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia del Batallón Charry Solano, unidad militar que después pasó a ser la Brigada XX del Ejército.

Ante esa sanción disciplinaria, el general Velandia demandó a la Nación y solicitó el reintegro a las Fuerzas Militares, pretensiones que fueron negadas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en primera instancia y concedidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en segunda instancia.

El proceso pasó a ser conocido por la Sala Plena del Consejo de Estado en virtud de la interposición de un recurso extraordinario de súplica, que decidió revocar la decisión de la Sección Segunda y mantener la destitución del oficial. Este fallo fue atacado por medio de una acción de tutela que fue resuelta por una Sala de Conjuceces de la Sección Segunda, la cual que ordenó el reintegro del general Velandia Hurtado a las Fuerzas Militares.

En la impugnación, que también fue presentada por los Consejeros de Estado Susana Buitrago Valencia y Mauricio Torres Cuervo, se argumenta que la Sala de Conjuceces debió declarar la improcedencia de la tutela contra la providencia de la Sala Plena.

Recordaron los magistrados que la Corte Constitucional ha establecido que solo es permitida la tutela contra providencias judiciales cuando existen actuaciones de hecho que desconozcan o amenacen los derechos fundamentales o cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable.

“No procede la tutela porque la Sala Plena profirió una sentencia válidamente, dentro de un proceso judicial previsto por el ordenamiento, en el cual se surtieron de manera adecuada las etapas dispuestas por la ley”, precisaron los magistrados del Consejo de Estado, Corporación encargada de proteger los derechos de los ciudadanos frente a las decisiones de las autoridades administrativas.

Señalaron que la Sala de Conjuceces no argumentó su decisión al determinar que en el presente caso se habría configurado una vía de hecho por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sucede que la ley establece que una afirmación como esas necesita de manera ineludible del acompañamiento de las razones que justifiquen y evidencien la configuración de la vía de hecho.

“La Sala de Conjuceces, de forma desconcertante, excedió las competencias que le correspondían, dado que se inmiscuyó en el trámite del proceso judicial al decidir la cuestión litigiosa no sólo tomando partido respecto de la interpretación a una norma legal, sino revocando una providencia proferida válidamente por el juez natural previsto por el ordenamiento, situación que comportó, por parte de la Sala de Conjuceces, la usurpación y suplantación de las funciones constitucionales y legales, produciendo con ello una vulneración de los principios de la autonomía e independencia de los operadores judiciales en sus decisiones”, aseguraron los Consejeros de Estado.

Y agregaron que, “el juez constitucional (Sala de Conjuceces) en la providencia impugnada, abusivamente se arrogó la facultad de decidir de fondo el asunto, situación por demás improcedente en sede de tutela, puesto que lo que hizo fue acoger una de las posibles interpretaciones que ofrece la norma objeto del debate, situación que significó, ni más ni menos, que se surtiera una instancia adicional y que se reabriera nuevamente el debate jurídico, lo cual, sin duda alguna, produjo que el juez de tutela asumiera competencias que no le correspondían”.

## CONSEJO EDITORIAL

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Presidente

**Sala de Gobierno**

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

**Reseña fallos**

Relatoría Consejo de Estado

**Coordinación General**

- **Hugo Álvarez Rosales**  
Secretario Privado de Presidencia  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co), opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.  
Para cualquier inquietud escribanos a: [boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co](mailto:boletince@consejoestado.ramajudicial.gov.co)